

# Responsabilidad Civil y del Estado

Tomo IV / Ediciones 20 - 24





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

Responsabilidad Civil y del Estado Tomo IV / Ediciones 20-24  
ISBN: 978-958-59104-4-7

© 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

<b>Responsabilidad Civil y del Estado N° 20.....</b>	<b>1</b>
<b>RECONOCIMIENTO AL DOCTOR GILBERTO MARTÍNEZ RAVE</b>	
<i>Andrés Orión Álvarez Pérez.....</i>	<b>3</b>
<b>EL INTERÉS ASEGURABLE DEL TRANSPORTADOR EN EL SEGURO DE TRANSPORTE</b>	
<i>Javier Tamayo Jaramillo.....</i>	<b>5</b>
<b>LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS EN LA ACCIÓN DE TUTELA</b>	
<i>Catalina Martínez Tamayo.....</i>	<b>19</b>
<b>LA INDEMNIZACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS ACCIDENTES DE LA CIRCULACIÓN EN EL DERECHO BELGA</b>	
<i>Juan Ricardo Prieto Peláez.....</i>	<b>31</b>
<b>SOCIEDAD, CONDUCTORES Y VEHÍCULOS RIESGO SOCIAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL</b>	
<i>J. Ernesto Londoño González.....</i>	<b>49</b>
<b>APUNTES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR EN EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO: SUPREMACÍA = RESPONSABILIDAD</b>	
<i>Luis Felipe Botero Aristizábal.....</i>	<b>83</b>
<b>LA VALORACIÓN JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN MÉDICA</b>	
<i>Alberto León Duque Osorio.....</i>	<b>101</b>

<b>EL SINIESTRO EN LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL FRENTE A LOS SISTEMAS TEMPORALES DE COBERTURA</b>	
<i>Mateo Peláez García</i> .....	119
<b>CAOS DOGMÁTICO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL - PROPUESTA -</b>	
<i>Saúl Uribe García</i> .....	137
<b>MODIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL EN LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS</b>	
<i>Sergio Yepes Restrepo</i> .....	151
<b>RESPONSABILIDAD MÉDICA Y HOSPITALARIA EN EL DERECHO PÚBLICO</b>	
<i>Enrique Gil Botero</i> .....	161
<b>ESTADO ACTUAL DE LA JURISPRUDENCIA EN RELACIÓN CON LOS PERJUICIOS INMATERIALES</b>	
<i>Andrés Orión Álvarez Pérez &amp; Pascual Martínez Rodríguez</i> .....	175
<b>Responsabilidad Civil y del Estado Nº 21</b> .....	193
<b>LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CONTEXTO DE LA TEORÍA DEL DERECHO ACTUAL</b>	
<i>Obdulio Velásquez Posada</i> .....	195
<b>ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: LA FUERZA MAYOR Y CASO FORTUITO COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR ACTIVIDADES PELIGROSAS AL TENOR DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. 1994-2005</b>	
<i>Carolina Martínez</i> .....	221
<b>GESTIÓN PARA OPTIMIZAR EN LA AEROCIVIL LA EXIGENCIA DEL SEGURO PARA LA OPERACIÓN DE AERONAVES</b>	
<i>Luis Eduardo Rodríguez Corci</i> .....	265

<b>EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL</b> <i>Pascual Martínez Rodríguez</i> .....	303
<b>LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE A LA INMUNIDAD DIPLOMÁTICA</b> <i>Alejandro Torres Peña</i> .....	351
<b>LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS EN LAS ACCIONES DE INFRACCIÓN A LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL: UNA REVISIÓN CRÍTICA DEL CASO COLOMBIANO FRENTE A LOS RETOS DE LA GLOBALIZACIÓN</b> <i>Luis Felipe Botero Aristizábal</i> .....	365
<b>Responsabilidad Civil y del Estado Nº 22</b> .....	391
<b>LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL</b> <i>Paulina González Vergara &amp; Hugo A. Cárdenas Villarreal</i> .....	393
<b>LA PROHIBICIÓN DE OPCIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL EN EL CASO CÁRDENAS LALINDE</b> <i>Obdulio Velásquez Posada</i> .....	415
<b>REFLEXIONES PROCESALES SOBRE LA ACCIÓN DIRECTA EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL</b> <i>María Cecilia Mesa Calle</i> .....	431
<b>OBJECIONES PLANTEADAS A LA APLICACIÓN DE LA FIGURA DEL DAÑO PUNITIVO O SANCIÓN CIVIL EN EL DERECHO COLOMBIANO</b> <i>Jesús Alberto Buitrago Duque</i> .....	447
<b>LA TUTELA DEL CONSUMIDOR Y EL MERCADO FINANCIERO EN EL PERÚ: A PROPÓSITO DE LAS RECIENTES PROPUESTAS LEGISLATIVAS</b> <i>Olenka Woolcott</i> .....	509

**Responsabilidad Civil y del Estado N° 23.....523**

**SOBRE LA OBTENCIÓN DE INDEMNIZACIONES POR  
RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO EN LA LEY 906 DE 2004  
(APUNTES PARA UNA DISCUSIÓN)**

*Maximiliano Alberto Aramburo Calle.....525*

**APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS  
DEFECTUOSOS EN ESTADOS UNIDOS Y COLOMBIA**

*Daniel Arango Perfetti .....551*

**LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DIRECTA ESTABLECIDA EN FAVOR  
DE LA VICTIMA EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL.**

*Rafael Alberto Ariza Vesga .....601*

**LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROFESIONALES**

*Juan David Palacio Barrientos .....613*

**ALGUNAS ANOTACIONES SOBRE LA CULPA, CAUSA EXTRAÑA Y  
RESPONSABILIDAD OBJETIVA**

*Wilson Fayad Ahcar .....647*

**LAS AVERÍAS EN EL TRANSPORTE**

*Andrey Bedoya Bedoya .....663*

**Responsabilidad Civil y del Estado N° 24.....671**

**LA MATERIALIZACIÓN DEL RIESGO INHERENTE Y SU  
DIFERENCIACIÓN CON LA CULPA MÉDICA**

*Andrés Felipe Villegas García.....673*

**LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO**

*Saúl Uribe García .....695*

<b>RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FALLA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO</b>	
<i>Cristina Díaz &amp; Leonardo Correa</i> .....	743
<b>RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LAS ACTIVIDADES DE LA CONSTRUCCIÓN</b>	
<i>Oscar Marín Martínez</i> .....	783
<b>DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD PARCIAL DEL ARTÍCULO 108 DE LA LEY 906 DE 2004</b>	
<i>Manuel Antonio Echavarría Quiroz</i> .....	799
<b>LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL</b>	
<i>Diego Fernando García Vásquez</i> .....	819





# Responsabilidad Civil y del Estado N° 20

ISSN 1657-1215

## Responsabilidad Civil y del Estado

No. 20

Octubre  
de 2006

*Homenaje al  
Dr. Gilberto  
Martínez Rave*

- RECONOCIMIENTO AL DOCTOR GILBERTO MARTÍNEZ RAVE  
*Andrés Orión Álvarez Pérez*
- EL INTERÉS ASEGURABLE DEL TRANSPORTADOR  
EN EL SEGURO DE TRANSPORTE  
*Javier Tamayo Jaramillo*
- LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS EN LA ACCIÓN DE TUTELA  
*Catalina Martínez Tamayo*
- LA INDEMNIZACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS  
ACCIDENTES DE LA CIRCULACIÓN EN EL DERECHO BELGA  
*Juan Ricardo Prieto Peláez*
- SOCIEDAD, CONDUCTORES Y VEHÍCULOS  
RIESGO SOCIAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL  
*J. Ernesto Londoño González*
- APUNTES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL  
DEL ESTADO LEGISLADOR EN EL DERECHO COMUNITARIO  
EUROPEO: SUPREMACÍA - RESPONSABILIDAD  
*Luis Felipe Botero Aristizábal*
- LA VALORACIÓN JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN MÉDICA  
*Alberto León Duque Osorio*
- EL SINIESTRO EN LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL  
FRENTE A LOS SISTEMAS TEMPORALES DE COBERTURA  
*Mateo Peláez García*
- CAOS DOGMÁTICO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL - PROPUESTA -  
*Saúl Uribe García*
- MODIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL  
EN LA RESPONSABILIDAD  
DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS  
*Sergio Yepes Restrepo*
- RESPONSABILIDAD MÉDICA Y  
HOSPITALARIA EN EL DERECHO PÚBLICO  
*Enrique Gil Botero*
- ESTADO ACTUAL DE LA  
JURISPRUDENCIA EN RELACIÓN  
CON LOS PERJUICIOS INMATERIALES  
*Andrés Orión Álvarez Pérez  
Pascual Martínez Rodríguez*



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



# RECONOCIMIENTO AL DOCTOR GILBERTO MARTÍNEZ RAVE

**Andrés Orión Álvarez Pérez<sup>1</sup>**

La reciente Asamblea General del INSTITUTO ANTIOQUEÑO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO – IARCE – decidió por unanimidad realizar un sentido y merecido homenaje al Doctor Gilberto Martínez Rave, con la revista que hoy se publica.

Se trata de un número especial, no sólo por alcanzar el número 20 en forma ininterrumpida, sino que se decidió la vinculación de todos los miembros del IARCE en homenaje al Doctor Gilberto Martínez Rave, sin duda destacado jurista, investigador, docente y tratadista, y adicionalmente uno de los fundadores del Instituto. Por último la Revista tendrá una extraordinaria presentación o relanzamiento, dado que se aprovechará el seminario sobre EL DAÑO CORPORAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL, que se llevará a cabo el día 27 de octubre de 2006 en asocio con las Facultades de Derecho y Medicina del CES.

Sobre nuestro profesor y compañero en el IARCE, tenemos que decir con orgullo, que fue uno de los inspiradores de éste, que en principio se creía un proyecto difícil de lograr y sobre todo de mantener, pero no, fueron su entusiasmo, liderazgo y reconocida trayectoria, que en asocio con otros destacados fundadores, los que convirtieron el Instituto en una realidad, hoy reconocido a nivel nacional y con gran aceptación en las Universidades del país.

Fue el Doctor Gilberto Martínez Rave, quien nos despertó a muchos nuestra vocación de docentes, quien nos motivó a especializarnos en un tema específico dentro del campo ya especializado de la responsabilidad civil, quien promovió en asocio con todos los integrantes del Instituto el inicio y permanencia de la Especialización en Responsabilidad Civil en la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín, la cual se mantiene gracias a sus aportes, dedicación y apoyo.

---

<sup>1</sup> Abogado Universidad de Medellín. Presidente y miembro fundador del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, Director de la Revista “Responsabilidad Civil y del Estado”, Especialización en Derecho Público. Universidad Externado de Colombia. Catedrático.

Sus polémicas posiciones, esas que se necesitan para generar debate, estudio, análisis y conocimiento, fueron los que enriquecieron la actividad académica del IARCE, su permanente inquietud, sus argumentos, en ocasiones con serios y acalorados contradictores, pero siempre en el marco de la tranquilidad, absoluta sencillez y respeto, y en fin, su presencia y compromiso son los componentes que han llevado el nivel del IARCE muy alto.

He tenido el privilegio de acompañarlo en múltiples viajes para atender invitaciones que desde diferentes ciudades del país le extienden al IARCE, y siempre cálido, atento con los planteamientos e inquietudes de los participantes, resuelve con atención y sagacidad las preguntas, con la solvencia que lo caracteriza y sobre todo con la generosidad de quien quiere compartir sus conocimientos y claro, con humildad para reconocer con humor lo que desconoce.

Sus tratados de responsabilidad civil extracontractual y de derecho procesal penal, y en general su posición en defensa de la víctima, son sin duda otro aporte valiosísimo a quienes trasegamos día a día en este campo, y en fin su vocación, respeto por los estudiantes y por el auditorio en general, su absoluta disciplina y pasión por su labor, son el legado que el profesor, compañero, colega y amigo nos entrega hoy. Nuestro más sincero sentimiento de aprecio, respeto y admiración Doctor Gilberto.

# EL INTERÉS ASEGURABLE DEL TRANSPORTADOR EN EL SEGURO DE TRANSPORTE

Javier Tamayo Jaramillo<sup>1</sup>

## CONTENIDO:

Planteamiento del problema y plan

Concepto general de interés asegurable

Aplicación de este concepto al transportador

El transportador solo tiene interés asegurable en un seguro de responsabilidad civil

División

Comparación entre el derecho español y el derecho colombiano

Riesgos contemplados en ambas disposiciones

Seguros por cuenta ajena

Práctica incorrecta o errónea de algunos transportadores

Dificultades prácticas

Nulidad o ineficacia del seguro de mercancías en favor del transportador

Solución a este problema: conversión del negocio jurídico

El remitente o el destinatario pueden ejercer la acción directa contra el asegurador

Conclusión

---

<sup>1</sup> Abogado Universidad Pontificia Bolivariana, miembro fundador del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado. Especialista en Derecho Público, Universidad Externado de Colombia. Catedrático.

## 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y PLAN

Al ejecutarse un contrato de transporte se crean riesgos de pérdida económica no sólo para el transportador sino también para quienes tengan un derecho real sobre la mercancía transportada o para los pasajeros. Todos estos riesgos de pérdida económica pueden ser asegurados, cada uno dentro del interés asegurable que puedan tener las partes eventualmente afectadas.

El art. 1124 del C. de Co., modificado por el art. 46 del dec. 1 de 1990, estableció, en el derecho colombiano, una disposición pésimamente redactada, mal copiada de la legislación española, y cuyo texto es el siguiente:

*“Podrán contratar el seguro de transporte no sólo el propietario de la mercancía, sino también todos aquellos que tengan responsabilidad en su conservación, tales como el comisionista o la empresa de transporte, expresando en la póliza si el interés asegurado es la mercancía o la responsabilidad por el transporte de la mercancía”.*

Con base en esta disposición las compañías aseguradoras permiten que los transportadores tomen, adquiriendo la calidad de asegurados y beneficiarios, no pólizas de responsabilidad civil del transportador, sino pólizas de mercancías, lo que evidentemente modifica de manera sustancial la naturaleza del seguro y del interés asegurable. La práctica empieza a mostrar serios inconvenientes de tipo jurídico al momento de hacer las reclamaciones del caso, o de instaurar las acciones judiciales en caso de objeción al pago del siniestro por parte de las compañías aseguradoras, pues no aparece claro si el transportador tiene o no interés asegurable en un seguro de mercancías, o si su interés asegurable se circunscribe a un seguro de responsabilidad civil.

Como si fuera poco, las compañías transportadoras tanto de mercancías como de pasajeros acostumbran cobrar un sobreprecio al usuario, supuestamente para el pago de un seguro, sobreprecio que unas veces sirve para pagar la prima de un seguro de responsabilidad civil del transportador, y otras, para la adquisición, bien sea de un seguro de mercancías, bien sea de un seguro de accidentes personales o de vida, según el caso.

Así planteadas las cosas, es indispensable precisar con exactitud cuál es el interés asegurable que tiene el transportador en caso de pérdida de la mercancía transportada o de daños a los pasajeros (Sección I) para posteriormente buscar soluciones jurídicas en caso de que las pólizas expedida no se ajusten a ese interés asegurable (Sección II).

## **Sección 1. ¿Cuál es el interés asegurable del transportador?**

### **2. CONCEPTO GENERAL DE INTERÉS ASEGURABLE**

Nuestro Código de Comercio no define lo que deba entenderse por interés asegurable. Sin embargo, ese concepto se deduce fácilmente del art. 1083 del Código de Comercio “tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio puede resultar afectado directa o indirectamente por la realización de un riesgo”.

Podemos entonces definir el interés asegurable como el beneficio económico que tiene una persona en relación con bien, beneficio que puede afectarse negativamente al siniestrarse dicho bien.

### **3. APLICACIÓN DE ESTE CONCEPTO AL TRANSPORTADOR**

Cuando el transportador desplaza mercancías que no son de su propiedad y sobre las cuales tampoco tiene ningún otro derecho real, entonces es su patrimonio general el beneficio que puede verse afectado al siniestrarse las mercancías. Ese patrimonio no solo tiene un riesgo limitado de pérdida desde el punto de vista de su cuantía económica, sino también desde el punto de vista de los hechos que al producir el daño a la mercancía, puedan comprometer el patrimonio del transportador. Es decir, no basta que la mercancía se deteriore o se destruya para que el patrimonio del transportador se vea afectado. Por el contrario, es necesario que la ley lo haga responsable de dicha pérdida. Por otro lado, el valor de la cosa transportada no siempre coincide con el valor de la pérdida patrimonial que pueda sufrir el transportador. El riesgo de esté puede tener un valor inferior o superior al de la mercancía afectada.

Ahora, el art. 1088 del Código de Comercio “respecto del asegurado los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento”.

Ello nos permite afirmar entonces, que el interés asegurable del transportador solo existe en la medida en que su patrimonio pueda verse afectado con los daños ocurridos durante la ejecución del contrato de transporte.



#### **4. EL TRANSPORTADOR SOLO TIENE INTERÉS ASEGURABLE EN UN SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL**

Así las cosas, y, pese a las apariencias que produce una primera lectura del art. 1124 del C. de Co., podemos afirmar que el transportador solo tiene interés asegurable en un seguro de responsabilidad civil, poco importa que se trate de un transporte de mercancías o de pasajeros. Los argumentos en favor de esta conclusión son los siguientes:

a) Si el transportador tuviese interés asegurable en un seguro de mercancías podría enriquecerse en forma indebida, con lo que contraría lo dispuesto por el art. 1088 del C. de Co., según el cual los seguros de daños son seguros de mera indemnización.

En efecto, el patrimonio del transportador que desplaza mercancía ajena, solo puede verse afectado en caso de que haya responsabilidad de su parte. Su pérdida está condicionada a que sea responsable por la pérdida de la cosa a cuya restitución está obligado.

Ahora, en los seguros de mercancías, la compañía aseguradora está obligada a indemnizar al asegurado, aunque la pérdida de las cosas transportadas sea imputable a una causa extraña, como una fuerza mayor, por ejemplo.

Ello significa que si el transportador es asegurado y beneficiario de un seguro de mercancías, y estas se pierden como consecuencia de una fuerza mayor, la compañía estaría obligada a pagarle la indemnización al transportador asegurado sin tener en cuenta el origen de la pérdida. Y si una vez recibido el pago del seguro de manos del asegurador, el transportador es demandado por el destinatario de las mercancías, bien podría dicho transportador ser absuelto de toda responsabilidad, pues el art. 992 del C. de Co. lo libera de responsabilidad en caso de que el daño sea imputable a una causa extraña.

Si así transcurrieren las cosas, el transportador obtendría una ganancia injustificada pues podría quedarse con el dinero pagado por el asegurador, ya que frente al destinatario no tiene obligación alguna, pues la fuerza mayor que originó el siniestro lo libera de responsabilidad frente al destinatario.

b) De otro lado, si el transportador es asegurado y beneficiario de un seguro de mercancías, y esa misma mercancía está asegurada por el propietario (quien sí tiene interés asegurable en un seguro de mercancías), este se vería enormemente perjudicado, pues la cosa transportada no puede ser indemnizada dos veces, así

se trate de asegurados distintos. Ello se desprende del art. 1084 del C. de Co., según el cual:

*“Sobre una misma cosa podrán concurrir distintos intereses, todos los cuales son asegurables, simultánea o sucesivamente, hasta por el valor de cada uno de ellos. Pero la indemnización, en caso de producirse el hecho que la origine, no podrá exceder del valor de la cosa en el momento del siniestro. Su distribución entre los interesados se hará teniendo en cuenta lo consignado en el artículo 1089”.*

Por lo tanto, si propietario y transportador, en contratos separados, figuran como asegurados y beneficiarios de las mercancías, el propietario no recibirá el total de su indemnización, ya que de acuerdo con la norma transcrita es imposible que ambos asegurados cobren, cada uno de ellos, la totalidad del precio de la mercancía asegurada por uno y otro.

c) Pero extremando los absurdos a que conduciría la contratación de un seguro de mercancías en favor del transportador, llegaríamos al caso extremo e insostenible de que si tanto el transportador como el dueño de la mercancía están asegurados por separado, por compañías diferentes, y la pérdida es imputable al hecho culposo de un tercero, ambas compañías, al subrogarse luego de pagar el siniestro a sus asegurados, podrían demandar por la totalidad de lo pagado, al tercero que culposamente dañó las mercancías aseguradas, lo que significaría que el demandado se vería abocado a pagar dos veces la misma indemnización.

d) Finalmente, el art. 1121 del C. de Co., prescribe: *“El asegurador responderá de los daños causados por culpa o dolo de los encargados de la recepción, transporte o entrega de los efectos asegurados, sin perjuicio de la subrogación a que tiene derecho de conformidad con el artículo 1096 del Código de Comercio”.*

Ahora, suponiendo que el transportador asegurado en un seguro de mercancías destruyese estas por culpa grave o por dolo, por ser él personalmente quien efectúa el desplazamiento, no vemos cómo la norma transcrita pueda ser aplicable, beneficiando al transportador. Bien se sabe que la culpa grave y el dolo del asegurado o del beneficiario son inasegurables.

Si se acepta que el transportador tiene interés asegurable en el seguro de mercancías, el art. 1121 estaría creando un esperpento jurídico en beneficio del transportador, solución a todas luces inconcebible a la luz del derecho de seguros.

Es claro que la filosofía del art. 1121 es la de considerar que el propietario de las mercancías tiene derecho a cobrar el seguro, aunque el transportador cause la pérdida o destrucción de las mercancías en forma dolosa o culposa. En este caso,

el asegurador que pague al dueño de las mercancías se subrogará contra el transportador, que, a su turno, podrá protegerse de ese riesgo, mediante un seguro de responsabilidad civil. En este último caso, es el asegurador en responsabilidad quien podrá alegar el dolo o la culpa grave del transportador, para liberarse de sus obligaciones frente a ese transportador asegurado. En consecuencia, el art. 1121 está concebido sobre la base de que el interés asegurable en el seguro de mercancías no lo tiene el transportador.

En conclusión, es innegable que el transportador que no es dueño de las mercancías transportadas, o que no tiene ningún derecho real sobre las mismas, solo tiene un interés asegurable en un seguro de responsabilidad civil, pues solo siendo responsable su patrimonio se verá afectado.

## **Sección II. Soluciones jurídicas en caso de que las pólizas expedidas no se ajusten a ese interés asegurable**

### **5. DIVISIÓN**

Pero, según dijimos, el art. 1124 del C. de Co., pareciera no hacer distinción alguna, al afirmar que tiene interés en tomar el seguro de transportes tanto el propietario de la mercancía como el transportador, lo que nos obliga a efectuar una exégesis de dicha norma, con el fin de verificar si nuestra conclusión de la sección anterior tiene respaldo en nuestro ordenamiento jurídico (Subsección 1). Posteriormente, y ante el hecho cumplido de que en la práctica comercial los transportadores están adquiriendo seguros de mercancías, se hace indispensable averiguar cuáles son las consecuencias jurídicas de dicha práctica, y cuáles las soluciones frente a los problemas que suscita la misma (Subsección II).

#### **Subsección 1. Exégesis del artículo 1124 del Código de Comercio**

### **6. COMPARACIÓN ENTRE EL DERECHO ESPAÑOL Y EL DERECHO COLOMBIANO**

Pareciera ser que el art. 1124 del C. de Co., que venimos analizando se inspiró en el art. 56 de la ley 50 de 1980, que en España reglamentó la misma materia. Veamos el contenido de ambas disposiciones, y ello nos permitirá una mayor facilidad para una correcta interpretación de la normatividad colombiana.

## **LEGISLACIÓN ESPAÑOLA**

(Ley 50 de 1980, art. 56)

Podrán contratar este seguro (el de transporte) no sólo el propietario del vehículo o de las mercancías transportadas, sino también el comisionista de transporte y las agencias de transporte, así como todos lo que tengan interés en la conservación de las mercancías, expresando en la póliza el concepto en que se contrata el seguro.

## **LEGISLACIÓN COLOMBIANA**

(C. de Co., art. 1124)

Podrán contratar el seguro de transporte no sólo el propietario de la mercancía, sino también todos aquellos que tengan responsabilidad en su conservación, tales como el comisionista o la empresa de transporte, expresando en la póliza si el interés asegurado es la mercancía o la responsabilidad en el transporte de la mercancía.

## **7. RIESGOS CONTEMPLADOS EN AMBAS DISPOSICIONES**

Es claro que ambas disposiciones contemplan la posibilidad de asegurar los diversos riesgos existentes con ocasión de la operación del transporte. El art. 56 de la legislación española contempla la posibilidad de que el dueño del vehículo transportador se asegure por los daños que dicho vehículo pueda sufrir por la operación del transporte. El art. 1124 del C. de Co., colombiano guarda silencio al respecto, pero ello no impide que en nuestro derecho ese riesgo se pueda asegurar, siguiendo los principios generales del derecho de seguros.

Las dos normas comparadas establecen la posibilidad de que tanto el propietario de la mercancía, como los que deben responder por ella puedan contratar un seguro de transportes. Pero es claro, a la luz de ambas disposiciones, que tanto el propietario de las mercancías como los posibles responsables deben expresar el interés asegurable que tienen al contratar el seguro. No se trata simplemente de que el transportador escoja libremente ser beneficiario de un seguro de mercancías o de un seguro de responsabilidad civil, siempre y cuando diga en la póliza cuál de los dos seguros adquiere. Lo que se prescribe tácitamente es que cada persona que se vea afectada con la operación del transporte se asegure de acuerdo con el interés asegurable que tiene. Se sobre entiende que solo puede asegurarse de acuerdo con su interés asegurable’.

Ahora, la tesis que exponemos en relación con el derecho colombiano, en el sentido de que el transportador solo tiene interés asegurable en un seguro de responsabilidad civil, aparece corroborada por JOAQUÍN GARRIGUES, quien, al referirse al art. 56 de la legislación española sobre la materia, expresa lo siguiente al distinguir entre el seguro de mercancías y el de responsabilidad civil del transportador: *“Aunque el tema está ligado al de la responsabilidad del porteador, no es este (el de transporte de mercancías) un seguro de responsabilidad. Ciertamente, el porteador puede asegurarse contra su responsabilidad, en caso de pérdida, avería o retraso de la entrega de la mercancía. Pero será este un seguro de responsabilidad que no es el que ahora se estudia. Aquí tratamos solo del seguro en el que el asegurado es el dueño de la mercancía, sea como cargador, sea como consignatario”*.

En conclusión, tanto en la legislación española como en la colombiana, cualquiera persona que pueda ver afectado su patrimonio con la operación del transporte, puede contratar el seguro, pero solo de acuerdo con el interés patrimonial que pueda verse afectado.

## **8. SEGUROS POR CUENTA AJENA**

Pero además de las precisiones que hasta acá hemos hecho en relación con el interés asegurable del transportador, y de cada una de las personas que pueden verse afectadas patrimonialmente con la operación del transporte, también podemos afirmar que ni el art. 1124 del C. de Co., ni el art. 56 de la ley española de seguros, consagran un mismo tipo de seguro para el propietario de la mercancía o para el transportador. Se trata de una simple apariencia cuando ambas disposiciones legales afirman que tanto el transportador como el propietario de las mercancías podrán contratar el seguro de transporte. En realidad, el seguro de transporte solo hace referencia al seguro de mercancías, ya que los otros son simples seguros de daños que amparan los daños al vehículo transportador, o la responsabilidad civil del transportador'. La calidad de asegurado o beneficiario depende del interés asegurable que cada una de las partes interesadas tenga dentro de la operación del transporte.

Ahora, según dijimos, en las dos normas comparadas (la española y la colombiana) el legislador no está permitiendo que en el seguro de mercancías la calidad de asegurado y beneficiario la tengan el propietario de la mercancía o el transportador. Literalmente hablando la norma permite que el seguro sea tomado por cualquiera de las personas enumeradas en ella. Pero ello no hace más que corroborar el principio según el cual las partes en el contrato de seguros

son el asegurador y el tomador (art. 1037 del C. de Co.), pudiendo este último adquirir la calidad de asegurado y beneficiario si contrata por su propia cuenta. Pero también podrá tomar el seguro por cuenta de un tercero que tenga interés asegurable. Ahora, si el tomador adquiere el seguro por cuenta de un tercero, dicho tomador también adquiere la calidad de asegurado y beneficiario hasta concurrencia del interés que tenga en el contrato, según lo dispone el art. 1042 del C. de Co. Y el tercero por cuya cuenta se tomó el seguro, será asegurado o beneficiario hasta concurrencia de su interés.

Pero ha de ser claro que en la póliza tiene que aparecer con nitidez que el tomador contrata el seguro por cuenta de un tercero. Si en la póliza el tomador adquiere la calidad expresa de asegurado y beneficiario, y para nada figura que es por cuenta de un tercero, jamás podrá hablarse de un seguro por cuenta, aunque el interés asegurable esté en cabeza de ese tercero.

Ahora, en el seguro por cuenta el tercero puede ser determinado o determinable, y si es determinable el contrato se denomina seguro por cuenta de quien pertenezca o por cuenta de quien corresponda.

Así las cosas, no se contraría lo dispuesto en el art. 1124, si afirmamos que el transportador solo tiene interés asegurable en un seguro de responsabilidad civil, y que por tanto no puede ser asegurado y beneficiario en el seguro de mercancías. La norma citada perfectamente permite concebir que el transportador y el dueño de la mercancía tengan intereses asegurables de distinta naturaleza.

Eso, en cuanto a la calidad de asegurados y beneficiarios. Ahora, nada impide que el transportador actúe como tomador de un seguro de mercancías por cuenta de un tercero determinado o determinable, en cuyo caso el transportador, por ser tomador, estaría asegurado en responsabilidad civil, pues el seguro lo beneficia hasta la concurrencia de su interés en el seguro. Y el tercero por cuya cuenta se toma el seguro, también estaría asegurado, en la medida en que el siniestro le produzca alguna pérdida. También puede suceder que solo tome el seguro de responsabilidad, o que tome este paralelo a un seguro de mercancías por cuenta de quien pertenezca; o que tome un seguro de accidentes personales o de vida, por cuenta de los pasajeros.

Pero es indispensable que el tomador del seguro, en este caso el transportador, le indique al asegurador la calidad en que actúa, con el fin de determinar quién es el asegurado o beneficiario, según que se trate de un seguro de respon-

sabilidad o de un seguro de mercancías, pues se trata de dos seguros de naturaleza diversa.

## **9. PRÁCTICA INCORRECTA O ERRÓNEA DE ALGUNOS TRANSPORTADORES**

Todo lo que hasta ahora se ha dicho nos permite referirnos a la costumbre instaurada por algunos transportadores de mercancías o de pasajeros, que unas veces actúan de buena fe, pero otras pareciera que actuaran en forma desleal.

En efecto, en no pocas oportunidades el pasajero o el remitente de las mercancías debe pagar un sobreprecio por el servicio de transporte, bajo el argumento de que en esa forma estará asegurado por los riesgos del transporte. Al respecto podemos hacer las siguientes observaciones:

a) El transportador es responsable frente al destinatario de las mercancías o frente a los pasajeros, independientemente de que estos paguen un sobreprecio por el servicio de transporte, o una prima especial para asegurarse de los riesgos del transporte. Por lo tanto, es decisión del transportador, tomar o no un seguro de responsabilidad civil por los daños que cause a las personas o las cosas transportadas, y no tiene causa jurídica el sobreprecio que el pasajero o el remitente pagan por un seguro en el que el transportador va a tener la calidad de asegurado y beneficiario.

b) Ocurre a menudo, y esto es correcto desde el punto de vista jurídico, que el transportador de mercancías sea tomador de una póliza de seguro de mercancías, en la que la calidad de asegurado y beneficiario de las mismas es el destinatario o quien tenga un interés asegurable en dichas mercancías. En principio este seguro no libera de responsabilidad al transportador, quien deberá tomar mi seguro de responsabilidad civil si quiere proteger su patrimonio, pues en principio el asegurador de las mercancías podrá subrogarse contra el mismo transportador.

Este seguro de mercancías que toma el transportador se utiliza a menudo en aquellos transportes en que la responsabilidad del transportador tiene un límite, y por lo tanto, el dueño de la mercancía puede verse perjudicado si esta se pierde, pues no será indemnizado totalmente por el transportador' El mecanismo entonces es el siguiente: el transportador, asegurado o no en responsabilidad civil, responde hasta un determinado límite fijado por la ley o por el contrato. El resto de la indemnización será pagado por el asegurador en el seguro de mercancías, seguro que

fue tomado por el transportador, y en el cual el remitente pacta en favor de quien corresponda. Es por este último seguro que el remitente paga una sobreprima.

c) En tratándose de transporte de pasajeros, si el transportador toma una póliza de accidentes personales o un seguro de vida en favor de los pasajeros, no podrá él adquirir la calidad de asegurado y beneficiario de estos seguros, y por lo tanto, su responsabilidad queda latente, y de él dependerá tomar o no un seguro de responsabilidad civil si es que la ley no lo obliga a adquirirlo. Existiendo el seguro de vida o de accidentes personales, la compañía aseguradora no podrá supeditar el pago de la prestación al beneficiario del seguro, al hecho de que el transportador sea responsable.

Ello explica que, también en este caso, el transportador no pueda cobrar al pasajero un sobreprecio bajo el argumento de que con dicho dinero él se asegurará contra la responsabilidad civil por los daños causados a los viajeros. Obviamente, nada le impide ser tomador de un seguro de vida o de accidentes personales, cuyo asegurado será el pasajero.

## **Subsección II. Consecuencias y soluciones cuando el transportado toma una póliza de seguro de mercancías**

### **10. DIFICULTADES PRÁCTICAS**

Según dijimos, la práctica comercial nos muestra que los transportadores y las compañías aseguradoras están celebrando contratos de seguro de mercancías, en lugar de seguros de responsabilidad civil. Con el agravante de que en los seguros contratados la calidad de asegurado y beneficiario la adquiere el transportador, cuando lo normal sería que la adquiriese el propietario de la mercancía, o quien tuviese un interés asegurable en la misma, interés diferente del de la responsabilidad civil, que como vimos, sí pertenece al transportador.

Es más, hay inescrupulosos transportadores que cobran un sobreprecio por el transporte, con la promesa de que la mercancía será asegurada. Sin embargo, el seguro adquirido no es por cuenta del remitente de las mercancías, sino del mismo transportador.

Así las cosas, el destinatario de las mercancías carece en principio de acción para reclamarle a la compañía aseguradora, puesto que el contrato celebrado por el transportador no es por cuenta del destinatario o del propietario de la carga afectada.



## **11. NULIDAD O INEFICACIA DEL SEGURO DE MERCANCÍAS EN FAVOR DEL TRANSPORTADOR**

Aparentemente, si el transportador que no es propietario de las mercancías figura como asegurado y beneficiario de un seguro de mercancías, el contrato de seguros no produciría efecto alguno a la luz del art. 1045 del C. de Co. En efecto, no existiendo el interés asegurable del transportador, por lo menos en un seguro de mercancías, el contrato carecería de uno de los requisitos esenciales.

Ya hemos conocido el caso de aseguradores que niegan al transportador el pago de la indemnización, bien sea exigiendo que se declare la responsabilidad del asegurado, bien sea argumentando que el contrato es ineficaz o nulo, ya que el transportador carecía de interés asegurable en un seguro de mercancías. Y cuando el usuario del transporte, que sí tiene ese interés asegurable, le reclama a la compañía aseguradora, esta afirma con toda razón que tratándose de un seguro de mercancías, en la póliza solo figura como asegurado y beneficiario el transportador. La situación se agrava cuando se advierte que el remitente había pagado al transportador un sobrepago para que este tomase por cuenta del primero un seguro de mercancías, pese a lo cual el transportador tomó el seguro por su propia cuenta, y no por cuenta del remitente que pagó la prima.

16

## **12. SOLUCIÓN A ESTE PROBLEMA: CONVERSIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO**

Frente a esa situación de hecho creada por la práctica comercial, es necesario encontrar una solución que permita conseguir la finalidad que las partes quisieron al celebrar el contrato, y sobre todo, que finalmente proteja los intereses del usuario del transporte. Esa solución no puede ser otra que la de tratar de que ese seguro de mercancías devenga un seguro de responsabilidad civil. Para conseguirlo podemos acudir a vanos de los principios rectores de las obligaciones mercantiles.

En primer lugar, el art. 1045 del C. de Co., consagra como elemento esencial del contrato de seguros el interés asegurable. No existiendo dicho interés, el contrato no produce efecto alguno. Pero una cosa es que el transportador no tenga interés asegurable en un seguro de mercancías, y otra cosa que no tenga absolutamente ningún interés asegurable, caso en el cual el contrato sería ineficaz. Pero como el transportador sí tiene interés asegurable en un seguro de responsabilidad civil, entonces el contrato no sería ineficaz pese a que se haya celebrado sobre la base de un interés asegurable distinto. Lo que se requiere es averiguar si

el interés asegurable indicado en la póliza permite cierta compatibilidad con el seguro de responsabilidad civil.

Y en la práctica esa compatibilidad existe parcialmente, puesto que el transportador tendría derecho al pago de la indemnización por parte del seguro, siempre y cuando fuese responsable de la pérdida de las mercancías aseguradas. La diferencia entre los dos contratos de seguro radica en que en el seguro de mercancías no se requiere que el transportador sea responsable, mientras que en el seguro de responsabilidad esta última es presupuesto de la obligación del asegurador. Pero si esa responsabilidad existe, las consecuencias prácticas de ambos seguros son similares. No hay pues ineficacia o inexistencia del contrato de seguro porque el transportador se asegure en un seguro de mercancías en lugar de hacerlo en un seguro de responsabilidad civil.

Ahora, si este argumento es válido, creemos que nada impide que lo que en principio es un seguro de mercancías en favor del transportador, se convierta en un seguro de responsabilidad civil, acudiendo para ello a la denominada conversión del negocio jurídico establecida en el art. 904 del C. de Co., cuyo texto es el siguiente: *“El contrato nulo podrá producir los efectos de un contrato diferente, del cual contenga los requisitos esenciales y forma les, si considerando el fin perseguido por las partes, deba suponerse que estas, de haber conocido la nulidad, habrían querido celebrar el contrato”*.

Es claro, según dijimos, que el transportador tiene interés asegurable en la mercancía transportada, si bien se trata de un interés en un seguro de responsabilidad civil. Por lo tanto, por el hecho de equivocarse en el tipo de seguro contratado, no por eso el contrato es ineficaz o inexistente. En consecuencia, la institución de la conversión del negocio jurídico es perfectamente aplicable en el problema que venimos discutiendo.

En efecto, si el asegurador acepta contratar el seguro con el transportador, a sabiendas de que este tiene la calidad de tal, es porque asegurado y asegurador, en el fondo lo que quieren es proteger al primero de los riesgos que lo afecten durante la operación del transporte. (Porque si el asegurador celebra el contrato a sabiendas de que el transportador no tiene interés asegurable en un seguro de mercancías, estará incurriendo en una responsabilidad extracontractual, por celebrar un contrato que dicho asegurador conocía como inexistente por error en el ii asegurado). Y sería absurdo que el transportador, que quiere protegerse de dichos riesgos, pretenda adquirir un seguro que finalmente podría no protegerlo.

En conclusión, es lógico pensar que el interés final de las partes que actúan de buena fe, es el de brindar protección al patrimonio del transportador al celebrar el contrato de seguro. Y como esa protección solo se brinda mediante un seguro de responsabilidad civil que no está prohibido por la ley, y que las compañías aseguradoras normalmente lo otorgan, entonces se puede concluir que el contrato de seguro de mercancías celebrado por el transportador, en su calidad de asegurado y beneficiario, devenga un seguro de responsabilidad civil con todas las consecuencias jurídicas que de ello se derivan.

### **13. EL REMITENTE O EL DESTINATARIO PUEDEN EJERCER LA ACCIÓN DIRECTA CONTRA EL ASEGURADOR**

Si la tesis propuesta es aceptada, entonces el usuario, llámese remitente o destinatario, según el caso, tiene una acción directa contra la compañía aseguradora para reclamarle a esta el valor del seguro contratado por el tomador. En efecto, la ley 45 de 1990 consagró la acción directa en el seguro de responsabilidad civil (C. de Co., art. 1133). En tales circunstancias, la compañía aseguradora no podría alegarle al demandante la falta de interés asegurable, o la falta de legitimación en la causa.

#### **CONCLUSIÓN**

18

Lo que hasta ahora hemos dicho nos lleva a concluir que el interés asegurable en el seguro de responsabilidad civil es diferente del interés asegurable en el seguro de mercancías; que el transportador que no es propietario de las mercancías solo tiene interés asegurable en un seguro de responsabilidad civil, sin que nada le impida ser tomador de un seguro de mercancías por cuenta de quien tenga un interés asegurable en las mismas (generalmente propietario, remitente o destinatario de las mercancías); finalmente, si de hecho, transportador y compañía aseguradora celebran un contrato de seguro de mercancías en el que el asegurado y beneficiario es el transportador, este contrato puede convertirse en un seguro de responsabilidad civil en virtud de la teoría de la conversión del negocio jurídico, en cuyo caso, el perjudicado (el destinatario, el remitente o el tenedor de la carta de porte) tendrá una acción directa contra el asegurador.

No sobra recordar que si de mala fe o por culpa inexcusable el asegurador vende al transportador un seguro de mercancías en lugar de un seguro de responsabilidad civil, para después alegar la inexistencia del interés asegurable en el seguro contratado, el asegurador puede comprometer su responsabilidad extracontractual por el error en que hizo incurrir al asegurado que actuó de buena fe.

# LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS EN LA ACCIÓN DE TUTELA

**Catalina Martínez Tamayo<sup>1</sup>**

## **CONTENIDO:**

Que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial

Que la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria

Es una potestad que tiene el juez de tutela para ordenar de oficio la indemnización

Se ordena la indemnización en abstracto del daño emergente causado.

La indemnización del daño emergente debe ser necesario para el goce efectivo del derecho

Tramite incidental

La condena solidaria contra la entidad de la que depende el demandado y éste mismo

Nunca he tenido la oportunidad de agradecer por escrito a mi padre todo lo que ha hecho por mí durante toda mi vida, sin embargo he tratado de comportarme y de actuar conforme a todas sus enseñanzas. Si bien, todos conocen al Dr. Martínez Rave, no solo como un excelente tratadista sino también como un reconocido defensor de los derechos de las víctimas, yo he tenido la oportunidad de conocer y compartir más con ese excelente hombre que es, y no lo afirmo por sus conocimientos jurídicos sino más por su forma de ser, por su trato personal, por sus sentimientos, por su corazón y sobre todo por haberme enseñado con su ejemplo de vida, las verdaderas leyes de comportamiento personal y social.

---

<sup>1</sup> Abogada de la Universidad Pontificia Bolivariana, docente, Especialista en Responsabilidad Civil y Seguros de la Universidad EAFIT, Especialista en Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual de la Universidad Autónoma Latinoamericana, miembro del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado.

Hemos recorrido mucho camino juntos, he sido su alumna, ha sido mi profesor, ha sido mi asesor de tesis, hemos sido jurados de exámenes orales, de tesis y monografías, hemos dado clases juntos, hemos trabajado en equipo, hemos compartido conferencias, hemos hecho un libro, pero sobre todo nos hemos reído, hemos bailado, hemos discutido, hemos viajado, hemos llorado, hemos tenido la oportunidad de compartir como padre e hija, como cómplices y sobre todo como amigos, muchas circunstancias que han traspasado ese mundo jurídico tan frío y poco cálido y hemos llegado realmente a compartir momentos especiales de la vida no solo entre nosotros sino también con todos mis hermanos, cuñados y sobre todo con mi madre.

Creo que no existe una mejor forma de agradecerle todo lo vivido, sino exponiendo uno de los temas que jurídicamente lo ha preocupado y que tiene ver con la indemnización de perjuicios en la acción de tutela, sobre todo teniendo en cuenta que a pesar de la consagración legal del art. 25 del decreto 2591 de 1991, su aplicación es muy restringida, haciendo que en muchas oportunidades personas que tienen derecho a una indemnización de perjuicios derivada de la violación de un derecho fundamental, dejen de recibirla por falta de aplicación de la ley. Situación que todos saben, preocupa a mi padre, como gran defensor de los derechos de las víctimas.

Este tema fue analizado inicialmente por el Dr. Ricardo Hoyos Duque, en la revista Nº 1 del Instituto de Responsabilidad Civil y del Estado, con fecha de mayo de 1995, en donde adopta una posición contraria a la que pretendemos defender en este artículo.

Sin embargo no espero hacer un tratado sobre el tema mencionado, sino más bien, fundamentar la importancia de la indemnización de perjuicios en la acción de tutela, para concluir que al igual que lo que piensa mi padre, todavía existen muchos caminos que llevan a la protección de los derechos de las víctimas y que muchas de las teorías que ha sostenido en sus escritos, están poco a poco abriéndose campo para lograr ese resarcimiento y/o compensación de las víctimas.

El tema será tratado inicialmente haciendo una corta referencia a la acción de tutela, mencionando las demás acciones consagradas en la Constitución de 1991, en lo que se refieren a la indemnización de perjuicios, posteriormente entraremos a analizar el art. 25 del decreto 2591 de 1991, detallando cada uno de los requisitos o condiciones exigidas para lograr la indemnización de perjuicios en la

acción de tutela, y terminar haciendo referencia a las sentencia más importantes de la Corte Constitucional que se han referido al tema.

La acción de tutela está consagrada expresamente en el art. 86 de nuestra Carta magna y fue desarrollada principalmente por los decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992. Dicha acción se ha distinguido por buscar la protección, por medio de procedimientos más cortos y ágiles, de los derechos fundamentales de las personas.

No se puede desconocer que la acción de tutela, se ha convertido en el mecanismo de protección más utilizado a nivel nacional, lo que conlleva necesariamente a cuestionarse si realmente lo que ocurre es que se está abusando de la acción como tal o si por el contrario nuestras autoridades son propulsores del irrespeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos y los principales actores en la crisis de ilegalidad que vive el país.

La acción de tutela tiene ciertos requisitos que la caracterizan de las demás acciones como son: la protección de los derechos fundamentales, el procedimiento breve y sumario, las medidas provisionales y aquellas para hacer efectivo el cumplimiento del fallo de tutela, la competencia de los jueces, entre otros, todos los cuales implicarían un análisis detallado de sus propias características, sin embargo no entraremos a analizar estos temas sino que nos detendremos únicamente en lo relacionado con la indemnización de perjuicios en el desarrollo de esta acción.

Dentro de las acciones contempladas en la Constitución Nacional de 1991, vale la pena resaltar las de cumplimiento, las populares y las de grupo, así como las acciones de tutela, respecto de las cuales se debe analizar la posible indemnización de los perjuicios que se causen por los hechos que dieron origen a la acción.

Las acciones de cumplimiento, consagradas en el art. 87 de nuestra Constitución Nacional y desarrollada principalmente por la ley 393 de 1997 tienen por finalidad hacer efectivo el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo, pero en lo que se refiere a la indemnización de perjuicios que pueda surgir con el incumplimiento de la ley o el acto administrativo, el art. 24 de la ley 393, expresamente establece que dicha acción no tendrá fines indemnizatorios, pero que las indemnizaciones que puedan surgir, se deberán reclamar a través de las acciones judiciales correspondientes. Por lo tanto y debido a la existencia de una norma expresa podemos concluir que en el trámite de una acción de cumplimiento no se analizará ningún tipo de indemnización de perjuicios, sin que eso implique que se deje de indemnizar el daño ocasionado, lo cual podrá hacerse a través de las acciones judiciales correspondientes, como sería la acción de reparación directa.

Por su parte las acciones populares y de grupo, consagradas en el art. 88 de la Constitución Nacional y desarrolladas por la ley 472 de 1998 tienen finalidades completamente diferentes, que pueden sintetizarse de la siguiente forma: las acciones populares buscan la protección de los derechos e intereses colectivos, se ejercen para evitar el daño contingente o para hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio contra este tipo de derechos. Mientras que las acciones de grupo tienen como finalidad propia obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios individuales, causados a un número plural de personas.

Ahora la acción de tutela ha tenido como fin principal la protección de los derechos fundamentales, sin embargo el art. 25 del decreto 2591 de 1991 expresamente establece: *“Indemnizaciones y costas. Cuando el afectado no disponga de otro medio judicial y la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, además de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, en el fallo que concede la tutela el juez, de oficio, tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho así como el pago de las costas del proceso. La liquidación del mismo y de los demás perjuicios se hará ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante el juez competente, por el tramite incidental, dentro de los seis meses siguientes, para lo cual el juez que esté conociendo de la tutela remitirá inmediatamente copia de toda la actuación.*

*La condena será en contra de la entidad que dependa el demandado, y solidariamente contra este, si se considera que ha mediado dolo o culpa grave de su parte, todo ello sin perjuicio de las demás responsabilidades administrativas, civiles o penales en que haya incurrido.*

*Si la tutela fuere rechazada o denegada por el juez, este condenará al solicitante al pago de las costas cuando estimare fundadamente que incurrió en temeridad”.*

Al estudiar detenidamente el artículo transcrito, se llega a la conclusión que puede presentarse una indemnización de perjuicios en desarrollo del trámite de la acción de tutela, si se cumplen las condiciones allí señaladas y los cuales entendemos en la siguiente forma:

## **1. QUE EL AFECTADO NO DISPONGA DE OTRO MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL.**

La Corte Constitucional ha señalado que uno de los requisitos esenciales de la acción de tutela es la subsidiaridad, la cual consiste en que solo resulta procedente

adelantar esta acción “en subsidio o a falta de instrumento constitucional o legal diferente, susceptible de ser alegado ante los jueces, esto es, cuando el afectado no disponga de otro medio judicial para su defensa, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable”.<sup>1</sup>

En esa misma sentencia la Corte Constitucional afirmó: “En otros términos, la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones **de hecho** creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho; es decir, tiene cabida dentro del ordenamiento constitucional para dar respuesta eficiente y oportuna a circunstancias en que, por carencia de previsiones normativas específicas, el afectado queda sujeto, de no ser por la tutela, a una clara indefensión frente a los actos u omisiones de quien lesiona su derecho fundamental. De allí que, como lo señala el artículo 86 de la Constitución, tal acción no sea procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable entendido éste último como aquél que tan sólo puede resarcirse en su integridad mediante el pago de una indemnización (artículo 6º del Decreto 2591 de 1991)...”

En sentencia T 403 de 1994 la Corte Constitucional afirmó: “Para que proceda es indispensable que el afectado no disponga de otro medio judicial. Esta exigencia no se refiere a la defensa del derecho fundamental invocado sino a la obtención del resarcimiento del perjuicio, como ya lo resaltó esta Corte en el fallo últimamente mencionado”.

Este requisito, que debe cumplir también la acción de tutela, ha sido interpretado en el sentido de que la acción de tutela es una institución de naturaleza subsidiaria y residual, es decir que es un mecanismo adicional y complementario de las acciones judiciales ordinarias. En cuanto a lo que tiene que ver con la indemnización de perjuicios, es claro que el demandante siempre va a tener otra vía judicial como sería el proceso ordinario o una acción por reparación directa para cobrar la indemnización de los perjuicios que se le causaron, lo que significaría que este artículo de la indemnización no sería aplicable, porque siempre va a existir otra vía judicial para reclamar la indemnización, sin embargo consideramos que debe dársele un sentido de interpretación diferente a esta parte del artículo, para interpretarlo incluso, en el mismo sentido que se le da en la acción de tutela, por lo que la indemnización de perjuicios debe ser inherente al goce del derecho fundamental que ha sido vulnerado e indispensable para su restableci-

1 Colombia. Sentencia C 543 de octubre 1 de 1992, Sala Plena de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández



miento; por lo tanto consideramos que debe existir una relación de dependencia entre la indemnización del perjuicio y el goce efectivo del derecho fundamental.

## **2. QUE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO SEA MANIFIESTA Y CONSECUENCIA DE UNA ACCIÓN CLARA E INDISCUTIBLEMENTE ARBITRARIA.**

Este requisito trata más de una situación de hecho que debe valorar el juez, de conformidad con lo establecido al interior del proceso, toda vez que debe ser manifiesta la violación del derecho fundamental, es decir que debe ser evidente, patente, clara y palpable por el juez y además debe provenir de una acción arbitraria del responsable, es decir que haya actuado con arbitrariedad, o sea en forma contraria a la justicia, a la razón o a las leyes; un actuar guiado solo por la voluntad o el capricho del responsable. Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T 403 de 1994 expresamente estableció: *“No es suficiente, entonces, con el hecho objetivo de que el derecho fundamental aparezca afectado o en peligro, sino que se requiere que el desconocimiento del derecho haya sido ostensible y que el sujeto activo haya actuado en abierta trasgresión a los mandatos constitucionales, a su arbitrio, con evidente abuso de su poder”*.

## **3. Es una potestad que tiene el juez de tutela para ordenar de oficio la indemnización**

El artículo 25 del decreto 2591 de 1991 establece en cabeza del juez que conoce la acción de tutela la potestad de ordenar de oficio la indemnización del perjuicio causado con la transgresión del derecho fundamental, esta potestad, no es muy ejercida hoy en día por los diferentes jueces que conocen de las acciones de tutela, consideramos nosotros, por dos razones: la primera porque siempre se ha pensado que la finalidad de la acción de tutela es solamente la protección del derecho fundamental vulnerado, y la segunda porque el mal entendimiento de esta norma y lo exigente de su interpretación, hace que sea más fácil para el juez no hacer uso de dicha potestad, aunque eso implique el desconocimiento de los derechos de la víctima. Son muy pocos los casos en los cuales los jueces condenan de oficio a la indemnización de estos perjuicios y en la mayoría de los casos en los que se ordena la indemnización correspondiente ha sido la parte afectada en sus derechos fundamentales, la que ha solicitado el reconocimiento de la indemnización. Desafortunadamente por tratarse de una facultad que el juez puede ejercer o no, la decisión judicial ordinariamente se reduce a la protección del derecho

fundamental vulnerado sin considerar los efectos nocivos de la violación patrimonial de la víctima, derivada de la trasgresión del derecho fundamental protegido.

Pero la pregunta que más inquieta, sería, ¿qué sucede cuando la parte solicita la indemnización de perjuicios, es decir, no deja que sea solo una potestad que el juez pueda ejercer de oficio, sino que por el contrario, solicita la correspondiente indemnización? Considero que en este caso el juez no está obligado a conceder la indemnización sino en tanto estén probados todos los requisitos que el art. 25 exige, pero si es su deber pronunciarse sobre ella, así sea para negarla, pero lo importante es que se pronuncie sobre dicha solicitud, para cumplir con el principio de congruencia de la sentencia, consagrado en el art. 305 del C.P.C.

#### **4. Se ordena la indemnización en abstracto del daño emergente causado.**

Uno de los aspectos que más llama la atención en relación con la indemnización de perjuicios en el trámite de una acción de tutela es que se haga referencia a una condena en abstracto, contrariando lo dispuesto por el art. 307 del Código de Procedimiento Civil, que se refiere a la condena en concreto, según el cual cuando se condena al pago de perjuicios, entre otros, se hará por valor y cantidad determinado y si no existe prueba sobre la condena en concreto el juez decretará de oficio las pruebas que considere necesarias para tal fin. La razón de ser de esa condena en abstracto se encuentra principalmente en que con la condena en concreto se estaría lesionando el procedimiento preferente y sumario de la acción de tutela, ya que se haría necesaria la práctica de pruebas para determinar el valor de los perjuicios, por lo que la ley autorizó al juez de tutela a condenar en abstracto lo referente al daño emergente, cuya liquidación se tramitará a través de un incidente que se adelantará frente al juez correspondiente, ya sea civil si la entidad demandada es de derecho privado o frente a la jurisdicción contenciosa administrativa si es del sector público. Por lo tanto la indemnización de perjuicios que se pretende cumplir con el trámite de la tutela no busca retardar ni hacer engorroso el trámite de dicha acción sino que la misma mantenga ese curso preferente, en cabeza del juez de tutela, quien debe remitir el proceso para que se lleve a efecto la liquidación del daño emergente y de los demás perjuicios por medio de un trámite incidental.

Si bien el artículo es claro al expresar que la condena en abstracto se refiere solamente al daño emergente, entendido como las sumas de dinero que han salido o que tendrán que salir del patrimonio de la víctima para atender las con-

secuencias del daño,<sup>2</sup> cabe preguntarse si puede llegar a indemnizarse cualquier otro perjuicio generado por la trasgresión del derecho fundamental, como serían por ejemplo un lucro cesante, entendido como las sumas de dinero que dejan de ingresar al patrimonio de la víctima o perjudicado como consecuencia del hecho dañoso<sup>3</sup> o unos perjuicios extrapatrimoniales como unos morales subjetivos, entendidos como esa angustia, dolor o tristeza que se origine en la vulneración del derecho fundamental.

Al respecto digamos que si bien en la parte inicial del artículo, se limita la indemnización al daño emergente, no sucede lo mismo en la segunda parte del mismo, cuando se refiere a *“La liquidación del mismo y de los demás perjuicios se hará...”*. Es decir que queda abierta la puerta para que los demás perjuicios, es decir todos aquellos diferentes al daño emergente, puedan liquidarse ante el juez que adelante el incidente de liquidación respectivo.

## **5. LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO EMERGENTE DEBE SER NECESARIO PARA EL GOCE EFECTIVO DEL DERECHO.**

Esta es una de las características más importantes que debe cumplir la indemnización de perjuicios en la acción de tutela, toda vez que es esa relación de dependencia entre la indemnización del perjuicio y el goce efectivo del derecho fundamental lo que permite su reconocimiento. Al respecto la Corte Constitucional ha expresado en la sentencia T 403 de 1994: *“La indemnización debe ser necesaria en el caso concreto para asegurar el goce efectivo del derecho. Es eso lo que justifica que de modo excepcional pueda ser buscada y decretada dentro del procedimiento de tutela, toda vez que -se repite- el sentido principal de la institución es el de garantizar que serán respetadas las normas de la Carta en materia de derechos fundamentales. Entonces, hacer uso de la acción con el sólo propósito de obtener el resarcimiento de perjuicios equivaldría a desfigurarla”*.

2 Colombia. Art. 1614 CC *“Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento...”*

3 Colombia. Art. 1614 CC *“...y 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”*.

## **6. TRAMITE INCIDENTAL.**

El varias veces citado art. 25 del decreto 2591 de 1991 establece que la liquidación del daño emergente al que se condenó en abstracto en la sentencia de la tutela, así como los demás perjuicios que se hubieren causado se liquidarán por tramite incidental que se adelantará ante la jurisdicción contencioso administrativa o ante el juez competente, dentro de los seis meses siguientes, para lo cual el juez que hubiere conocido la tutela remitirá copia inmediatamente de toda la actuación.

Si bien en el decreto no se regula el correspondiente incidente, entendemos que debe aplicársele el tramite establecido en el Código de Procedimiento civil, a partir del art. 135, en el que se establece que se tramitarán como incidente las cuestiones accesorias que la ley expresamente señale, tal como ocurre con la liquidación de los perjuicios originados en la trasgresión de un derecho fundamental. El citado incidente se adelantará ante el juez contencioso administrativo o ante el juez civil correspondiente, según que el demandado haya sido una entidad estatal o una entidad de derecho privado.

## **7. LA CONDENA SOLIDARIA CONTRA LA ENTIDAD DE LA QUE DEPENDE EL DEMANDADO Y ÉSTE MISMO.**

El art. 25 establece una responsabilidad solidaria para el pago de la indemnización de los perjuicios que se originen en la vulneración del derecho fundamental, entre la entidad a la que pertenece el demandado y éste mismo, si ha actuado con dolo o culpa grave por su parte,

Esta solidaridad, es uno de los eventos más interesantes, consagrados en el art. 25, toda vez que de conformidad con el art. 90 de la Constitución Nacional, el Estado responde patrimonialmente por los daños antijurídicos causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, pudiendo repetir contra sus agentes, cuando éstos actúan en forma dolosa o culposa; sin embargo el decreto 2591 en su artículo 25 establece una responsabilidad solidaria entre la entidad demandada y el agente que cometió la lesión del derecho fundamental, convirtiéndose en una excepción al principio de reparación patrimonial por parte del Estado. Es una clara muestra de lo excepcional que se constituye la indemnización de perjuicios dentro de la acción de tutela.

Al referirse a la constitucionalidad del art. 25 del decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional en la sentencia C 543 de octubre 1 de 1992, no fue muy minuciosa en el examen a las condiciones exigidas por el artículo para obtener la indemnización de perjuicios, sino que simplemente se limitó a establecer que dicho artículo era constitucional, al considerar que la indemnización de perjuicios es la consecuencia que trae el derecho, aplicando principios de justicia, cuando existe un daño generado por una acción u omisión antijurídica y que consiste en el resarcimiento por parte de quien lo ocasiona, tal como lo establece el art. 90 de la Constitución Nacional. Los demandantes de la inconstitucionalidad del artículo sostenían además que la indemnización de perjuicios y la condena en costas solo podían obedecer al resultado de un debido proceso, a lo que la Corte Constitucional afirmó que en ningún momento se están trasgrediendo las disposiciones constitucionales ya que por ser el trámite de la tutela un proceso sumario y preferente, no implica que se esté violando el debido proceso, consagrado en el art. 29 de nuestra Carta Magna.

Sin embargo, la Corte Constitucional, a través de sentencia T 403 de 1994, con magistrado ponente el Dr. José Gregorio Hernández, analizó detalladamente las condiciones para que proceda la indemnización de perjuicios en el desarrollo de una acción de tutela. De la lectura de esa sentencia, se puede concluir que si bien es cierto la finalidad primordial de la acción de tutela es la protección de los derechos fundamentales y no la indemnización de perjuicios, esta última puede realizarse cuando a la persona que se le lesiona el derecho fundamental y solo se condena en forma excepcional, para lo cual se requiere que el afectado no disponga de otro medio judicial, que la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, que la indemnización sea necesaria para asegurar el goce efectivo del derecho, que se le respete el derecho de defensa y el debido proceso al demandado. Así mismo limita la indemnización en el caso concreto, a la condena *in genere* únicamente del daño emergente. Y afirma la Corte : *“A lo dicho debe agregarse que si el juez de tutela, fundado en la viabilidad de la condena “in genere” según los presupuestos legales en comento, accede a decretarla, debe establecer con precisión en qué consistió el perjuicio; cuál es la razón para que su resarcimiento se estime indispensable para el goce efectivo del derecho fundamental; cuál es el hecho o acto que dio lugar al perjuicio; cuál la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño causado y cuáles serán las bases que habrá de te-*

*ner en cuenta la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o el juez competente, según que se trate de condenas contra la administración o contra particulares, para efectuar la correspondiente liquidación”.*

En la sentencia T 403 de 1994, la Corte constitucional deja claro el carácter accesorio que tienen la condena en perjuicios en el desarrollo de una acción de tutela, toda vez que dicha condena solamente procede si se concede la tutela, de otra forma, no puede haber condena en perjuicios, sino a través de las vías ordinarias, pero a pesar de lo anterior, nada impone al juez que concede una tutela, la obligación de condenar en perjuicios, ya que debe cumplirse con todas las condiciones consagradas en el art. 25 del decreto 2591 de 1991, para que sea procedente dicha indemnización.

Las anteriores consideraciones permiten afirmar, en nuestro concepto, que en desarrollo de la acción de tutela si es factible alcanzar la protección global del derecho que incluye la reparación de los perjuicios ocasionados, siempre y cuando se cumpla con las exigencias de ley, ya que es una facultad que excepcionalmente dio el legislador a quienes se les lesiona o pone en peligro sus derechos fundamentales. Por lo tanto no compartimos la posición de quienes consideran que este último referente a la indemnización debe ser materia de otro proceso, prolongado así el viacrucis de la víctima de los abusos en contra de sus derechos.



# LA INDEMNIZACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS ACCIDENTES DE LA CIRCULACIÓN EN EL DERECHO BELGA

Juan Ricardo Prieto Peláez<sup>1</sup>

## CONTENIDO:

Introducción

El seguro obligatorio de responsabilidad civil en materia de vehículos automotores

El sistema de indemnización a las víctimas de los accidentes de la circulación, basado en el riesgo creado y no en la culpa.

El fondo común de garantías

## INTRODUCCIÓN

En nuestro país, Colombia, existe un parque automotor de aproximadamente 3.588.632<sup>2</sup> vehículos, en donde se incluyen tanto vehículos particulares como vehículos de servicio público. Entre el año de 1994 y 2004, se presentaron un número aproximado de 2.025.587 accidentes de tránsito en nuestras carreteras nacionales (lo que arroja un promedio de 504 accidentes de tránsito diarios), lo cuales ocasionaron la escalofriante cifra 74.277 muertes en el mismo periodo de tiempo (lo que arroja un promedio de 18.5 muertes diarias en accidentes de la circulación). Si analizamos las tasas de accidentalidad de otros medios de transporte como son el ferroviario, el fluvial y el aéreo, tenemos las siguientes

- 1 Abogado Universidad Pontificia Bolivariana, Magíster en Derecho y Economía de los Seguros, Universidad Católica de Lovaina – Bélgica. Especialista en Derecho Procesal Civil, Universidad Externado de Colombia, Asesor Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación, miembro del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado.
- 2 Información obtenida de la página web, [www.mintrsaporte.gov.co](http://www.mintrsaporte.gov.co)



cifras: En el transporte ferroviario entre el año de 1994 y 2004 se presentaron 8.132 accidentes de esta naturaleza en donde perdieron la vida 48 personas (lo que equivale al 0.000646% de las muertes que se produjeron por accidentes de la circulación terrestre en el mismo periodo de tiempo); en el transporte fluvial, en el mismo periodo de tiempo se produjeron 117 accidentes que le ocasionaron la muerte a 105 personas (lo que equivale al 0.00141% de las muertes que se ocasionaron por accidentes de la circulación terrestre) y en el transporte aéreo, se produjeron 382 incidentes y 355 accidentes en donde perdieron la vida 662 personas (lo que equivale al 0.00891% de las muertes de que ocasionaron por accidentes de la circulación terrestre).

Lo anterior, es solo una muestra, de la alta tasa de mortalidad que representa para nuestro país, el fenómeno absolutamente necesario de la movilidad y de la circulación automotriz.

Ahora bien, desde el punto de vista del derecho y de la finalidad de la institución de la responsabilidad civil, que no es otra que mantener un equilibrio patrimonial entre las personas de una sociedad, y frente a lo que mueve el interés por este estudio, tenemos que desafortunadamente, una gran mayoría de las personas que resultan víctimas de un accidente de la circulación, no tienen la posibilidad de ser indemnizadas por los perjuicios ocasionados. Y ello, no es que sea una crítica, a nuestro sistema judicial ni mucho menos, al sistema de responsabilidad civil que se consagra en nuestro Código Civil, sino que simplemente obedece a situaciones de hecho, como por ejemplo, que el lesionado o los herederos del fallecido se encuentran con que la persona causante del accidente, no tiene patrimonialmente la manera de responder por los perjuicios ocasionados, o sucede con frecuencia, que el causante del accidente no cuenta con un seguro de responsabilidad civil<sup>3</sup> que permita que una entidad aseguradora honre la indemnización en virtud del contrato de seguros, o en el peor de los casos, teniendo un seguro de responsabilidad, la víctima se encuentra con la insolvencia tanto del asegurado como de su asegurador. También, en no pocas ocasiones, las víctimas se quedan sin su derecho a ser indemnizadas, cuando el vehículo causante del accidente se evade del lugar de los hechos sin que sea posible identificarlo, o cuando el accidente ocurre por caso fortuito o en él contribuye el comportamiento de la propia víctima o simplemente porque no tiene la oportunidad de acceder

3 Según Fasecolda ([www.fasecolda.com](http://www.fasecolda.com)) y gracias a la información suministrada por las compañías de seguros en enero de 2006 el número de vehículos asegurados era de 989.698., lo que sólo equivale 27% del parque automotor del país.

a la administración de justicia, para que luego de un extenso proceso ordinario se defina su situación.

Las anteriores situaciones en varios países de Europa Occidental, han sido analizadas y superadas legislativamente mediante la de creación figuras, tales

como la obligación de tomar un seguro de responsabilidad civil para todos los propietarios de los vehículos y la creación de fondos de garantía para las víctimas de los accidentes de la circulación que operan en defecto de las obligaciones de las compañías de Seguros, con el único y loable propósito de no dejar a las víctimas de los accidentes de la circulación terrestre sin indemnización.

Entre los países Europeos que han tomado estas medidas, se destaca Francia, que mediante la ley del 5 de julio de 1985, más conocida como la *ley Badinter*, estableció un régimen especial relativo a la indemnización de las víctimas de los accidentes de la circulación. Posteriormente, y tras haber estudiado y analizado la experiencia Francesa, el legislador Belga, expidió la ley del 21 de noviembre de 1989, que entró a regir a partir del 6 de mayo de 1991 por medio de la cual, se creaba la obligación para los propietarios de los vehículos de tomar un seguro obligatorio de responsabilidad civil (I), además de que se establecía un sistema de indemnización a las víctimas de los accidentes de la circulación, basado en el riesgo creado y no en la culpa (II), y se creó y reglamentó el Fondo Común de Garantías (III). La ley del 21 de noviembre de 1989, posteriormente fue reformada por las leyes del 30 de marzo de 1994, del 30 de abril de 1995 y del 19 de enero de 2001, la cual en la actualidad se encuentra vigente y tiene como objetivo, repetimos, la indemnización de las víctimas de los accidentes de la circulación en un sistema basado en el riesgo creado por la actividad automovilística y no en la culpa o falta de sus intervinientes.

Dada la importancia e influencia que ha tenido a lo largo de la historia el derecho Francés y Belga en nuestro ordenamiento jurídico, es por lo que consideramos de interés, conocer, mediante el plan propuesto, cómo es el sistema establecido en éste último país, para la indemnización de las víctimas de los accidentes de la circulación, no sin antes advertir, que el modelo Belga, ha sido tomado por su importancia y eficacia como referente, en gran parte de los países europeos e incluso en países de otros continentes.

## I. EL SEGURO OBLIGATORIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN MATERIA DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES

El artículo 2 de la ley del 21 de noviembre de 1989 del ordenamiento jurídico belga, establece:

*“Los vehículos automotores, solo pueden circular sobre la vía pública, los terrenos abiertos al público, y los terrenos no públicos pero abiertos a un cierto número de personas que tengan el derecho a frecuentarlos, si la responsabilidad civil a la cual puede haber lugar está cubierta por un contrato de seguros...”*

*La obligación de contratar el seguro incumbe al propietario del vehículo. Si otra persona contrata el seguro, la obligación del propietario se suspende por el tiempo de duración del contrato suscrito por la otra persona”.*

Es claro entonces, que en Bélgica, existe una obligación para el propietario de todo vehículo automotor<sup>1</sup> de contratar con una compañía aseguradora, una póliza de responsabilidad civil, para efectos de que las víctimas de un accidente de la circulación, se dirijan hacia la aseguradora, con el fin de obtener el pago de su indemnización. Es muy importante anotar, que en dicho país existe una protección especial para con las víctimas, para garantizar sus indemnizaciones, pues son las compañías de seguros las únicas deudoras de la obligación de indemnización, y solamente a ellas, las víctimas se pueden dirigir, mediante la denominada y muy conocida por nosotros, acción directa.

La propia ley establece cuál es el procedimiento que deben seguir tanto las aseguradoras como las víctimas para el pago de las indemnizaciones, para lo cual indica que cada compañía aseguradora debe nombrar un representante encargado del pago de los siniestros (Artículo 12 –1 de la ley) quien dispone de los poderes suficientes para representar la compañía aseguradora frente a las personas lesionadas. Este representante, desde la fecha en que recibe la solicitud de indemnización por parte de la persona lesionada tiene que presentar una oferta de indemnización motivada, siempre y cuando la responsabilidad o la aplicación del artículo 29 bis de la ley del 29 de noviembre de 1989, no sea puesta en entre dicho y el daño esté cuantificado. Sin embargo, si el daño no está cuantificado pero es cuantificable la aseguradora debe presentar una oferta anticipada, que

1 Según el artículo 1 de la ley del 21 de noviembre de 1989, vehículo automotor, es “el vehículo destinado a circular sobre el suelo, que puede ser accionado por una fuerza mecánica, sin estar ligado a una vía férrea” Igualmente la ley asimila a vehículo automotor, los remolques atados a los vehículos que sirven para el transporte de personas o cosas.

tenga en cuenta, los gastos acreditados, la naturaleza y duración de la lesión y el perjuicio resultante de los periodos de incapacidad temporal ya constatados. Esta oferta anticipada debe comprender igualmente la indemnización sobre el perjuicio más probable en el futuro.

Ahora bien, si dentro del término fijado la aseguradora no presenta ninguna oferta, el asegurado es obligado de pleno derecho al pago de una suma complementaria calculada a la tasa de interés legal sobre el monto de la oferta de indemnización que posteriormente se realice o sea otorgada por un Juez a la persona lesionada, durante el periodo transcurrido entre el día siguiente a la expiración de los tres meses hasta el día siguiente a la fecha de la recepción de la oferta por el lesionado o el día en que la sentencia que otorga la indemnización se encuentre debidamente ejecutoriada, según el caso. Igual sanción se presenta cuando el monto de la oferta es manifiestamente insuficiente y será calculado el interés debido, sobre la diferencia del monto de la oferta y el monto que finalmente se reconozca en una sentencia indemnizatoria.

Todo lo anterior nos indica que debido a la obligación de asegurarse en responsabilidad civil automóvil para el propietario de un vehículo, las aseguradoras tienen unas obligaciones muy concretas y especialmente reguladas por la ley, para efectos de llevar a buen término, el objetivo de la ley, cual es, la indemnización de las víctimas, razón por la cual establece un procedimiento ágil y expedito que se debe seguir, frente a las solicitudes de indemnización que presentan las víctimas. (Artículos 13, 14 y 15 de la ley de 21 de noviembre de 1989)

Por otra parte es muy importante destacar que el artículo 16 de la mencionada ley establece:

*“Sin perjuicio de las disposiciones de la sección 3 del presente capítulo, ninguna nulidad, ninguna excepción o declinación derivada de la ley o del contrato de seguro, no puede ser oponible por parte del asegurador a la persona lesionada.*

*Todo contrato de seguros, celebrado en virtud de la presente ley, se reputa que cubre de pleno derecho, frente a la persona lesionada, todos los riesgos que deben obligatoriamente ser asegurados”.*

Esta disposición, que en regímenes jurídicos, como el nuestro, pareciera absolutamente desnaturalizante del contrato de seguro, ratifica claramente el objetivo de la ley, que no es otro, repetimos, que tener un sistema eficaz que permita a las víctimas de los accidentes de la circulación obtener una indemnización.

En nuestro país, el artículo 1044 del Código de Comercio establece: “*Salvo estipulación en contrario, el asegurador podrá oponer al beneficiario las excepciones que hubiera podido alegar contra el tomador o el asegurado, en casos de ser éstos distintos de aquél, y al asegurador las que hubiera podido alegar contra el tomador*”. Así por ejemplo, en Colombia, si una persona asegurada en responsabilidad civil, causa voluntariamente lesiones a una persona con su automóvil, la compañía de seguros, apoyada en la ley, generalmente rechazará cualquier reclamación que le realice el lesionado, en razón, a que el dolo, según el artículo 1055 es inasegurable.

En Bélgica, por el contrario, y con el único fin de no dejar a la víctima sin indemnización, se considera, que desde el punto de vista de la víctima, un accidente provocado intencionalmente por el conductor de un vehículo automotor es un accidente de la circulación y por lo tanto entra en el campo de aplicación de la ley y en consecuencia la compañía aseguradora del vehículo, deberá proceder a la indemnización. Ahora bien, realizado el pago, el asegurador tiene derecho de repetir por lo pagado frente a su propio asegurado. Lo que se ilustra, es predicable de cualquier motivo de nulidad o de declinación de la garantía otorgada por parte de la aseguradora, como sería el caso de no pago de la prima, en el sentido de que son inoponibles al tercero afectado y por lo tanto se debe proceder a la indemnización, pero una vez realizado el pago la asegurada puede repetir frente a su propio asegurado.

## **II. El sistema de indemnización a las víctimas de los accidentes de la circulación, basado en el riesgo creado y no en la culpa.**

El literal a) de artículo 2 de la ley del 19 de enero de 2001, que modificó el artículo 29bis, de la ley del 21 de noviembre de 1981, establece:

*“En caso de un accidente de la circulación en el cual resulte implicado uno o varios vehículos automotores en los lugares referidos en el artículo 2 & 1er,<sup>2</sup> con excepción de los daños materiales y de los daños sufridos por el conductor de cada vehículo automotor implicado, todos los daños sufridos por las víctimas y sus causahabientes que resulten de las lesiones corporales o de la muerte, comprendiendo sus prendas de vestir, serán indemnizados solidariamente por las aseguradoras, quienes, conforme a la presente ley, cubren la responsabilidad del propietario, del conductor o del tenedor del vehículo automotor. La presente disposición de aplica igualmente si los daños han sido causados voluntariamente por el conductor.*

<sup>2</sup> Se refiere a los lugares referidos en el artículo 2 de la ley del 21 de noviembre de 1981, ya citado por nosotros.

*En caso de un accidente de la circulación en donde resulte implicado un vehículo automotor ligado a una vía férrea, la obligación de indemnizar los daños previstos en el inciso precedente, incumbe al propietario del vehículo.<sup>3</sup>*

*Los daños ocasionados a las prótesis funcionales son considerados como lesiones corporales. (Se debe entender por prótesis funcionales: los medios utilizados por la víctima para compensar las deficiencias corporales).*

*...Las víctimas mayores de 14 años que han deseado el accidente y sus consecuencias no pueden beneficiarse de las disposiciones previstas en el inciso primero.*

*El conductor de un vehículo automotor y sus causahabientes, no pueden beneficiarse del presente artículo, salvo si el conductor actúa en calidad de causahabiente de una víctima que no era conductor, siempre y cuando no haya causado intencionalmente el daño.*

*...Las reglas de la responsabilidad civil, se aplicarán, en todo aquello que se sea regido por el presente artículo”.*

Sobre lo consagrado en este artículo por el legislador Belga luego de modificar la ley del 30 de abril de 1995, que había modificado a su turno la del 30 de marzo de 1994, se ha consolidado en la actualidad todo un sistema integral de indemnización automática a las víctimas de los accidentes de la circulación, que encuentra su fundamento sobre un sistema de responsabilidad general fundamentado en el riesgo y no en la culpa o falta<sup>4</sup> de las personas intervinientes en la movilidad.

En otras palabras, quien pone un vehículo en circulación crea un riesgo mayor de causar daños y por ese simple hecho debe por intermedio de su aseguradora, responder por los daños causados, prescindiendo por completo de los motivos o causas reales que en concreto hubieran producido el accidente y que harían aplicables las reglas del derecho civil, consagradas en el artículo 1382<sup>5</sup> del Código Civil Belga. Es decir este régimen especial deroga al régimen general establecido en el Código Civil.

3 La ley que establece el seguro obligatorio de responsabilidad civil, para los vehículos automotores, no somete a ésta obligación a los vehículos ligados a una vía férrea. Sin embargo, como son vehículos que igualmente crean un riesgo no menos importante que los automotores, se consideran que las víctimas no pueden tener un tratamiento diferente, y por lo tanto, sus propietarios deben indemnizar, en los mismos términos de la disposición analizada.

4 La jurisprudencia Belga ha establecido, que para que sea procedente la indemnización “no es necesario que el conductor de un vehículo implicado hubiera cometido una falta” Tribunal de Police de Liege, 20 de Septiembre de 2001. R.G.A.R., Mayo de 2002, Pág., 13562.

5 Bélgica. El artículo 1382 del Código Civil Belga, equivale al artículo 2341 de Nuestro Código Civil.

Veamos ahora muy sucintamente, en qué condiciones es aplicable, la mencionada disposición.

**1. Para que la víctima tenga derecho a obtener la indemnización de los perjuicios sufridos, lo primero que tiene que demostrar, es la existencia de un accidente de la circulación. (Un hecho de la circulación)**

Aunque a primera vista pareciera un concepto vano, para la jurisprudencia Belga ha sido muy importante establecer cuando existe o no un accidente de la circulación.

Doctrinariamente se ha considerado que un accidente de la circulación es un hecho repentino que genera un daño y que está plenamente relacionado con la alternancia de movimientos y paradas voluntarias o no propias de la actividad de movilización que se presenta, sobre la vía pública, en un lugar abierto al público o en un lugar privado que un cierto número de personas tienen el derecho de frecuentar.

La definición de que es y que no es un accidente de la circulación, no es siempre del todo fácil, pues mucho se ha discutido en aquel país, si cuando por ejemplo, un conductor de un vehículo causa un accidente voluntariamente, o si el ocupante de un bus pierde el equilibrio en el corredor, o si el pasajero al subirse sufre lesiones, estando el vehículo estacionado, o si un ciclista colisiona con un vehículo estacionado en un garaje, se trata o no en todos estos casos de un verdadero accidente de la circulación.

Por su parte la jurisprudencia ha establecido, que no es posible establecer parámetros absolutos, por lo que son el conjunto de circunstancias las que permiten establecer en un momento determinado si se trata o no de un accidente de la circulación.

De los casos mencionados anteriormente queremos hacer especial referencia, al hecho de que la Jurisprudencia Belga, considera como un accidente de la circulación, cuando el conductor causa voluntariamente el accidente. En este caso, aunque en relación con el conductor no se trata de un hecho repentino y no existe el aleas, propio de cualquier accidente, frente a la víctima si se presentan estos elementos, por lo cual, y en virtud del objetivo de la ley, se justifica su indemnización. Ya advertimos que en este caso, la aseguradora debe honrar la indemnización y repetir contra su propio asegurado.

## 2. Demostrado lo anterior, la víctima debe demostrar la implicación de un vehículo automotor en el accidente.<sup>6</sup>

En comparación con el derecho general de la responsabilidad vemos que se habla de implicación y no de causalidad,<sup>7</sup> es decir, éste concepto es sustituido por el concepto de implicación, por el cual entiende la jurisprudencia belga, como la simple intervención material de un vehículo en el accidente. Implicar viene del latín *implicare* que significa comprometer mezclar, por lo cual se ha dicho que un vehículo implicado en un accidente, es aquel que está comprometido, mezclado con el hecho de la circulación.<sup>8</sup>

El artículo referido, no exige ninguna falta del conductor del vehículo, ni ninguna relación de causalidad, solo basta con la existencia del hecho material, cual es que el vehículo hubiera intervenido en el accidente.

La intervención material, ha considerado la jurisprudencia, puede generarse por una implicación directa, que se presenta cuando hay contacto, entre el vehículo y la persona lesionada, o una implicación indirecta que se presenta, cuando no existiendo contacto, se demuestra que el vehículo ha jugado un rol perturbador en el accidente.<sup>9</sup>

El concepto de implicación, es sumamente importante porque permite la identificación del vehículo y de paso identificar la aseguradora contra la cual la víctima va a poder reclamar su indemnización. Ahora si varios vehículos resultan implicados en un mismo accidente, existe una obligación solidaria por parte de todas ellas.

## 3. Sobre los perjuicios indemnizables.

El fundamento inicial del sistema consistió, en buscar la privatización de los costos ligados a la reparación de los daños corporales causados en accidentes de la circulación, que hasta ese momento eran cubiertos por el sistema de la seguridad social.

6 V. infra 3, sobre la definición de un vehículo automotor

7 La noción de implicación es una noción diferente de la causalidad y debe interpretarse sin referencia a las nociones trascendentes del derecho general de la responsabilidad, aquella impone que exista al menos una cierta relación, un vínculo entre el vehículo y el accidente de la circulación. (Tribunal de Police de Mons, Junio 8 de 2000. R.G.A.R, Enero de 2002 No. 1 pág. 13481)

8 Infra No.8

9 Según la jurisprudencia francesa, un vehículo inmóvil resulta implicado en un accidente de la circulación cuando su posición ha perturbado la circulación (Cass. Fr. 21 oct. 1987, Bull., 87, II, No. 202.)



Esta concepción fue desarrollada por la citada disposición en donde se estableció la indemnización por éste sistema de todos los daños derivados de un atentado a la integridad física de la persona de donde se derive la muerte o una incapacidad, sean de carácter material<sup>10</sup> o inmaterial. Bajo este concepto, se encuentran comprendidos, entre otros, los gastos médicos, farmacéuticos, el daño emergente y el lucro cesante derivados del fallecimiento de una persona, los perjuicios económicos y financieros y así como los daños morales o daños a la vida de relación o alteración en las condiciones de existencia.

Por razones prácticas, la ley excluyó el reconocimiento por este sistema de los perjuicios no corporales, entendiéndose por tales, los que no se derivan de un daño a la integridad física de la persona, como serían, los daños de los vehículos, equipajes o cosas transportadas como por ejemplo joyas u objetos de valor, o daños causados los inmuebles. Para el reconocimiento de estos perjuicios, las víctimas deben acudir a los procedimientos ordinarios bajo el amparo de los principios generales de la responsabilidad civil.

Como una excepción de lo anterior, se reconoció la indemnización por el procedimiento automático, de los daños causados a la ropa de las víctimas y a las prótesis funcionales, bajo el entendido que son consideradas como medios para compensar las deficiencias corporales, como serían unas gafas o una aparato auditivo o un marcapasos, siempre y cuando se justifiquen por la necesidad de restablecer la función perdida por el accidente.

Así las cosas, se excluye de la indemnización, a título de prótesis funcionales por ejemplo, una gafas, si la víctimas las utilizaba antes del accidente, pues en este caso serán consideradas como daño material, excluido del campo de aplicación de la ley comentada, puesto que no tienen la finalidad de reemplazar una función perdida en el accidente

#### **4. Sobre los deudores de la indemnización.**

En virtud de la obligación de tomar el seguro de responsabilidad civil que tiene el propietario del vehículo, la aseguradora es quien tiene la obligación de indemnizar, es decir, es la deudora de la indemnización automática. De esto se deriva, que la víctima no tiene ninguna acción en contra del conductor, propieta-

---

<sup>10</sup> Bajo este concepto, la jurisprudencia Francesa (Pol. Verviers, 8 de junio de 2000), ha reconocido la indemnización del daño comercial, sufrido por una sociedad como consecuencia de la indisponibilidad de la gerencia, quien resultó lesionado en un accidente de la circulación.

rio o tenedor del vehículo. El derecho de acción solo puede materializarse en la reclamación directa frente a la aseguradora.

Lo anterior por cuanto el espíritu de la ley, radica en que la obligación de indemnización deba recaer sobre la aseguradora del vehículo implicado en el accidente con el fin de garantizar la real indemnización de las víctimas. Así, el propietario cumple con la obligación de tomar el seguro y la aseguradora, en caso de que se cumplan los presupuestos, cumple con la obligación de honrar la garantía.

También es deudor de la indemnización automática, el Fondo Común de Garantía de Automóviles, quien deberá indemnizar en ciertos casos que analizaremos en el acápite siguiente (III).

## **5. Sobre las personas beneficiarias del sistema de indemnización automática.**

En la actualidad, todas las víctimas de los accidentes de la circulación, en donde resulte implicado un vehículo, tienen derecho de beneficiarse de las indemnizaciones otorgadas por la ley referida con exclusión del conductor<sup>11</sup> y sus causahabientes.

En un principio mediante la ley del 30 de marzo de 1994<sup>12</sup> se consideró que los pasajeros del vehículo implicado, estaban excluidos del campo de aplicación del artículo 29 Bis de la misma ley, por considerarse que eran protegidos por la propia armadura metálica del vehículo, pero principalmente porque aceptaban compartir el riesgo creado por la actividad de la circulación. Desde el punto de vista económico, se argumentó, que incluir a los pasajeros del vehículo como beneficiarios del sistema de indemnización automática, podría llevar a un aumento de primas de 5%.<sup>13</sup>

11 La doctrina y la jurisprudencia Belga han unánimemente considerado adoptar una interpretación restrictiva de la noción de conductor, con el fin corresponder a la intención del legislador, cual era favorecer al mayor número de personas, víctimas de un accidente de la circulación. En tal sentido se ha considerado que el conductor es la persona que dirige el vehículo al momento del accidente, es decir aquella persona que en ese momento ejerce el control efectivo, sin que sea un requisito necesario que ocupe el asiento del conductor. Tribunal de Police de Liege, 20 de Septiembre de 2001. R.G.A.R, Mayo de 2002, Pág., 13562.

12 Dice la ley “El conductor y los pasajeros de un vehículo automotor y sus causahabientes no pueden beneficiarse del presente artículo”

13 Ver. DUBUISSON, Bernard. “La loi sur l’indemnisation automatique de certaines victimes d’accidents de la circulation.

Un año más tarde, mediante la ley del 13 de abril de 1995, se excluyó tal restricción y por lo tanto a partir de entonces, los pasajeros de los vehículos implicados en un accidente de la circulación tienen derecho a beneficiarse de la ley que hemos venido refiriendo. Básicamente se argumentó que no existían razones suficientes que permitieran justificar la desigualdad en el tratamiento otorgado entre las víctimas exteriores en relación con el vehículo y las personas transportadas en éste.

No ha sucedido lo mismo con el tratamiento otorgado a los conductores, quienes, a la hora actual, muy a pesar que también pueden ser víctimas de un accidente de la circulación, no tienen derecho a beneficiarse de la indemnización automática por los perjuicios sufridos, en razón a que se considera que siendo un sistema de responsabilidad objetiva fundamentado en el riesgo creado por la puesta en marcha de la actividad misma, no resulta lógico considerar que la persona que finalmente crea el riesgo, pueda beneficiarse de las disposiciones del régimen especial. Igualmente se considera que en tratándose de un seguro de responsabilidad civil, la naturaleza del mismo, hace que sean excluyentes la calidad de asegurado y la calidad de beneficiario de la indemnización.

Sin embargo, la ley establece, como una excepción a la excepción, que el conductor, puede beneficiarse de las disposiciones de la ley, cuando actúa en calidad de causahabiente de una víctima que no era conductora y bajo la condición de que él, es decir el conductor, no hubiera causado intencionalmente el daño. El caso se presenta cuando por ejemplo el pasajero fallecido es el padre del conductor, caso en el cual éste último puede beneficiarse de la ley para obtener la indemnización debida por la muerte de aquel, siempre y cuando no hubiera producido el accidente intencionalmente.

## **6. Sobre las exclusiones del derecho a la indemnización.**

Tratándose de un régimen de indemnización automática, y verificados los requisitos anteriores, actualmente y gracias a la expedición de la ley del 19 de enero de 2001, la única causa que permite a la aseguradora excusarse de honrar la garantía debida, es la falta intencional por parte de la propia víctima cuando es mayor de 14 años,<sup>14</sup> es decir, éste es el único motivo por el cual esta “categoría” de víctimas pierde su derecho a la indemnización, aclarando eso sí, que la prueba de tal circunstancia corresponde a la deudora de la indemnización, esto es,

<sup>14</sup> El texto de la ley, ya citado dice: “Las víctimas mayores de 14 años que han deseado el accidente y sus consecuencias, no pueden beneficiarse de las disposiciones prevista en el inciso primero”.

la aseguradora. Al respecto, ha dicho el Tribunal de Primera instancia de Bruselas en marzo de 2002:

*“Corresponde a la aseguradora del vehículo implicado en un accidente de la circulación aportar la prueba de la voluntad suicida que le imputa a la víctima, con el fin de excluir la aplicación del artículo 29 bis de la ley del 21 de noviembre de 1989. Si esta prueba puede ser establecida por presunciones, solo puede ser deducida de hechos conocidos y ciertos y por lo tanto estas deducciones no deben existir sin tener un vínculo con los hechos”.* (R.G.A.R., octubre de 2002 No. 8, Pág. 13620.)

Se debe conocer, que en un primer momento, con la expedición de las leyes del 30 de marzo de 1994 y del 13 de abril de 1995, se consideró que el único motivo que permitía exonerar del pago a la aseguradora era la falta inexcusable<sup>15</sup> de la propia víctima. Con la nueva normatividad, ley del 19 de enero de 2001, lo que buscó el legislador era restringir y limitar las hipótesis de rechazo a la indemnización que tenían derecho las víctimas, pues razonablemente se consideró que el concepto de falta inexcusable era mucho más amplio que el de falta intencional, siendo ello así un mayor número de personas tendrían el derecho a beneficiarse de la ley.

Ahora bien, ¿qué se debe entender por falta intencional? La doctrina ha considerado que la falta intencional de la víctima supone su voluntad deliberada por parte de la propia víctima de provocar el accidente y de aceptar todas sus consecuencias previsibles, sin que sea necesario relacionar ésta intención con cada uno de los perjuicios acaecidos en concreto.<sup>16</sup> También se ha dicho que la falta intencional se presenta cuando la víctima ha deseado el accidente y sus consecuencias.<sup>17</sup>

Es importante destacar, que la falta intencional conlleva la pérdida del derecho a la indemnización para las víctimas mayores de 14 años. Lo que lógicamente

15 La ley del 13 de abril de 1995, haciendo suya la definición dada por la Corte de Casación Francesa definió la falta inexcusable, como *“la falta voluntaria de una excepcional gravedad, que expone, sin razón válida a su autor a un peligro del cual él debía haber tendido conciencia”*, requiriéndose además que fuera la causa exclusiva del accidente. (Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, Marzo 1 de 2002. R.G.A.R., Octubre de 2002, No. 8, Pág. 13260.

16 DUIBUISON, Bernard. *“La loi du 19 janvier, modifiant le régime d’indemnisation des usagers faibles de la route”*.

17 Ver los motivos de exposición de la ley del 19 de enero de 2001, presentado ante la Cámara de Representantes de Bélgica el 9 de junio de 2000, por medio de la cual se buscaba el mejoramiento del régimen de la indemnización automática de los daños sufridos por los usuarios de las vías más vulnerables y los pasajeros de los vehículos.

significa que frente a las víctimas menores de 14 años, existe una cobertura en todos los casos, aún, si ellas provocan intencionalmente el accidente.

Todo lo anterior, permite concluir, que en Bélgica, cuando el accidente se presenta por fuerza mayor, o culpa exclusiva de un tercero o de la propia víctima, la aseguradora en responsabilidad civil, del vehículo implicado en el accidente, debe indemnizar a las víctimas, situación que no ocurre en nuestro país.

### **III. EL FONDO COMÚN DE GARANTÍAS**

El capítulo IV bis de la ley del 21 de noviembre de 1989, sobre las reglas relativas a la reparación de ciertos daños causados por vehículos automotores, establece en el artículo 19 bis-2 la creación de un Fondo Común de Garantías, a quien se le asigna, por un lado una misión de información para las personas víctimas de los accidentes de la circulación y por otro lado, la obligación de reparar los perjuicios causados por un vehículo automotor, en los casos designados por la propia ley.

Veamos entonces los casos en donde la indemnización a la víctima de un accidente de la circulación es debida por el Fondo Común de Garantías.

#### **a) Cuando el vehículo implicado en el accidente no se encontraba asegurado o cuando la aseguradora dos meses después del accidente no ha podido ser identificada.**

En este caso, el propietario del vehículo ha faltado a su obligación de asegurarse.<sup>18</sup> Así las cosas y para efectos de proteger a las víctimas que se enfrenten a esta situación, el legislador ha dispuesto que en estos casos sea el Fondo Común de Garantías, quien proceda de indemnizar a las víctimas. Resulta sumamente útil para la víctima, poder dirigirse al Fondo Común de Garantías para el pago de sus perjuicios corporales, cuando el autor del hecho no ha respetado su obligación de asegurarse.

---

18 En Bélgica en el año 2.000, se presentaron 7.500 accidentes de la circulación en los cuales, los vehículos implicados se encontraban asegurados y por lo tanto no existía una aseguradora que hiciera frente a las indemnizaciones debidas.

## **b) Cuando el vehículo implicado en el accidente no fue identificado.<sup>19</sup>**

Ha dicho la jurisprudencia que *“toda persona víctima puede obtener del Fondo Común de Garantía de Automóviles, la reparación de los daños derivados de las lesiones corporales causados por un vehículo automotor, cuando éste no ha sido identificado”*.<sup>20</sup>

Al respecto, se debe precisar que el concepto de no identificación concierne únicamente al vehículo y no a su conductor. Pero ¿qué ha entendido la doctrina y la jurisprudencia Belga por el concepto de no identificación, que es la noción central de la disposición?

En el año de 1988 el Tribunal de Anvers,<sup>21</sup> consideró que el hecho de que varias personas hubieran presenciado el accidente, no significaba que el vehículo había sido identificado. Luego se dijo que un vehículo se considera como identificado partir del instante en que se conocía la persona a nombre de quien estaba matriculado, por lo cual se considera que poco importa que la persona física que conducía el vehículo sea reconocida o no. Por lo que lógicamente ha entendido la jurisprudencia que el vehículo no identificado, es aquel sobre el cual no se conoce la persona a cuyo nombre está matriculado y sobre la cual pesaba la obligación de tomar el seguro de responsabilidad civil.<sup>22</sup>

Para efectos de la reclamación por éste concepto al Fondo de Garantías, sobre el lesionado-reclamante, recae la carga de probar que el accidente se presentó por la implicación de un vehículo que en últimas no fue posible identificar.<sup>23</sup> En este particular caso y para efectos de controlar el uso abusivo de ésta garantía, la jurisprudencia ha precisado que la carga de la prueba de la persona lesionada, recae especialmente sobre la demostración que el accidente fue provocado por un vehículo automotor no identificado, que el conductor desconocido ha cometido una falta y que existe una relación de causa efecto entre la falta y el daño ocasionado.<sup>24</sup>

19 En Bélgica en el año 2.000, se recibieron aproximadamente 1.639 reclamaciones por accidentes de la circulación causados por vehículos desconocidos, por los cuales el Fondo de Garantías, canceló aproximadamente 370.000. euros.

20 Cass. Bel. 5 de noviembre de 1997. *Dr. Circul* 1998, Pág. 382

21 Tribunal d'Anvers, 9 de marzo de 1988, *Bull. Ass.*, 1989 p. 92.

22 Ya se dijo que la importancia practica de saber que un vehículo resulta implicado en un accidente de la circulación, es permitir identificar la aseguradora que responderá por la indemnización.

23 Casación 13 de noviembre de 1997, *Dr. Circul*, 1998, Pág. 115

24 Según la U.P.E.A. (Unión profesional de compañía de seguros) “La víctima no debe probar que una serie de elementos de hecho, tales como las constataciones efectuadas sobre el lugar del accidente por las autoridades de policía que sin duda revisten una importancia particular. La presencia de un vehículo puede deducirse de huellas, como, pedazos de vidrio, fragmentos de pintura sobre otros vehículos, fugas de

### **c) Cuando el vehículo implicado había sido robado.**

Toda persona puede obtener del Fondo de Garantías la reparación de los perjuicios derivados de lesiones corporales, así como los daños materiales siempre y cuando no sobre pasen 248 euros, causados por un vehículo automotor, cuando la responsabilidad civil del propietario, conductor o tenedor del vehículo, no se encuentre cubierta por su aseguradora, por haber perdido los poderes de dirección del vehículo por hurto<sup>25</sup> o violencia.

El artículo 3 de la ley del 21 de noviembre 1989, establece que la aseguradora debe garantizar la indemnización de las personas lesionados cada vez que se establezca la responsabilidad del propietario, del tenedor o del conductor del vehículo asegurado, con exclusión de la responsabilidad de aquellas personas que obtengan la dirección y control del vehículo por hurto o violencia.

En estos casos, en vista de que la aseguradora no cubre la responsabilidad del ladrón y para efectos de no dejar a las víctimas sin la posibilidad de obtener su indemnización, la ley ha establecido que el Fondo Común de Garantías, debe proceder a la indemnización de las víctimas.

### **d) Cuando el accidente ha ocurrido por caso fortuito o fuerza mayor.**

Según la UPEA, toda persona lesionada puede obtener del Fondo Común de Garantías, la reparación de los perjuicios derivados de lesiones corporales, así como de los daños materiales,<sup>26</sup> siempre y cuando no sobre pasen 248 euros, cuando ninguna empresa aseguradora, es obligada a dicha indemnización en razón a que el accidente se ha presentado por caso fortuito que exonera de responsabilidad al conductor del vehículo que ha causado el accidente.<sup>27</sup>

---

aceite, o rastros de frenada... Igualmente el lugar donde la víctima fue encontrada, así como la naturaleza y la gravedad de las lesiones pueden aportar indicios preciosos”.

25 Bélgica. El artículo 461 del Código Penal Belga, tipifica el delito de hurto así “*Cualquiera que ha sustraído fraudulentamente una cosa que no le pertenece, es culpable de hurto*. La doctrina ha considerado que los elementos constitutivos del delito de hurto son tres, así, 1) la sustracción de una cosa, que en nuestro caso, sería el vehículo asegurado, 2) Contrarias la voluntad del propietario de la cosa, 3) Estar animado de una intención fraudulenta.

26 “El fondo común de garantías de automóviles, debe reparar los daños materiales cuando ninguna sociedad de seguros está obligada a ésta reparación en razón, o bien de un caso fortuito exonerativo para el conductor del vehículo que ha causado el accidente, o bien del hecho que la obligación de asegurarse no haya sido respetada”. (Cour de Casación, 29 Mars 2001. R.G.A.R, marzo de 2002 No.3, Pág. 13518)

27 “Es en relación con el conductor que ha causado el accidente que se debe apreciar el caso fortuito. Confrontado a un obstáculo imprevisible, como la proyección sobre su parabrisas de una pieza metálica de

### **e) Cuando se ha presentado insolvencia de la aseguradora.**

En Bélgica para que una empresa de seguros que tenga su domicilio principal en éste país,<sup>28</sup> pueda operar, debe recibir por parte de la Oficina de Control de Seguros, una autorización. Esta autorización de alguna manera certifica la seriedad y el estado de solvencia de la sociedad, en relación con ciertos criterios actuariales. Este control, presenta entre sus fines principales, verificar que las compañías aseguradoras autorizadas para operar puedan en todo momento cumplir con sus obligaciones.

Ahora bien, cuando una compañía aseguradora, entra por cualquier razón en estado de insolvencia, la Oficina de Control de Seguros, le retira su autorización para ejercer la actividad aseguradora en todos los ramos, y si ésta operaba en el ramo de la responsabilidad civil automóvil, y es retirada la autorización, las personas lesionadas en un accidente de la circulación por un vehículo asegurado en dicha aseguradora, pueden dirigirse al Fondo Común de Garantías para obtener la reparación de los perjuicios derivados de los daños corporales, así como de los daños materiales siempre y cuando no sobrepasen el monto de 247 euros.

Es evidente que este sistema refleja el deseo del legislador, de proteger a las víctimas, cuando las compañías aseguradoras, principales deudoras de las indemnizaciones derivadas de los accidentes de la circulación, no estén en capacidad de cumplir con sus obligaciones.

Para terminar, es conveniente precisar que el Fondo Común de Garantías, tiene la obligación de respetar todos los principios contables aplicables a todas las compañías de seguros pues él es objeto de control, por parte de la Oficina de Control de Seguros. El Fondo Común de Garantías, se sostiene económicamente, de las cotizaciones que recibe por parte de las aseguradoras de las primas obtenidas por el ramo de RC automóvil, lo que indica, que en últimas son los propietarios de los vehículos, que tienen la obligación de asegurarse, quienes contribuyen al sostenimiento financiero del Fondo.

Por otra parte, es muy importante dejar en claro, que en Bélgica no ha desaparecido la institución de la responsabilidad civil, pues según lo examinado, todos

---

38.5 cm de largo y 8 cm de ancho, el automovilista tiene un reflejo normal de intentar evitarlo dirigiendo su vehículo sobre la derecha y luego sobre la izquierda cuando ha constatado la presencia de otro vehículo sobre la derecha. Ninguna falta puede ser reprochable al conductor y el accidente es así imputable a un caso fortuito lo que genera la intervención del Fondo Común de Garantías. (Corte de Apelación de Bruselas. 26 de Enero de 1999. R.G.A.R abril de 2001 No. 4, Pág. 13371)

28 Cuando la aseguradora tiene su domicilio principal, en un país distinto, pero miembro de la comunidad económica europea, gracias a los diferentes acuerdos existentes entre estos países, la autorización otorgada por las autoridades del país de origen, es reconocida como válida en Bélgica.



los perjuicios derivados de un accidente de la circulación que no sean cubiertos o bien por una compañía aseguradoras o bien por el Fondo Común de Garantías, podrán ser reclamados, por su titular, acudiendo a los postulados y a la normatividad general de la responsabilidad civil. Por último debemos decir, que los belgas tienen un sistema más avanzado y protector que el nuestro, al que muchos algún día esperarían llegar.

# SOCIEDAD, CONDUCTORES Y VEHÍCULOS RIESGO SOCIAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL

**J. Ernesto Londoño González<sup>1</sup>**

*Art.11 El derecho a la vida es inviolable.*

*No habrá pena de muerte.*

*Constitución Política de Colombia*

*“Un vehículo que supera los 25 kilómetros por hora cuyo trayecto es en buena medida indeterminable necesariamente atentará segundo a segundo contra la vida humana, incluso en los países en donde se respetan las señales de tránsito....*

*¿Existe metáfora más contundente de la modernidad que la de un ataúd lustrado y reclinable que calza su propio “cinturón de seguridad” y mata con certificado?”  
Roxana Kreimer <sup>2</sup>*

49

## **CONTENIDO:**

Introducción

La sociedad de riesgo

Una catástrofe mundial oculta

La asimilación cultural de la catástrofe

---

1 Abogado, Universidad de Antioquia, miembro del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado.

2 KREIMER, Roxana. El Automóvil como Emblema de la Subjetividad Moderna. <http://www.etica.org.ar/kreimer.htm>. Págs. 2 de 3.

La catástrofe oculta en Colombia

Una responsabilidad calificada para un riesgo social

Responsabilidad social y riesgo automotor

Riesgo automotor y responsabilidad personal

Hacia una protección y reparación efectivas

## INTRODUCCIÓN

Hace ya muchos años me encontré con la obra del profesor Eduardo Novoa Monreal, catedrático y académico de número del prestigioso Instituto Chile, quien trasegó por diversas ramas del Derecho antes, durante y después de que su país viviera la brillante época de los años 60 cuando, - entre otras realidades -, *“la academia se volvió autocrítica y apuntó a la enseñanza legal con el objeto de superar la supuesta arritmia con que el derecho participaba en la marcha de la sociedad”*.<sup>3</sup>

Del mencionado jurista quiero destacar sus reflexiones sobre el papel del Derecho frente a la sociedad y a sus diversos modelos de desarrollo, asunto que lo llevó a plantear hipotéticos interrogantes contrapuestos: Es una mera herramienta para legitimar las diversas formas del poder o, - por el contrario - , ¿es una expresión que anticipa el cambio, fundándose en el interés público? ¿Es una talanquera frente al futuro o es una plataforma de despegue que apunta a tutelar la persona humana como fin y no como medio, lo que de paso tendría su mejor expresión en la constitucionalización de los derechos fundamentales,<sup>4</sup> como lo hizo en nuestro caso la Carta de 1991?

Para responder a esas disyuntivas el jurista chileno examinó por una parte los elementos que le quitan al Derecho el poder dinamizador y acelerante frente al cambio social, impidiéndole ser un agente para el logro de tales objetivos. Y en ese sentido advirtió con una amplia solidez argumental, que aunque el estancamiento no es una nota intrínseca a la normatividad sí es una características inherente a su formulación positiva, en vista de que el sistema mismo de las leyes

3 SIERRA, Lucas. Derecho, Cambio Social y los Juristas en Chile: De la estridencia de los 60 al silencio de hoy. Borrador de discusión en el SELA 2002. pág.1

4 FERRAJOLI, Luigi. Este autor elaboró una magnífica sustentación de esta categoría de derechos, al identificar los cuatro criterios axiológicos con base en los cuales se determinan las opciones ético-políticas que hoy se consagran positivamente como derechos fundamentales. Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales. Editorial Trotta 2001, Págs.52 y ss.

escritas carece de la flexibilidad de los procesos imperceptibles y opera mediante saltos, mientras que la vida social evoluciona de manera fluida y constante, lo que no solo los va alejando sino que posibilita, - ¿o hace inevitable? -, que la ley marche a la zaga de los hechos sociales.<sup>1</sup>

El enfoque contrario le permitió plantearse la pregunta ¿Es el Derecho un factor de cambio social? Y luego de argumentar en torno a su viabilidad, llegó a la conclusión de que *“las normas jurídicas son... el medio más eficaz y rápido para obtener de los seres humanos un comportamiento mínimamente compatible con una vida social que tenga en vista el mejoramiento de la sociedad y de los hombres que la forman y la creación de un ambiente que redunde en el bienestar de todos”*.<sup>2</sup>

Enfrentados diariamente a esa doble posibilidad de concebir el Derecho, es claro que sus cultores tenemos que escoger entre limitarnos a superponer las normas a los particularismos de los actos, las omisiones y los hechos, o acudir a la dinámica y al cambio que están inmersos en la cultura política de cada país, aunque a veces con una lentitud que los hace imperceptibles, para propiciar bruscas o serenas mutaciones preceptivas que interpreten o se ajusten a las nuevas realidades, enmarcándolas en el blindaje y la seguridad jurídica del Estado de Derecho.

## 1. LA SOCIEDAD DE RIESGO

Precisamente dentro de esa manera de enfrentar el abanico de situaciones cambiantes, el derecho ha visto que la responsabilidad civil es el instrumento más adecuado para conservar el equilibrio entre los intereses jurídicamente tutelados de las personas frente a la problemática que se genera por las acciones y omisiones recíprocas, pues su desarrollo conceptual y normativo ha pretendido ir respondiendo a los conflictos de relación de cada época, hasta llegar a un presente que está signado por la recurrente actualidad de acontecimientos dañosos de distinta naturaleza y proporciones.<sup>3</sup>

En ese contexto, hoy se considera que vivir y convivir con los peligros es una forma normal de vida, - y de muerte -, a tal punto que muchas de sus expresiones, entre ellas el riesgo del tránsito automotor, se han incorporado a la llamada *“sociedad de riesgo global”*, expresión que acuñó, junto con la teoría que la respalda,

1 NOVOA MONREAL, Eduardo.- El Derecho Como Obstáculo al Cambio Social. Siglo XXI Editores, 1981.

2 NOVOA MONREAL, Eduardo.- Instrumentos Jurídicos para una Política Económica Avanzada. ¿El Derecho como factor de Cambio Social? Ediciones Depalma, 1987, pág. 8.

3 SANTOS BALLESTEROS, Jorge.- Instituciones de Responsabilidad Civil. Tomo 1. Pontificia Universidad Javeriana 1996. pág.13

el filósofo y sociólogo alemán Ulrich Beck,<sup>4</sup> para quien “los peligros forman parte de los hábitos normales de consumo... (mientras que otras veces)...se exteriorizan como síntomas solo después que se combinan para formar una masa crítica”.<sup>5</sup> Esta concepción lo llevó a expresar que los hombres de hoy no solo se enfrentan a riesgos creados socialmente, sino que su eventual ocurrencia hace peligrar la supervivencia de la humanidad como especie, frente a lo cual solo queda propugnar por una utópica modernidad responsable o “segunda modernidad”,<sup>6</sup> bajo cuyos preceptos transcurre un presente de filo de navaja que, como tal, ha merecido el nombre de “Siglo del Riesgo”.

Pero como suele suceder con las hipótesis y formulaciones sociales, hubo quienes se apoyaron en los postulados de Beck para ampliar su horizonte conceptual sin pretender cambiar la esencia de su pensamiento original, destacándose entre ellos el británico Allan Michael Lavell<sup>7</sup> quien, luego de recordar que en el mundo de los riesgos “la probabilidad de daños y pérdidas, es un concepto fundamental que supone la existencia de dos factores: amenazas y vulnerabilidades”,<sup>8</sup> encontró que ellos pueden brindar “una conveniencia analítica que simplifica la realidad dinámica y dialéctica encerrada en la interpretación de ambos”.<sup>9</sup> Y como paso siguiente, valiéndose de un diagrama de Pareto, consiguió relacionar las amenazas y los riesgos con la distribución de la población, basado en la evidencia de que tanto ésta como la economía son en la actualidad predominantemente urbanas, a tal punto que tan solo en América Latina más del setenta y cinco por ciento de sus habitantes se encuentran en espacios de tales características.<sup>10</sup>

Con ese equipaje analítico, y sin apartarse de los planteamientos de Beck sobre la noción del riesgo social global, Lavell optó por darle una nueva lectura a la noción de “desastre” expuesta por aquel, y sin forzar la lógica de sus conceptos prefirió hablar de “amenazas globales sociales”. De esta manera pudo incorporar a su discurso, según sus propias palabras, “una

4 Nacido en Slupsk, Alemania, en 1944. Estudió sociología, filosofía, psicología y ciencia política en Friburgo y Munich. Se doctoró en 1972 y además de sus cátedras en las universidades de su país, es docente de London Schoos of Economics. Sus reflexiones sobre el riesgo global fueron inicialmente expuestas en 1998.

5 BECK, Ulrich. Irresponsabilidad Organizada, Poder y Riesgo. GSS. [www.iigov.org](http://www.iigov.org) Págs. 2 de 3.

6 ULRICH Beck. La Sociedad del Riesgo Global. Siglo XXI, 2002. Es de advertir que el término “segunda modernidad” había sido inicialmente utilizado por Beck en 1998 en su “Manifiesto Cosmopolita”, publicado por primera vez en inglés en marzo de 1998.

7 Mastre y PHD en Geografía Económica de la Universidad de Londres y coordinador de las más importantes investigaciones sobre desastres en las diversas regiones de América Latina.

8 LUNGO, Mario. Riesgos Urbanos (Compilación). Istmo Editores, mayo 2002. Págs. 17-28

9 Ibídem. págs.17 a 28

10 LAVELL, Allan. Desastres Urbanos: Una Visión Global. [www.riadel.cl](http://www.riadel.cl) /abril 2004 pág.1

*serie creciente de eventos físicos que afectan a las ciudades, que, - aunque aparentan ser naturales -, son creados por la intervención humana”*,<sup>11</sup> y al hacer el correspondiente inventario logró conformar cuatro grupos de tales amenazas, - las naturales, las siconaturales, las tecnológicas y las sociales-<sup>12</sup> incluyendo en las dos últimas la siniestralidad vial de los vehículos a motor.

La variante adoptada por Lavell se distancia entonces de Beck en que no exige que se trate de acontecimientos extraordinarios o repentinos y en que califica con la misma peligrosidad de aquellos a la acumulación repetitiva de daños que, - a la manera de una zapa -, van erosionando la vida social y las condiciones normales de existencia. Y a partir de tales datos logra concluir que sus consecuencias, si se consideran acumulativamente catastróficas, deben ser determinantes para darle relevancia a la causa de las catástrofes en lugar de proceder a la inversa, o sea que el valor adquiere significación por la incidencia acumulada de lo que se destruye, sin centrarlo, como se haría con una visión catastrófica puntual, en el evento que origine la destrucción.

Eso quiere decir que cualquier eventualidad que provenga de la naturaleza o del comportamiento interpersonal como expresión mínima de lo social será una catástrofe en cuanto pueda desembocar en una situación registrada, interpretada y documentada con un baremo antropocéntrico cuya peligrosidad no tiene que provenir de una ruptura instantánea y aislada del equilibrio de las condiciones, sino que admite también que el daño provenga de la erosión y deterioro constantes que van consumiendo al cuerpo social o a la misma naturaleza.

Lo importante es procurar que la detección, análisis y ponderación de esas situaciones se conviertan en la caparazón de la cultura misma, - cada sociedad enfrenta sus propias catástrofes -, para que fluyan dentro de una operación semántico-cognitiva que al estar inmersa en el acontecer, vaya formando defensas en el cuerpo social con miras a convertir las rutinas de hábitos y costumbres.<sup>13</sup> Cuyo aprovechamiento dependerá de que se traten con la prioridad y profundi-

11 Esta lectura es en esencia similar a la dada por Jonathan Glover, para quien “Los desastres son el producto de la interacción de individuos que no se entienden entre sí y que se temen unos a otros” como fruto del “radical aislamiento ético propio del individualismo desesperado”, lo que en el fondo expresa una oposición interpersonal y casi egoísta de intereses que se traduce en optar por desplazar los riesgos hacia los demás, asumiendo irracionalmente la lógica del avestruz. - Seguridad Sostenible. Colección del IIGE, Julio 2002.

12 LUNGO, Mario. Ob. Cit. págs. 17 a 28

13 LOZANO ASCENCIO, Carlos. La cultura del Riesgo Global a las Catástrofes. Comunicación presentada al VII Congreso Iberoamericano de Comunicación (IBERCOM). Maia, Oporto, Portugal. Noviembre de 2002. pág.4

dad requeridas en la escala de los valores vigentes, incluida la misma supervivencia. Esto, trasladado a la metodología de Lavell, permite una visión agrupadora de las amenazas sociales globales, en la que, a vía de ejemplo, caben tanto la peste bubónica o “*peste negra*” ocurrida en Europa occidental a mediados del siglo XIV como los accidentes de tránsito del presente, situaciones que aunque son claramente diversas habrían recibido, como lo hizo la OMS con los últimos, una idéntica calificación de epidemias, cuyo manejo y tratamiento estaría en ambos casos en cabeza de la salud pública.<sup>14</sup>

Con el soporte de las anteriores reflexiones nos proponemos llamar la atención sobre el riesgo vial y sobre la responsabilidad que él apareja para el Estado como expresión social y para los seres humanos en su individualidad, pues su poder destructor se ha convertido en un campo minado de tal peligrosidad, que su análisis ha pasado a tener una prioridad que convoca a diversas disciplinas, entre ellas la sociología, la medicina, la filosofía y la ética, así como la economía y obviamente el derecho.

## 2. UNA CATÁSTROFE MUNDIAL OCULTA

Tal vez porque el nomadismo nos viene desde la prehistoria, las diversas culturas conservan desde sus orígenes la memoria y leyendas de los viajes del hombre, bien para explorar en busca de alimentos, agua o mejores pastos, ora para ensanchar conquistas guerreras, - promover, aceptar desafíos o huir -, cuando no para sobrepasar los linderos hacia lo desconocido.

Desde entonces el ser humano se enfrentó no solo a múltiples peligros sino al reto permanente de vencer la fatiga, la inseguridad, las distancias y el tiempo, hasta convertir sus medios de transporte en elementos diferenciales de los pueblos que al desplazarse ampliaban y extendían su geografía, conservando un núcleo político que les permitía arraigar y mantener su señorío. Esto se repitió durante centurias monótonas en las que la rueda, - esa creación que se remonta al neolítico -, las embarcaciones primitivas y la domesticación instrumental de algunos animales, fueron los compañeros itinerantes del hombre en la tierra firme, los mares y los ríos.

14 OMS. Estrategia Quinquenal de la OMS para la Prevención de Lesiones por Accidentes de Tráfico. Ginebra, Suiza. 26-27 de abril de 2001. Ver igualmente, Informe Mundial Sobre la Prevención de Traumatismos Causados por el Tránsito. Publicación conjunta de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Banco Mundial (BM), 7 de abril de 2004.

Tan solo en el siglo XVIII se empezó a dar el paso gigantesco de la transformación instrumental de la energía,<sup>15</sup> al adaptar la máquina de vapor a la tracción de la locomotora y del buque, pero a pesar de que el francés Cugnot inventó el primer automóvil movido por ese medio en 1769, el salto cualitativo se dio cuando la primera fue sustituida por la versatilidad de la máquina compacta de combustión interna, patentada por el ingeniero francés Etienne Lenoir en 1860. Irrumpió entonces el vehículo automotor, cuyo origen todavía se lo disputan Inglaterra, Alemania y Estados Unidos, con Richard Trevithick, Gottlieb Daimler y los hermanos Duryea como protagonistas en sus respectivos países, dándole origen a la manifestación casi artesanal de la inventiva acumulada que se popularizó en los albores del siglo XX, a raíz de que en los Estados Unidos se incorporó la producción de automotores al proceso industrial como respuesta al crecimiento poblacional, a la concentración en las grandes ciudades y al diseño vial para las nuevas formas de comunicación terrestre, lo que al mismo tiempo transformó la infraestructura y la fabricación de medios de transporte para las personas, los bienes y la prestación de servicios.

Pero el avance exponencial que combinó la velocidad con el acortamiento de las distancias tuvo su mejor aliado en el rendimiento funcional, mecánico y tecnológicamente eficiente de los vehículos, catapultado desde mediados del siglo pasado por la informática y por el desarrollo científico ligado al uso y consumo de los combustibles.

Esto generó obvias modificaciones en el medio ambiente y en la seguridad física y mental de todos los actores, - incluidos los peatones, con un paradójico papel de extras -, y puso de presente de manera irónica el contraste repetido de aquellos avances que, al desarrollarse, desencadenan unos riesgos no previstos ni dimensionados en sus justas proporciones por quienes conciben y utilizan los objetos materializados por la inventiva, exponiendo al hombre a las lesiones que son consecuencia de la transferencia de energía que generan.<sup>16</sup>

15 Valiéndose del concepto de “marcado equilibrio” de la biología evolutiva, THUROW, Lester C., explicó así esa transformación instrumental: “En la historia del hombre son manifiestas las épocas de marcado equilibrio. Si bien los ejércitos de Napoleón aparecieron casi dos mil años después de los de Julio César, los primeros no lograron avanzar más rápidamente que los del caudillo romano, pues ambos dependían de los caballos y los carruajes. Pero 70 años después de la muerte de Napoleón, los trenes de vapor podían alcanzar velocidades superiores a 180 kilómetros por hora”. THUROW, Lester C. *El futuro del capitalismo*. Editorial Ariel, 1996, pág. 15.

16 El médico norteamericano HADDON, William J., considerado el padre de la protección de las lesiones, aplicó los principios de la física a los accidentes y a sus resultados y como fruto de su trabajo diseñó la matriz que lleva su nombre, para combinar las tres fases temporales de un siniestro, (antes, durante y después del mismo), con los que él llamó factores del triángulo de enfermedad o lesión, (huésped, agente



El resultado de una mezcla tan explosiva de amenazas no se hizo esperar, y apenas introducido el automóvil, por el año 1910, se empezó a incrementar la siniestralidad del transporte terrestre, como fruto de que la motorización masiva de USA se extendió a los países desarrollados de entonces. Como prueba de ello, mientras que en esa época la actividad no motorizada y ferroviaria cobró menos de 1200 víctimas mortales en Inglaterra y Gales, el incipiente automotor ya causaba unas 400 muertes, cifra que se elevó a 3.722 peatones en 1930. Y adicionalmente, después de ocurrida la Segunda Guerra Mundial, en cuyos resultados fue evidente el protagonismo estratégico del vehículo automotor, los países que vivieron la economía de la reconstrucción contabilizaron en los años cincuenta, - y sólo por esa causa -, cientos de miles de víctimas.

No obstante, el mayor detonante del riesgo automotor se presentó cuando los países de África, Asia y América Latina optaron también por la vía del transporte motorizado particular, tras la imposición de indicadores de progreso que incluían e incluyen en su canasta mediciones tan cualitativamente cuestionables como “vehículos por habitante” o “vehículos por kilómetro de carreteras construidas”, mientras que en sus empobrecidos presupuestos apenas si aparece una asignación incipiente para atender la seguridad y el mantenimiento de sus redes viales, frente a la evidente carencia de un sistema eficiente que garantice proactivamente el estado y la operación de los automotores, la idoneidad de los conductores y la exigencia eficaz en lo que atañe con el cumplimiento de las normas de circulación en todos sus aspectos.

Las consecuencias fueron penosamente obvias y los estudios, incluidos los estadísticos, aportaron resultados tan explosivos que la siniestralidad vial, como ya lo hemos mencionado, se trasladó al campo de la salud pública con connotaciones de una epidemia social. Por eso, y en aras de su consistencia, la OMS le está dando el tratamiento de una urgencia, con las implicaciones que se derivan de tal concepto, ya que prioriza su atención y exige un manejo científicamente sólido y cuantificable de los eventos de accidentalidad, sus causas y sus consecuencias,

---

y ambiente). En la fase previa al siniestro, la energía está aún bajo control, e incluye factores que contribuyen a la probabilidad del accidente; En el episodio, o segunda fase, se libera descontroladamente la energía y se puede producir el daño cuando su cantidad supera el límite de tolerancia de la víctima; y en la tercera fase, o fase posterior, se incluyen todos los factores que afectan el resultado después del siniestro, pudiéndose mejorar o empeorar el resultado. – En consonancia con su modelo definió la lesión como “un suceso dañino, producido por una transferencia de energía que supera los límites tolerables por el cuerpo... (y que)... puede ser física, mecánica, química, térmica, eléctrica; o resultado de la radiación”. Sandra Sofía Forero y otros. - Prevención de lesiones: Una Estrategia de Salvación para la Sociedad Moderna. Universidad Nacional de Colombia. [www.scare.org.co/info-cientifica](http://www.scare.org.co/info-cientifica) Págs. 3 y 5 de 9.

segmentando las diversas variables que pueden ser relevantes para el caso, entre ellas el sexo y edades de sus protagonistas, su educación y estado físico y mental, los días, horas y sitios en que ocurren los accidentes, las características de la infraestructura vial, los vehículos implicados y en general todos aquellos aspectos que faciliten conclusiones con base en la evidencia, a manera de insumos que sirven para definir las políticas, medidas y conductas que con el tiempo se deben convertir en hábitos sociales y particulares que combatan ese flagelo.

Como expresión de esa preocupación global, ya en junio de 1998 la doctora Astrid Heiberg, Presidenta de la Federación Internacional de la Cruz Roja y el Creciente Rojo, al presentar en Nueva Delhi su Informe Mundial de Catástrofes, formuló un llamado especial de alerta sobre los accidentes de tránsito, no vacilando en llamarlos la “catástrofe oculta” del planeta, por cuanto preveía que, de seguir con su ritmo devastador, las muertes producidas en tales circunstancias ocuparían en el año 2020 el tercer lugar entre todas las causas de muerte e incapacidad en el mundo.<sup>17</sup> Y como una expresión de identidad con tales planteamientos, la OMS diseñó en Suiza entre el 26 y 27 de abril de 2001 su Estrategia Quinquenal para la Prevención de Lesiones por Accidentes de Tránsito (LAT), incluyendo en ella la estimación de que las víctimas mortales por esa causa ascenderían a 8.4 millones en aquel año, lo que las convertía en la causa principal de muerte por traumatismos.<sup>18</sup>

En adición a ese análisis, y como la repercusión económica es un criterio que prima en nuestro tiempo para apreciar la importancia de un problema, - sin que eso implique una adhesión personal a tal jerarquía de valores -, es oportuno transcribir lo que al respecto consignó la OMS en uno de sus ya mencionados estudios especializados:

*“En términos económicos, - dice el informe -, se calcula que el costo de los traumatismos causados por choques en la vía pública representa aproximadamente el 1% del producto nacional bruto (PNB) en los países de ingreso bajo, 1.5% en los países de ingreso medio y 2% en los de ingreso alto. En el ámbito mundial, los costos estimados por choques en la vía pública se han estimado en US\$ 518.000 millones, de los cuales US\$ 65.000 millones corresponde a los países de ingreso bajo. Esta cifra excede la cantidad anual total que reciben por asistencia para el desarrollo. Además es posible que los costos estimados para los países de ingresos bajos y medios estén considerablemente subvaluados. A partir de los datos y técnicas de medición más abarcativos, se ha calculado que solamente en los países*

17 ESTEVAN, Antonio. Los accidentes de automóvil: una matanza calculada. <http://www.iigov.org/seguridad/> / 2003. pág.3 de 8

18 OMS. Ob. Cit.

*de la Unión Europea (UE), los costos anuales (tanto directos como indirectos) de los traumatismos causados por choques en la vía pública – que representan 5% de la mortalidad mundial - exceden los 180.000 millones de euros ( US\$ 207.000 millones). En los Estados Unidos, se ha estimado que en el año 2000 los costos en términos de capital humano de los choques en vía pública fueron de US\$ 230.000 millones. Si se hicieran estimaciones compatibles de los costos directos e indirectos de las colisiones vehiculares en los países de ingreso bajo y medio, el costo económico mundial con toda probabilidad excedería la estimación actual de US\$ 518.000 millones”.*<sup>19</sup>

### 3. LA ASIMILACIÓN CULTURAL DE LA CATÁSTROFE

El ablandamiento ético frente a las muertes causadas por los vehículos a motor y las explicaciones fáciles de que esas son las ofrendas propiciatorias que se deben presentar en el altar del progreso, - cuando no en el de un frío determinismo -, han merecido toda clase de reflexiones, entre las cuales bien vale la pena recurrir nuevamente a Roxana Kreimer, cuya explicación, novedosa e inteligente, tiene claros tintes surrealistas:

*“La falta de percepción de las muertes y de los accidentes, - dice la filósofa argentina -, obedece en parte a que el automóvil refleja la confianza moderna en la prístina conciencia, doctrina que presupone un individuo infalible, dueño absoluto de su conciencia y sus representaciones. Si se presupone un sujeto de conciencia absolutamente “clara y distinta”, el accidente no aparece como una posibilidad suscitada por rasgos intrínsecos a la conducción de vehículos sino como un desvío, como una instancia extraña a la naturaleza del conductor. La confianza en el sistema experto hace que los accidentes se inscriban en el registro del desvío, y que toda reflexión en torno a ellos comience y termine en la disciplina vial”.*<sup>20</sup> Y casi a renglón seguido, tras explicar cómo la legalidad que prevalecía en la época en la que reinaba el ferrocarril, le asignaba a ese medio de transporte la carga de la prueba en materia de responsabilidad, agrega que “Hoy se ha impuesto, por el contrario, la concepción de que el peatón no solo ha de adaptarse al tráfico sino que es responsable de las infracciones cometidas contra la disciplina vial”.<sup>21</sup>

Por eso no es extraño que ante ese paisaje siniestral, podamos concluir que en materia de accidentes de tránsito actuamos con la “irresponsabilidad organizada” que reconoce, casi con estoicismo, que asistimos a una catástrofe o a una amenaza social global, - según acudamos a Beck o a Lavell -, cuyas víctimas han llegado a superar las cifras de las bajas de una guerra sangrienta, pese a lo cual las miramos

19 OMS. Informe Mundial Sobre la Prevención de Traumatismos Causados por el Tránsito. Publicación conjunta de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Banco Mundial (BM), 7 de abril de 2004. pág.6.

20 KREIMER, Roxana. - Ob. Cit. pág.1 de 3

21 Ibídem. pág.1 de 3

con la liviandad y elasticidad de lo inevitable, en contravía con los postulados garantistas que el nuevo constitucionalismo exige del Estado y de los mismos particulares cuando las conductas ciudadanas violan personal y colectivamente el derecho a la vida y a la salud en el escenario de esa matanza que se produce bajo las ruedas motorizadas.

Frente a tal situación, es comprensible la actitud de quienes han acompañado a los científicos e investigadores en la búsqueda de modelos que la intervengan. Y entre ellos, retomamos el trabajo de William J. Haddon quien en 1970 expuso su teoría de que la circulación vial es un sistema “hombre máquina” que está mal concebido, pues al no ser sincrónico carece de un tratamiento sistémico integral que cobije conjuntamente a las fases temporales con el triángulo de la lesión. Con ellos diseñó la matriz que lleva su nombre, compuesta por nueve celdas que le brindan la información requerida para evaluar la probabilidad de que se produzca el evento, bagaje que le aportó a la investigación siniestral el valioso insumo metodológico de una especie de mapa de riesgos que facilita el diseño de estrategias activas y pasivas centradas en la educación, el régimen sancionatorio e inclusive la ingeniería,<sup>22</sup> con el fin de *“provocar un cambio de los conceptos, actitudes y conductas en una parte de la sociedad identificado previamente”*.<sup>23</sup>

En ese contexto, estas reflexiones se orientan a procurar que se tome conciencia sobre la situación global de ese riesgo, para que el Derecho, de cara a los valores del presente, aporte estrategias que propicien o induzcan un cambio en las reglas jurídicas de los siniestros de tránsito que comprometen la vida o la integridad física y mental de los ciudadanos, para que el respeto a los derechos fundamentales, particularmente los de primera generación, no se quede en una retórica formalista y cuente con los instrumentos legales que se requieran para implementar herramientas lógicas, eficaces y oportunas, en coherencia con la jerarquía normativa que estableció la Constitución de 1991.

#### 4. LA CATÁSTROFE OCULTA EN COLOMBIA

Guardadas unas proporciones que sin duda no nos favorecen, nuestro país no es ajeno a esa catástrofe oculta del planeta, pues acompaña a Estados Unidos, Brasil, México y Venezuela en el doloroso quinteto de las naciones de América

22 Ver nota 19.

23 Secretaría de Transportes y Tránsito de Bogotá. - Seguridad Vial y Medidas de Gestión.- En [www.transitobogota.gov.co](http://www.transitobogota.gov.co)

que son líderes en esa causa de mortalidad,<sup>24</sup> si bien Colombia se destaca negativamente cuando se compara que cada uno de sus otros integrantes tiene un parque automotor circulante más denso que el nuestro.

Por otra parte, conviene precisar que al examinar la evidencia simple y llana de nuestra estadística oficial y privada y utilizando los criterios del economista norteamericano Frank Knight, - para quien los riesgos están constituidos por eventos en los que los cálculos probabilísticos se alimentan con los datos del conteo y registro de lo ocurrido, para un insumo estadístico que proviene de la realidad y de las observaciones concretas que aportan medidas de prevención, mientras que las incertidumbres, en cuyos terrenos campea la precaución, fluyen de las meras posibilidades y por lo tanto escapan de la evaluación objetiva, en vista de que se nutren de situaciones

meramente hipotéticas que se desprenden de la simulación racional de causas y efectos -,<sup>25</sup> el tratamiento de la siniestralidad del tránsito en Colombia debe tener conciencia de que se está actuando en el plano de los riesgos y no de las incertidumbres, con las implicaciones que eso tiene.

Para resaltar la gravedad de lo que vive la sociedad colombiana en materia de accidentes de tránsito, bien podemos compararla con una dolorosa situación doméstica. Hace un poco más de 20 años, - con mayor precisión el 13 de noviembre de 1985 -, nuestro país y el mundo fueron testigos del desastre de Armero, en el que murieron 25.000 personas y quedaron 20.611 damnificados y heridos, para un doloroso total de 45.611 víctimas directas. Fue un desangre masivo inmediato causado por una catástrofe de la naturaleza, frente a la cual no es del caso acudir

24 OMS. Informe, abril 2004

25 Según el economista norteamericano KNIGHT, Frank, los riesgos rigen en el mundo de la probabilidad objetiva que puede contarse estadísticamente mediante el compendio de observaciones normalizadas, como los accidentes de tránsito, mientras que las incertidumbres son meras posibilidades que por serlo escapan a toda evaluación calculada. Esa distinción le permitió afirmar a COUSY, Herman, que “si la prevención fuera la prudencia característica de la época que se apoyaba en el conocimiento de los riesgos y que tenía confianza en la ciencia y la experiencia, la precaución sería la prudencia que se debe adoptar ante la incertidumbre”. Esto facilitó el surgimiento de la “nueva prudencia” que se ampara en el “Principio de Precaución”, incorporado formalmente en la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, a lo que siguió su invocación en Acuerdos Internacionales, en directivas de la CE y en diversas legislaciones. Adicionalmente, ya la doctrina se está preguntando si ese principio puede llegar a permear los principios clásicos de la responsabilidad civil y de los seguros. (Por su importancia nos remitimos a El principio de Precaución y sus Relaciones con el Derecho de Seguros de Herman Cousy, Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, número 23, Págs. 11 a 31, y El Principio de Precaución Frente a los Viejos Conceptos de la Responsabilidad Civil del doctor FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, (En Asociación de Bioética Drets i de la Universidad de Barcelona, 15 de octubre de 2002).

a las discusiones y reflexiones retrospectivas sobre el manejo de sus antecedentes, su adecuada previsión y la calidad y oportunidad de la intervención que se hizo en su oportunidad.

Frente a ese hito, considerado como la mayor tragedia colectiva en nuestro país, el Instituto Nacional de Medicina Legal reporta que en los diez años que se extienden de 1995 al 2004, fallecieron 67.410 personas en accidentes de tránsito, lo que permite decir que, frente a ambos referentes, padecemos un desangre colectivo por la accidentalidad del tránsito que proviene de una hemorragia interna y gota a gota del cuerpo social, que no solo no termina todavía sino que tiende a agudizarse.

Pero es más. Entre la catástrofe de Armero y la catástrofe oculta de la doctora Heiberg existe por lo menos una diferencia abismal: Mientras en la primera actuó la naturaleza, los protagonistas de los accidentes de tránsito han sido los seres humanos. Esto es tanto como decir que si en Armero hubo un evento catastrófico que fue fruto del azar y por ende sin el concurso de la mano del hombre, la más benévola explicación sobre las razones del crecimiento constante de la siniestralidad vehicular, admite apenas la frívola y complaciente explicación de que la sociedad actual, - y en ella los protagonistas y responsables activos de esos siniestros -, optó por asimilar el fatalismo de esa amenaza, escogiendo de paso sus eventuales consecuencias.<sup>26</sup>

Finalmente, si para dramatizar la gravedad de la siniestralidad vehicular se lleva ese guarismo a una estadística horaria, se obtiene la aterradora evidencia de que en Colombia hubo 18 muertes diarias en el mencionado período, o sea una cada 78 minutos.

Y si se quiere acudir a otra forma aguda para calcular esa tragedia vital, basta con agrupar por edades las 5271 víctimas del 2004, para concluir que las pérdidas de vida potenciales durante esa anualidad ascendieron a 163.015 años.<sup>27</sup>

## **5. UNA RESPONSABILIDAD CALIFICADA PARA UN RIESGO SOCIAL**

La forma más adecuada para enfrentar las consecuencias de este riesgo es la organización de un sistema expedito y ojalá uniforme que desemboque en un

26 Para enfatizar sobre la distinción entre lo imprevisible y el conocimiento que deja la experiencia, nos valemos de la licencia de combinar la interpretación que Lozano Ascencio le da a las catástrofes que suceden en contextos históricos determinados y que permiten su capitalización en un momento concreto, con la noción de las ya mencionadas amenazas sociales globales de Lavell. LOZANO ASCENCIO, Carlos. Ob. Cit.

27 Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. 2005.

modelo coherente de respuesta social y personal cuando por esa causa se viole el derecho a la vida y a la integridad física y mental de los ciudadanos, en sintonía con lo planteado por J. Efrén Ossa. *“Nadie discute hoy, - dice el maestro -, la necesidad de una institución destinada a proteger a las víctimas de la circulación automovilística, (ya que) su fundamento político, jurídico y social es incontrovertible. Por lo cual no vale la pena ensayar su defensa. Ni parece haber duda de que el mecanismo técnico-económico más idóneo para darle vida es el seguro”*,<sup>28</sup> lo que sin duda se escribió pensando en que la responsabilidad del conductor de un vehículo no se puede limitar a la cuantificación del daño ni a la detectivesca persecución de su patrimonio, por lo que se proponía la creación de esa figura para garantizar que se atendiera una pretensión que a golpe de ineficacia se estaba traduciendo en su frustración real.<sup>29</sup>

A su vez, el maestro argentino Alfredo Orgaz, citado por Feliz A. Trigo Represas, formuló un planteamiento similar: *“Es de prever, - dice aquel -, que, con el creciente aumento de los riesgos, se llegará alguna vez – como en materia de accidentes de trabajo – a conceder la indemnización; (lo que) no será el efecto de una responsabilidad, sino una solución de asistencia social (repartición de riesgos). El seguro podrá llenar así sus fines propios”*.<sup>30</sup>

Esa propuesta, ajustada de manera natural al galantismo orgánico de nuestra Carta no fue accidental, pues la ubicación misma de su artículo 11 obedeció a la sensibilidad de sus redactores ante el continuo desconocimiento del derecho a la vida y a la necesidad de resaltar su trascendencia como fundamento del ejercicio de los demás derechos y deberes”,<sup>31</sup> lo que le permitió a varios constituyentes<sup>32</sup> revivir el pensamiento de Karl Marx y Frederick Hegel cuando escribieron que *“la primera condición de la existencia de todos los seres humanos, que se constata en la historia, es que para vivir primero deben existir”*.<sup>33</sup>

28 OSSA G., J. Efrén. – Vida y Obra de un Maestro. Publicación de AIDA y ACOLDESE, Editora Guadalupe, 1998. pág. 143.

29 LARENZ, Karl.- Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica. Ed. Civitas S.A. Madrid, 1980. Citado por GHERSI, Carlos Alberto.- Modernos Conceptos de Responsabilidad Civil. Primera Edición. Biblioteca Jurídica Diké. 1995. Pág.154.

30 ORGAZ, Alfredo. La Culpa (actos ilícitos). Editorial Lerner. Buenos Aires, 1970, pág. 188.

31 CEPEDA E., Manuel José. – Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1991. Segunda edición. Editorial Temis, 1997. pág. 36

32 El constituyente ZALAMEA COSTA, Alberto, al intervenir sobre este tema en el seno de la Comisión Primera el 16 de abril de 1991 manifestó que “realmente el derecho a la vida es el único inviolable, porque cuando es violado desaparece el sujeto del derecho...Es el único esencial, porque si se viola, de ninguna manera se pueden desarrollar los demás”.- CEPEDA, Manuel José. Ob. Cit. pág.24.

33 LANDA, César. – Derechos Humanos. Teorías de los Derechos Fundamentales [www.cajpe.org.pe](http://www.cajpe.org.pe) pág. 3 de 18.

Frente a la posible vulneración de un interés que es tan privilegiado axiológica y jurídicamente como la vida, bien vale la pena entonces empezar a cuestionar si por una parte es acertado mantener una misma estructura y unos mismos criterios de responsabilidad civil frente a todo tipo de derechos, - tanto los fundamentales como los que no lo son -, y si por la otra no ha llegado el momento de reclamar que cuando con el ejercicio de la libertad individual se pueda afectar uno de los primeros por actos que objetivamente son peligrosos, - como sucede con la actividad vehicular -, el Estado exija que quien potencialmente pueda causar el daño disponga de una capacidad indemnizatoria específica, real y eficaz, para que en el caso de su ocurrencia se le dé un tratamiento diferencial al causante, en especial cuando hubiere asumido conductas ostensiblemente irresponsables.

En otras palabras, y que sea una ratificación de lo que nos proponemos con este ensayo, buscamos sugerir un tratamiento calificado que una el ejercicio de las actividades peligrosas que cada día invaden más el contexto social con la protección del derecho fundamental a la vida para que este no se ve reducido, en consonancia con las tesis de Ferrajoli, a una expectativa que conduzca a meras lagunas que se agoten en sus enunciados. De esta manera se propicia que las leyes y las sentencias judiciales superen el principio de la legalidad formal para que al cobrar vigencia la estricta legalidad, conocida también como legalidad sustancial,<sup>34</sup> el Derecho adquiera un contenido real frente a la cuestionada visión que lo reduce a entelequia jurídica.

## 6. RESPONSABILIDAD SOCIAL Y RIESGO AUTOMOTOR

Al referirnos a la sociedad de riesgo, a la catástrofe oculta en la siniestralidad del tránsito y a su asimilación cultural, quisimos recrear el contexto de una sociedad que le exige a sus miembros convivir con tales realidades, exaltándolas a la categoría de imprescindibles formas de vida en las que la proliferación de los vehículos a motor en las rutas y las calles se mira como un riesgo necesario<sup>35</sup> al que se subordina todo el sistema con su entorno, incluidos el hombre, los vehículos, la distribución, modelación y utilización del espacio y, por supuesto, el comportamiento ciudadano. Sólo así se explica el establecimiento de unas normas que invierten el concepto de que la responsabilidad le corresponde al conductor del vehículo y no a quien tiene en el bipedismo una característica antropológica propia de la especie, a tal punto que la conducta del peatón se tiene que adaptar

34 FERRAJOLI, Luigi. – Ob. Cit. págs. 19 a 56. Esta afirmación está en línea con las reflexiones de Lorenz (ver lo pertinente en la nota 43).

35 GHERSI, Carlos Alberto.- Ob. Cit. pág. 162



al tráfico y que sobre aquel recaen en primer lugar las infracciones cometidas contra la disciplina vial.<sup>36</sup>

Pero es más. Si a ese detonante de convivir con el riesgo le agregamos la displicente atención que la sociedad, sus miembros y el Estado mismo le dan a la violación de las normas y reglamentos del tránsito, - incluidas la conducción bajo el efecto de drogas o licores en las vías urbanas y rurales -, la negligencia sobre el cuidado físico y mental de los conductores y la falta de una cultura sobre el correcto y oportuno mantenimiento de los vehículos, se obtiene un cuadro explosivo que explica en gran medida la razón de ser de la catástrofe oculta que denunciara la doctora Heiberg a finales del pasado siglo.<sup>37</sup>

Precisamente para reconocer un mínimo de responsabilidad social por los daños físicos y mentales que se pueden ocasionar con los accidentes de tránsito se expidió la ley 33 de 1986, buscando implementar un sistema que, como lo expresara el maestro J. Efrén Ossa, respondiera al interés común que reclamaba la protección de las víctimas o que por lo menos mitigara la azarosa proliferación de los siniestros viales, cuya ocurrencia estaba aparejada con el asombroso incremento del parque automotor,<sup>38</sup> criterio que, entre otros, compartió posteriormente Andrés E. Ordóñez.<sup>39</sup> Surgió entonces,

como un seguro obligatorio,<sup>40</sup> el Seguro por Daños a las Personas Causados en Accidentes de Tránsito (SOAT)<sup>41</sup> y para cubrir de manera integrada las presta-

36 KREIMER, Roxana.- El Automóvil como Emblema de la Subjetividad Moderna. <http://www.etica.org.ar/kreimer.htm>. pág. 1 de 3.

37 Ver nota 20.

38 OSSA G J., Efrén. – El Seguro de Responsabilidad Civil Automovilariá en América Latina. (Incluido en J. Efrén Ossa G. Vida y Obra de un Maestro). Editora Guadalupe Ltda. 1998. pág.153

39 Según este tratadista, en ese momento era “imperativo proteger a las víctimas de los accidentes de tránsito, ante el incremento cada día mayor de su número en el tráfico moderno de las grandes ciudades y de las vías en general, donde los vehículos automotores son los reyes y los símbolos más acabados de la civilización y de la tecnología”. ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés E. – El Contrato de Seguro. Ley 389 de 1997 y otros estudios. Universidad Externado de Colombia. 1998. Pág. 135.

40 En reciente y magnífica obra El Seguro de Responsabilidad, el jurista DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel, comenta cómo “PERÁN ORTEGA, Juan distingue los seguros obligatorios (que además de ser de suscripción mandataria son altamente regulados en sus características, sumas aseguradas y primas) de los seguros de suscripción obligatoria, respecto a los cuales la intervención del Estado tiene menor intensidad, pues sólo se establece el aseguramiento obligatorio y, eventualmente, el valor asegurado, dejando a las partes la definición de las condiciones restantes”. DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. El Seguro de Responsabilidad. Colección textos de jurisprudencia, Centro Editorial Universidad del Rosario, 2006., pág.471

41 El doctor BRICEÑO JARAMILLO, Edgar, al escribir sobre este tópico expresa que “Este tema...en buena hora se introdujo al país por medio de la ley 16 de 1970 y se ratificó posteriormente con la ley 33 de 1986...”. Salvo error de mi parte, considero que el autor debió querer escribir ley 16 de 1979. Adicio-

ciones que directamente se relacionan con el siniestro, las englobó en los servicios médicos y quirúrgicos, en la incapacidad permanente de las víctimas, en su muerte, los gastos funerarios y los de transporte al centro asistencial.

Como lo indica la denominación misma del SOAT, - y con una consistencia que muchos no entendieron -, la ley optó por una póliza de accidentes y no de responsabilidad civil, y plasmó en su estructura los principios de universalidad, integridad de las prestaciones, solidaridad financiera y unidad de gestión, propios de la seguridad social,<sup>42</sup> anticipándose por partida doble a los desarrollos legales que vendrían posteriormente. En efecto, no solo estructuró una protección que encajaría perfectamente dentro del garantismo de los derechos fundamentales de la Carta de 1991, sino que concibió una figura que tendría su propio espacio en el sistema general de seguridad social en salud instaurado en 1993, ya que estableció la obligatoriedad de expedición y suscripción del seguro (todas las aseguradoras), la obligación generalizada de aseguramiento (todos los vehículos automotores que circulen por el territorio nacional), la universalización de atención (todos los establecimientos hospitalarios y clínicos) y la cobertura general (todas las víctimas de los accidentes de tránsito).

Aunque algunos pretendieron centrar la especialidad de este seguro en su forzada contratación,<sup>43</sup> su peculiaridad está signada por su función social, a tal punto que la definición de sus objetivos comprendió la atención de los daños corporales en las personas, el fortalecimiento de la infraestructura de urgencias del sistema nacional de salud y el interés de convertirlo en instrumento difusor de la cultura del seguro,<sup>44</sup> lo que explica por qué, al centrar en los daños personales en accidente de tránsito la objetividad del siniestro indemnizable, no se hizo ninguna distinción respecto a que las víctimas fueren peatones, pasajeros o conductores.

Dentro de las características fundamentales que complementan y garantizan la generalidad de la cobertura del SOAT, se destaca la inoponibilidad de excepciones frente a las víctimas o sus causahabientes, como lo previó expresamente el

---

nalmente, en el mismo escrito expresa que la creación de ese seguro se habría remontado a la ya mencionada ley 16 de 1979, lo que no aparece ni en el articulado ni en texto de esa norma.- Seguros: Temas Esenciales. AHUMADA, Mónica Juliana et al. Universidad de la Sabana 2003. Pág.126

42 VENEGAS FRANCO, Alejandro. – Cuestiones de Seguros. Colombo Editores Ltda. 1996. Págs. 112 y ss. En cuanto a su inclusión dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ella quedó consignada en el artículo 167 de la ley 100 de 1993. Adicionalmente, el artículo 192 del EOSF consideró que sus cuatro objetivos se enmarcan en una función social.

43 Colombia. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B. Magistrado Ponente Ligia Olaya de Díaz, expediente 20000499, abril 26 de 2001.

44 Colombia. Decreto ejecutivo 663/93, art. 192, núm. 2.

numeral cuarto del artículo 194 del EOSF, según el cual a ninguno de ellos le son oponibles excepciones derivadas de vicios o defectos relativos a la celebración del contrato o al incumplimiento de obligaciones propios del tomador, ni tampoco el dolo o la culpa grave del mismo o de quien condujere el vehículo con su autorización, consagrando en contrapartida la viabilidad de la repetición contra el autor del daño que obrare en esas circunstancias.<sup>45</sup>

Los principales reparos frente a este seguro se centran en dos aspectos, el primero de los cuales tiene que ver con la libertad que hoy le concede el Estado a las aseguradoras para comercializar el ramo,<sup>46</sup> y el segundo con la flexibilidad que establecen las normas pertinentes para el recobro contra el tomador cuando éste, - o quien con su autorización hubiere estado conduciendo el vehículo en el momento del accidente -, estuviere incurso en las conductas precontractuales enunciadas en el numeral cuarto ya mencionado.

En cuanto al primero, consideramos que por tratarse de un seguro obligatorio que como tal solo puede venderse por la industria aseguradora, el SOAT debería haber conservado la universalidad obligacional de expedición para todas las compañías que explotan el ramo de automóviles, como en su oportunidad lo había previsto el artículo 260 de la ley 33 de 1986, pues como el artículo 335 de la Carta le confiere a esa actividad la connotación de interés público, le genera claras obligaciones sociales que no siempre van de la mano con la rentabilidad particular deseada por sus actores o con las facilidades operativas de un ramo determinado.

Lamentablemente, durante el gobierno del doctor César Gaviria su ministro de Hacienda Rudolf Hommes dio un paso atrás en la socialización uniforme de este riesgo, y en cierta manera desvertebró la unidad sistemática que rige la indemnización por los daños corporales causados en accidentes de tránsito, pues al amparo del decreto extraordinario 1032 de 1991 dejó sutilmente en libertad a las aseguradoras que comercializaban el seguro de automóviles para operar el SOAT, lo que de paso benefició a las que renunciaron o no quisieron ofrecerlo, pero mantuvieron el seguro de responsabilidad civil en aquel ramo.

<sup>45</sup> EOSF. art. 194, num.4.

<sup>46</sup> En la reciente negociación del TLC con USA se incluyeron los servicios financieros y dentro de ellos la viabilidad del comercio transfronterizo del seguros. Las partes convinieron que en esa materia se operaría bajo la modalidad de una lista negativa en la que, como una expresión mínima de soberanía, se excluyeron los seguros obligatorios en general. Eso quiere decir que el SOAT, así se apruebe el tratado, continuará suscribiéndose exclusivamente por las aseguradoras colombianas.

La razón para esa afirmación es simple, y parte de constatar que al producirse un accidente de tránsito pueden concurrir para su atención tanto el SOAT como el seguro de responsabilidad civil, caso en el cual se presenta un traslape en la atención de la primera capa del siniestro. Y como en momento alguno ha perdido vigencia el principio de que todo seguro es de mera indemnización,<sup>47</sup> es claro que en tales casos la cobertura de responsabilidad civil solo empieza a aplicarse cuando se agoten los valores del seguro obligatorio, – como por lo demás lo consagran las aseguradoras en el clausulado de sus pólizas de automóviles - lo que finalmente conduce a que esas sumas operen como amortiguadoras de los valores que ellas deben cubrir por responsabilidad civil. En este caso el SOAT cumple una función que en la práctica bien se puede considerar como un deducible de la póliza de responsabilidad civil, mientras que ésta pasa a ser una cobertura en exceso de aquella,<sup>48</sup> lo que en ambos casos genera una obvia economía para la suscriptora del seguro voluntario, sin que podamos afirmar que eso se calcula y está contemplado en la respectiva nota técnica.

El otro aspecto, - referido como ya lo hemos mencionado a lo que prescribe el numeral 4 del artículo 194 del EOSF -, tiene que ver con el hecho de que sea facultativo u opcional el ejercicio de la acción de repetición de la aseguradora contra los responsables del siniestro, cuando al ocasionar el daño hubieren actuado con dolo o culpa grave, o en los casos en los que los tomadores del seguro hubieren incurrido en vicios o defectos en su contratación,<sup>49</sup> pues a nuestro modo de ver

47 Colombia. C. de Co. Art. 1088. Con referencia a este artículo, sobre cuya interpretación hay una clara identidad de criterio de la jurisprudencia con la doctrina, basta con citar la autoridad del maestro J. Efrén Ossa cuando expresa que “salta a la vista el carácter imperativo de esta norma esencial al engranaje contractual de los seguros de daños, que “jamás” pueden ser origen de ganancia para el asegurado” Ob. Cit. Pág. 127. Y como testimonio de esa continuidad, acudamos a la reciente obra del doctor DÍAZ-GRANADOS: “El responsable debe indemnizar solamente el daño causado, sin que eso signifique ni empobrecimiento ni enriquecimiento de la víctima. La responsabilidad es eminentemente reparadora; no punitiva. Ob. Cit., pág. 109.

48 JARAMILLO, Carlos Ignacio y DÍAZ-GRANADOS, Juan Manuel. Estos destacados juristas explican así la figura de la complementariedad del SOAT frente a la reclamación de responsabilidad civil: “Debemos mencionar dentro del sistema de reparación automática una modalidad experimentada con éxito en algunos países de América Latina con fundamento en un seguro de accidentes personales. En ellas se prevén prestaciones cubiertas por un seguro obligatorio mediante el establecimiento de sumas predeterminadas para los daños a las personas, pero la víctima conserva su derecho de dirigirse contra el causante en aplicación de las normas de la responsabilidad civil, para solicitar la indemnización integral de los daños que no fueron materia de indemnización. Tal es el caso de los sistemas de Brasil (1974), Chile (1986), Colombia (1987) e India (1982)”. JARAMILLO, Carlos Ignacio y DÍAZ-GRANADOS, Juan Manuel. Armonización de los Seguros de Automóviles, Ponencia III Congreso Iberoamericano de Derecho de Seguros, Buenos Aires, 1993, pág. 391. Citado por DÍAZ-GRANADOS, Ob. cit., pág. 43.

49 Colombia. EOSF Art. 194 “... Con todo, la compañía aseguradora podrá repetir contra el tomador por cualquier suma que haya pagado como indemnización por concepto del seguro de daños causados a las

esa discrecionalidad lesiona los fines de interés público con el que la ley revistió la creación y el funcionamiento del FONSAT<sup>50</sup> en vista de que al renunciar al ejercicio de esa acción se estarían afectando los recursos de dicho fondo.

En efecto, el artículo 199 del EOSF, al plantear los aspectos financieros del FOSYGA, prescribió que las transferencias de los recursos que periódicamente le deben hacer las aseguradoras, al final de cada año deben equivaler por lo menos al cincuenta por ciento de los excedentes de operación del ramo, incluyendo en ellos los valores recaudados por las acciones de repetición que se han hecho efectivas, como parte de lo que denomina el PUC Otros Ingresos de Seguros.<sup>51</sup> Y es obvio que esos ingresos solo se pueden producir cuando las aseguradoras procuren y consigan diligentemente su recuperación, lo que de paso está ligado al mandato perentorio que la ley le impone al FONSAT para que a su vez entable las mismas acciones cuando sean procedentes contra los responsables de los accidentes y para que las ejerza contra las aseguradoras, si se establece que aquellos estuvieren asegurados.<sup>52</sup>

## 7. RIESGO AUTOMOTOR Y RESPONSABILIDAD PERSONAL

Como el SOAT se inspiró en la necesidad de responder a la amenaza social global del tránsito automotor,<sup>53</sup> centró su cometido en la protección de la vida y la integridad física de los seres humanos cuando, utilizando el lenguaje de Haddon,<sup>54</sup> colisionan con una masa que no solo es desigual en tamaño y consistencia

---

personas en accidentes de tránsito cuando éste o quien esté conduciendo el vehículo en el momento del accidente, con su autorización, haya actuado con dolo, culpa grave o dentro de aquellas circunstancias en que el seguro adolece de vicios o defectos coetáneos a su contratación”.

50 EOSF art. 198.

51 Decreto 2878 de 1991, art.17. “Cálculo de los excedentes. Para el cálculo de los excedentes anuales de que trata el artículo 15 del decreto 1032 de 1991, se aplicará la siguiente metodología: Excedentes: Primas emitidas + Primas aceptadas – Primas cedidas y retrocedidas (interior y exterior) + resultado neto de reaseguro + resultado neto de reservas + Otros ingresos de seguros – Otros costos y egresos de seguros – Comisiones de intermediación + Ingresos financieros y otros ingresos – Gastos financieros y otros egresos”

52 Parágrafo del numeral 8, del Art. 244 de la ley 100/93, modificatorio del literal c, numeral 4. del artículo 199 del EOSF.

53 El maestro OSSA G., Efrén, J., lo calificó de manera precisa como “el medio más idóneo para garantizar la protección de las víctimas de la circulación”. OSSA G., J. Efrén. Precisamente Vida y Obra de un Maestro. Editora Guadalupe Ltda. 1998. pág.152, 153

54 Recordemos cómo HADDON, William, hizo una clara descripción de la lesión resultante de los accidentes de tránsito a partir de las nociones y principios de las leyes físicas. Esto es fundamental para entender que lo que se llama actividad peligrosa implica el desencadenamiento de unos factores de riesgo por el ser humano. Por su importancia, remitimos a la notas 18 y a los conceptos que ameritaron el llamado de la nota 25.

sino que adicionalmente libera energía por la velocidad en el impacto. Por eso dejo de lado todo lo atinente a la responsabilidad civil que se pueda derivar de tales siniestros, al considerar que esa faceta no era de su incumbencia.

Pero como la implantación de aquel seguro no pretendió en ningún momento desplazar o sustituir la responsabilidad personal en los daños con los vehículos a motor, la doctrina y la jurisprudencia continuaron tratándola en el contexto de las llamadas actividades peligrosas cuyo marco doctrinal,<sup>55</sup> y jurisprudencial<sup>56</sup> ha sido el artículo 2356 del Código Civil, respecto al cual ha dicho la Corte Suprema de Justicia que *“Por generación inducida la jurisprudencia ha establecido que el texto legal hace una referencia implícita a cualquier actividad que pueda reputarse peligrosa”*.<sup>57</sup> Adicionalmente, la configuración del evento dañino contó con las precisiones que sobre la conducta o la omisión humanas han formulado entre otros doctrinantes por Gilberto y Catalina Martínez y Jorge Santos Ballesteros.<sup>58</sup>

Como un complemento a la concepción que tiene la Corte Suprema de Justicia sobre esta materia, no es ocioso recordar que esa corporación examina y falla tales situaciones acudiendo a la técnica de las presunciones que deduce del artículo 2356 del código civil, lo que permite distinguir las que son de culpa de las que son de responsabilidad,<sup>59</sup> tema frente al cual Tamayo Jaramillo considera

- 
- 55 TAMAYO J., Javier. De la responsabilidad civil, Tomo II, Temis, 1999, Págs. 477, 481; MARTÍNEZ RAVE, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, Ob. Cit., pág. 146. ORDÓÑEZ O, Andrés E. Ob. Cit. Págs. 135 y ss.; J. OSSA G., Efrén Ob. Cit. Págs. 143 y ss.; SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Ob. Cit. Págs. 28 y ss., DÍAZ-GRANADOS, Juan Manuel. Ob. Cit., pág. 402.
- 56 Colombia. La Corte Suprema de Justicia, según cita que trae SANTOS BALLESTEROS de una sentencia de su Sala de Casación Civil de 12 de mayo de 1939, agrupó en tres materias la institución de la responsabilidad civil en Colombia: “la primera que son los Artículos 2341 y 2345 contiene los principios directores de la responsabilidad delictual y cuasidelictual del hecho personal; la segunda constituida por los artículos 2346, 2347, 2348 y 2352, regula todo lo relativo a la misma responsabilidad por el hecho de personas que están bajo el cuidado y dependencia de otro; y la tercera, agrupada bajo los Artículos 2350, 2351, 2353, 2354, 2355 y 2356, se refiere a la responsabilidad por el hecho de las cosas animadas e inanimadas”. y agrega que dentro de esta última “se encuentra la responsabilidad por actividades peligrosas”. *Ibidem*. Ob. Cit. Págs. 155, 156. Por lo demás esta teoría, incorporada a nuestro derecho como la lectura hermenéutica del artículo 2356, surgió con la que se conoció como la sentencia del joven Arnulfo. SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Ob. Cit., Tomo I, pág. 28; Juan Manuel Díaz - Granados. Ob. Cit., pág. 59
- 57 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 5 de abril de 1962. *Ibidem*. pág. 168
- 58 Para MARTÍNEZ RAVE, Gilberto y MARTÍNEZ, Catalina, la responsabilidad civil por el hecho de las cosas no se configura simplemente por la existencia del vehículo, sino por la necesaria activación del daño potencial mediante la acción o la omisión de quien tiene la titularidad de un derecho sobre aquel. Esto quiere decir que para ellos el vehículo por sí mismo no es peligroso, ya que tal calificativo exige que aquel sea utilizado para movilizar o trasladar personas o cosas de un lugar a otro. *Ibidem*. Págs. 160 y 161.
- 59 “La presunción de culpa es diferente de la presunción de responsabilidad, pues mientras que en la primera basta demostrar la ausencia de culpa, en la segunda solo libera la prueba de la causa extraña”.

que existe una unanimidad en la jurisprudencia por cuanto estima que en ella “se ha equiparado desde el punto de vista probatorio a las llamadas “presunciones de responsabilidad” o de “pleno derecho”...(ya que)... en la actualidad, al demandado no le basta demostrar ausencia de culpa, pues solo rompiendo el vínculo de causalidad se libera de la obligación de reparar”.<sup>60</sup> Sin embargo, es necesario precisar que esa unanimidad no es compartida por toda la doctrina, pues si bien la mayoría se inclina por la posición de la Corte,<sup>61</sup> algunos destacados juristas se inclinan por la presunción de culpa.<sup>62</sup>

Al margen de todo lo expuesto, lo que interesa en todos los casos en los que el ser humano se enfrente a responder por una actividad peligrosa es que, aunque se asuma que todos los que deben responder en un accidente de ese tipo conocen la posibilidad de su ocurrencia, sus responsabilidades eventuales e inclusive la concepción que sobre ellas tienen los jueces, no es sensato dejar que la reparación de los daños de un riesgo de tal frecuencia y potencial severidad se deje expuesta a la existencia del SOAT y a la autonomía de la voluntad de los actores, circunscribiendo su complejidad obligacional a la aversión que cada uno tenga frente al riesgo. Eso desconocería que en ese aspecto no es posible trazar un rasero uniforme, pues aunque se partiera de una racionalidad básica y elemental, el contenido y las expresiones ante tal situación dependerían de variables personales tan diferentes como la cultura, la ética, la edad, el sexo, los hábitos e inclusive el nivel económico de la persona expuesta.

Por eso creo que el asunto debe llegar más lejos, para que incluya la revisión del concepto de que la obligación de indemnizar como fruto de un daño que genere responsabilidad extracontractual no requiere de un grado especial de

---

TAMAYO, Javier. Ob. Cit. pág. 372.

60 TAMAYO J., Javier. Ob. Cit. pág. 262

61 MARTÍNEZ RAVE, Gilberto y MARTÍNEZ, Catalina, optan por la presunción de responsabilidad. Ob. Cit., págs.120, 141,154 155. DÍAZ-GRANADOS, Juan Manuel comparte idéntico criterio después de manifestar que “la jurisprudencia ha oscilado en denominar su posición como presunción de culpa en algunos casos y en otros como presunción de responsabilidad”, frente a lo cual concluye que “Al margen de la semántica, la presunción no se limita a ser una regla de prueba que admita que en contrario se pueda acreditar la ausencia de culpa para desvirtuarla”. Ob. Cit., pág. 60. Igual es el criterio de Javier Tamayo Jaramillo, en diversos apartes del Tomo II de su obra luego de afirmar que se hace una utilización indistinta de esas nociones, considera que el artículo 2356 de CCC establece en el fondo una responsabilidad objetiva, pues como la norma considera culposo el hecho de ejercer esas actividades, la culpa consiste en realizar dicha conducta. Frente a eso, - escribe TAMAYO JARAMILLO -, la doctrina de presunción de culpa por actividades peligrosas es insostenible. Ob. Cit., en especial págs. 260, 262, 265, 266 y siguientes.

62 SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Ob. Cit. pág. 156, 168.

culpa,<sup>63</sup> como si la debida diligencia y cuidado que se exija de todos los sujetos sociales debiera ser uniforme, olvidando que cuando se ha brindado un encargo de confianza para que alguien sea guardián de una actividad que es peligrosa, se pone en acción un referente calificado de idoneidad, previsión y buena fe que, según sea la actividad, debe acorazar conscientemente las acciones y omisiones específicas del responsable.

Y si eso es así, como lo creo, también es claro que la culpa que se demande por activa o por pasiva no puede ser genérica, tanto si se la mira frente a las polaridades de su misma comprensión teórica,<sup>64</sup> como si se repara en que una es la situación objetiva de quien produce un resultado nefasto obrando con una culpa levisima, y otra la de quien ocasiona el mismo perjuicio

incurriendo en conductas prohibidas que, por su peligrosidad, son potencialmente propicias para causar o facilitar los accidentes.<sup>65</sup>

De ahí la preocupación por la parquedad del Estado colombiano en una materia tan socialmente sensible como el riesgo de los vehículos a motor, pues las normas que hoy existen sobre responsabilidad civil se limitan a la exigencia de unas tímidas previsiones, centradas casi siempre en el transporte de servicio público,<sup>66</sup> sin que se disponga de un programa estructural u orgánico que incluya

63 SANTOS BALLESTEROS, considera a este respecto que “todas las formas de responsabilidad revisten el mismo grado de jerarquía pues recogen el mismo principio de la antijuridicidad en cuanto suponen un daño, el incumplimiento de un deber jurídico y un nexo causal necesario entre uno y otro, aunque con distintas modalidades”. Ob. Cit. pág.156. Tal vez por eso manifiesta DÍAZ-GRANADOS, que la clasificación de la culpa en grave, leve y levisima no se aplica a la órbita de lo extracontractual, pues en ese campo “basta que el agente cometa una culpa levisima para que surja la obligación de indemnizar”. Ob. Cit. pág. 56.57, en ese último sentido se pronuncia también GONZÁLEZ AGUDELO, Miguel. Ensayos sobre Seguros. Fasecolda 1992, pág. 166, así como MARTÍNEZ RAVE, Gilberto y MARTÍNEZ, Catalina, Ob. Cit. pág.220

64 El maestro OSSA, con la claridad simple de su sabiduría, al hacer la clasificación que recorre desde la niñez hasta la vastedad de la conducta u omisión culpables descritas en el artículo 63 del Código Civil, nos enseña que “Según el grado de la culpa, la voluntad del asegurado interviene de modo más o menos efectivo. En forma casi imperceptible en los casos de culpa levisima. Perceptible, en los casos de culpa leve. Y notoria, en los casos de culpa grave...Mientras mayor sea la eficacia de la voluntad como origen del daño, menor será la de lo casual o fortuito. Y viceversa” OSSA G., J. Efrén Ob. Cit. pág. 97.

65 A vía de ejemplo, un conductor alcoholizado tiene 17 veces más riesgo de estar involucrado en un choque fatal que una persona que está manejando en condiciones normales. – Jóvenes y Alcohol. [www.alcoholinformate.org.mx](http://www.alcoholinformate.org.mx); y el Observatorio de Alcohol, tabaco y Otras Drogas de México considera que el 54% de las muertes por accidentes de tránsito en ese país, ocurren entre jueves, viernes y sábado, y están relacionadas con el consumo de alcohol. [www.insp.mx](http://www.insp.mx)

66 Con el eje de los daños a las personas, pueden consultarse las normas más específicas sobre tipos de transporte automotor y responsabilidad civil en la resolución 074 de 1996 (transporte de GLP); el decreto 1521 de 1998 (transporte de combustibles); los decretos 170, 171, 172, 174 y 175 de 2001 (diversas



los diversos aspectos preventivos que tocan con los requisitos habilitantes y de comportamiento del conductor, con el mantenimiento y estado de los vehículos e inclusive de la infraestructura vial, con miras a disponer que la administración de ese riesgo tenga incorporado un blindaje sistémico, consistente y continuo, en el que participen el Estado y los responsables de los automotores, en especial cuando se puedan afectar la vida o la integridad física.

## 8. HACIA UNA PROTECCIÓN Y REPARACIÓN EFECTIVAS

Son tan recurrentes la ocurrencia, la elevada cuantía de los daños y la incertidumbre de la reparación efectiva en la cotidiana catástrofe que viven las víctimas de los accidentes de tránsito, que usualmente se encuentran sometidas a un abanico de alternativas cuya solidez varía en función de la coercibilidad de las leyes, los contratos y la misma situación particular de los implicados. De ahí que en unos casos dependan exclusivamente de la solvencia patrimonial del responsable; en otros de la suficiencia, solidez y servicio de una aseguradora que ha suscrito una póliza con términos y condiciones que obviamente no han sido pactados con la participación del afectado y en la mayoría de ellos, - que por lo demás son los de un pronóstico más degradado -, se enfrenten a una indemnización expósita, bien porque el responsable es realmente insolvente, o porque se ha valido del frecuente expediente de la transferencia simulada de su patrimonio, del testaferrato o del ocultamiento de sus bienes e intereses, lo que origina una de esas lagunas que, aunque se presentan, no deberían existir en el derecho.<sup>67</sup>

Frente a tan inciertas perspectivas, la ley 45 quiso abrirle las puertas al resarcimiento efectivo de los perjuicios de quienes han visto afectados sus derechos por la modificación negativa de su entorno jurídicamente protegido, y para ser consistente con ese propósito le confirió a la víctima del seguro de responsabilidad civil la acción directa contra el asegurador. De esa manera se empiezan a trazar los lineamientos de un sistema que le atribuye una función autónoma de respaldo a las compañías de seguros, pues les reconoce una experticia particularmente calificada y valiosa en *“cálculos actuariales, mecanismos de dispersión y trasla-*

---

modalidades de transporte público terrestre) ; 1609 de 2002 (transporte de gas natural comprimido, GNC, y gas licuado de petróleo, GLP); decisión 398 de 1997 de la Comisión de la Comunidad Andina (transporte de pasajeros dentro de los países del Pacto Andino); decisión 399 de 1997 de la Comisión de la Comunidad andina ( transporte de carga dentro del territorio del Pacto Andino). Es posible que una o varias de estas normas hayan sido modificadas por disposiciones posteriores a las relacionadas.

67 FERROJOLI. Ob. Cit. Ver nota 37.

*ción de riesgos, respaldo patrimonial y de reservas*”,<sup>68</sup> perfilándolas como operadoras profesionales de patrimonios autónomos e independientes que responden ante los terceros afectados por ese riesgo, en pro de darle claridad y solidez a una reparación “cuyo funcionamiento depende de la capacidad patrimonial individual del agente generador del daño”.<sup>69</sup>

Con ese antecedente es claro que la mejor solución frente a la pobreza y desararticulación que hoy existe en el campo de la reparación eficaz de la responsabilidad civil, - y en particular cuando ella involucre el ejercicio de actividades que se consideran peligrosas -, es implantar un marco protector que le dé certeza al amparo y a la reparación, lo que confluye en el establecimiento de un seguro obligatorio<sup>70</sup> de responsabilidad civil que incluya la cobertura para el dolo del tomador o asegurado, acompañada de la obligación de ejercer la acción de repetición contra el responsable intencional o gravemente culposo. Esto último preservaría la imprescindible función formativa que reclama André Tunc cuando expresa que “*Más allá de una función puramente resarcitoria, el sistema de responsabilidad civil desempeña... una función de disuasión de los comportamientos antisociales*”,<sup>71</sup> y tendría el complemento de un programa preventivo que le aporte a la calidad del riesgo.

Para que ese seguro cumpla debidamente su función, considero pertinente desarrollar algunos de los aspectos que, precisamente porque pueden ser objeto del mayor cuestionamiento, son pilares que enfatizan su importancia, sin que eso sea óbice para que el juicio y buen criterio de los que sean o se consideren expertos más y mejor calificados se pronuncien al respecto.

## **8.1 La naturaleza y amplitud del seguro de responsabilidad civil**

Cuando se analiza la situación actual del seguro de responsabilidad civil se advierte que su desarrollo histórico no ha sido pacífico. En primer lugar porque en la versión original de los artículos 1054 y 1055 del código de comercio se

68 DÍAZ-GRANADOS. Ob. Cit., pág. 28

69 Ibídem. pág. 28

70 En adición a que la expresión seguro obligatorio se entendería en el contexto planteado en la nota 44, es necesario que se cree por medio de una ley (EOSF, art. 191).

71 TUNC, André.- Un convegno sulle “pene private”. Citado por Carlos Peña González. Responsabilidad Civil. Universidad de Chile. Weblogs.udp.cl/archivos/(1971) Responsabilidad\_Civil.doc. El mismo autor cita la opinión de DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, para quien la función preventiva descansa sobre la premisa básica de que “la amenaza de tener que indemnizar pueda influir en algunos casos en la conducta de los sujetos, induciéndolos a actuar de forma cuidadosa”. Tratado de Responsabilidad Civil. Madrid, Civitas, 1993, Pág.60. El mismo autor y con idéntico objetivo es citado por DÍAZ-GRANADOS ORTIZ. Ob. Cit., págs. 52 y 54.

amplió la noción de riesgo asegurable, pero se excluyó la cobertura para el dolo y la culpa grave;<sup>72</sup> en segundo lugar, y recurriendo para el efecto a lo expresado por la Corte Suprema de Justicia, porque la misma jurisprudencia ha tenido que elaborar la hipótesis de que en algunos seguros, entre ellos aquel al que hacemos referencia, se elimina la aplicación de algunos de los principios generales de los artículos 1054 y 1055 del código de comercio; en tercer lugar, porque como lo expresa con palabras agudas y certeras Díaz-Granados, la difusión del seguro de responsabilidad civil fue fruto de “la tolerancia” de la que fuera la Superintendencia Bancaria, ante la presión que imponía el desarrollo de esa especialidad,<sup>73</sup> y por último porque la redacción del artículo 84 de la ley permitió la inclusión de la culpa grave en ese riesgo fue tan desafortunada, que ese es uno de los textos en los que la doctrina ha tenido una mayor uniformidad crítica.<sup>74</sup>

Tal vez como un reflejo de esas mismas dificultades, estimo que no ha sido fácil precisar la comprensión del interés asegurable en este ramo. A vía de ejemplo, mientras Díaz-Granados considera que la ley 45 consagró su ampliación, extendiéndolo a la protección simultánea de la víctima y del causante del daño, Andrés E. Ordóñez opina que, en el fondo, no hubo ningún cambio.<sup>75</sup> Y si adicionalmente se adopta la recomendación de un seguro obligatorio para las actividades peligrosas que incluya la acción de repetición cuando el responsable incurra en ciertas conductos u omisiones, me atrevo a pensar que es inclusive menos categórico poder opinar que en ese caso el interés asegurable sigue teniéndolo aquel a quien se le atribuya la responsabilidad, con mayor razón cuando se repara en la explí-

72 Era tan enfático el concepto del maestro OSSA J., Efrén, en esa materia, que refiriéndose a ese asunto y luego de manifestar que en otras legislaciones como la italiana y la francesa es asegurable la culpa grave, consideró que en nuestro país ese era un dogma legal que no admitía pacto en contrario, lo que soportó con amplias citas de Nicolás H. Barbatto. Esto hay que entenderlo en el contexto del derecho positivo, pues en el mismo texto afirma que “la asegurabilidad como tal, de la culpa grave no es ciertamente una herejía jurídica”. Ob. Cit. pág.472, 473.104.

73 DÍAZ-GRANADOS, Juan Manuel. Ob. Cit. Pág.33. Un planteamiento bastante similar había sido hecho por el doctor GONZÁLEZ AGUDELO, Miguel, en su ensayo El Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual. En Ensayos Sobre Seguros, Fasecolda 1992, pág. 166.

74 A vía de ejemplo: OSSA G., J. Efrén, Teoría General del Seguro, El Contrato, Editorial Temis, 1991, pág. 103; MARTÍNEZ RAVE, Gilberto y MARTÍNEZ, Catalina, Ob. Cit. pág. 687, 694; ORDÓÑEZ, Andrés E. Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato, Lecciones de derecho de seguros, No. 2. Universidad Externado de Colombia, 2002, pág.17; LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguros, Cuarta Edición, Dupré Editores, 2004, pág.85. DÍAZ-GRANADOS, Juan Manuel. Ob. Cit., pág. 146.

75 *Ibidem*. pág. 38. A su vez, ORDÓÑEZ, Andrés E., criticando como infortunada la definición que introdujo el artículo 84 de la ley, ratifica el criterio de que este seguro se orienta a cubrir el perjuicio patrimonial del asegurado, agregando que “si esto no fuera así, el seguro no podría llamarse de responsabilidad civil porque entonces el riesgo asegurado sería distinto” Ob. Cit. pág. 100, 101.

cita prescripción normativa de que el resarcimiento de la víctima es el propósito de ese seguro, con la consiguiente redefinición de su sentido y por ende de la intención obligacional del asegurador.

Más si se entra al meollo del razonamiento que hace el doctor Ordóñez cuando, como se lee en la nota 78, expresa que centrar el interés asegurable en la víctima implicaría un seguro distinto, visualizo que él puede estar dándole un asomo al boceto de la socialización del riesgo que empezó a insinuarse en el artículo 84, cuya comprensión no se vuelve tan difícil si se mira el seguro como un instrumento sólido y útil para garantizar específicamente la indemnización cuando el daño provenga del ejercicio de una actividad peligrosa que desdibuje los ya inciertos linderos entre la intencionalidad del dolo y la negligencia de la culpa grave.

Tal vez por eso, y con una clara racionalidad que economiza conflictos en la apreciación causal de los daños, el derecho español incorporó ambas figuras dentro del derecho de repetición.<sup>76</sup> Y con base en esa misma apreciación extendemos la sugerencia a que se incluya la cobertura del dolo dentro de ese seguro, complementada con la obligación - no la facultad -, de la aseguradora de procurar la repetición contra el responsable del daño que hubiere actuado en tales condiciones, sin que importe su calidad dentro del contrato.

## 8.2 Los perjuicios extrapatrimoniales

Cuando el artículo 84 de la ley 45 de 1990 modificó el seguro de responsabilidad civil, dispuso que con su suscripción la aseguradora cargaría con la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que causare el asegurado, y para ser coherente con ese giro obligacional declaró, con una precisión que no ha sido suficientemente analizada y valorada, que su propósito era el resarcimiento de la víctima.

76 España. Decreto Real 7 de 1991. Artículo 15. Derecho de repetición. 1. El asegurador del seguro de suscripción obligatoria, una vez efectuado el pago de la indemnización, podrá repetir: a) Contra el conductor, el propietario del vehículo causante y el asegurado, si los daños materiales y personales causados fueron debidos a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas tóxicas, estupefacentes o sustancias psicotrópicas. b) Contra el conductor, el propietario del vehículo causante y el asegurado, si los daños materiales y personales causados fueron debidos a la conducta dolosa de cualquiera de ellos. c) Contra el tercero responsable de los daños. d) Contra el tomador del seguro o asegurado por causas previstas en la Ley de Contrato de seguro y en el propio contrato, sin que pueda considerarse como tal la no utilización por el conductor o asegurado de la declaración amistosa de accidente. e) En cualquier otro supuesto en que también pudiera proceder tal repetición con arreglo a las leyes. 2. La acción de repetición del asegurador prescribe por el transcurso del plazo de un año, contado a partir de la fecha en que efectuó el pago al perjudicado.

La importancia de ese giro radica en que si bien la expresión “asegurado” que utiliza el artículo 84 remite, - siguiendo al maestro Ossa -, a la persona titular del interés asegurable, esa misma lectura puede conducir al que puede ser afectado directa o indirectamente por la realización del riesgo, lo que tratándose de la figura de la responsabilidad civil conduciría al tercero a quien corresponde el derecho a la prestación asegurada y por ende al seguro por cuenta,<sup>77</sup> todo lo cual parece estar planteando la existencia de un titular indeterminado pero determinable del interés asegurable y una estructura asegurativa con claros visos de un seguro a favor de un tercero,<sup>78</sup> en especial si se atiende a lo previsto en el artículo 87 de la ya mencionada ley.

En contravía con todo lo anterior, y más específicamente con el propósito que la misma ley define para este seguro, es evidente que la redacción de su artículo 84 mantuvo una lamentable restricción de cobertura cuando dispuso que la obligación de indemnizar se refería a los perjuicios patrimoniales que causare el asegurado, olvidando no sólo que el daño extrapatrimonial suele estar presente en los siniestros de este ramo sino que la valoración de este último va adquiriendo una mayor importancia, en su doble acepción de daño moral y daño en la vida de relación.<sup>79</sup>

Muchos le restan importancia a esa restricción legal con el argumento de que como el artículo 1127 es una norma supletiva, ella se puede superar con la redacción que cada aseguradora haga del clausulado de sus pólizas o por la vía de un convenio expreso entre las partes, caso en el cual se expediría el anexo correspondiente.

77 OSSA, J. Efrén. Ob. Cit., pág. 8.

78 De nuestra parte acogemos el planteamiento del destacado profesor argentino SOBRINO, Waldo Augusto quien al analizar los seguros de responsabilidad civil frente a terceros, o “Third party insurance” afirma que “aquí debemos hacer una pequeña discreción previa, para determinar a favor de quien se contrate el Seguro de Responsabilidad Civil. Así, por un lado, se encuentra la doctrina clásica, que afirma que dicho seguro se contrata para proteger el patrimonio del propio asegurado; y, por otro lado, nos enrolamos nosotros en la otra postura (por ahora, con pocos adherentes en la doctrina vernácula), que entendemos que el seguro de responsabilidad civil, se contrata para proteger a la víctima, con la finalidad que el seguro cumpla la “función social” que reclamaba el genio de HALPERIN, Isaac. Artículo SOBRINO, Waldo– Las empresas aseguradas como consumidores de seguros.doc, 2003, págs. 16 y 17.

79 El tratadista DÍAZ-GRANADOS considera inclusive que “ninguno de los países de la región limitan la cobertura del seguros sólo a ciertos tipos de daños que sufra la víctima, pues de lo que se trata es de dejar indemne el patrimonio del asegurado el cual se afecta por todo tipo de daño inferido a la víctima. Adicionalmente, en atención a la importancia de las cuantías que hoy en día pueden alcanzar los daños extrapatrimoniales, que superarían incluso el monto los daños patrimoniales, una póliza que carezca de la cobertura de daño extrapatrimonial estaría incompleta y no satisface adecuadamente las necesidades de protección del asegurado”. Ob. Cit. pág. 180.

Como sucede con muchas verdades, eso es cierto pero no suficiente, pues tratándose de algo tan especializado como los seguros, se corre el riesgo de que los tomadores o asegurados, - al fin de cuentas consumidores, - e inclusive los mismos intermediarios, no reparen en la necesidad de pactar esa ampliación, máxime si nos atenemos a que frente a la consensualidad que hoy reviste al contrato de seguros,<sup>80</sup> el simple acuerdo de voluntades somete la configuración del amparo a lo previsto en las normas del Código de Comercio mientras no se diga algo distinto. De ahí que insistamos en que es aconsejable darle comprensión integral a esa cobertura por la vía legislativa.

Esa propuesta tiene, entre otros, el respaldo de las reflexiones que sobre la misma materia, - y con base en el derecho comparado -, ha expresado la doctora María Cristina Isaza Posse, para quien *“la revisión de las disposiciones relativas al seguro de responsabilidad civil en otras legislaciones nos resulta de utilidad para confirmar que la práctica generalizada del mercado asegurador colombiano dirigida a reducir el alcance de la cobertura que se otorga bajo este seguro, resulta únicamente como consecuencia de la desafortunada reforma introducida por el artículo 84 de la ley 45 de 1990, la cual no obedece a ningún criterio general que se aplique en la legislaciones foráneas y que pudiera dar lugar a pensar que obedece a una tendencia general que resulta aplicable a esta clase de amparo”*.<sup>81</sup>

Conviene advertir que, como lo expresa el doctor Díaz-Granados al referirse al artículo 1127 del Código de Comercio, el Consejo de Estado, en pronunciamiento del 15 de diciembre de 2004, al interpretar el alcance que en esa norma tiene la expresión *“perjuicios patrimoniales”*, se alejó del significado que en esa materia le han dado a la responsabilidad tanto el Consejo de Estado como la Corte Suprema de Justicia, pues según dicha providencia *“perjuicios patrimoniales y materiales no son sinónimos. El primero es el género y el segundo es la especie, es decir, perjuicios patrimoniales son los que se pueden tasar en dinero y si bien, en relación con el perjuicio moral, la indemnización no es reparadora ni restitutiva, sí constituye una compensación que puede valorar pecuniariamente”*.<sup>82</sup>

Frente a lo expuesto, bien vale la pena precisar que para tan distinguido tratadista, - y con la claridad que siempre lo distingue -, esa tesis *“además de separarse*

80 Colombia. Código de Comercio, art. 1036 (modificado por el art. 1 de la Ley 389/97): “El seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva”.

81 ISAZA POSSE, María Cristina. El seguro de responsabilidad civil y la cobertura de los perjuicios extratrimoniales. Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros No.21, mayo 2004, pág. 156.

82 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 15 de diciembre de 2004, exp. 14250 (3091) – 20657 (3651).

de la jurisprudencia acerca del daño patrimonial, resulta forzada tal vez por buscar la protección de la víctima y del asegurado. Pero tal propósito no justifica una interpretación ajena de rigor y de consistencia con la ontología del daño y con la reiterada jurisprudencia de las altas cortes”.<sup>83</sup>

### 8.3 La laxitud asegurativa del amparo patrimonial

Es claro que la sugerencia de un seguro obligatorio de responsabilidad civil para el ramo de automóviles está claramente influida por la teoría de Lavell que incluye la circulación a motor dentro de las amenazas sociales globales, y que la propuesta de extenderlo a todas las actividades que merecen esa misma calificación tiene un claro asidero en que su potencialidad dañina se incrementa dramáticamente cuando se es proclive por actuar sin la debida diligencia.

Pero una cosa es que para ser consecuente con el claro propósito resarcitorio de las víctimas la ley ya haya permitido extender a la culpa grave la asegurabilidad de la responsabilidad civil, - lo que de por sí está admitiendo una graduación de culpas que tradicionalmente se niega para la responsabilidad civil extracontractual,<sup>84</sup> y otra muy distinta que paradójicamente se continúe debilitando la función preventiva de las indemnizaciones ablandando el trato que le da el seguro al responsable que daña a las víctimas con conductas ética y socialmente nocivas. Dicho en otras palabras, es absurdo y carente de justificación permitir que las aseguradoras negocien, por la vía del llamado “*Amparo Patrimonial*”, su renuncia al derecho de repetir contra el tomador o asegurado que generó el siniestro con conductas inapropiadas y riesgosas, porque eso implica otorgarle una patente de corso para que no se afecte “*la capacidad patrimonial individual del agente generador del daño*”,<sup>85</sup> lo que, de paso, linda con la celebración de un convenio sobre un objeto o causa ilícitos, cuando no es que se está frente a un enriquecimiento marcado con iguales características.

Por eso, en línea con la crítica a la existencia del amparo patrimonial que hoy se comercializa en los seguros de automóviles, encuentro sano mantener vigente la redacción del artículo 1099 del Código de Comercio, norma que por lo demás es imperativa.<sup>86</sup>

83 DÍAZ-GRANADOS, Juan Manuel. Ob. Cit., pág. 181.

84 GONZÁLEZ AGUDELO, Miguel. Ob. Cit., pág. 172. DÍAZ-GRANADOS, Juan Manuel. Ob. Cit., pág.56.

85 DÍAZ-GRANADOS, Juan Manuel. Ob. Cit. pág. 28

86 OSSA G., J. Efrén. Refiriéndose a la subrogación, expresa que “Esto nos permite concluir que las normas legales relativas a este instituto, las que otorgan el derecho (art. 1096), las que lo niegan (art. 1099 y 1139)... son imperativas por su naturaleza y no susceptibles, por tanto, de derogación o modificación

Reconozco que si se sigue insistiendo en que lo que se indemniza es la merma patrimonial que sufre el asegurado por atender su responsabilidad, muchos pueden considerar que se presentaría una antinomia en este seguro si se ejerce el derecho de repetición de la aseguradora precisamente contra el asegurado que sea responsable del siniestro. Pero insisto en que si se entroniza este seguro como obligatorio se cambiaría meridianamente el sentido del texto del artículo 84, ya que su propósito se centraría tajantemente en los derechos de la víctima, convirtiendo ese contrato en una expectativa de titularidad respecto a un fondo o patrimonio autónomos, cuya destinación específica sería reparar los perjuicios causados por quien ejerce una actividad que puede ocasionar el daño, lo que vulneraría el desarrollo pacífico del pacto social de convivencia que rige entre quienes integran un núcleo humano reglado por el derecho.

En ese contexto, y por lo menos en los casos de un daño producido por un comportamiento irresponsable en el ejercicio de una actividad peligrosa, no considero lógica ni suficiente la interpretación de que en este seguro la protección recae precisamente sobre el patrimonio del deudor, como lo han sostenido connotados doctrinantes,<sup>87</sup> pues la suscripción y el pago de la prima socializarían el riesgo y lo trasladarían al derecho de la víctima, al tiempo que con el ejercicio de la repetición se acabaría con el amparo patrimonial del causante del daño.

Por lo demás, esta alternativa ya no reviste ninguna novedad, pues como lo hemos mencionado, empezó a ser aplicada en otras legislaciones como la española, cuyo Real Decreto 7 de 2001, reglamentario de la responsabilidad civil y el seguro de circulación de vehículos a motor, consagró, si bien con carácter facultativo, el derecho de reclamar contra el responsable, aunque se trate del conductor, el propietario o el asegurado, sin que por eso se enerve la eficacia de la cobertura.<sup>88</sup>

#### **8.4 La estipulación de garantías en el seguro**

Ante la gravedad de la siniestralidad del tránsito de los vehículos a motor se hace imperioso superar la mera indemnización con un cuestionamiento de la gestión del riesgo que busque controlar o por lo menos reducir una amenaza social

---

convencionales". Ob. Cit., pág. 188. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Ob. Cit., pág. 242. En igual sentido se pronuncia la Corte Suprema de Justicia en sentencia de septiembre 23 de 1993 cuando expresa que: "2.1.2 – Ahora bien, la subrogación legal por el pago del seguro, no obstante los antecedentes que le preceden, constituye una institución especial de orden público". Jurisprudencia de Seguros, Corte Suprema de Justicia, 1971-2000, Acoldese – Fasecolda, pág. 241.

87 DÍAZ-GRANADOS, Juan Manuel, Ob. Cit., pág. 41.

88 Ver nota 79.



global que, al tocar con los derechos fundamentales, afectan su vida e integridad física, nociones que constituyen el interés básico del ser humano.

Como en este riesgo el nivel de exposición al daño es atomizado, por cuanto se concreta en función de cada conductor y de cada vehículo, se impone un procedimiento que incorpore la detección y prevención del daño tanto en los conductores como en el estado de los vehículos, incorporándole a las pólizas de seguros una serie de exigencias contractuales que operen expresamente como garantías de las pólizas,<sup>89</sup> para propiciar que en lo posible se mantenga el estado del riesgo que ameritó el convenio de las partes.

El objetivo de esas cláusulas, de particular utilidad e importancia cuando se trata de actividades peligrosas, es garantizar que la proactividad actúe frente a la negligencia, el descuido y la falta de previsión sobre las personas y el inevitable desgaste de los vehículos, procurando un control efectivo que, de ser posible, sea certificado por especialistas que monitoricen periódicamente el agotamiento y la merma de condiciones del hombre y la máquina, para conservar o restaurar las condiciones esperadas.

Aunque más de una vez he creído que la industria aseguradora ha sido miope o por lo menos tímida para valerse de ese recurso en todos los ramos, incluidos los de vida y salud, considero que su propio y mejor espacio se da en los riesgos calificados como actividades peligrosas, pues ante esa indudable característica se pueden llegar a convertir, - aun cuando no se logre el contexto global que se propone en este ensayo -, en exigencias de suscripción que incluyan un proceso continuo de control dentro de la vigencia, como una consecuencia del tracto sucesivo propio de este contrato e inclusive como un mecanismo para conservar el estado del riesgo<sup>90</sup> durante su ejecución.

Ese catálogo de posibles garantías tiene que mirarse en el marco de una clara proyección social que contribuya a formar y consolidar una cultura en la que la responsabilidad genere los mejores hábitos y costumbres frente al riesgo, con el respaldo de un control que se documente en bitácoras e historiales con cuyo concurso se verifiquen y evalúen las recomendaciones en sí mismas, su nivel de urgencia y su oportuno cumplimiento, ligando todo ese proceso al precio de las tasas o de las primas, mediante bonos, descuentos, recargos o penalizacio-

89 Están previstas como tales en los artículos 1061 a 1065 del C. de Co. Para su mejor análisis consúltese Las Garantías en el Derecho de Seguros de DE GREIFF RESTREPO, Gustavo. Ensayos sobre Seguros – Homenaje al Doctor OSSA G., J. Efrén. Fasecolda, 1992, págs. 93 a 102.

90 Colombia. C. de Co. Art. 1060.

nes, incluida la generación del derecho de repetición si se presenta un siniestro indemnizable que en teoría se hubiera podido evitar con el acatamiento de lo recomendado,<sup>91</sup> lo que probablemente implique una reforma legal ante el tajante tratamiento que hoy se desprende de las normas del código de comercio.

Muchos pueden considerar que es utópico sugerir la implantación de un seguro obligatorio de responsabilidad civil para las actividades peligrosas o que la inclusión del dolo atenta contra la definición misma del riesgo<sup>92</sup> y que el ejercicio obligado de la acción de repetición en el responsable afecta la calidad del asegurado. Pero ante la dimensión de la catástrofe oculta que actualmente encierra la siniestralidad de los vehículos a motor y en general de las actividades que se consideran peligrosas, se impone replantear el tratamiento legal de la convivencia personal y social, diseñando soluciones jurídicas cuya coercibilidad se incorpore a la normatividad responsable con la que soñara el pensador alemán que desmascaró nuestra sociedad de riesgo.

### **8.5 La uniformidad contractual y la operación del sistema**

Para que el seguro propuesto no se quede en una entelequia frente a las víctimas, es necesario blindarlo con un clausulado que responda eficientemente a sus legítimas expectativas indemnizatorias, ya que así lo demanda el tantas veces mencionado propósito de resarcimiento que se consagró en el artículo 84 de la ley 45 de 1990.

Ese objetivo sólo puede conseguirse por tres vías, todas ellas lideradas por el Estado, como vocero de las necesidades comunes. La primera de ellas sería la que responde al interés de las aseguradoras, la segunda a las aspiraciones de las víctimas y la tercera la que resulte del consenso de unas y otras, como fruto de un trabajo de expertos en el que podrían participar delegados del gremio ase-

91 Este es un aspecto en el que los administradores de riesgos pueden tener una mayor participación profesional. El objetivo es incidir sobre las tendencias de siniestralidad al darle un contenido dinámico al riesgo. En cuanto a los vehículos, este aspecto se ha limitado a la inspección puntual en el momento de la suscripción del seguro, sin que se exijan verificaciones durante su renovación y mucho menos durante su vigencia, a pesar de que las partes mantienen la obligación de mantener el estado del riesgo. Todavía es mayor la falta de tales medidas en cuanto a los conductores, respecto a los cuales también es recomendable la práctica de exámenes y pruebas sicosométricas y sicosensoriales, por lo menos con ocasión de la suscripción y renovación de los contratos.

92 A este respecto DÍAZ-GRANADOS, Juan Manuel, manifiesta que “Es más, hoy se discute el aseguramiento de conductas intencionales y dolosas del asegurado, entendiéndose que el seguro y la responsabilidad civil son instituciones indemnizatorias y no sancionatorias de la conducta humana. La punición y la represión de tales conductas son del resorte del derecho penal”. *Ibíd.* pág. 147.

gurador, de los intermediarios, de los profesionales del derecho designados por IARCE y ACOLDESE e inclusive de las ligas de consumidores, - afortunadamente, este servicio financiero ya engrosa el mundo jurídico del consumo -, contando siempre con la presencia de funcionarios del Estado, para que de no producirse un consenso en un tiempo dado, se adopte gubernamentalmente una decisión ilustrada en aras de los intereses generales, en un plazo que se establecería claramente desde el inicio del proyecto y acatando por lo demás la restricción que establece el artículo 191 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en cuanto a que los seguros obligatorios sólo pueden crearse por la ley.

Finalmente, no le corresponde a este ensayo definir cuál es el sistema adecuado para la operación del seguro propuesto, por lo que le deja a los especialistas la definición sobre la conveniencia de implementarlo a través del patrimonio particular de cada aseguradora, de un fondo similar al FONSAT o a la manera de un modelo distinto como el Consorcio de Compensación de Seguros que hoy rige en España.

# APUNTES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR EN EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO: SUPREMACÍA = RESPONSABILIDAD<sup>1</sup>

Luis Felipe Botero Aristizábal <sup>2</sup>

## CONTENIDO:

Consideraciones previas

La fragmentación del soberano

La responsabilidad patrimonial del estado como garantía de la supremacía de la integración en el derecho comunitario europeo

Este escrito es una adaptación de dos capítulos del libro de Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador en Colombia, que será publicado por la generosidad de Editorial Legis en el primer semestre del 2007 y está motivado, por supuesto, en el noble y justo homenaje al doctor Gilberto Martínez Rave y a su encomiable labor académica que tanto bien le ha hecho al país y al Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado.

## 1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Parece ingenuo tratar por estos días el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho comunitario europeo, cuando en los últimos meses se ha presentado un severo golpe a dicho proceso de integración, con el fracaso –por ahora temporal- de la aprobación del proyecto de Constitución Europea. Incluso, resulta más cuestionable, si se lo viera como un ejercicio de derecho comparado, cuando nuestra propia experiencia integracionista ha sufrido

- 
- 1 Sobre el desarrollo de la responsabilidad del Estado por infracción del derecho comunitario, ver BETLEM, Gerrit; PÉREZ-GONZÁLEZ, Carmen; GRANGER, Marie Pierre; SCHOIBWOHL, Birgit. Francovich follow up. En: [www.eel.ne](http://www.eel.ne).
  - 2 Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Especialista en Derecho Administrativo de la misma Universidad. Profesor de Pregrado y Posgrado de la misma Universidad. Autor de la obra *Acción Popular y nulidad de actos administrativos*, Abogado de la Baker & Mackenzie, miembro del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado.

un mayúsculo contratiempo con la salida de Venezuela de la Comunidad Andina de Naciones. Sin embargo, como parecen mostrarlo los últimos acontecimientos, en ambos casos, estos proyectos políticos parecen irreversibles. Ni la Unión Europea, ni la Comunidad Andina de Naciones dejarán de existir.

Por tanto, el presente análisis conserva pleno interés y su principal objeto es describir de manera sucinta, el estado de cosas en el instituto de la responsabilidad del Estado por hecho del legislador en el derecho comunitario europeo y cómo dicho tema ha renovado la forma de analizar la responsabilidad del estado por el hecho del legislador.

## 2. LA FRAGMENTACIÓN DEL SOBERANO

El proceso evolutivo que ha sufrido la democracia en los últimos dos siglos le ha permitido consolidarse como una de las formas de gobierno más comunes dentro de las naciones del mundo y pilar de lo que denominamos “*cultura occidental*”. Ese ideal democrático ha modificado estructuras políticas y jurídicas consideradas como dogmas sagrados y ha contribuido en el proceso de emancipación del individuo. La fe del *Ancien Régime* es una creencia caduca y los privilegios injustificados son y deben seguir siendo una deidad en extinción.

El vertiginoso espiral de conquistas en procura de la “*verdadera*” libertad, sin embargo, no ha dejado ileso ni siquiera al paradigma democrático mismo. La soberanía absoluta en cabeza del Estado, reflejada principalmente en el poder supremo del legislador, ha sucumbido, entre otros, ante mecanismos como el control de constitucionalidad de las leyes, la excepción de inconstitucionalidad y los procesos de integración económica. Dichas figuras han osado ingresar al frágil refugio de la *Lex supremis*, convirtiendo a la Constitución e incluso, a los textos matrices de la integración, en el *alter ego* de la estructura político-jurídica de las naciones democráticas y sustituto del arbitraje de última instancia del conflicto de intereses que normalmente correspondía al Parlamento. Así, el poder ilimitado del órgano de representación popular, gráficamente representado en la frase de De Lolme según el cual éste “*puede hacer todo salvo convertir una mujer en hombre y un hombre en mujer*”,<sup>3</sup> hace parte del anecdotario de las democracias occidenta-

3 DICEY, Albert Venn. *The Law of the Constitution*. Indianapolis: Liberty Fund. Reprint, originally Published: 8 ed., 1915, p.5: “(...) Parliament can do everything but make a woman a man, and a man a woman” Hoy en día, la idea de la soberanía del Parlamento inglés es más moderada y se la reduce a lo que García Pelayo denomina soberanía legal y, siguiendo a Laski, podría decirse que el Parlamento de hoy “no privaría a los católicos del sufragio o de prohibir la existencia de las *Trade Unions*.” (En: GARCÍA- PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1993 p.310)

les y siembra en nuestra generación una inquietud lacerante frente a esos espacios místicos de inmunidad sobre los que se construyó la democracia moderna.

Una de las tantas ideas motrices que han impulsado el proceso de inmunización de la sociedad frente a la irresponsabilidad del legislador surge de la desconfianza que los gobernados sienten –y seguramente han sentido desde siempre- frente a sus representantes en el órgano legislativo. Las injusticias, las usurpaciones arbitrarias, los privilegios irrazonables, la defensa de intereses sectoriales,<sup>1</sup> la corrupción institucionalizada, las iniquidades -algunas veces promovidas por el legislador y otras consentidas tácitamente por él cuando obra como silencioso espectador del poder ejecutivo-, han exigido desmontar la inmunidad jurídica del congreso y del Estado en general.

Sobre la arbitrariedad del legislador ha dicho el profesor español Tomás Ramón Fernández:

*(...) se ha hecho ya evidente que el Legislador no es el soberano y que, aunque ocupe, ciertamente, una posición privilegiada en el sistema, no puede reclamar de sus productos, las Leyes, los atributos de soberanía, ni, por supuesto, la inmunidad que antes resultaba de su equiparación de iure y de facto a la Constitución en cuanto expresiones ambas de la voluntad general de la Nación. La afirmación de la justicia constitucional y de la Constitución como norma jurídica, superior en este plano y no sólo en el plano político a cualquier otra, ha acabado simplemente con el mito de la omnipotencia parlamentaria, cualesquiera que sean las limitaciones inherentes a la jurisdicción constitucional y al Derecho que en la Constitución se plasma y cualesquiera que puedan ser también los fueros propios de la política y de quienes, en virtud del mandato de sus conciudadanos, realizan ésta.<sup>2</sup>*

El miedo a un Legislador descarriado y al resultado de su maléfico producto, puede describirse también así:

*(...) la Ley puede no sólo no hacer ninguna referencia a la justicia (...), sino, mucho más, puede incluso convertirse en un modo de organización de lo antijurídico, en un modo de perversión del ordenamiento.<sup>3</sup>*

1 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho. Civitas: Madrid, 1996 p.28: "La radiografía descarnada de las estructuras sociales que ha efectuado la moderna sociología, el descubrimiento del papel de las "ideologías" o del que desempeñan los grupos de presión, la conciencia de las debilidades de la burocracia, las condiciones políticas presentes en general, han sido también decisivos para quebrantar inapelablemente la *auctoritas* de la ley como un producto de la organización colectiva".

2 RAMÓN-FERNÁNDEZ, Tomás. De la arbitrariedad del legislador. Madrid: Civitas, 1998 p. 134.

3 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder. Civitas, Madrid: 3a. Ed. 1989, página 80.

Pues bien, los procesos de integración política y económica, originados en la globalización – o mejor globalizaciones<sup>4</sup> y el fortalecimiento de las regiones, han desplazado también competencias otrora consideradas como reserva exclusiva del legislador, dando como resultado la disminución de su poder específico dentro del delicado equilibrio democrático de los poderes públicos. En palabras de Muñoz Machado, estamos en presencia de la *fragmentación del soberano*.<sup>5</sup>

*Frente a la idea de la soberanía concentrada en el Estado, que decide, a partir de su poder irresistible, cómo ordena el sistema jurídico y sus fuentes, se han formado otros centros de poder alternativos, unos supranacionales o internacionales y otros internos.*

Una de las facetas más complejas de la responsabilidad patrimonial del Estado es aquella que se produce cuando éste, en cumplimiento de su función legislativa, se convierte en agente de daños, pues se trata de aceptar que la ley puede ser causa adecuada de perjuicios antijurídicos para los administrados e incluso para los mismos entes públicos. Si bien este problema no es nuevo en el debate jurídico como lo demuestra el profuso

esfuerzo doctrinal,<sup>6</sup> falta mucho para que esta categoría de responsabilidad pueda hacer parte de un sistema jurídico coherente. En todo caso,

4 SAFRANSKI, Rüdiger. ¿Cuánta globalización podemos soportar? Barcelona: Ensayo Tusquets, 2004, p.19: “La “globalización” no es un proceso unitario, sino, más bien, múltiple; por eso sería mejor hablar de “globalizaciones”. Tampoco faltan globalizaciones – incluso antiglobalizaciones- alternativas, intentos de controlar y transformar la dinámica del capital y la técnica.”

5 MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Madrid: Civitas, 2004 p. 323.

6 Entre otros ver: BROUELLE, Camille. La responsabilité de L'État du fait des lois. Paris: L.G.D.J.; GARRIDO MAYOL; Vicente. La responsabilidad patrimonial del Estado, especial referencia a la responsabilidad del Estado legislador. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004; CONCEIRO DEL RÍO, Jaime. Responsabilidad Patrimonial del Estado por la declaración de inconstitucionalidad de las leyes. Madrid: Dijusa, 2001; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La responsabilidad Patrimonial del Estado legislador en derecho español. Madrid: Thomson Civitas, 2005; DÍAZ DELGADO, José (director). Responsabilidad Patrimonial del Estado legislador, administrador y juez. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: 2004; BIANCHI, Alberto. Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1999; ALONSO GARCÍA, María Consuelo. La responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador. Madrid: Marcial Pons, 1999; JIMÉNEZ LECHUGA, Francisco Javier. La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el derecho español. Madrid: Marcial Pons,

1999 p. 51 a 117; SILVA, Juary. A Responsabilidade do Estado por atos judiciários e legislativos. Editora Saraiva: São Paulo, 1985. MOTA, Mauricio Jorge. Responsabilidade Civil do Estado Legislador. Editorial LÚMEN JURIS; ESTEVES, Júlio César dos Santos. Responsabilidade Civil do Estado Por Ato Legislativo. Editorial Del Rey. La mayoría de tratados de derecho administrativo, libros y revistas especializadas lo hacen parte de su contenido: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y otro. Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Civitas, 1997 p. 373 a 376; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El principio de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador, En: COSCUELLA MONTANER, Luis. (Coordinador) Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al Dr. Sebastián Martín-Retortillo. Civitas. Endesa, Ibercaja, Madrid: 2003. p.37-65; GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo y Díkè, 1998, p. XVII-42 y ss.; DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997. p.770 a 774; PARADA, Ramón. Derecho Administrativo. Madrid: Marcial Pons, 1994. p. 641 a 642; RIVERO, Jean. Droit Administratif. Dalloz: Paris, 1968 p.266-267; DE FORGES, Jean Michel. Droit Administratif. Paris: Puf, 1991 p.327 a 328; PAREJO ALFONSO, Luciano y otros. Manual de Derecho Administrativo. Barcelona: Ariel, 1998 p. 687 a 691; DE LAUBADERE, André y otros. Traité de Droit Administratif. Paris, 1996 p. 955 a 959; SAYAGUES LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo. Temis, 1974 p. 593 a 613; MARIENHOFF, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, Tomo IV, p. 734 a 758; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. Madrid: Civitas, 2000 p. 53 a 80; Revista Española de Derecho Administrativo. Madrid: Civitas, Número 77 enero/marzo de 1993, artículo de GARRIDO FALLA, Fernando. La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en la nueva Ley 30/1992 y en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992; Revista Española de Derecho Administrativo. Madrid: Civitas, Número 30 julio/septiembre de 1981, artículo de SORIANO GARCÍA, José Eugenio. Responsabilidad del estado legislador y proceso descolonizador. RAMÓN REAL, Alberto. Responsabilidad del Estado. Montevideo p. 87 a 97; BUSTAMANTE, Álvaro. El Daño antijurídico. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez, 1997 p. 79 a 80; PÉREZ RESTREPO, Bernardita. Apuntaciones en torno a una teoría de la Responsabilidad del Estado por acto del legislador. En: Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado No. 2, p. 75 a 93; PAILLET, Michel. La Responsabilidad Administrativa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001 p. 213 a 215; RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General y colombiano. Bogotá: Temis. Duodécima edición p.408 a 410; CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Buenos Aires: Lexis-Nexis, Tomo I, 2002 p. 512 a 516. CHAPUS, René. Droit Administratif Generale. Paris: Editions Montchrestien, 1982 p. 870 a 874; DEBBASCH, Charles. Droit Administratif. Paris: Editions Cuyas, 1968 p.335;



el comunitarismo ha abierto en Europa las puertas de un tema que se abordaba con mucha timidez y ha permitido replantear el fenómeno de la responsabilidad patrimonial del legislador.

### **3. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO COMO GARANTÍA DE LA SUPREMACÍA DE LA INTEGRACIÓN EN EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO**

El traslado de soberanía<sup>7</sup> a órganos supranacionales ha impuesto un necesario cuestionamiento de las doctrinas constitucionales tradicionales. La interacción

---

BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro. Derecho Administrativo Colombiano. Bogotá: Editora Jurídica de Colombia, 1994 Tomo II p. 673 a 674; AYALA CALDAS, Jorge Enrique. Aplicación del derecho administrativo en Colombia. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley, 2002 p.846; GÓMEZ CARDONA. Nuevo derecho administrativo colombiano general y especial. Bogotá: Diké, 1995 p. 338 a 340; NAVAS BRETON, María Juliana y RICO SLOTKUS, Lilia Danute. Responsabilidad del estado por el hecho de la ley. Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2002; HOYOS DUQUE, Ricardo. La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Bogotá: Temis, 1984 p. 32 a 40, GÓMEZ CARDONA, Efraín. La responsabilidad del Estado en la Constitución del 91. Bogotá: Diké, 1995 p.131; GAMBOA LADINO Julio César y otra. Responsabilidad del Estado Legislador. Tesis de grado especialización de Derecho Administrativo. Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1999; DE DURANA, Marta Ángel. La Responsabilidad del Estado Juez y del Estado Legislador. Tesis de grado. Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1980 p.21-36; AMALFI ÁLVAREZ, Lissi Rossana. Tesis de grado. Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1984; SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004 p.442 a 455; FRANCO RODRÍGUEZ, Paola y GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. La responsabilidad del Estado legislador en los eventos de sentencias moduladas. Pontificia Universidad Javeriana. Tesis de grado, 2001; ARENAS URIBE, Carolina y JIMÉNEZ USCATEGUI, Mariangela. La responsabilidad del Estado por hecho del legislador. Pontificia Universidad Javeriana. Tesis de Grado, 2001.

- 7 Como desde la década de los setenta lo advertía PESCATORE, la integración comunitaria no es un simple traslado de competencias, es una verdadera ruptura de la noción de soberanía como concepto unitario. PESCATORE, Pierre. Derecho de la integración: nuevo fenómeno en las relaciones internacionales. Buenos Aires: Intal, 1973 p.29-30: "Otros han intentado abordar el problema mediante un desdoblamiento entre las nociones de "soberanía" y de "competencia". Así se cree haber resuelto la paradoja de Estados que, al mismo tiempo que han adherido a un sistema de integración, seguirían siendo plenamente soberanos. Esa adhesión daría lugar a una transferencia de competencias, dejando sin embargo intacta la soberanía de los Estados. Por cierto, a primera vista, la teoría es tranquilizadora: permite a los Estados participar

del derecho supranacional con el derecho nacional exige reformular el principio de supremacía de la ley, en beneficio de la aplicación obligatoria y prevaleciente del derecho comunitario. Como lo explica Macnab,<sup>8</sup> el Tribunal de Justicia Europeo (“TJCE”) ha definido el principio de supremacía y eficacia directa del derecho comunitario en el caso *Costa v ENEL*, para expandirlo y refinarlo en el caso *Simmenthal*. En este último, sostuvo que todas las cortes nacionales deben aplicar las normas comunitarias y darles pleno efecto, incluso si ello determina la inaplicación del derecho nacional que entre en conflicto con la norma comunitaria y sin que resulte necesario esperar que la norma comunitaria sea desarrollada legislativa o constitucionalmente.<sup>9</sup>

En esa interacción normativa es frecuente hallar normas nacionales contrarias a la legislación comunitaria que pueden lesionar derechos o intereses legítimos de personas naturales o jurídicas, lo que ha dado paso a preguntarse si en esas hipótesis hay lugar algún tipo de reparación y quién debe ser el responsable.

### **3.1 Elementos estructurantes de la responsabilidad del legislador por infracción del derecho comunitario**

La primera característica relevante del sistema jurídico comunitario europeo es la inexistencia de una norma que consagre la responsabilidad patrimonial del Estado Miembro por violación de una directiva comunitaria. La única referencia normativa se refiere a la responsabilidad de los órganos de la comunidad, contenida en el artículo 288 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, pero no de los Estados Miembro:

*Artículo 288. La responsabilidad contractual de la Comunidad se regirá por la ley aplicable al contrato de que se trate.*

---

en esas empresas de unificación en la creencia de no abandonar nada de la plenitud de su soberanía. Pero esta concepción se expone a una doble crítica. Primeramente, sólo es un eufemismo, una máscara puesta sobre la realidad: ya que las “transferencias de competencia” de las que se habla aquí se refieren al cumplimiento de las funciones fundamentales y vitales del Estado (...). Es que el desdoblamiento entre las nociones de “soberanía” y de “competencia” equivale, en realidad, a crear o recrear, a favor de los Estados, una especie de reducto, un lugar seguro a partir del cual pueden impunemente volver a poner en discusión, cuando les place y de acuerdo con sus intereses, cualquiera de sus compromisos.”

8 MACNAB, Andrew. Direct Effect and Supremacy of Community Law. Tax Journal, 17 mayo 2004

9 TJCE, sentencia del 9 de marzo de 1978: “El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del derecho comunitario, tiene (a obligación de asegurar el pleno efecto de estas normas, dejando inaplicada, si fuere necesario, en virtud de su propia autoridad, toda disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que para ello tenga que pedir o esperar su previa eliminación por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”.

*En materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.*

*El segundo párrafo se aplicará en las mismas condiciones a los daños causados por el Banco Central Europeo o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones.*

*La responsabilidad personal de los agentes ante la Comunidad se regirá por las disposiciones de su estatuto o el régimen que les sea aplicable.*

*La ausencia de norma expresa, sin embargo, no ha sido obstáculo para que el TJCE se pronuncie –en parte apoyado por los principios consignados en la anterior norma- para declarar la responsabilidad de los Estados Miembros por violación del derecho comunitario.<sup>10</sup> En efecto, el TJCE declaró por primera vez responsable a un Estado Miembro –la República Italiana- por el incumplimiento del derecho comunitario en el conocido caso Francovich en el año de 1991, haciendo mucho más severa la obligación de cumplir el derecho comunitario. En dicha sentencia concluyó que ese tipo de violaciones pueden dar paso a la responsabilidad patrimonial del Estado infractor frente a aquellas personas afectadas por la total omisión o deficiente adopción de las directivas comunitarias. Los supuestos fácticos del caso fueron los siguientes:*

(a) La Directiva 80/987 pretendía garantizar a los trabajadores por cuenta ajena un mínimo comunitario de protección en caso de insolvencia del empresario, sin perjuicio de las disposiciones más favorables que existieran en los Estados miembros.

(b) A este respecto, previó en particular garantías específicas para la solución de sus créditos impagados en lo que se refiere a la retribución.

---

<sup>10</sup> A diferencia del sistema europeo, el artículo 30 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina consagró, entre otras consecuencias, la posibilidad para una persona de obtener la reparación de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento del ordenamiento jurídico andino por parte de un país miembro. El texto de dicho artículo es el siguiente: “La sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal, en los casos previstos en el artículo 25, constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda **solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere**”.

(c) Según el artículo 11 de la citada Directiva, los Estados miembros debían establecer las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para adecuarse a ésta, en un plazo que expiraba el 23 de octubre de 1983.

(d) Como la República Italiana no cumplió dicha obligación, el Tribunal de Justicia declaró su incumplimiento mediante sentencia del 2 de febrero de 1989.

(e) El señor Francovich, parte del litigio principal en el asunto C-6/90, había trabajado para la empresa CDN Elettronica snc en Vicenza y no había percibido a cambio más que anticipos esporádicos sobre su salario. Por lo tanto, interpuso una demanda ante la Pretura de Vicenza, que condenó a la empresa demandada al pago de una suma de alrededor de 6 millones de liras.

(f) Durante la fase de ejecución de la sentencia, el “ufficiale giudiziario” adscrito al Tribunale de Vicenza tuvo que extender una diligencia negativa de embargo y,

(g) El señor Francovich invocó entonces el derecho a obtener del Estado italiano las garantías previstas por la Directiva 80/987 o, con carácter subsidiario, una indemnización.

El TJCE consideró como principio de derecho comunitario, que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a individuos por el incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario:

*“(...) el principio de responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario constituye uno de los principios generales del Derecho que refuerzan la eficacia del Derecho de la Comunidad. (...) Afirma el Tribunal, en este sentido, que el artículo 288 del Tratado CE, que contempla la responsabilidad extracontractual de la Comunidad es expresión del principio general conocido en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, conforme al cual una acción u omisión ilegal produce la obligación de reparar el perjuicio causado”.<sup>11</sup>*

Señaló además el TJCE las siguientes condiciones para estimar esa responsabilidad por incumplimiento (*non-transposition*) de una directiva comunitaria:

(i) el objeto de la directiva comunitaria debe reconocer el otorgamiento de derechos a los individuos,

<sup>11</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen. Responsabilidad del Estado frente a particulares por incumplimiento del Derecho Comunitario. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001 p. 46-47.

(ii) el contenido de esos derechos debe estar identificado en las normas que integran esa directiva y,

(iii) debe existir un nexo causal entre el incumplimiento de la obligación del Estado y los daños sufridos por la víctima.

Al enumerar estos elementos el TJCE parecía acoger los elementos clásicos de responsabilidad del Estado por la expedición de normas. El texto pertinente de la providencia del TJCE precisaba lo siguiente:

*3. La plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro. Esta posibilidad de reparación a cargo del Estado miembro es particularmente indispensable cuando la plena eficacia de las normas comunitarias está supeditada a la condición de una acción por parte del Estado y, por consiguiente, los particulares no pueden, a falta de tal acción, invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales los derechos que les reconoce el Derecho comunitario. De ello resulta que el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que le son imputables es inherente al sistema del Tratado.*

*La obligación de los Estados miembros de reparar dichos daños se basa también en el artículo 5 del Tratado, en virtud del cual éstos deben adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento del Derecho comunitario y, por consiguiente, para eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho comunitario.*

4. Si bien el Derecho comunitario impone el principio de la responsabilidad del Estado miembro de reparar los perjuicios causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario, los requisitos para que se genere un derecho a indemnización dependen de la naturaleza de la violación del Derecho comunitario que origine el perjuicio causado.

*Cuando un Estado miembro incumple la obligación que le incumbe, en virtud del párrafo tercero del artículo 189 del Tratado, de adoptar todas las medidas necesarias para conseguir el resultado prescrito por una Directiva, la plena eficacia de esa norma de Derecho comunitario impone un derecho a indemnización siempre y cuando concurren tres requi-*

*sitos, que son, en primer lugar, que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos en favor de particulares; en segundo lugar, que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva, y, en tercer lugar, que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas.*

*A falta de una normativa comunitaria, el Estado debe reparar, en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad, las consecuencias del perjuicio causado. No obstante, las condiciones de fondo y de forma establecidas por las diversas legislaciones nacionales en la materia no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan excesivamente difícil o prácticamente imposible obtener la indemnización.<sup>12</sup> (Negrilla fuera de texto)*

Se desprende de esta línea jurisprudencial, la clara manifestación de la responsabilidad del Estado legislador por violación del derecho comunitario, tanto por omisión absoluta de adoptar una directiva, como la adopción errónea o contraria a la misma, especialmente como método de dotar con verdadera eficacia al derecho comunitario.

En 1996, en los casos *Brasserie du pêcheur* y *Factortame III*<sup>13</sup> el TJCE desarrolló el precedente establecido en *Francovich*. En estas providencias se incluyó como nuevo requisito para declarar responsable a un Estado

Miembro (incluso por la adopción de una ley contraria al Derecho Comunitario),<sup>14</sup> la violación “suficientemente caracterizada” del derecho comunitario. Así lo resumió el TJCE el 8 de octubre de 1996 (asuntos acumulados C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94, *Erich Dillenkofer* y otros contra *Bundesrepublik Deutschland*):

12 TJCE, sentencia del 19 de noviembre de 1991, *Andrea Francovich* y *Danila Bonifaci* y otros contra República Italiana. Asuntos Acumulados C-6/90 Y C-9/90.

13 TJCE, Sentencia del 5 de marzo de 1996. Asuntos Acumulados C-46/93 y C-48/93.

14 PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen. Ob. Cit. p.117-119: “En el asunto *Factortame III* el TJCE conoce de la adopción, por parte del legislador británico, de una ley contraria al Derecho comunitario con posterioridad a la adhesión del Reino Unido a la comunidades Europeas. Se trata, en concreto, de la Ley de la Marina Mercante de 3 de mayo de 1988, (...) contraria al artículo 43 del Tratado CE, disposición ésta que gozaba de un efecto directo en el ordenamiento jurídico británico. (...) En cumplimiento de la sentencia de 25 de julio de 1991, la *Divisional Court* había dictado una resolución el 2 de octubre de ese mismo año, en la que se exhortaba a los demandantes a que concretaran su demanda de indemnización. En opinión de estos últimos tal indemnización debía incluir los gastos y pérdidas que habían tenido que soportar como consecuencia de la entrada en vigencia de la normativa objeto de recurso hasta la derogación de la misma (...) la *Divisional Court* decidió autorizar la modificación de la demanda de *Rawlings (Trawling) Ltd.* “para que pudiese incluir en ella una reclamación de daños y perjuicios “disuasorios” por comportamiento inconstitucional de las autoridades públicas. (*exemplary damages for unconstitutional behavior*)”.

21. En sus sentencias *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*, apartados 50 y 51; *British Telecommunications*, apartados 39 y 40, y *Hedley Lomas*, apartados 25 y 26, antes citadas, el Tribunal de Justicia, habida cuenta de las circunstancias que concurrían en dichos asuntos, declaró que los particulares perjudicados tienen un derecho a indemnización cuando se cumplen tres requisitos, a saber, que la norma de Derecho comunitario violada tenga por objeto conferirles derechos, que la violación esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre tal violación y el perjuicio sufrido por los particulares.

22. Por otra parte, de la citada sentencia *Francovich*, que, como los presentes asuntos, se refería a la no adopción de medidas de adaptación del ordenamiento jurídico nacional a una Directiva dentro del plazo fijado, resulta que la plena eficacia del párrafo tercero del artículo 189 del Tratado impone un derecho a indemnización siempre que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución, a favor de particulares, de derechos cuyo contenido pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva y exista, además, una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas cuyos derechos han sido lesionados. (...) una violación es suficientemente caracterizada cuando una Institución o un Estado miembro, en el ejercicio de su facultad normativa, vulnera, de manera manifiesta y grave, los límites impuestos al ejercicio de sus facultades (véanse las sentencias de 25 de mayo de 1978, *HNL* y otros/Consejo y Comisión, asuntos acumulados 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 y 40/77, Rec. p. 1209, apartado 6; *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*, antes citada, apartado 55, y *British Telecommunications*, antes citada, apartado 42) y, por otra parte, en el supuesto de que el Estado miembro de que se trate, en el momento en que cometió la infracción, no estuviera confrontado a opciones normativas y dispusiera de un margen de apreciación considerablemente reducido, incluso inexistente, la mera infracción del Derecho comunitario puede bastar para demostrar la existencia de una violación suficientemente caracterizada (véase la sentencia *Hedley Lomas*, antes citada, apartado 28).

Por tanto, los elementos que actualmente configuran la responsabilidad del Estado legislador por violación del derecho comunitario en la actualidad pueden resumirse así:

- (i) la norma comunitaria incumplida debía tener como propósito el reconocimiento de derechos a los individuos,
- (ii) la violación debe ser suficientemente caracterizada, esto es, “una inobservancia manifiesta y grave (...) de los límites impuestos a su facultad de apreciación”.
- (iii) debe haber una relación causal entre el incumplimiento de la obligación y el daño sufrido por la víctima.

La adición del requisito de la violación suficientemente caracterizada se ha consolidado tal y como lo refieren los casos Dillenkofer,<sup>15</sup> British Telecommunications,<sup>16</sup> Hedley Lomas,<sup>17</sup> Norbrook Laboratories,<sup>18</sup> Brinkmann Tabakfabriken GmbH/ Skatteministeriet,<sup>19</sup> Haim II<sup>20</sup> y Stockholm Lindöpark AB.<sup>21</sup>

El juez nacional puede tener como criterios para determinar esta violación “suficientemente caracterizada”, entre otros, los siguientes elementos:

*(...) el grado de claridad y precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales o comunitarias, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de derecho, la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una Institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o el mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho comunitario.*<sup>22</sup>

Nikolau, citando a Ward, precisa el alcance del requisito de violación suficientemente caracterizada, dependiendo del margen de discrecionalidad del Estado en la adopción de la Directiva, a efectos de definir el régimen de responsabilidad, así:

(i) In cases where the public authorities act in areas in which they have wide discretion, the conditions under which they can be exposed to compensation claims cannot differ from those under which Community institutions incur liability in comparable situations (first tier).

(ii) In cases where the public authorities have considerably reduced or even complete lack of discretion, a mere infringement of Community law is sufficient to fulfil the condition of a sufficiently serious breach (second tier).<sup>23</sup>

15 TJCE, Asuntos Acumulados C-178, 179 y 188-190/94.

16 TJCE, Asunto C-392/93.

17 TJCE, Asunto C-5/94.

18 TJCE, Asunto C-127/95, Rec. p. I-1531.

19 TJCE, Asunto C-319/96.

20 TJCE, Asunto C-424/97.

21 TJCE, Asunto C-150/99.

22 Ibídem. Apartado 57. En igual sentido, MENGOZZI, Paolo. Derecho Comunitario y de la Unión Europea. Madrid: Tecnos, 2000 p.315; PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen. Ob. Cit. p.187, destaca que “nada impide que el juez nacional tenga en cuenta cualesquiera otras circunstancias que puedan incidir en el caso concreto. Esto puede deducirse, como a continuación veremos, de la sentencia del TJCE de 5 de marzo de 1996”.

23 NIKOLAOU, Evangelos. From Francovich to Köbler and beyond: The evolution of a State liability regime for the European Community. University of Helsinki: LL.M. Thesis August 2005, p.26, citando a Ward.



En este sentido, a menor discrecionalidad de interpretación del texto comunitario mayor responsabilidad (reflejada en la diligencia exigible a los Estados Miembro, esto es, menor margen de error en su transposición al derecho interno)

En todo caso, el requisito de la violación suficientemente caracterizada otorga un amplio margen de apreciación al juez nacional para valorar la conducta del Estado cuyo incumplimiento analiza y hace más restrictiva la viabilidad de la reparación, pero no hasta el punto de servirle de vía de escape para legitimar la irresponsabilidad del Estado miembro en menoscabo de la eficacia del derecho comunitario. Como se dijo, la responsabilidad del Estado por violación del derecho comunitario –incluso cuando el incumplimiento proviene del poder legislativo– se ha convertido en un principio inherente a éste y, como lo dice Van Gerven, citado por Pérez González,<sup>24</sup> la consagración por parte del Tribunal de la responsabilidad del Estado legislador ha causado una “verdadera revolución jurídica que cuestiona las concepciones clásicas de la ley y del poder legislativo”. Basta recordar las palabras del Tribunal de Justicia en el asunto Köbler:

*En primer lugar, procede recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el principio de la responsabilidad de un Estado miembro por los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que le sean imputables, es inherente al sistema del Tratado (...) El Tribunal de Justicia también ha declarado que el principio es válido para cualquier supuesto de violación del Derecho comunitario por parte de un Estado miembro, independientemente de cuál sea el órgano del Estado miembro a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento (sentencias Brasserie du pêcheur y Factortame, antes citada, apartado 32; de 1 de junio de 1999, Konle, C-302/97, Rec. p. I-3099, apartado 62, y Haim, antes citada, apartado 27). Si en el ordenamiento jurídico internacional el Estado que incurre en responsabilidad por haber incumplido una obligación internacional es considerado en su unidad, independientemente de que la violación que haya causado el perjuicio sea imputable al poder legislativo, al poder judicial o al poder ejecutivo, con mayor razón aún debe ocurrir así en el ordenamiento jurídico comunitario en el que todas las instancias del Estado, incluso el poder legislativo, están obligadas, en el cumplimiento de sus funciones, a respetar las normas impuestas por el Derecho comunitario que pueden regir directamente la situación de los particulares (sentencia Brasserie du pêcheur y Factortame, antes citada, apartado 34).<sup>25</sup> (Negrilla fuera de texto)*

<sup>24</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen. Ob. Cit. p. 309.

<sup>25</sup> TJCE, Sentencia del 30 de septiembre de 2003, C-224/01, Köbler vs República de Austria.

Por último, se discute aún la posibilidad de imputar responsabilidad al Estado Miembro por violación del principio de confianza legítima al adoptar válidamente el derecho comunitario sorpresivamente modificadorio de situaciones jurídicas reconocidas en el derecho interno.<sup>26</sup>

### 3.2 Daño indemnizable

Aceptado como está el sistema de responsabilidad por violación del derecho comunitario en el que los particulares afectados tienen acción directa contra el Estado infractor, hay que preguntarse hasta dónde va la reparación a favor de la víctima.

Si bien las referencias jurisprudenciales no son lo suficientemente contundentes y uniformes -pues en mayor medida es un problema relegado al juez nacional- se destaca en el caso *Factortva/Cme* la aclaración que hizo el TJCE en el sentido que *“la exclusión total, en concepto de daño reparable, del lucro cesante no puede admitirse en caso de violación del Derecho Comunitario, pues, en efecto, especialmente en materia de litigios de carácter económico mercantil, tal exclusión total del lucro cesante puede hacer de hecho imposible la reparación del daño”*.<sup>27</sup>

Este tipo de conclusiones aunadas a otras decisiones del TJCE parecerían confirmar la aplicabilidad del principio de integralidad de la reparación en los daños causados por el incumplimiento del derecho comunitario.<sup>28</sup>

### 3.3 Retroactividad del fallo del TJCE

La declaración de responsabilidad del Estado por violación del derecho comunitario se complementa con el efecto retroactivo de la decisión del TJCE, lo que permite revisar las situaciones jurídicas en firme para, consecuentemente, solicitar la devolución de las sumas pagadas al erario conforme a la norma local declarada violatoria del ordenamiento comunitario o para establecer el momento desde el cual se deben los perjuicios a las víctimas de la norma contraria a la directiva comunitaria.

En algunos casos el TJCE no ha otorgado efectos retroactivos a sus sentencias, por la *“gravidad de las repercusiones económicas deducida de exigencias imperiosas de seguri-*

26 Ver, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español. Madrid: Thomson- Civitas, 2005 p.37-46.

27 MENGOZZI, Paolo. Derecho Comunitario y de la Unión Europea. Madrid: Tecnos, 2000. p.205.

28 Ver, PÉREZ GONZÁLEZ, Ob. Cit. p.199 y WARD, Ángela. Judicial Review and the Rights of Private Parties in EC Law. London: Oxford University Press, 2000, p. 338

*dad jurídica o a la posibilidad de que la devolución provoque un enriquecimiento injusto*".<sup>29</sup> Sin embargo, como lo explica Villar Ezcurra, la jurisprudencia más reciente estima que el riesgo de repercusiones económicas graves, no es medio de defensa suficiente para negar eficacia retroactiva a su decisión (STJCE de 13 de febrero de 1996, as.

ac. C-197/94 y C-252/94, Rec. 505).<sup>30</sup> pues llevaría a la paradoja de que las violaciones más graves al Derecho Comunitario recibirían el trato más favorable,

29 VILLAR EZCURRA, Marta. Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento en la no transposición de directivas comunitarias. Asociación Argentina de Estudios Fiscales. En: [www.aadf.org.ar/websam/aaef/aaefportal.nsf/265a97b73b9fce-7503256d59000565f6/fb3232bb713f2c8703256d560034dad6/\\$FILE/Doctrina0303.pdf](http://www.aadf.org.ar/websam/aaef/aaefportal.nsf/265a97b73b9fce-7503256d59000565f6/fb3232bb713f2c8703256d560034dad6/$FILE/Doctrina0303.pdf)

30 Principio reafirmado en varias sentencias del TJCE. Así, en sentencia del 4 de octubre de 2001, dijo: "39 En segundo lugar, procede desestimar el argumento relativo a la magnitud del perjuicio económico que sufriría el Gobierno helénico. **Las consecuencias económicas que pudieran derivarse para un Gobierno de la ilegalidad de un tributo o de un impuesto no han justificado jamás, por sí mismas, la limitación de los efectos de una sentencia del Tribunal de Justicia.** Por lo demás, si no fuera así, las violaciones más graves recibirían el trato más favorable, en la medida en que son éstas las que pueden entrañar las consecuencias económicas más cuantiosas para los Estados miembros (véase la sentencia de 11 de agosto de 1995, Roders y otros, asuntos acumulados C-367/93 a C-377/93, Rec. p. I-2229, apartado 48). Limitar los efectos de una sentencia basándose únicamente en este tipo de consideraciones redundaría en un menoscabo sustancial de la protección jurisdiccional de los derechos que los contribuyentes obtienen de la normativa fiscal comunitaria (véase la sentencia Bautiaa y Société Française Maritime, antes citada, apartado 55). 40 En dichas circunstancias, no procede limitar en el tiempo los efectos de la presente sentencia." (Negrilla fuera de texto) La Sala Sexta del Tribunal en sentencia del 19 de marzo de 2002, reafirmó la anterior conclusión: "42 Pues bien, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, aunque, con carácter excepcional, puede, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico comunitario, verse inducido a limitar los efectos en el tiempo de una sentencia por la que declare la existencia de un incumplimiento por parte de un Estado miembro de una de las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario, **las consecuencias económicas que pudieran derivarse para un Gobierno de una sentencia del Tribunal de Justicia no han justificado jams, por sí mismas, semejante limitación. Limitar los efectos de una sentencia basándose únicamente en este tipo de consideraciones redundará en un menoscabo sustancial de la protección jurisdiccional de los derechos que los particulares deducen del Derecho comunitario** (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de septiembre de 1998, Comisión/Francia, C-35/97, Rec. p. I-5325, apartados 49

en la medida en que son éstas las que puedan entrañar las consecuencias económicas más cuantiosas para los Estados miembros (...) La retroactividad de las sentencias del TJCE lleva pues al reconocimiento de un derecho de extraordinaria importancia para los contribuyentes, el de la devolución de los tributos pagados bajo el amparo de una norma no conforme al Derecho comunitario, que pronto empezó a reconocerse por el Tribunal comunitario. No es posible, negar la devolución sobre la base de la firmeza de la propia liquidación, aunque sí puede rechazarse, como se verá, la devolución, por haber prescrito el derecho a la misma. Habrán de observarse, no obstante, determinados procedimientos, encaminados a constatar si concurren los presupuestos y, verificado lo anterior, procederá que se ejecute la devolución.<sup>31</sup>

Ahora bien, el sistema de responsabilidad patrimonial de los Estados miembro por violación del derecho comunitario está lejos de considerarse un sistema perfecto y, en palabras de Ward, subsisten varios interrogantes que deben ser respondidos por la jurisprudencia comunitaria de forma coherente y satisfactoria. En concreto, si las cortes nacionales conservan o no jurisdicción para determinar la indemnización o las condiciones de la responsabilidad del Estado; también es necesario delimitar la autoridad de las cortes nacionales en establecer el quantum de los daños; asimismo hay que preguntarse si existe un deber de los reclamantes de obtener una decisión declarativa de la conducta ilícita como prerequisite para solicitar una indemnización; debe dilucidarse a su vez, si los principios de responsabilidad del Estado constituyen una sanción autónoma, que operan de forma independiente a las reglas y remedios procesales establecidos en el derecho local y que proveen un medio suplementario de rectificación cuando un instrumento jurídico local no puede ser mejorado.<sup>32</sup>

---

y 52). 43 De lo antedicho se infiere que ha de desestimarse la solicitud del Gobierno helénico de que se limiten los efectos de la presente sentencia en el tiempo". (Negrilla fuera de texto)

31 VILLAR EZCURRA, Marta. Ob. Cit. p.8

32 WARD, Angela. *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EC Law*. London: Oxford University Press, 2000, p. 326

Finalmente, no está de más recordar que el proyecto de Constitución Europea, aún no aprobado en la fecha en que se escriben estas letras, en su artículo III-431,<sup>33</sup> conserva la misma redacción del artículo 288 del Tratado constitutivo, lo que hace previsible la conservación de los principios construidos por la jurisprudencia del TJCE sobre responsabilidad del Estado.

---

33 “La responsabilidad contractual de la Unión se regirá por el Derecho aplicable al contrato de que se trate. En materia de responsabilidad extracontractual, la Unión deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. No obstante lo dispuesto en el segundo párrafo, el Banco Central Europeo deberá reparar los daños causados por sí mismo o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. La responsabilidad personal de los agentes ante la Unión se regirá por las disposiciones de su Estatuto o del régimen que les sea aplicable”.

# LA VALORACIÓN JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN MÉDICA

**Alberto León Duque Osorio<sup>1</sup>**

*“Que mi espíritu se mantenga claro en el lecho del enfermo, que no se distraiga por cualquier pensamiento extraño, para que tenga presente todo lo que la experiencia y la ciencia le enseñaron; porque grandes y sublimes son los progresos de la ciencia que tienen como finalidad conservar la salud y la vida de las criaturas”*

Oración de Maimónides, filósofo español

## CONTENIDO:

La controversia

De la normatividad constitucional y legal promulgada en Colombia con respecto al acto médico

Obligación de medio u obligación de resultado

La obligación de la asistencia médica vista como un deber ser a la luz de los preceptos constitucionales

## 1. LA CONTROVERSIA

Desde la **postura doctrinaria** se nos dice que, en la acción médica intervienen factores aleatorios los cuales impiden que haya certeza en los resultados del acto médico y por lo mismo, en principio, la obligación del médico deudor con el paciente acreedor es de medio y no de resultado.

Ahora bien, la **postura jurisprudencial** ha retomado los planteamientos doctrinarios y, además, ha establecido que para los casos en que el éxito de la gestión médica no dependa de ningún aleas, sino del logro de efectos determinados, se

---

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad Gran Colombia, seccional Armenia. Especialista en Responsabilidad Civil y Seguros y Gerencia Hospitalaria, Universidad EAFIT, Médico Universidad Pontificia Bolivariana, miembro del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado.

estará, en principio, ante una obligación de resultado y no de medio, como es el caso de la obligación debida en la cirugía plástica en cuanto a los procedimientos quirúrgicos que deben realizar, o al de la obstetricia en relación con la atención del parto que deben brindar.

Sucedee que, al valorarse un determinado acto médico en un proceso jurídico que ha sido instaurado por el propio paciente, por sus familiares o sus acudientes, se ha partido a priori de esta doctrina y de las jurisprudencias emitidas sobre casos similares y, generalmente, no han sido tenidas en cuenta, con la fuerza y el peso que les corresponde, ni las características específicas del caso en sí mismo, ni las circunstancias en las cuales acaeció el acto, como tampoco se lo ha examinado a la luz de los preceptos constitucionales y legales correspondientes; criterio y procedimiento que dificultan la realización de un examen objetivo e integral del caso en evaluación y que puede sesgar el pronunciamiento judicial lo cual afecta a las partes implicadas en el asunto.

102      Aprecio que, la valoración del cumplimiento del objeto en sí del contrato de asistencia de los profesionales y entidades del área de la salud debe partir, en primer lugar, del estudio de la conducta del deudor o deudora en provecho del acreedor o acreedora y no del examen de un resultado externo que con la actividad debe producir el deudor-a a favor del acreedor-a, el cual, por simple lógica, siempre estará sujeto a circunstancias aleatorias; en segundo lugar, debe fundamentarse en el análisis del cumplimiento de la normatividad constitucional y legal promulgadas en Colombia con respecto al acto médico.

Además, **el análisis de la conducta de los prestadores del servicio, asumida en el acto médico en provecho de el/la paciente, no puede estar huérfano de la directriz emitida por el sistema normativo colombiano** que promulga derechos y deberes de asistencia médica, máxime, cuando se refiere a la forma como se debe realizar el acto médico, inspirado, eso sí, en los preceptos de la Lex Artis.

Analizar las especificidades del caso particular y evaluar las circunstancias en que se produjo el acto posibilita realizar una evaluación objetiva de ellos y determinar a posteriori si la obligación que se tenía en la actividad médica e institucional era de medio o de resultado.

## 2. DE LA NORMATIVIDAD CONSTITUCIONAL Y LEGAL PROMULGADA EN COLOMBIA CON RESPECTO AL ACTO MÉDICO

En consideración a la jerarquización del ordenamiento jurídico, y al juicio jurídico de razonabilidad jerárquica, la actividad médica e institucional se analizará partiendo de la consideración de los derechos y las obligaciones constitucionales acerca de la salud; en este sentido es preciso partir, en primer lugar, del artículo 11 de la Constitución, el cual nos plantea la inviolabilidad del derecho a la vida; desprendiéndose así la prohibición a prácticas o conductas negligentes del cuerpo médico, conducta estas que de practicarse, tendrían un carácter excluyente e inequitativa; se colige así que la primera obligación de resultado del médico y de las instituciones de salud consiste en **asistir un paciente en caso de urgencia**, no existiendo excusa alguna para dejarlo de atender; al desatenderse al paciente urgido se estaría ante una conducta humana que desconoce e irrespeta el derecho a la vida de la persona que implora el servicio urgente; entonces, es imperativo para los servidores de salud, naturales o jurídicos, públicos o privados, el prestar los servicios a todo enfermo que lo solicite en consideración a su urgencia, independiente de la capacidad de pago o de aseguramiento; se concreta así una obligación de resultado de atenderlo, de lo contrario surgiría la responsabilidad objetiva ante el daño ocasionado por la desatención de la urgencia.

Ahora bien, dice el ARTÍCULO 15 de nuestra Constitución:

*“Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.*

*En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución”.*

Este derecho de las personas se concreta en una obligación de resultado para los médicos y para las instituciones prestadoras de servicios de salud, públicas y privadas de no violar el derecho a la intimidad de su paciente; con el mero hecho de violar el derecho a la intimidad sin necesidad de demostrarse perjuicios inherentes a la violación de aquel derecho se configura la responsabilidad objetiva. La historia clínica, como fuente documental de la reserva a la intimidad del paciente, puede ser conocida por él, por las autoridades judiciales, o por terceros con previa autorización del paciente, o por su representante legal, o en los casos que establezca la ley. El mismo artículo establece otro derecho fundamental: el



derecho a conocer informaciones. Se concreta por tanto, a favor del paciente, el derecho a la información de su estado de salud.

La Constitución Política aunado al derecho a la información, en el artículo 16 preceptúa el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en el artículo 18 el derecho a no ser molestado por razón de sus convicciones, en el artículo 19 el derecho a la libertad de cultos, derechos, que inspirados por el principio fundamental al pluralismo, **preceptuado en el artículo 1º, establece a favor del paciente el derecho fundamental al Consentimiento Informado**, que consiste en una obligación de resultado como deuda para el médico tratante, cuando la situación específica de la atención médica lo permite en consideración a la existencia de capacidad y autonomía del paciente, a la ausencia de urgencia, o si la decisión de la asistencia no afecta aspectos de salud pública y en especial cuando existen varias alternativas terapéuticas que presentan situaciones de favorabilidad y riesgo, siendo el paciente el único acreedor en la escogencia de la alternativa, asumiendo el riesgo previsto. Se advierte, que el Consentimiento Informado del Paciente no libera o exime de responsabilidad al médico ante el eventual daño en la integridad física o la vida del paciente, como consecuencia de un incumplimiento de las obligaciones inherentes al acto médico propiamente dicho.

De otra parte, determina la Constitución Política en el ARTÍCULO 26 que:

*“Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social. Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles”.*

Al respecto, para el ejercicio de las profesiones que impliquen un riesgo social se exige título de idoneidad; precisamente uno de los elementos que caracteriza la ejecución del acto médico es la profesionalidad, pues, sólo podrá ejercer el acto en salud aquella persona que tenga título de idoneidad. Como el título de profesional sólo nos permite presumir la idoneidad es determinante que además de demostrar el título se acredite la competencia. Estamos frente a la idoneidad del profesional de la salud como persona natural; para el ofrecimiento de servicios de salud también les corresponde a las instituciones del área de la salud, de acuerdo con sus niveles de complejidad, acreditar su capacidad técnica, de

sus equipos e instrumentos como también la competencia del personal con que cuentan para atender determinada situación clínica. Los niveles de atención en salud clasifican los grados de capacidad o suficiencia de las instituciones para la atención de pacientes.

Por otro lado, al establecerse en nuestro país el derecho a la salud de los niños como un derecho fundamental se manifiesta que no puede ser desconocida su atención bajo ningún pretexto. Dicho de otra forma, no puede ser condicionada la atención de salud de un niño o de una niña en consideración a la vinculación de un sistema de aseguramiento específico y por lo mismo es el Estado quien tendrá que garantizar su atención como derecho fundamental. Estamos ante una obligación de resultado que tiene el Estado de garantizar, por intermedio de sus instituciones, la atención de salud de los niños y las niñas a través de un mecanismo específico del Sistema de la Seguridad Social en Salud. Al respecto, nos dice el ARTÍCULO 44:

*“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social...”*

Además, el Artículo 50 nos dice que *“Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado...”*

Aquí, estamos frente a una obligación de resultado: todas las instituciones de salud que reciben aportes del Estado no les queda más que atender gratis a todo niño y niña menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección social.

El artículo 49 de la Constitución Política establece el acceso a los servicios de protección y promoción de la salud, como un servicio público fundamental a cargo del Estado. Es decir, en principio, en Colombia, la atención en salud no es un derecho fundamental sino que es un derecho social o prestacional, que para su efectividad requiere normas presupuestales, de procedimiento y de organización que viabiliza y optimiza la eficacia del servicio público. Que como servicio público fundamental a cargo del Estado éste garantizará su acceso a todas las personas; por lo cual le corresponde al Estado garantizar el servicio de salud a aquellos asociados que en situaciones de no urgencia no tienen posibilidad de acceso por condiciones de no aseguramiento; de no garantizarlo el Estado es responsable ante un daño derivado de la no asistencia en salud, cuando, por ausencia o falta de aseguramiento el paciente no es atendido por aquel, aún en casos de no urgencia.

Ahora, si la afección en la salud está poniendo en peligro inminente la vida de un paciente, el derecho a la salud se convierte de inmediato en un derecho fundamental haciendo que se torne la atención en una obligación de resultado no sólo para las instituciones del Estado sino también para las personas naturales o jurídicas privadas que prestan servicios de salud.

La atención en salud, por mandato Constitucional, es un servicio público que se garantiza a todas las personas conforme al principio de eficiencia, es decir, la atención en salud se proporcionará con el propósito de lograr un efecto determinado, pero desde el punto de vista humano nunca se podrá garantizar.

Y a título de derechos colectivos y del ambiente el artículo 78 de la Constitución Política hace referencia al control de la calidad de bienes y servicios ofrecidos al público, ordenando al Estado que garantizará el control de calidad en la producción y en la comercialización de los bienes y servicios. La misma norma constitucional determina, como consecuencia del incumplimiento de dichas garantías la responsabilidad para quienes en aquella producción y comercialización atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

En cuanto a las leyes médicas, la **Ley 23 de 1981 o Ley de Ética Médica**, establece los principios y normas fundamentales que guían el acto médico en nuestro país, ley que merced a su cumplimiento enaltece la práctica del acto en salud como un ejercicio con implicaciones humanísticas. Las demás normas que se encargan de proclamar las obligaciones éticas de las diferentes profesiones del Área de la Salud coinciden en establecer similares principios a la Ley de Ética Médica

Entre los principios éticos, se declara en el artículo 1º, de esta Ley, que el médico se ajustará a los principios metodológicos que salvaguardan intereses de la ciencia y los derechos de la persona, protegiéndola del sufrimiento y manteniendo incólume su integridad.

La declaración ética preceptúa que el acto médico debe ajustarse a criterios y procedimientos metodológicos y técnicos, es decir que la práctica del acto médico se debe circunscribir a los métodos que la ciencia va estableciendo.

### **3. OBLIGACIÓN DE MEDIO U OBLIGACIÓN DE RESULTADO**

La asistencia médica se tipifica por la realización de un conjunto de acciones y procedimientos propios de la disciplina científica que la soporta y los comportamien-

tos y actos personales e institucionales. Esta asistencia debe desenvolverse de manera oportuna y adecuada, contando con instrumentos, equipos y personal competente que se corresponda al nivel de complejidad con el grado de atención requerido.

Si el objeto en sí de la asistencia médica consiste en implementar la conducta indicada para promover la salud, prevenir la enfermedad, intentar curar y rehabilitar al paciente, en correspondencia con esto **nace una obligación de dar o hacer, o no hacer**, siendo una **OBLIGACIÓN DE RESULTADO**, **garantizando no sólo una conducta específica, sino también aquello que se puede esperar**, como por ejemplo las lecturas o las prácticas de ciertos exámenes de diagnóstico, un examen sanguíneo, en las que el resultado es objetivo, o en las situaciones que, por simple liberalidad de la parte deudora, se garantiza un resultado.

Si el objeto en sí de la asistencia médica es la creación de una obligación, consistente en implementar la conducta indicada para promover la salud, prevenir la enfermedad, intentar curar y rehabilitar al paciente, **dicha conducta consiste en la realización del acto de asistencia acorde con la Lex Artis**, lo que significa que **el asistente se obliga a colocar unos medios y procedimientos en correspondencia al grado de complejidad de la atención brindada, acorde con los estándares típicos**. Estamos, así, ante una **OBLIGACIÓN DE MEDIO**.

Ahora bien, podríamos deducir, por simple lógica, que sí se realizan todos los actos circunscritos al cumplimiento de la conducta médica e institucional, estos serían los actos de la atención o la prestación del servicio en salud -en forma típica- el resultado no se podría garantizar dado a que depende de las condiciones inherentes a la respuesta del cuerpo humano, a las situaciones de salud y enfermedad del paciente acreedor, a las circunstancias aleatorias, que conllevan a limitar la expectativa del acreedor, reduciendo el alcance de la obligación del deudor, convirtiéndola tan sólo a una obligación de medio.

La importancia de establecer si la obligación que pesa sobre el/la deudor/a de la prestación de servicios en salud es de medio o de resultado es de proyección al desarrollo procesal en el campo de la responsabilidad médica.

**EN LAS OBLIGACIONES DE MEDIO** la sola falta del resultado deseado no basta para determinar responsabilidad en el deudor o deudora, pues, se requiere, además, **una conducta culpable de el/la prestador/a del servicio en la generación del daño: estamos ante una Responsabilidad Subjetiva**.

**EN LAS OBLIGACIONES DE RESULTADO** la responsabilidad de el/la prestador/a del servicio queda comprometida desde que aquel resultado deseado no se ob-

**tiene**, por demostrarse que lo que se debía dar no se dio, o lo que se debía hacer no se hizo, o lo que no se debía hacer se hizo, y por lo mismo se causó el daño. **Es lo que se denomina Responsabilidad Objetiva.**

Desde el punto de vista procesal, en la Responsabilidad Objetiva, investigar, previa a la imputación de responsabilidad, si hubo culpa o falla en la prestación del servicio como causal del daño, no importa para nada, porque, el mero incumplimiento de la obligación de resultado es la misma culpa. El deudor se podría exonerar de la responsabilidad por el daño causado al acreedor, sólo demostrando que una causa extraña le impidió cumplir con su obligación de dar, hacer o no hacer.

Y en la Responsabilidad Subjetiva, para imputar responsabilidad, se hace necesario demostrar que el daño causado al acreedor fue consecuencia de una conducta culposa del acreedor en el cumplimiento de su obligación.

### **3.1 La obligación de medio y de resultado en la actividad médica, a la luz de la normatividad colombiana**

Como se señaló atrás, la Ley 23 de 1.981 declara los preceptos fundamentales que guían el acto médico; entre estos, se declara en el artículo 1º que el médico se ajustará a los principios metodológicos que salvaguardan intereses de la ciencia y los derechos de la persona, protegiéndola del sufrimiento y manteniendo incólume su integridad.

El artículo 10º de la Ley de Ética Médica preceptúa:

*“El médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente”.*<sup>1</sup>

Es consecuente la norma con el imperativo científico de ordenar como se realiza la asistencia médica. Al analizarse la norma en forma exegética, encontramos la preposición para, que indican el fin, término u objeto de una acción.

Lo fundamental para la realización del acto médico es determinar *el tiempo necesario* que el médico dedicará a su paciente para planear cómo se emprende el cumplimiento de las obligaciones que son el objeto en sí del contrato de asistencia médica. Aquel tiempo que se le dedicará al paciente tiene como finalidad, determinar previamente el orden del suceso de asistencia médica. La misma nor-

1 Nota del Autor: lo resaltado en negrilla y subrayado es fuera de texto.

ma de ética médica a través de sus preposiciones *para* determina los para qué deberá dedicar el médico a su paciente el tiempo necesario. Por lo tanto, las dos preposiciones *para* que contiene el artículo 10 de la Ley 23 de 1.981 nos determina dos tipos de obligaciones que tienen como deudores los asistentes a nivel médico – institucional.

El primer par de conductas de la realización del acto médico asistencial está precisamente determinado en la norma como un imperativo de acciones indisolubles, consistentes en *hacer una evaluación adecuada de la salud del paciente e indicar los exámenes indispensables*. Este primer par de conductas son actos de carácter conjuntivo y no de carácter disyuntivo, no se puede optar entre la una o la otra, en la medida en que el precepto científico así lo determine a través de sus métodos sistemáticos. La misma ciencia médica va indicando como serán la evaluación adecuada del paciente y los exámenes indispensables, todo ello de acuerdo con los síntomas y signos clínicos singulares que en cada caso concreto presente el paciente, en el mismo momento de la atención y cuidado.

Una vez agotada la obligación de resultado, por parte del asistente del paciente, el *hacer una evaluación adecuada de la salud del paciente e indicar los exámenes indispensables*, deviene el cumplimiento del otro par de conductas la otra obligación determinado por la segunda preposición *para*, que consiste en diagnosticar la enfermedad del paciente y prescribir la terapéutica correspondiente. Estamos precisamente ante la verdadera obligación de medio que se tiene en la asistencia médica institucional.

Cuando la norma se refiere a la obligación del médico de *precisar el diagnóstico*, no es que se esté refiriendo a que deba garantizar, como resultado, un diagnóstico preciso, sino que al haber agotado la obligación de resultado consistente en *hacer una evaluación adecuada de la salud del paciente e indicar los exámenes indispensables*, aquel deudor pueda *precisar el diagnóstico*. Si el médico cumplió con la obligación de resultado de *hacer una evaluación adecuada de la salud de el/la paciente e indicar los exámenes indispensables*, aquel podrá precisar el diagnóstico.

El cuestionamiento en cuanto al error de diagnóstico, por las condiciones inherentes al ejercicio de la medicina, no se centra en el hecho de que se haya errado en el diagnóstico como si fuera una fórmula matemática, sino, en que el error de diagnóstico se hubiere producido por una negligencia, una imprudencia o una impericia médica desde el mismo momento de la *evaluación adecuada de la salud del paciente y la indicación de los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico*, una vez se demuestre que se ha agotado la obligación de resultado

de *hacer una evaluación adecuada de la salud del paciente e indicar los exámenes indispensables*. Por lo tanto, no se cuestiona el no precisar el diagnóstico, sino, el que el diagnóstico no se precisó por una conducta negligente, imprudente o imperita.

Con respecto a la obligación médica de *prescribir la terapéutica correspondiente* se hace necesario determinar que, una vez se ha agotado la obligación de resultado de *hacer una evaluación adecuada de la salud de el/la paciente e indicar los exámenes indispensables*, no es factible garantizar un resultado a la prescripción del tratamiento o el procedimiento terapéutico correspondiente, porque desde el punto de vista humano y lógico, las condiciones inherentes a la misma salud de el /la paciente, a su forma particular de reaccionar a diferentes fórmulas terapéuticas, llámense farmacológicas, quirúrgicas o procedimentales, o a los riesgos en los procedimientos terapéuticos, hacen que sea de imposible promesa el garantizar por parte de el/la tratante deudor/a un resultado favorable; es por esto que se hace necesario cuestionar una negligencia, una imprudencia o una impericia médica por un daño causado al paciente acreedor en el momento en que se prescribía la terapéutica correspondiente o, una negligencia, una imprudencia o una impericia médica desde el mismo momento de la evaluación adecuada de la salud de el/la paciente y la indicación de los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico, una vez se demuestre que se ha agotado la obligación de resultado de hacer una evaluación adecuada de la salud de el/la paciente e indicar los exámenes indispensables.

Se concluye que la norma ética establece una obligación de resultado consistente en que el médico debe hacer una evaluación adecuada a su paciente e indicar los exámenes indispensables. Una vez agotada la obligación de resultado, entra en escena la discusión con respecto al cumplimiento de la obligación de medio, consistente en, *haber hecho una evaluación adecuada de la salud del paciente e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente*, porque, de lo contrario sino se cumple con la obligación previa de resultado, *el hacer una evaluación adecuada de la salud de el/la paciente e indicar los exámenes indispensables*, se hace, sino imposible, difícil de cumplir con el objeto central del contrato de asistencia médica, cual es la obligación de medio de promover la salud, prevenir la enfermedad, intentar curar y rehabilitar a el paciente.

### **3.2 La obligación de resultado en la asistencia médica institucional de acuerdo con la jurisprudencia colombiana**

*“La vida es corta, el arte largo, la ocasión fugitiva,  
la experiencia falaz, el juicio dificultoso.  
No basta que el médico haga por su parte cuanto debe  
hacer, si por la suya no concurren al mismo objeto el enfermo,  
los asistentes, y demás circunstancias exteriores.”*

Hipócrates

Una visión sistémica y una sistematización pertinente del acto médico y del jurídico conllevaría a un alto progreso y a una indudable ventaja para el propio de los quehaceres profesionales y de las prácticas institucionales, ya que posibilitaría un entendimiento adecuado de la situación del paciente y de las circunstancias que envuelven el acto médico a la luz de los preceptos constitucionales, legales y de los métodos de las disciplinas de la salud y del derecho, las cuales aportan herramientas para los juicios de valor que se emitan en relación con la actuación en salud.

Esto lo planteamos dado que al momento tan sólo tenemos jurisprudencia, la cual de manera tímida y genérica, aún sin consistencia sistemática y clara, trata de ampliar el cerrado concepto que aún se maneja en la valoración jurídica de la obligación en el ejercicio de la actividad médica asistencial. Para efectos de la reflexión en este acápite -retomamos a modo de caso- una sentencia, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, donde se condena a una entidad de salud, con sustento en jurisprudencia Argentina, consistente en que, en el ejercicio de la obstetricia, en principio, la obligación que se impone es de resultado.

La referida sentencia es del Consejo de Estado, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expedida en Bogotá, D. C. el 19 de febrero de 1.998 por el Magistrado Ponente, Doctor Daniel Suárez Hernández, radicado con el número 11.802.

El fallo, por cierto acertado, en el que se condenó por incumplimiento de una obligación de resultado, no partió de un análisis a posteriori, sino que partió de la aplicación, a priori, de una jurisprudencia foránea, que por demás no fue acertada, lo que no brindaba herramientas para la valoración de la obligación, ajustada a la real conducta que debía cumplir el demandado.



Con la finalidad de extraer elementos didácticos y metodológicos que nos proporcionen herramientas para mejorar integralmente los quehaceres profesionales, empezaremos describiendo de la Sentencia las razones de hecho que adujo la Sala para proferir el fallo:

*“En cuanto al acreditamiento del daño antijurídico como presupuesto de la responsabilidad patrimonial de los entes demandados se tiene acreditado que el 8 de abril de 1991 ingresó al hospital (...) para trabajo de parto, de resultas del cual y una vez remitida en la madrugada (...), se supo que la criatura que estaba por nacer había muerto en el vientre de la madre...”*

*También aparece acreditado con el resumen de la historia clínica (...) que la paciente (...) fue remitida (...) por prolongación de parto...”*

*Dentro de la investigación disciplinaria adelantada por el Ministerio público en relación con la conducta observada por la médica vinculada al hospital (...), se profirió concepto médico una vez analizadas las pruebas en aquella instancia, el que en lo pertinente y para el mejor entendimiento del presente asunto se transcribe:*

*“1.- como se puede observar se trataba en este caso de materna de 29 años con embarazo normal a término, en trabajo de parto, con antecedente de parto mediante cesárea, que fue recibida e internada en el hospital (...), donde estuvo a cargo de la médica (...), allí el trabajo de parto progresa algo lento pero dentro de parámetros normales, al parecer el progreso se da hasta producirse (según evaluación de la enfermera), el encajamiento de la presentación.*

*“2.- Es a partir del ingreso por segunda vez a la sala de partos del hospital (...), cuando a la señora (...) se le practica amniotomía (ruptura de la bolsa amniótica) y se da lugar a la práctica de maniobras que buscaban forzar la salida del producto gestacional mediante fuerza aplicada por medio de presión sobre abdomen de esta paciente contra la mesa de partos, sirviéndose de instrumento del brazo y peso del celador del hospital, lo anterior a solicitud de la médica de cargo.”<sup>2</sup>*

*“3.- Este tipo de maniobras no están indicadas en ese periodo del trabajo de parto y menos aún en un útero que presentaba cicatriz muscular por habersele practicado herida quirúrgica con anterioridad (cesárea). Esta médica debería saber o conocer el grado de riesgo fetal y materno a que sometía a sus asistidos”.*

Más adelante sostiene el mismo concepto:

<sup>2</sup> Nota del Autor: las negrillas, el subrayado y los puntos suspensivos son de autor para resaltar la importancia de algunos planteamientos y están fuera del texto originario.

**“6.- Ante signología de sufrimiento fetal, como era la disminución hasta llegar a la ausencia de la detención de la frecuencia cardíaca fetal, no se adopta ninguna medida quirúrgica (cesárea), inmediata, como era lo absolutamente necesario, para haber rescatado esa pequeña criatura de esa crítica situación que estaba indicando. Por el contrario se dio lugar a la aplicación I. V. de ocitocicos (favorecedores) de la contractilidad uterina, que por su parte estaban absolutamente contraindicadas.**

**“7.- A pesar de haberse detectado signos de sufrimiento fetal agudo, de haberse tomado las conductas no (sic) apropiada para la atención de este tipo de críticas situaciones, que estaban al alcance de los medios quirúrgicos y del personal con que cuenta ese hospital (folios 52 y 53) no se pusieron a disposición y se (sic) utilizaron a favor de estos dos pacientes.**

**“8.- Además, si no se quiso utilizar la toma de las medidas intrahospitalarias con que se contaba, al parecer se habría retenido innecesariamente la señora (...) al no ser remitida de manera oportuna en el momento oportuno, tanto para ella como para su hija. Hubo demora en la toma de decisión de remisión a otro hospital. También colocó en grave riesgo de muerte a la señora (...). (cfr. fl. 83 cuaderno No. 2)”**

**“...recuérdese que el campo de obstetricia ha dado lugar a discusiones dentro de la doctrina a propósito de si las obligaciones que surgen para los médicos tratantes en este campo de la medicina son de medio o de resultado y que al margen de la postura que se adopte sobre tan interesante punto, es lo cierto que es al médico a quien le incumbe demostrar que los eventuales riesgos que pueda comportar la atención de la parturienta, pueden exonerarlo en el caso concreto de la responsabilidad que se le endilga.**

Sobre el punto la jurisprudencia foránea se ha referido en los siguientes términos:

**“En lo que hace a la obligación médica en sí, considerar si la obligación es de medios o de resultado, es una cuestión que no puede determinarse en abstracto, sino que dependerá de las circunstancias particulares de cada caso. En la situación de las maternidades, es evidente que en principio, se está ante una obligación de resultado, puesto que un parto normal, no puede generar riesgos que no sean susceptibles de previsión y consiguiente control por parte de los médicos. Si ofrece dificultades creando una dosis de riesgo cuyo sorteo satisfactorio no puede ser garantizado por los médicos, está a cargo de ellos su demostración.**

**“Es decir, son ellos los que tendrán que aportar a la causa, las características con que se presentaba el parto debido al estado general de la mujer o de la criatura, a los efectos de demostrar que lo único exigibles eran medios y no resultados. Es decir, como principio, el hecho de ingresar en una clínica una mujer sana a los efectos de dar a la luz, torna**

**a la entidad deudora de una obligación de resultado, salvo que demostrare los riesgos que en el caso concreto debiese afrontar y que impedirían asegurar otra cosa que no fuera la máxima diligencia en el arte de la actividad profesional comprometida.**”(Cámara Civil y Comercial. Morón, Sala II, 22/6/98. Argentina)”.

*De lo que viene dicho y teniendo en cuenta que en caso concreto ninguno de los demandados desplegó actividad probatoria alguna a desvirtuar la presunción de falla que en su contra existe, máxime si se tiene en cuenta que se trataba de la atención de un caso de maternidad, que en principio ha de suponerse, según las normas generales de experiencia ha de culminar satisfactoriamente, se han de tener por acreditados los elementos estructurales de la responsabilidad...”* (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Bogotá, D. C., febrero 19 de 1.998. M. P. Doctor Daniel Suárez Hernández. Radicado: 11.802)

Los apartes de las consideraciones emitidas por la Sala de lo Contencioso Administrativo, nos demuestran que **en el fallo se determinó responsabilidad médica institucional, en el campo de la obstetricia, basada en el incumplimiento de la obligación de resultado.** Estamos de acuerdo en que esa responsabilidad debía basarse en el incumplimiento de dicha obligación; pero en lo que sí no estamos de acuerdo es en la motivación con que la Sala apoyó el fallo.

La Sala planteó que al considerarse si la obligación médica en sí es de medios o de resultado es una cuestión que no puede determinarse en abstracto, sino que dependerá de las circunstancias particulares de cada caso. Una vez hecho el planteamiento, consultó un referente foráneo que le hizo cambiar la postura inicial, apartándose totalmente de su planteamiento y entrando a aceptar que en la situación de las maternidades es evidente que, en principio, se está ante una obligación de resultado, puesto que un parto normal no puede generar riesgos que no sean susceptibles de previsión y consiguiente control por parte de los médicos.

Debemos entender que aún en las maternidades, como en cualquier otro acto médico, hasta en el último momento de la atención médica se está ante la posibilidad de riesgos, previstos e imprevistos, por lo que jamás se podrá garantizar **absolutos resultados.** Lo que sí se puede garantizar es una asistencia idónea y oportuna a la indicada por la ciencia médica para que el parto llegue a su feliz término, como es lo esperado.

Partiendo desde el conocimiento del caso específico de atención médica, debemos determinar, a posteriori, que tipo de obligación se tenía en la actividad

médica e institucional, como mecanismo de conducción para establecer sí la obligación que se incumplió en el caso específico que se cuestiona, era una obligación de medio o de resultado y así deducir qué tipo de responsabilidad se aplica ante el daño ocasionado en la prestación del servicio de salud.

Al analizar por separado las situaciones que se presentaron en el caso que se juzgó en la sentencia en comento, dichas situaciones nos permiten aclarar, primero, que tipo de obligación tenía el médico tratante, segundo, el incumplimiento de la obligación, si era de medio o de resultado, y finalmente dar crédito a nuestra posición consistente en que es un error de la jurisprudencia juzgar en responsabilidad médica, partiendo de una apreciación genérica que ha indicado la doctrina y la misma jurisprudencia; que lo preciso sería partir de retomar hechos que acontecieron en el acto médico, las circunstancias en que acaeció el acto mismo, la discusión del objeto en sí del contrato de asistencia médica e institucional que se tenía, entendiendo que, **para que se pueda considerar si la obligación médica en sí es de medios o de resultado, es una cuestión que no puede determinarse en abstracto ni a priori, sino que dependerá de la evaluación integral sistémica, sistemática, a posteriori, de todos los factores que constituyen el caso, para que permita un justo fallo a favor de las partes.**

Analicemos las situaciones preponderantes que se presentaron en el caso de Nélica Cristancho:

*“...se da lugar a la práctica de maniobras que buscaban forzar la salida del producto gestacional mediante fuerza aplicada por medio de presión sobre abdomen de esta paciente contra la mesa de partos, sirviéndose de instrumento del brazo y peso del celador del hospital, lo anterior a solicitud de la médica de cargo...”*

Si uno de los elementos que caracterizan la ejecución del acto médico es la profesionalidad, entonces, sólo podrá ejercer el acto en salud aquella persona que tenga título de idoneidad. Es por lo tanto, una obligación de resultado, pues, quien puede practicar maniobras terapéuticas es aquella persona que acredite el título de idoneidad. Al demostrarse en la demanda que quien practicó maniobras que buscaban forzar la salida del producto gestacional era el celador del hospital a solicitud de la médica de cargo, también se está demostrando que lo que se incumplió por parte de la demandada fue una obligación de resultado.

*“...Este tipo de maniobras no están indicadas en ese periodo del trabajo de parto y menos aún en un útero que presentaba cicatriz muscular por habersele practicado herida quirúrgica con anterioridad (cesárea)...”*

Si existe una obligación de resultado por parte de la médica consistente en hacer una evaluación adecuada del paciente e indicar los exámenes indispensables es fácil concluir que **se practicó una maniobra contraindicada a la materna, por el incumplimiento de una obligación de resultado consistente en no evaluar e indicar los exámenes indispensables a la paciente para diagnosticar el antecedente de su cesárea.**

*“...Ante signología de sufrimiento fetal, como era la disminución hasta llegar a la ausencia de la detención de la frecuencia cardiaca fetal, no se adopta ninguna medida quirúrgica (cesárea), inmediata, como era lo absolutamente necesario...”*

La misma nota en el proceso demostró que no se adoptó la necesaria e inmediata medida quirúrgica en la paciente, porque se incumplió con la obligación de resultado consistente en no evaluar a la paciente y en no indicar los exámenes indispensables para diagnosticar el sufrimiento fetal.

*“...se dio lugar a las aplicaciones I.V. de ocitocicos (favorecedores) de la contractilidad uterina, que por su parte estaban absolutamente contraindicadas...”*

Si le aplicaron a la paciente medidas terapéuticas que estaban absolutamente contraindicadas fue porque no se evaluó a la paciente, ni se indicaron los exámenes indispensables para determinar la contraindicación, por lo que se concluye que se incumplió una obligación de resultado y por dicho incumplimiento se administró medidas terapéuticas contraindicadas.

*“...de haberse tomado las conductas no (sic) apropiada para la atención de este tipo de críticas situaciones, que estaban al alcance de los medios quirúrgicos y del personal con que cuenta ese hospital (folios 52 y 53) no se pusieron a disposición y se (sic) utilizaron a favor de estos dos pacientes...”*

Si no se realizaron las conductas apropiadas para este tipo crítico de situaciones, a pesar de que estaban al alcance de la parte deudora, fue debido al incumplimiento de la obligación de resultado, consistente en no haber realizado la evaluación adecuada a la paciente y la indicación de los exámenes indispensables.

*“...no ser remitida de manera oportuna en el momento oportuno, tanto para ella como para su hija...”*

La obligación que tenía la médica tratante era la de remitir de manera oportuna y en el momento indicado a la materna, obligación, que por simple lógica, nace una vez se ha cumplido con la obligación de resultado el **haber hecho una**

*evaluación adecuada de la salud de la paciente e indicar los exámenes indispensables*, y una vez cumplido con esta obligación sigue la obligación de medio: *precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente*; pero, la materna no fue remitida de manera oportuna y en el momento oportuno porque previamente se incumplió una obligación de resultado.

De acuerdo con el análisis anterior, podemos concluir que: **la óptica desde la cual la Sala enfocó el fallo, condenando por responsabilidad a partir de una obligación de resultado, considerando en forma genérica que en el caso de las maternidades, en principio, se está ante una obligación de resultado, no es concordante a los preceptos, no sólo científicos, sino también normativos; por lo tanto, se hace necesario considerar, que cuando se cuestiona si la obligación médica en sí es de medios o de resultado, es un asunto que no puede determinarse en abstracto, sino que dependerá de las circunstancias particulares de cada caso.**

Así las cosas, analizando las circunstancias particulares del caso no existe ninguna demanda de responsabilidad médica que se pueda analizar partiendo desde la óptica de un incumplimiento de una obligación de medio, porque ante la situación preponderante del incumplimiento de una obligación de resultado se convierte en intrascendente el considerar el incumplimiento de la obligación de medio.

Se hace imprescindible considerar que cuando se demanda por responsabilidad médica, lo primero que se debe confrontar es **si hubo cumplimiento de la obligación de resultado consistente en, hacer una evaluación adecuada de la salud del paciente e indicar los exámenes indispensables**, ya que, una vez probado dicho incumplimiento, es intrascendente averiguar el incumplimiento de la obligación de medio, pues, **si no se cumple con la evaluación adecuada de la salud de el/la paciente y no se indican los exámenes indispensables, no es posible esperar que se precise el diagnóstico y se prescriba la terapéutica correspondiente.** Al término de esta consideración, cualquier posibilidad de analizar una responsabilidad subjetiva basada en una obligación de medio es opuesto a lo que se persigue con el ahorro procesal.

Una vez corroborado que se cumplió con la obligación de resultado, la decisión de imputarse responsabilidad recae en el análisis de una posible negligencia, imprudencia o impericia, desde el mismo momento en que se inicia la *evaluación adecuada de la salud de el/la paciente y la indicación de los exámenes indispensables*, siguiendo con el análisis de la obligación de medio, *precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente.*

Se concluye, por tanto, que lo lógico es determinar qué tipo de responsabilidad se endilga, partiendo del análisis de las circunstancias singulares del caso en la prestación del servicio médico, para saber si la obligación que se tenía en el cumplimiento del contrato era de medio o de resultado; más no al contrario, o sea, partir del supuesto de determinar *a priori* cuál de los dos tipos de obligación pesaría en el cumplimiento de la asistencia médica e institucional.

Recordemos que es inherente a la asistencia médica e institucional, el evitar que algún daño colateral le ocurra a el/la paciente mientras dura el acto médico, siendo esta conducta una obligación de resultado, llamada obligación de seguridad; por ejemplo: el de la obligación de no dejar ningún cuerpo extraño en el cuerpo de el/la paciente en el momento del procedimiento quirúrgico, el de proporcionarle una asistencia de hospedaje hospitalaria en condiciones máximas de seguridad.

#### **4. LA OBLIGACIÓN DE LA ASISTENCIA MÉDICA VISTA COMO UN DEBER SER A LA LUZ DE LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES**

Pensemos en la situación actual y real que se presenta en el sector salud en Colombia; por la influencia de políticas administrativas, eminentemente financieras del Sistema de la Seguridad Social en Salud, se están proporcionando servicios de salud con una carencia permanente de aquellos valores, no reconociéndose al paciente lo que es justo a sus condiciones de salud, anteponiéndose las condiciones económicas, y por lo mismo, violándose el derecho como valor de justicia. Ante este panorama, se resquebraja la solidaridad, la convivencia, la justicia.

No basta entonces la sola existencia de un sistema normativo; pensemos que si lo aplicamos en forma exegética, se podría violar, en no pocas veces, el derecho como valor de justicia; es el caso que se presenta con mucha frecuencia en el sistema normativo de la Seguridad Social en Salud, cuando, por precepto de la Ley 100 de 1.993 se reglamenta la forma en que se puede acceder a ciertos servicios médicos, requiriéndose, entre otros, el haber cotizado un mínimo de semanas, limitación que fue concebida con la finalidad de tasar los recursos en salud; de aplicarse los periodos mínimos de cotización en todos los casos, sobre todo en casos de urgencia en donde la situación de salud de el/la paciente no da espera, por la negativa de la asistencia urgente, ante la imposición legal, se le violaría a el/la paciente el derecho como valor de justicia. **Lo justo es que se le atienda al paciente su calamidad en salud, anteponiendo la asistencia a todo precepto legal que limita el acceso al servicio en salud. Se requiere entonces, que el sistema normativo sea interpretado teleológica y sistemáticamente para adecuarlo al contexto específico, buscando siempre la justicia.**

# EL SINIESTRO EN LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL FRENTE A LOS SISTEMAS TEMPORALES DE COBERTURA

**Mateo Peláez García<sup>1</sup>**

## **CONTENIDO:**

Planteamiento del problema

Tesis sobre la configuración del siniestro

El sistema tradicional de cobertura en el derecho colombiano: sistema de ocurrencia y la configuración del siniestro en dicho sistema

Problemas generados con el sistema tradicional de cobertura

Los sistemas con limitaciones temporales de cobertura contemplados en la ley 389 de 1997: sistema de reclamación puro y sistema de reclamación mixto (cláusulas claims made)

La configuración del siniestro en dichos sistemas

Problemas de cobertura dentro del sistema de reclamación puro

Problemas de prescripción dentro del sistema de reclamación puro

Problemas de cobertura dentro del sistema de reclamación mixto

Problemas de prescripción dentro del sistema de reclamación mixto

Conclusión

---

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana. Especialista en “Responsabilidad civil y seguros” de la Universidad Eafit. Especialista en “Arbitraje” de la Universidad Eafit. Docente Universitario. Abogado asesor y litigante. Miembro Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado.



## 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

Tradicionalmente en el derecho Colombiano, se ha dado por establecido que sólo es asegurable, en los seguros terrestres, el riesgo objetivo, esto es, el hecho **futuro e incierto** y, en consecuencia, tradicionalmente se ha proscrito, históricamente, el aseguramiento del riesgo putativo en los seguros terrestres.

En otras palabras y tal como lo establece el artículo 1054 del Código de Comercio, no constituye riesgo *“la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento”*. Así las cosas, sólo se ha admitido, entre nosotros, el aseguramiento del riesgo objetivo, si bien ha sido admitido el aseguramiento del riesgo putativo en el seguro marítimo.

No obstante el principio de que en los seguros terrestres sólo es asegurable el riesgo objetivo, hoy día sufre excepción en determinados seguros, pues a través de las leyes 35 de 1993 y 389 de 1997 se permitió el aseguramiento del riesgo putativo en los seguros de manejo y riesgo financiero.

Así mismo, a través de la última de las leyes citadas, esto es, de la 389 de 1997, se permitió y autorizó, por virtud del artículo cuarto de dicha norma el aseguramiento del riesgo putativo en los seguros de responsabilidad civil bajo dos modalidades o manifestaciones.

Así, de una parte, se autorizó circunscribir la cobertura a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia del contrato, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación. (Sistema de reclamación puro).

De otra, se facultó a las partes del contrato, esto es, tomador y aseguradora, a circunscribir la cobertura a los hechos acaecidos durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se formule dentro del término estipulado en el contrato, término que no podrá ser inferior a dos años, tal como lo establece la ley en cita.

Las anteriores alternativas de aseguramiento establecidas por el legislador, conocidas en el derecho Inglés y Estadounidense, con la denominación CLAIMS MADE, denominación que se ha irradiado a la práctica aseguradora mundial, hacen necesario fijar nuestra mirada, en los diferentes sistemas con delimitaciones temporales de cobertura, esto es, analizar desde el sistema tradicional de ocurrencia consagrado en nuestro Código de Comercio, hasta los sistemas de reclamación o cláusulas CLAIMS MADE, que podríamos denominar puro y mixto,

consagrados, estos últimos, respectivamente, en el inciso primero y segundo del artículo 4 de la ley 389 de 1997, puesto que, indudablemente, no son iguales, en los diferentes sistemas, los conceptos de siniestro y su configuración, la cobertura del mismo y la prescripción de las acciones y derechos que del contrato de seguro de responsabilidad civil se derivan para el asegurado respecto de sus acciones y derechos frente al asegurador.

Ahora bien, para el cabal entendimiento de dichos sistemas y de las diferentes problemáticas que en uno y otro se plantean es conveniente abordar, en primer lugar, el estudio de la diferentes tesis que se han expuesto para explicar la configuración del siniestro, con el fin de determinar, en el desarrollo del tema, cuáles son aplicables en el derecho Colombiano y cuáles han sido descartadas.

## **2. TESIS SOBRE LA CONFIGURACIÓN DEL SINIESTRO**

Son varias las tesis doctrinales que se han expuesto sobre la concepción y configuración del siniestro en el seguro de responsabilidad civil, magistralmente explicadas en nuestro medio por el profesor Carlos Ignacio Jaramillo, así:

### **2.1 Teoría del reembolso o del resarcimiento previo del perjuicio**

La teoría del reembolso o del resarcimiento previo del perjuicio, nos indica que la obligación del asegurador sólo surge frente al asegurado en el momento en que éste, causante del daño al tercero, indemnice, a dicho tercero, los perjuicios que le ha causado.

De manera que el siniestro, causa de la obligación del asegurador frente al asegurado, sólo surgirá en tanto y en cuanto el asegurado indemnice al tercero, víctima del perjuicio causado por el asegurado civilmente responsable. En otras palabras, la aseguradora se limitará a reembolsar al asegurado lo por él pagado, siempre y cuando, claro está, el evento que dio origen a la responsabilidad civil esté amparado dentro de las coberturas del contrato.

De acuerdo con los sostenedores de esta teoría, sólo en el momento en que el asegurado paga al tercero, surge para dicho asegurado un detrimento en su patrimonio que tendría que ser resarcido por la aseguradora.

Esta tesis, valga anotar, no es sostenida, hoy en día, en el derecho Colombiano por doctrinante alguno.

A esta teoría se la ha criticado, entre otros aspectos, toda vez que desconoce el carácter preventivo del seguro de responsabilidad civil y su función principal que es la de mantener indemne al asegurado, le impone al asegurado la obligación de disponer de recursos financieros necesarios para reparar el perjuicio causado al tercero, con los cuales las más de las veces no cuenta e incluso se considera que lesiona los intereses del tercero en cuanto somete la efectividad de su derecho a la solvencia del civilmente responsable.

### **2.1 Teoría de la declaración o reconocimiento de responsabilidad o de la liquidación del perjuicio o deuda.**

Para los partidarios de esta teoría, es la declaratoria de la responsabilidad civil del asegurado frente al tercero o el reconocimiento de dicha responsabilidad civil por el asegurado frente al tercero lo que genera y configura el siniestro, configuración que supone, de una parte el establecimiento de una responsabilidad civil y de otra la determinación, en concreto, del quantum de la indemnización.

Así las cosas, dentro de esta teoría, una vez la pretensión de la víctima es acogida, bien en forma judicial, a través de una sentencia o laudo, o bien en forma extrajudicial, a través de una transacción, por ejemplo, y por tanto su cuantía es determinada en esa sentencia, laudo o transacción, estaremos frente al siniestro detonante de la obligación de la aseguradora de pagar la prestación asegurada al asegurado.

En tal sentido y como bien lo expresa el actual maestro en materia de seguros en el derecho Colombiano, profesor Carlos Ignacio Jaramillo, quienes propugnan por esta posición la asignan a la sentencia, laudo o transacción un valor constitutivo y no simplemente declarativo.

La mencionada teoría ha sido criticada precisamente en cuanto le asigna a la sentencia, al laudo o al reconocimiento que el responsable haga de su responsabilidad el valor constitutivo indicado que, en realidad no tiene, pues sólo sirven para declarar o constatar la responsabilidad civil del asegurado; así mismo, se le critica el hecho de confundir el nacimiento de la obligación con su exigibilidad, el daño con su cuantía, olvidando que lo importante, lo primero es determinar la responsabilidad civil para luego sí cuantificarla.

### **2.3 Teoría de la reclamación del tercero damnificado al asegurado**

Esta teoría, cada vez más fuerte en el derecho comparado, entiende el siniestro en el seguro de responsabilidad civil como referido a la reclamación, judicial

o extrajudicial, formulada por el tercero, víctima del daño contra el asegurado o contra el asegurador, cuando, en este último caso, se reconoce una acción directa de la víctima frente al asegurador.

De manera que, de acuerdo con el planteamiento inicial de esta tesis, no habría siniestro en el seguro de responsabilidad civil sin reclamación de la víctima, así ya se haya dado efectivamente la conducta dañosa prevista en el contrato y el daño ya se haya instalado en el patrimonio de la víctima.

Así mismo, de acuerdo con esta postura, no basta para que el asegurador sea responsable que el asegurado efectivamente sea civilmente responsable frente a la víctima del hecho dañoso, pues se requiere del reclamo para configurar el siniestro, de manera que sin reclamación no hay siniestro e, incluso, puede haber siniestro sin responsabilidad civil del asegurado, pues basta el reclamo de la presunta víctima para hablar de siniestro.

Aunado a lo anterior, esta tesis explica, según sus expositores, el por qué el asegurador debe responder por los gastos del proceso iniciado contra el asegurado así las pretensiones del tercero no sean declaradas en el proceso, puesto que se buscaría amparar la reclamación con independencia de que la misma esté o no llamada a prosperar.

Si bien esta tesis, como ya lo indicamos es cada vez más fuerte en el derecho comparado y en el nacional, en especial por la posibilidad de pactar las cláusulas CLAIMS MADE, no ha estado exenta de críticas por parte de la doctrina internacional.

En tal sentido, se considera que no está a tono con los principios que rigen la responsabilidad civil o el derecho de daños, los cuales propugnan por la reparación del daño cuando este se presenta, de manera que igualar la reclamación con el siniestro es desconocer la esencia y finalidad del seguro de responsabilidad civil que es, proteger el patrimonio del asegurado; se le critica también y en la misma línea indicada, pues se deja el concepto de siniestro al arbitrio del tercero damnificado en tanto y en cuanto dependerá de este decidir si reclama o no y cuándo lo hace; presenta además, serios problemas de protección al asegurado, en la medida en que si la reclamación del damnificado se hace por fuera del término establecido en el contrato de seguro, no tendrá cobertura por aquel.

## **2.4. Teoría del hecho dañoso o del surgimiento del débito o deuda de responsabilidad.**

Los partidarios de esta teoría, consideran que el siniestro se genera cuando se configura o realiza el hecho dañoso, esto es, cuando nace dicha responsabilidad civil en cabeza del asegurado respecto del tercero víctima del respectivo daño.

En otras palabras, cuando el asegurado causa un daño a un tercero, surge el siniestro, siempre, claro está, que el evento de responsabilidad civil esté contemplado dentro de las coberturas del contrato de seguro.

De acuerdo con esta teoría, el evento dañoso, imputable al asegurado, genera dos grandes consecuencias.

La primera es generar el surgimiento de la responsabilidad civil del asegurado frente a la víctima, esto es, la responsabilidad civil propiamente dicha y a su vez genera la obligación de la aseguradora frente a su asegurado.

La segunda es que el reclamo judicial o extrajudicial es la forma de determinar o concretar un derecho cuyo nacimiento es anterior a tal reclamo, de manera que la sentencia, laudo o transacción no tendrá el carácter constitutivo que la teoría de la declaración o reconocimiento de responsabilidad o de la liquidación del perjuicio o deuda le asigna, sino que, simplemente tendrá un carácter declarativo.

Esta teoría si bien es la de mayor aceptación a nivel internacional también ha sido objeto de diferentes críticas, tales como, centrarse más en la etapa genética de la responsabilidad civil, esto es, la conducta activa u omisiva del obligado que en la concreción del daño generado por esa conducta, sobre todo en tratándose de los denominados daños tardíos, diferidos o prolongados o también denominados siniestros de cola larga. Así mismo, se ha expuesto, en contra de esta teoría que no explica, cabalmente, la obligación del asegurador de asumir los gastos del proceso en que incurra el asegurado cuando la reclamación sea temeraria o infundada.

## **2.5 Teoría del proceso, hecho, fenómeno o evento complejo**

Esta teoría, como su denominación nos lo da a entender, busca agrupar los elementos determinantes de algunas de las anteriores, específicamente de las teorías del surgimiento del débito o deuda de responsabilidad civil, de la reclamación y de la liquidación de la deuda, toda vez que consideran que el siniestro en materia del seguro de responsabilidad civil, no se consolida en un solo mo-

mento o bajo la explicación de una sola de las teorías indicadas, sino que es el fruto de una cadena, que va desde la conducta del presunto civilmente responsable la cual causa un daño en el patrimonio de la víctima, pasando por la reclamación de dicha víctima, hasta concretarse en la individualización del daño, mediante su liquidación, bien a través de una sentencia o laudo o bien a través de la auto composición del litigio por las partes a través de una transacción o de una conciliación prejudicial.

La mencionada teoría se ha criticado pues no da una respuesta clara y asertiva al interrogante de cuándo surge el siniestro, además, se ha considerado por la doctrina en general, no sin razón, que dicha teoría es más bien simplista en cuanto toma de algunas de las anteriores lo que le conviene.

Desconoce además la naturaleza propia de la responsabilidad civil la cual se establece antes de que se liquide la deuda, momento que si bien es importante no es definitorio de la existencia de dicho instituto. Así mismo, la mencionada teoría dilata el surgimiento de la obligación y responsabilidad del asegurador, haciéndolo depender de una cada casi interminable de hechos y dejando de concretarse en el punto mismo de la responsabilidad civil.

### **3. EL SISTEMA TRADICIONAL DE COBERTURA EN EL DERECHO COLOMBIANO: SISTEMA DE OCURRENCIA Y LA CONFIGURACIÓN DEL SINIESTRO EN DICHO SISTEMA**

125

Como ya lo indicamos en líneas anteriores, el riesgo en los seguros terrestres ha estado claramente enmarcada entre nosotros, dentro del concepto del riesgo objetivo, esto es, sólo es riesgo asegurable aquel que, al momento de celebrar el contrato, entre tomador y asegurador, constituye un hecho **futuro e incierto** y, en consecuencia, tradicionalmente se ha proscrito el aseguramiento del riesgo putativo en los seguros terrestres.

Es claro entonces que el sistema tradicional del seguro de responsabilidad civil busca amparar al asegurado por la responsabilidad civil en que pueda incurrir frente a terceros, durante la vigencia del respectivo contrato, esto es, se ampararán los hechos dañosos que se causen durante la vigencia del contrato.

En otras palabras se ampararán los daños que se causen durante la vigencia del contrato, siempre que la conducta activa u omisiva del agente (asegurado) se produzca durante la vigencia del contrato así los daños en todo o en parte se

manifiesten posteriormente e incluso así se manifiesten después de terminada la vigencia temporal del seguro.

Lo anterior afirmado tiene su fuente, de una parte, en el artículo 1131 del Código de Comercio, modificado por el artículo 86 de la ley 45 de 1990, el cual establece que en el seguro de responsabilidad civil se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, esto es, se está refiriendo a la conducta, activa u omisiva, del agente civilmente responsable.

De otra parte, lo dicho también tiene sustento en el tradicional artículo 1073 del Código de Comercio, aplicable a todos los seguros de daños, el cual establece que si el siniestro, iniciado antes y continuado después de vencido el término del seguro, consuma la pérdida o deterioro de la cosa asegurada, el asegurador responderá del valor de la indemnización en los términos del contrato y, por el contrario indica que si el siniestro se inicia antes y continúa después de que los riesgos hayan principiado a correr por cuenta del asegurado, éste no será responsable por el siniestro.

Es por ello que afirmamos, sin ambages, y como en general coincide la doctrina nacional sobre la materia, que en el sistema tradicional de cobertura del seguro de responsabilidad civil se aplica, claro está, el sistema de ocurrencia, esto es, se ampara la responsabilidad civil del asegurado siempre que el hecho dañoso se inicie durante la vigencia del contrato.

En tal sentido, si el hecho dañosos se genera durante la vigencia del contrato, así el daño se consume o manifieste después, se afectará el seguro vigente para la época en que se generó el hecho dañoso. Ahora bien, si el hecho dañosos se genera antes del seguro y el daño se concreta o aflora durante la vigencia del contrato, no tendrá dicho siniestro cobertura, dentro del sistema tradicional, pues estaríamos, precisamente ante un siniestro o cuando menos ante un riesgo putativo, pero para estar ante un riesgo putativo, importante es anotarlo, ambas partes en el contrato, tomador y asegurador, deben desconocer el hecho como condición sine qua non para podamos hablar de tal clase de riesgo.

Así las cosas, luce, a nuestro modo de ver en forma inobjetable, que la tesis que se aplica en el sistema tradicional de cobertura es la del hecho dañoso, tesis está sostenida en nuestro medio principalmente por los doctores Carlos Ignacio Jaramillo y Andrés Ordóñez Ordóñez.

#### **4. PROBLEMAS GENERADOS CON EL SISTEMA TRADICIONAL DE COBERTURA**

Los problemas fundamentales que genera el sistema tradicional de cobertura del seguro de responsabilidad civil bajo el esquema de ocurrencia son, de una parte la probabilidad de que las acciones del asegurado frente al asegurador prescriban con anterioridad a la prescripción de las acciones de la víctima frente al asegurado civilmente responsable y, de otra, la posibilidad de que el asegurador se vea abocado al pago de siniestros muchos años después de terminada la vigencia del contrato o bien porque la víctima no formule su reclamación sino años después o bien porque efectivamente el daño causado por el asegurado no se manifieste sino años después de la vigencia del seguro y del hecho generador del mismo.

Analicemos pues el primero de los dos puntos indicados.

El artículo 1131, modificado por la ley 45 de 1990 diferenció claramente dos momentos: De una parte el de la ocurrencia del siniestro y, de otro, el término a partir del cual empieza a correr la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro.

En tal sentido precisó que el siniestro se entendería ocurrido desde el momento en que acaeciera el hecho externo imputable al asegurado.

Además indicó que a partir del momento en que acaeciera el hecho externo imputable al asegurado empezaría a contar, para la víctima, el término de prescripción de las acciones de tal víctima frente a la aseguradora en virtud de la acción directa contemplada en el artículo 87 de la ley 45 de 1990, siendo claro que la acción directa no es tema de esta sucinta presentación.

A su vez indicó, dicho artículo, que las acciones del asegurado frente a la aseguradora empezarían a correr sólo desde cuando la víctima le formulare la reclamación judicial o extrajudicial, siendo claro que, en tal caso, la prescripción que debe correr es la ordinaria de dos años pues a partir de ese momento el asegurado tiene conocimiento del hecho que da base a la acción.

Ahora bien, nótese que lo que activa la prescripción de las acciones del asegurado frente a su asegurador es la reclamación que a aquel le formule la víctima, bien que dicha reclamación sea judicial o extrajudicial.

En tal sentido, si la primera reclamación que se le presenta al asegurado por la víctima es judicial, dicho asegurado no tendría mayor problema en cuanto a



la prescripción se refiere, toda vez que, a través de la figura del llamamiento en garantía formulado en ese mismo proceso iniciado por la víctima, estaría interrumpiendo la prescripción de sus acciones frente a la aseguradora y, además, en un mismo proceso se decidiría la existencia o no de responsabilidad civil del asegurado frente a la víctima y de otra, la relación llamante llamado en garantía, esto es, la relación entre el asegurado y el asegurador sin peligro para aquel de que sus acciones prescriban.

Ahora bien, si la primera reclamación que la víctima le formula al asegurado es extrajudicial nótese que, a la letra del artículo 1131 del Código de Comercio, a partir de ese momento empieza a correr la prescripción de la acción del asegurado frente al asegurador, prescripción que será de dos años, razón por la cual el asegurado se encontrará en tamaña encrucijada, pues de una parte ya le ha empezado a correr la prescripción de sus acciones frente a la aseguradora y de otra no tendrá manera de interrumpir dicha prescripción en tanto y en cuanto la víctima no le ha formulado una reclamación judicial que le permita, a dicho asegurado, interrumpir la prescripción que, como de todos es sabido, sólo se interrumpe con la demanda (o el llamamiento en garantía para nuestro caso) o con el reconocimiento por parte del deudor de su obligación, pero obviamente no existe un reconocimiento de la deuda por parte de la aseguradora, cuando de hecho está en discusión incluso y por principio la misma responsabilidad civil del asegurado.

Así las cosas, si la víctima después de formular su reclamación extrajudicial deja pasar más de dos años para formular la reclamación judicial al asegurado, presunto civilmente responsable, a este le habrá prescrito su acción contra el asegurador una vez lo llame en garantía en dicho proceso, en tanto y en cuanto ya corrieron los dos años indicados.

Este es pues el gran problema para el asegurado en el sistema tradicional de cobertura, pues no puede desconocerse que mientras la víctima tiene un término realmente amplio de prescripción de sus acciones y derechos, el asegurado tiene a su vez un término más bien estrecho, en comparación con el de la víctima y no cuenta con una fórmula para interrumpir dicha prescripción cuando el reclamo no es judicial.

El otro gran problema que se presenta en este sistema tradicional de cobertura es para la aseguradora.

Tal como lo indicamos, este se puede ver abocado al pago de siniestros muchos años después de terminada la vigencia del contrato o bien porque la víctima no formule su reclamación sino años después, término a partir del cual correrá

la prescripción de las acciones del asegurado frente a dicha aseguradora, como ya lo explicamos, o bien porque efectivamente el daño causado por el asegurado no se manifieste sino años después de la vigencia del seguro y del hecho generador del mismo, llevando obviamente al mismo punto: Que la aseguradora sea sorprendida con un reclamo por un siniestro relativo a un contrato celebrado muchos años antes.

No puede eludirse que esta es la razón para la aplicación de fórmulas como las contenidas en las cláusulas CLAIMS MADE.

## **5. LOS SISTEMAS CON LIMITACIONES TEMPORALES DE COBERTURA CONTEMPLADOS EN LA LEY 389 DE 1997: SISTEMA DE RECLAMACIÓN PURO Y SISTEMA DE RECLAMACIÓN MIXTO (CLÁUSULAS CLAIMS MADE)**

Como ya lo indicamos en varios apartes de este texto, a través de la ley 389 de 1997, se permitió y autorizó, por virtud del artículo cuarto de dicha norma el aseguramiento del riesgo putativo en los seguros de responsabilidad civil.

No obstante, importante es precisarlo, en el artículo cuarto de dicha ley se establecen dos hipótesis diferentes con efectos diferentes, en una y otra, frente a la cobertura del siniestro.

Así, la primera hipótesis está establecida a su vez en el primer inciso del artículo cuarto, el cual autoriza a las partes para circunscribir la cobertura del seguro de responsabilidad civil a las reclamaciones formuladas por la víctima al asegurado o a la compañía durante la vigencia del contrato, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a la iniciación del contrato de seguro.

Este es el sistema que podríamos denominar de reclamación puro, expresión que, sobra anotar, no es de nuestra autoría y, decimos que de reclamación puro pues lo que importa, para efectos de la cobertura es que la reclamación, judicial o extrajudicial, se formule por la víctima durante la vigencia temporal del contrato, con independencia de que el hecho dañoso se haya presentado con anterioridad a la vigencia del contrato, salvo, en cuanto a este último aspecto de la cobertura retroactiva se refiere, que las partes establezcan otra cosa, pues bien podrían establecer que la cobertura sobre hechos pretéritos es indefinida en el tiempo o limitada a un término preestablecido por las partes.

Ahora bien, fundamental es reiterarlo para que esta cobertura del riesgo putativo opere es sustancial que las partes, tomador y aseguradora, desconozcan la existencia del hecho que genera la eventual responsabilidad civil del asegurado.

Así las cosas, y por vía de ejemplo, si tomador y aseguradora suscriben un contrato con vigencia del primero de enero de 2004 al 31 de diciembre de 2004, bajo este sistema de cláusulas CLAIMS MADE que hemos denominado de reclamación puro, se cubrirán todos aquellos siniestros, desconocidos por tomador y asegurado, ocurridos o bien en el año 2004 o antes, siempre que la reclamación se formule por la víctima, precisamente en el año indicado.

A su vez la segunda hipótesis, igualmente contemplada en el inciso segundo del artículo en comento, facultó a las partes del contrato, esto es, tomador y aseguradora, a circunscribir la cobertura del seguro a los hechos acaecidos durante la vigencia del seguro de responsabilidad civil siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se formule dentro del término estipulado en el contrato, término que no podrá ser inferior a dos años, tal como lo establece la ley en cita.

Por su parte este es el sistema que, si bien manifestación de cláusulas CLAIMS MADE, podríamos denominar mixto en tanto y en cuanto combina en parte el sistema de ocurrencia y en parte el sistema de reclamación.

El sistema de ocurrencia toda vez que se limita la cobertura a hechos acaecidos durante la vigencia del contrato, de manera que, por esta vía, no existe cobertura retroactiva y, reclamación, en cuanto impone como condición para que opere la cobertura por parte de la aseguradora que la reclamación de la víctima al asegurado o al asegurador se presente en un término que a su vez se debe haber fijado en el contrato y que, por disposición legal, no puede ser inferior a dos años.

En tal sentido, si la reclamación de la víctima al asegurado o a la aseguradora se presenta después de pasado el término prefijado por las partes el seguro no tendrá cobertura, ni frente a la víctima en caso de que ésta haya hecho uso de su acción directa ni frente al asegurado en caso de que este pretenda que la aseguradora le ampare su responsabilidad civil frente al tercero destinatario del daño.

## **6. LA CONFIGURACIÓN DEL SINIESTRO EN DICHOS SISTEMAS.**

Pareciera lógico pensar que en estos sistemas la tesis aplicable en relación con la configuración del siniestro no es otra que la de la reclamación del tercero

damnificado al asegurado o al asegurador, por virtud de la cual y, como ya lo anotamos, se entiende configurado el siniestro en el seguro de responsabilidad civil una vez se formula la reclamación, judicial o extrajudicial, por el tercero, víctima del daño contra el asegurado o contra el asegurador, cuando, en este último caso, se reconoce una acción directa de la víctima frente al asegurador.

Si bien esta tesis, como ya lo indicamos es cada vez más fuerte en el derecho comparado y en el nacional incluso, pues le permite a sus defensores estructurar una teoría que sustente el pacto de las cláusulas que venimos comentando, creemos que ello no puede llevarnos a desconocer la verdadera naturaleza de las cosas y, en consecuencia, la verdadera naturaleza del riesgo y del siniestro en el seguro de responsabilidad civil que para expresarlo en términos concretos no son otra cosa que, la eventual responsabilidad civil en que pueda incurrir el asegurado frente a terceros, ello referido al riesgo y efectiva y precisamente la responsabilidad civil del asegurado frente al tercero, ello en cuanto al siniestro.

Es que, a nuestro modo de ver no es necesario explicar la naturaleza jurídica del siniestro en el seguro de responsabilidad civil como la reclamación del tercero, basta con aceptar, sin tramsutar la naturaleza de las cosas, que el hecho de que la reclamación se presente o bien durante la vigencia del contrato o bien durante el término que en él se indique, según la modalidad pactada, para que efectivamente opere la cobertura, es una condición positiva suspensiva, en los términos de nuestro código civil o si se quiere expresarlo en otros términos más sencillos: si no hay reclamación en el término indicado no hay cobertura.

Obviamente sobra anotar que además de la reclamación se deberán cumplir con las demás estipulaciones pactadas por las partes para que opere la cobertura.

Así las cosas, consideramos que si bien una buena parte de la doctrina internacional busca explicar el siniestro desde la óptica del sistema de reclamación, dicha tesis no es de recibo por las razones indicadas.

## **7. PROBLEMAS DE COBERTURA DENTRO DEL SISTEMA DE RECLAMACIÓN PURO**

Fácil es prever cuáles serán los problemas de cobertura en el sistema de reclamación puro de lo hasta aquí expuesto: Que aquellos reclamos que se presenten por fuera de la vigencia del contrato no tendrán cobertura por el seguro.

Ahora bien, esto obligará al tomador a renovar o prorrogar los contratos de seguro, en forma continua y sin solución de continuidad, toda vez que si en un determinado lapso no tiene un contrato vigente y es en ese momento que se le formula una reclamación, claro es para todos, que su desprotección será absoluta por más años que, con anterioridad hubiere estado asegurado.

Así las cosas, el tomador estará obligado, con el fin de proteger su patrimonio, a renovar el contrato, hoy en día, por lo menos hasta diez años después de haber incluso terminado su actividad.

Un gran problema para el asegurado en estos sistemas es que, eventualmente, la compañía de seguros decida no renovar el contrato de seguro para una determinada vigencia o incluso que, renovándolo, se excluya la cobertura de un hecho anterior a la renovación pero respecto del cual aún no se ha presentado reclamación ni judicial ni extrajudicial.

## **8. PROBLEMAS DE PRESCRIPCIÓN DENTRO DEL SISTEMA DE RECLAMACIÓN PURO**

En el caso de los sistemas de reclamación puro, la ley 389 de 1997, nada dijo sobre la prescripción de las acciones del asegurado frente al asegurador, ni de la víctima frente al asegurador.

En consecuencia, necesario es remitirnos al artículo 1131 del Código para analizar, lo que aquí nos interesa, que es la prescripción de las acciones del asegurado frente al asegurador.

En tal sentido, debemos precisar que, al igual que en el sistema tradicional de cobertura, las acciones del asegurado frente a la aseguradora empezarán a correr sólo desde cuando la víctima le formule la reclamación judicial o extrajudicial, siendo claro que, en tal caso, la prescripción que debe correr es la ordinaria de dos años pues a partir de ese momento el asegurado tiene conocimiento del hecho que da base a la acción.

De aquí en adelante sería aplicable todo cuanto se dijo sobre la prescripción de las acciones del asegurado frente al asegurador, esto es, lo que activa la prescripción de las acciones del asegurado frente a su asegurador es la reclamación que a aquel le formule la víctima, bien que dicha reclamación sea judicial o extrajudicial; si la reclamación que se le presenta al asegurado por la víctima es judicial, dicho asegurado no tendría mayor problema en cuanto a la prescripción se

refiere, toda vez que, a través de la figura del llamamiento en garantía formulado en ese mismo proceso iniciado por la víctima, estaría interrumpiendo la prescripción de sus acciones frente a la aseguradora y, además, en un mismo proceso se decidiría la existencia o no de responsabilidad civil del asegurado frente a la víctima y de otra, la relación llamante llamado en garantía, esto es, la relación entre el asegurado y el asegurador sin peligro para aquel de que sus acciones prescriban.

Igualmente, y como antes lo dijimos, si la primera reclamación que la víctima le formula al asegurado es extrajudicial el asegurado se encontrará en la imposibilidad de interrumpir la prescripción por las razones antes dichas, esto es, la prescripción sólo se interrumpe con la demanda (o el llamamiento en garantía para nuestro caso) o con el reconocimiento por parte del deudor de su obligación.

Con el fin de precisar un poco los conceptos pensemos que, en este sistema de cláusulas CLAIMS MADE, en el cual se supedita la cobertura a que la reclamación necesariamente se presente durante la vigencia del contrato, una cosa es la no cobertura y otra la prescripción.

En tal sentido, si la reclamación se presenta con posterioridad a la vigencia del contrato el problema no será de prescripción sino de cobertura pues no se dio la condición del contrato para la cobertura por parte de la Compañía de Seguros.

Ahora bien, si la reclamación extrajudicial se presenta durante la vigencia del contrato, dicha reclamación tendrá cobertura, siempre que se den, obviamente, los demás requisitos pactados por las partes.

No obstante lo anterior, pensemos que, respecto de esa reclamación extrajudicial que se presente durante la vigencia del contrato, la víctima sólo se presente su demanda, por ejemplo, tres años después. En tal caso el problema para el asegurado será de prescripción.

## **9. PROBLEMAS DE COBERTURA DENTRO DEL SISTEMA DE RECLAMACIÓN MIXTO**

Bajo el sistema mixto, por virtud del cual las partes convienen en circunscribir la cobertura del seguro a los hechos acaecidos durante la vigencia del seguro de responsabilidad civil siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se formule dentro del término estipulado en el contrato, término que no podrá ser inferior a dos años, tal como lo establece la ley en cita, los pro-

blemas de cobertura pueden presentar más aristas que en el sistema que hemos denominado puro.

Lo anterior lo afirmamos toda vez que, de una parte, si el hecho ocurrió antes de la vigencia del contrato, no tendrá cobertura y, de otra, debiendo el hecho haber acaecido durante la vigencia del contrato, si la reclamación se presenta con posterioridad al término indicado en el contrato tampoco tendrá cobertura.

Pensemos en lo siguiente: Entre aseguradora y tomador asegurado se celebra un contrato de seguro de responsabilidad civil bajo este sistema. Se pacta, en consecuencia, que se cubrirán los hechos acaecidos durante la vigencia del contrato y siempre que la reclamación de la víctima al asegurado o asegurador se presente a más tardar, por ejemplo, de dos años después de finalizada la vigencia.

Si el hecho ocurre durante la vigencia del contrato, pero la reclamación extrajudicial de la víctima se presenta, por primera vez, pasados los dos años dicho siniestro no tendrá cobertura.

Ahora bien, otro problema que se suma al anterior en este sistema mixto es el de que, en tanto y en cuanto, la ley estableció que las partes estipularían el término dentro del cual se podría presentar la reclamación, el cual, indicó la misma ley, no sería inferior a dos años, las aseguradoras, obviamente, han establecido, por lo general, que el término es de dos años, es decir, si se presenta después de dos años no habrá cobertura. Este es, a nuestro modo de ver el gran problema de este sistema mixto pues el término es realmente corto frente a la posibilidad que tiene la víctima de demandar al asegurado, presunto civilmente responsable.

Pensemos en la siguiente situación: Un determinado asegurado, toma el seguro por el sistema mixto, con un plazo para que se presente la reclamación de dos años después de finalizada la vigencia del seguro, con vigencia del 1 de enero de 1999 al treinta y uno de diciembre de 1999, con un término de reclamación de dos años, esto es, al 31 de diciembre de 2001. Si el hecho ocurrió en el año 1999 y se reclama el 1 de enero de 2002, no tendrá cobertura, así para el año 2002, tenga vigente un seguro, pues este nuevo seguro sólo amparará los eventos ocurridos durante su vigencia.

## **10. PROBLEMAS DE PRESCRIPCIÓN DENTRO DEL SISTEMA DE RECLAMACIÓN MIXTO**

En el caso de los sistemas de reclamación mixto, la ley 389 de 1997, tampoco dijo nada sobre la prescripción de las acciones del asegurado frente al asegurador, ni de la víctima frente al asegurador.

En consecuencia, al igual que en el sistema anterior, necesario es remitirnos al artículo 1131 del Código para analizar la prescripción de las acciones del asegurado frente al asegurador.

Así las cosas, también en este sistema las acciones del asegurado frente a la aseguradora empezarán a correr sólo desde cuando la víctima le formule la reclamación judicial o extrajudicial, siendo claro que, en tal caso, la prescripción que debe correr es la ordinaria de dos años pues a partir de ese momento el asegurado tiene conocimiento del hecho que da base a la acción.

En el mismo orden de ideas y al igual que en los sistemas anteriores, lo que activa la prescripción de las acciones del asegurado frente a su asegurador es la reclamación que a aquel le formule la víctima, bien que dicha reclamación sea judicial o extrajudicial; con todos los mismos matices que hemos anotado en los apartes anteriores de este escrito.

Así las cosas, si la reclamación se presenta con posterioridad al término establecido en el contrato, el tema no será de prescripción sino de cobertura pues no se dio la condición del contrato para la cobertura por parte de la Compañía de Seguros.

Ahora bien, si la reclamación extrajudicial se presenta durante la vigencia del contrato o dentro del término en él indicado que, por lo general es de dos años, dicha reclamación tendrá cobertura, siempre que se den, obviamente, los demás requisitos pactados por las partes.

No obstante lo anterior, si después de presentada la reclamación extrajudicial la víctima sólo se presente su demanda, por ejemplo, tres años después. En tal caso el problema para el asegurado será de prescripción.



## **11. CONCLUSIÓN:**

Si bien los sistemas de las cláusulas CLAIMS MADE, buscan resolver una situación realmente problemática para la aseguradora, como es el hecho de tener que responder por siniestros relativos a contratos celebrados muchos años antes, dichas cláusulas o sistemas de cobertura no cuentan con mecanismos que le permitan al asegurado interrumpir la prescripción de sus acciones frente al asegurado, pues, lo reiteramos, sólo la demanda interrumpe civilmente la prescripción.

Por otra parte, el sistema que hemos denominado mixto, expresión la cual reiteramos obviamente no es de nuestra autoría, al establecer que el término durante el cual se debe presentar la reclamación no puede ser inferior a dos años, estableció un término realmente corto para el beneficio del asegurado, toda vez que, como es apenas lógico, las aseguradoras establecieron el término mínimo de dos años, lapso que no se compadece con el término que la víctima tiene para reclamar al presunto civilmente responsable, especialmente en materia de responsabilidad civil extracontractual.

# CAOS DOGMÁTICO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

## - PROPUESTA -

**Saúl Uribe García<sup>1</sup>**

El tema de la responsabilidad civil o como se le conoce en la actualidad, derecho de daños, desde sus orígenes,<sup>1</sup> ha estado en constante evolución, a tal punto que en derecho, podría decirse, es el que más vigencia y actualidad cobra, día a día. Dada su constante evolución y vigencia, se multiplican día a día las distintas teorías, posiciones, posturas y propuestas, pero la situación es tan caótica en la actualidad, que quien quiera ingresar al conocimiento de la responsabilidad civil, encontrará en cada autor posturas diferentes y propuestas diversas, a tal punto que esa falta de consenso en vez de contribuir a una evolución uniforme del instituto, parece llevarlo a un estancamiento, ante el cual, se guarda pasividad y conformismo. Si bien existen aristas, en las cuales la jurisprudencia y la doctrina encuentran puntos de consenso,<sup>2</sup> no ocurre lo mismo con la parte estructural, esto es, con los llamados elementos de la responsabilidad civil, concretamente con el nexo de causalidad y la culpa. La jurisprudencia es pacífica en el tema y las soluciones que propone las hace más en el terreno de la intuición, con base en argumentos caducos y faltos de técnica jurídica.

Inicialmente, expondré cuáles son esos puntos, que podría llamar de caos y de crisis, para culminar con una propuesta, la misma que después de un estudio serio y profundo,<sup>3</sup> pueda ser acogida, obvio está, admitiendo la crítica y las obser-

1 Abogado Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín (Colombia). Profesor de pregrado y posgrado de la misma universidad.

La evolución inicia con la venganza privada, continúa con la ley del talión, la composición, la ley de las doce tablas y la ley Aquilia hasta el año 533 d.c. época en la cual el emperador Justiniano compiló lo que se llamó el Corpus Iuris Civilis. La compilación de Justiniano estuvo vigente durante novecientos años aproximadamente. Para llegar a la redacción del Código Civil Francés, se pasó por tres escuelas: Escuela de los glosadores y postglosadores; escuela Humanista y escuela del derecho natural. En 1804, Napoleón Bonaparte, previos cuatro años de redacción, puso en vigencia el Código Civil. Desde 1804, hasta nuestros días, es otra la historia de la responsabilidad civil, ya que no obstante mostrar que evoluciona, esa evolución está marcada por constantes e incesantes controversias, contradicciones, posturas, muchas de las cuales no guardan la más mínima coherencia con la teoría del derecho, sino que obedecen a situaciones coyunturales o se resuelven por mera intuición.

2 Uno de los puntos de consenso es en cuanto a las características del daño, en las llamadas fuentes de la responsabilidad civil y en las causales de exoneración de responsabilidad.

3 En este trabajo simplemente se enuncia la propuesta, pero su desarrollo corresponde a investigaciones

vaciones, para que algún día se pueda hablar de una teoría pura de la responsabilidad civil, o si se quiere, del derecho de daños, la misma que depure conceptos que son extraños, que no guardan coherencia con el instituto, que permitan la evolución ajena a conceptos inextricables y que la técnica jurídica se apersona, para que se pueda hablar con propiedad, de una dogmática de la responsabilidad civil. El jurista romano Ulpiano, ya había trazado los tres principios que fundamentan el derecho<sup>4</sup> y el segundo principio, no dañar a otro, no dañar a nadie, cobra más fuerza que nunca, porque después de muchos años, puede afirmarse con el moderno derecho de daños, que quien padezca un daño, tiene derecho a la indemnización.

Primer punto de caos. ¿Cuál es el lugar que ocupa la responsabilidad civil en el derecho de obligaciones?

El instituto de la responsabilidad civil extracontractual, al lado de la responsabilidad civil contractual, ambas conocidas modernamente como derecho de daños, se les ha reconocido la categoría de fuentes de las obligaciones. Así siempre ha sido desde la época Romana y en todos los códigos civiles del mundo encuentran su ubicación como fuentes de obligaciones. En el Código Civil Colombiano se encuentran tres normas básicas, las mismas que le otorgan al daño causado, la calidad de fuente de obligaciones. En primer lugar, el artículo 1.494 del C.C. prescribe:

*“Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la captación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”. Olvidó el legislador incluir los cuasidelitos como sí lo hace en el artículo 2302 ibídem, pero la locución “como en los delitos” simplemente sirve de ejemplo, pudiendo originarse el daño por hechos diversos.*

En segundo lugar, el artículo 34 de la ley 57 de 1.887, sustitutivo del artículo 2302 del Código Civil, prescribe:

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

---

posteriores.

4 1. *Honeste vivere* (vivir honestamente). 2. *Alterum non laedere* (no dañar a otro). *Neminem laedere* (no dañar a nadie). 3. *Suum ius cui tribuere* (dar a cada uno lo suyo jurídico). Digesto. (1.1.10.1)

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

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

*Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasi-delito o culpa”.*

En la última parte: “*Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito o culpa*”, se hacen dos observaciones, la primera, no le otorga la categoría de ilícito a la responsabilidad extracontractual. La segunda, se observa una tautología. Obvio que si el hecho es culpable, con eso está dicho todo, pero no afirmar que si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye culpa, lo anterior por los siguiente: no pueden haber hechos culpables cometidos con intención de dañar porque se tornaría en antinomia; si el hecho es culpable, es porque fue sin intención de dañar y si el hecho es culpable, se concluye que fue con culpa.

En tercer lugar, el artículo 2341 del C.C., prescribe:

*“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.*

En las tres normas anteriores se encuentra el daño como elemento común; el artículo 1.494, entre otras, se refiere a las obligaciones que surgen del contrato y los artículos 2.302 y 2.341 se refieren a las obligaciones que se contraen sin convención, vale decir, a las obligaciones extra contrato, entre ellas, el delito; el dolo y la culpa son los únicos criterios de imputación y expresamente le otorgan la categoría de fuente de obligaciones al daño causado, tanto en la esfera contractual como extracontractual. Es tan evidente y claro el tenor literal de las normas anteriores que se erige el daño en el fundamento de la obligación contractual y extracontractual y no se explica que ante la existencia de normas desde 1.887, aún, parte de la doctrina y la jurisprudencia le otorguen a la culpa el fundamento de la responsabilidad civil. Puede afirmarse conforme lo anterior, que sin daño no existe la obligación, en principio, porque el análisis de la culpa se hace posterior a la ocurrencia del daño. A contrario sensu, se torna imposible el análisis de la culpa, sin daño.<sup>5</sup>

5 Se remite únicamente a la culpa porque es el único criterio de imputación al cual hace referencia la norma, pero en el moderno derecho de daños, con los demás criterios de imputación (riesgo, garantía, etc.), de igual manera, el daño se erige en fundamento y el análisis de la existencia de los criterios de imputación se hace posterior al daño.

No obstante la aparente claridad, desde el mismo derecho Romano no ha existido consenso y coherencia acerca de cuáles son las fuentes de las obligaciones, pero siempre se incluye el daño, bien mencionado expresamente, ora bajo el ropaje de hecho o acto ilícito; cuasidelito; daño injusto; culpa aquiliana; responsabilidad aquiliana, etc., como fuente de obligaciones. Por eso, todo el estudio que de la responsabilidad civil contractual y extracontractual se hace a nivel mundial, parte de las fuentes de las obligaciones. Puede verse enseguida, sin pretender ahondar en el estudio de las obligaciones, cuál ha sido la posición del derecho de daños en el derecho de obligaciones.<sup>6</sup>

En la época primitiva Romana, el daño se constituyó en fuente de obligaciones, no se le llamaba como tal, sino como delitos públicos y delitos privados, aún ni siquiera se conocía el contrato como fuente de obligaciones. Los delitos públicos se caracterizaban porque la pena tenía el carácter de pública y en los delitos privados, la pena consistía en la obligación del causante del daño a pagar una suma pecuniaria. En las XII tablas (tabla VIII) se distinguen como delitos públicos: el perjurio; el incendio; la infidelidad; prevaricación del juez; falso testimonio; perduello y parricidio y entre los delitos privados: la injuria; el furtum y el *damnum injuria datum*. Posteriormente cuando Justiniano compila la legislación del período clásico y postclásico, aparece la definición de obligación: *“Obligación es el vínculo de derecho en fuerza del cual somos compelidos a pagar alguna cosa, conforme al derecho de nuestra ciudad”*. Se establecen cuatro fuentes de las obligaciones: los contratos, cuasicontratos, delitos y cuasidelitos.

En la actualidad, la doctrina y la jurisprudencia no encuentran punto de consenso para de manera concreta determinar cuáles son las fuentes de las obligaciones. Karl Larenz señala que las fuentes de las obligaciones son el negocio jurídico (negocios jurídicos unilaterales y contratos); obligaciones derivadas de conductas socialmente típicas (ofertas públicas y aceptación de la oferta); obligaciones nacidas de hechos legalmente reglamentados (actos ilícitos y responsabilidad por riesgo; enriquecimiento injusto y otras más) y obligaciones nacidas

6 DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, define que el puesto que ocupa el derecho de daños en el derecho de obligaciones es a través del ámbito común de la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Después de realizar un exhaustivo análisis crítico acerca de la dualidad de ambas formas de responsabilidad, propone como solución a la dualidad, fórmulas legales, procesales y jurisprudenciales. Como fórmula legal propone la unificación relativa de regímenes; como fórmula procesal propone el modo de formular la pretensión (principal y subsidiaria) y la fórmula jurisprudencial estaría dada por la aplicación del principio *ius novit curia* por parte de los Jueces y tribunales. DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. Lugar que ocupa el derecho de daños, en el derecho de obligaciones. En: Estudios de Deusto. Universidad de Deusto. Bilbao. Enero-junio de 1.995.

de disposición estatal. Ambrosio Colin y Henry Capitant, se refieren al contrato, al compromiso unilateral, al acto ilícito (delitos y cuasidelitos), enriquecimiento injusto y agencia oficiosa como fuentes de las obligaciones. Louis Josserand menciona a los actos jurídicos (contratos y compromisos unilaterales), actos ilícitos (delitos y cuasidelitos), enriquecimiento sin causa y la ley, como fuentes de las obligaciones. René Demogué se refiere al contrato, voluntad unilateral del deudor, actos ilícitos (delitos y cuasidelitos), cuasicontrato y el simple hechos que engendra la obligación, como fuentes de las obligaciones. En Colombia, Arturo Valencia Zea se refiere a los negocios jurídicos plurivoluntarios (contratos) y los univoluntarios o unilaterales; a los hechos ilícitos que divide en tres (actos ilícitos que son daños causados con intención o con dolo, hechos ilícitos que son daños causados sin intención pero con culpa y los hechos ilícitos causados sin dolo y sin culpa, pero que en razón de ciertos riesgos o peligros especiales, engendran sin más una obligación de indemnizar. Antonio de la Vega Vélez menciona como fuentes de las obligaciones a los actos jurídicos, la responsabilidad extracontractual, el enriquecimiento sin causa y la ley. Guillermo Ospina Fernández, después de realizar severa crítica a las fuentes de las obligaciones y proponer que las fuentes de las obligaciones debe sustentarse sobre la base filosófica-científica, concluye que la fuente de las obligaciones se dividen en dos: el acto jurídico (contrato y declaración unilateral de voluntad) y el hecho jurídico (hecho ilícito, éste a su vez en delitos y cuasidelitos y el enriquecimiento sin causa).

Ausente de cualquier discusión dogmática o doctrinal, no obstante las posiciones disímiles, lo cierto es que el daño desde un principio, se erigió como fuente de obligaciones, cualquiera sea el nombre que se le otorgue (acto ilícito, hecho ilícito, daño injusto, cuasidelito, culpa etc.).

Segundo punto de caos. Si el daño se erige en fundamento y eje central del tema de la responsabilidad civil, fácil resulta determinar cuáles son sus elementos estructurantes, pero el caos comienza cuando se encuentran más de diez posiciones diversas en la doctrina y la acogida por la jurisprudencia, no guarda coherencia con una debida técnica jurídica. Puede verse las varias posiciones:

HÉCTOR LAFAILLE: Violación de la ley; culpa o dolo del autor; daño y relación de causalidad entre el hecho y la lesión. JEAN CARBONIER: El daño; la relación de causalidad y hecho dañoso. MAZEAUD- TUNC: Daño; culpa y relación de causalidad. JORGE PERIANO FACIO: Hecho ilícito; daño; culpa y nexos causal. LOUIS JOSSERAND: Culpa delictual; daño; relación de causalidad y capacidad delictual. JOSÉ MELICH ORSINI: Daño; culpa; imputabilidad y relación de causalidad. ATILIO ANÍ-

BAL ALTERINI: Ilícitud; culpabilidad; daño y causalidad. ALEXANDRI RODRÍGUEZ: Capacidad; dolo o culpa; daño y relación de causalidad. JAIME SANTOS BRIZ: Acción u omisión; antijuridicidad; culpa; daño y relación de causalidad. CARLOS ALBERTO GHERSI: Hecho humano; daño; relación de causalidad, como elementos básicos y como elementos específicos, en la responsabilidad subjetiva: la antijuridicidad, la imputabilidad y la culpabilidad. KARL LARENZ: Acción; antijuridicidad y culpabilidad, además de la imputación objetiva o subjetiva. JORGE MOSSET ITURRASPE: La acción; la antijuridicidad; la imputabilidad (culpa o riesgo); la causalidad y el daño. RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ: El daño; la relación de causalidad como elementos comunes a todos los casos de responsabilidad y ya en la responsabilidad por actos propios: la antijuridicidad; culpabilidad e imputabilidad. JAVIER TAMAYO JARAMILLO: Conducta; en algunos casos conducta culposa; daño y nexo de causalidad entre la conducta y el daño. GILBERTO MARTÍNEZ RAVE: Hecho; culpa; nexo de causalidad y daño. LUIS DÍEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN: Un comportamiento dañoso; daño; relación de causalidad entre el comportamiento y el daño y un criterio de imputación. . FERNANDO REGLERO CAMPOS: Conducta activa u omisiva: un criterio de imputación normalmente sustentado en la culpa; daño injusto y relación de causalidad. MARIANO YZQUIERDO TOLSADA: Acción u omisión; daño; relación de causalidad entre la acción o la omisión y factor de atribución. ROBERTO VÁSQUEZ FERREYRA: Antijuridicidad; daño; causalidad y factores de atribución. JORGE BUSTAMANTE ALSINA: Antijuridicidad; daño; relación de causalidad entre el daño y el hecho; factor de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad. FÉLIX TRIGO REPRESAS y MARCELO LÓPEZ MESA: Daño Causado; relación de causalidad; factores de atribución de responsabilidad por el daño y antijuridicidad del daño.

Si una vez ocurrido el daño, lo que se busca es la reparación, se torna inconcebible tanta disparidad de criterios para concluir acerca de los elementos que estructuran el derecho de daños. Conceptos tales como: violación de la ley; hecho ilícito; culpa delictual; imputabilidad; ilícitud; culpabilidad; antijuridicidad, capacidad delictual y culpa, no pueden hacer parte de la estructura del derecho de daños. Que merodeen como fantasma, está bien,<sup>1</sup> pero una concreta teoría del derecho de daños, no permite que estas figuras adquieran el protagonismo no merecido. De entre los conceptos anteriores, el hecho ilícito, la antijuridicidad y la imputabilidad, han sido blanco de severas contradicciones y críticas, no como

1 Excepto la culpa que pasa como criterio de imputación, pero sin formar parte directa de la estructura.

figuras autónomas en el mundo del derecho, sino acerca de la poca o nada utilidad que prestan al derecho de daños.<sup>2</sup>

CARLOS ECHEVESTI,<sup>3</sup> afirma que si carecemos de las definiciones básicas o se poseen en abundancia y variedad, parecería imposible construir una teoría sobre la responsabilidad. La teoría cambia, evoluciona hacia conceptos más aptos para receptar el fenómeno del daño y obtener una respuesta más eficaz. Culmina este autor con la pregunta, ¿Cómo es posible? ¿De qué modo puede perfeccionarse la teoría - el sistema de proposiciones descriptivas-valorativas que constituyen el saber científico de la materia-, si los enunciados básicos sobre los que se levanta son ambiguos, o sumamente vagos?

Una vez eliminados los conceptos extraños de la estructura básica, se puede afirmar que ésta está compuesta por el hecho (acción u omisión), daño; nexo de causalidad y factor de atribución (imputación). Acerca de este último concepto, únicamente los últimos seis autores se refieren a él como uno de los elementos básicos de la estructura del derecho de daños, con lo que empieza a avizorarse la inclusión de un concepto imprescindible en derecho, sobre todo cuando se atribuyen responsabilidades, que por muchos años pasó inadvertido y si no, su

2 PARELLADA, Carlos Alberto, afirma que el concepto de ilicitud se trocado en un concepto más amplio; el de antijuridicidad y que hoy día, no es necesaria la antijuridicidad ya que perfectamente se puede indemnizar ejerciendo actividades lícitas, en la responsabilidad laboral u objetivas p 8-10. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, dice que la antijuridicidad es sinónimo de ilicitud. P 19. Dora Mariana Gesualdi, prescribe que la antijuridicidad fue sinónimo de ilicitud. Otras veces se habló de ilegalidad, antinormatividad o injusto y, en algunos casos, se dio a estos vocablos unos significados diferentes. P 143. LÓPEZ CABANA, Roberto, afirma que es necesario superar la configuración del ilícito tradicional, en la idea de que el daño que sufre la víctima, por eso mismo, está teñido de ilicitud en su más sentido genérico de transgresión al ordenamiento. P. 156. DÍEZ-PICAZO, Luís y PONCE DE LEÓN, advierten que el problema de la ilicitud se predica más bien de los daños en sí mismos considerados, abstracción de las conductas o actos conformes con el ordenamiento. MOISSET DE ESPANÉS, Luís, lleva a confundir ilicitud con culpabilidad al afirmar que el acto ilícito exige necesariamente la culpabilidad. P.97. Para DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, la antijuridicidad, la culpabilidad y la imputabilidad, no son elementos de la responsabilidad de la responsabilidad civil, sino como requisitos del comportamiento y la ilicitud como violación de la regla "neminem laedere". P. 258. En el mismo sentido IZQUIERDO TOLSADA. P. 110. Una moderna posición, está orientada a la configuración del derecho de daños a partir del daño injusto, con independencia de la ilicitud de la conducta que lo ocasiona y con respecto a la antijuridicidad, concebida como conducta contraria al orden jurídico, manifiesta DE LORENZO, Miguel Federico, que resulta desaconsejable en cuanto no suministra un parámetro adecuado para la solución de innumerables conflictos de intereses que se suscitan a partir de conductas no prohibidas o ajustadas al ejercicio de un derecho y en aras de lograr una teoría dinámica y funcional del ilícito, se ven forzados a dilatar a tal punto la noción, que en definitiva se hace coincidir con valoraciones axiológicas y metajurídicas que terminan por disolverla en un sistema de resultados valorativos ex post facto. P. 22.

3 ECHEVESTI, Carlos. El lenguaje y la ciencia jurídica del daño. En: La responsabilidad. (Homenaje al profesor Dr. Isidoro Goldenberg). Abeledo Perrot. Buenos Aires.



aplicación fue de manera incorrecta, porque los autores para referirse al nexo de causalidad (desde el punto de vista natural) y a la responsabilidad luego de analizar el nexo de causalidad, utilizaron el siguiente binomio: causa natural y causa jurídica; causalidad jurídica y causalidad física; Imputación objetiva e imputación subjetiva; imputabilidad física e imputabilidad jurídica; imputación material e imputación psicológica; causa física y causa jurídica; causalidad de hecho y causalidad jurídica; imputabilidad material e imputabilidad moral; imputación fáctica e imputación jurídica. Sólo resta realizar dos observaciones. La primera: Se hace referencia a factores de atribución, pero ningún autor se ha dado a la tarea de explicar de dónde y por qué sale el concepto de criterio de atribución.<sup>4</sup> Yo le llamaría imputación. La segunda: Los autores Argentinos VÁSQUEZ FERREYRA, BUSTAMANTE ALSINA y TRIGO REPRESAS-LÓPEZ MESA, le agregan la antijuridicidad, en cambio los Españoles DIEZ PICAZO-GULLÓN, YZQUIERDO TOLSADA y REGLERO CAMPOS, la eliminan.

Tercer punto de caos. No obstante, de acuerdo a lo anotado en el párrafo anterior, haber definido que los elementos que estructuran el derecho de daños son el hecho (acción u omisión); el daño; la relación de causalidad y los factores de atribución, para depurar y eliminar los conceptos que son ajenos, la doctrina y la jurisprudencia, considero, de manera inapropiada se refieren a la relación de causalidad y con respecto a la culpa, la ubican en el lugar equivocado. Si la relación de causalidad es entendida como el nexo que une el hecho (acción u omisión) con el resultado (daño) desde el punto de vista fenomenológico, deviene inapropiado desde todo punto de vista afirmar que el nexo de causalidad se interrumpe, se quiebra o se ve interferido por una causa extraña (fuerza mayor - caso fortuito, hecho exclusivo de la víctima o hecho exclusivo de tercero), porque perteneciendo la causalidad al mundo de la naturaleza o del ser, el daño acaecido, seguirá vigente teniendo por causa la acción o la omisión del autor. Verbigracia: Si se atropella a un peatón y muere, el nexo causal jamás desaparece, ni se interrumpe ni se quiebra, porque la causa seguirá siendo la misma. Se puede concluir: La causa extraña nunca rompe el nexo de causalidad.

Otro punto concerniente al nexo de causalidad es que su determinación se realiza a través de valoraciones y para ello, se recurrió al derecho penal y hallar en esta disciplina, un sinnúmero de teorías tales como: Teoría de la conditio sine

4 En la reciente obra de TRIGO REPRESAS, Félix y LÓPEZ MESA, Marcelo, se hace un recuento de la historia de los factores de atribución, referido al origen, evolución y crisis de la culpa y a la aparición del riesgo, pero no al origen, evolución y estado actual del concepto imputación en derecho y concretamente en el derecho de daños. Tomo I. P. 637-642.

quanon; causalidad adecuada; de la causa próxima; de la adecuación; causa eficiente; causa determinante, etc. se requería de esta manera entrar a una teoría individualizadora para distinguirla de la teoría de la equivalencia de las condiciones y de esa manera no hacer responsables a todas las personas que de una u otra manera hubiesen puesto una mínima condición para la producción del resultado.

La causalidad hace parte de lo ontológico, del ser y de las ciencias naturales, por tanto se sale de lo axiológico, del deber ser y del mundo normativo. De recurrir a cualquiera de las teorías individualizadoras del nexo de causalidad, sería entrar en valoraciones y de esa manera, ya la causalidad no resulta un elemento de lo ontológico, del ser y de la naturaleza, sino del mundo axiológico y normativo, lo que conlleva a una seria y abierta contradicción lógica y de principio, porque sólo lo normativo admite juicios de valor. ¿Qué es lo que permite entonces, determinar el nexo de causalidad? Afirmo, la teoría de la equivalencia de las condiciones. Si desde pretérita época, se partió de la teoría de la equivalencia de las condiciones, para posteriormente tomar del derecho penal teorías individualizadoras, ahora puede afirmarse que el derecho penal, en cuanto al nexo de causalidad, comenzó su regreso a la teoría de la equivalencia de las condiciones y ese mismo regreso es el destino en la responsabilidad civil.

Con respecto a la culpa, con la inclusión de los criterios de atribución, ésta sale de la baraja de los elementos de la responsabilidad civil y por ende, también, como fundamento, para hacer parte de la baraja de los criterios de imputación.

## PROPUESTA

Resulta imprescindible el tema de la imputación en la responsabilidad civil y para ello habrá que hacer un análisis serio, desde sus orígenes con Aristóteles, hasta nuestros días. La imputación y no la causalidad, permite que a determinada persona se le pueda atribuir a título de responsable, determinado resultado (daño) producto de su acción u omisión y por tanto, habrá que separarla del nexo de causalidad. No obstante existir nexo de causalidad, puede no llegarse a la responsabilidad, porque puede faltar el nexo de imputación.

La imputación está dada por el juicio que se realiza desde el punto de vista axiológico-normativo, a través de criterios establecidos previamente, bien por creación legal, ora por creación jurisprudencial. Estos criterios son la culpa y el dolo, ambos de carácter subjetivo y de carácter objetivo: el riesgo,<sup>5</sup> equi-

5 En el mundo contemporáneo, el riesgo ha tomado un vuelo vertiginoso, a tal punto que a la sociedad moderna se le llama “sociedad del riesgo”. Si en 1897 JOSSERAND y SALEYLLES mostraron que no úni-

dad, garantía, solidaridad, daño especial, falla del servicio y los demás títulos de imputación en la responsabilidad del estado. En un análisis posterior, nada descabellado resulta que lo que se conoce en la actualidad como fuentes de la responsabilidad civil, esto es: hecho propio, hecho ajeno, hecho de las cosas y la actividad peligrosa, también engrosen la lista de los criterios de imputación. En este último sentido, GIOVANNA VISINTINI, MARIANO YZQUIERDO TOLSADA y LUÍS DÍEZ-PICAZO, ubican las llamadas fuentes de la responsabilidad civil, en los criterios de imputación.

Con una muy buena ubicada teoría de la imputación, la mera causalidad no es suficiente para determinar la responsabilidad, porque hace falta algo más y es la imputación. Lo anterior conlleva que el nexo de causalidad se determine a través de la teoría de la equivalencia de las condiciones y todo aquél que contribuyó con una condición, puede decirse que entró en la esfera del nexo de causalidad del resultado (daño), pero sólo son responsables, aquéllos a quienes se les pueda imputar. Se convierte la imputación en filtro de la causalidad. Verbigracia: en la construcción de un vehículo automotor, unos fabrican las llantas, otros los vidrios, otros las sillas, otros lo ensamblan, otros lo comercializan etc. En esta cadena, todos contribuyeron con una condición y por tanto existe nexo de causalidad, si se atropella a una persona y muere, pero no todos son responsables, porque no a todos se les puede imputar el resultado, existe sí nexo causal, pero no nexo de imputación. Sólo son responsables, el conductor y la empresa transportadora, en caso de que el vehículo estuviese afiliado a esa empresa, porque sólo ellos ejercían una actividad riesgosa, ésta como criterio de imputación.

Utilizando la teoría de la equivalencia de las condiciones, se evitan las valoraciones propias de una teoría de la imputación y por tanto, la causalidad permanece en su estanco natural y así se evita la antitécnica alusión a las siguientes divisiones: causa natural y causa jurídica; causalidad jurídica y causalidad física; Imputación objetiva e imputación subjetiva; imputabilidad física e imputabilidad jurídica; imputación material e imputación psicológica; causa física y causa jurídica; causalidad de hecho y causalidad jurídica; imputabilidad material e imputabilidad moral; imputación fáctica e imputación jurídica. Las anteriores divisiones

---

camente se responde por actuar culposamente, sino que también se responde por crear o lucrarse en ejercicio de una actividad riesgosa, hoy, cobra más vigencia el riesgo como criterio de imputación. En este tema, el grupo de investigación de posgrados de la Universidad Autónoma Latinoamericana, área de responsabilidad civil, adelanta investigación acerca del riesgo, como línea de investigación y de cuyo grupo, hace parte quien elabora este artículo.

son utilizadas por distintos autores para referirse al nexo de causalidad y a lo que técnicamente se denomina imputación.

En la exoneración de responsabilidad, no tiene cabida la llamada ruptura del nexo causal. La causa del daño permanece incólume, porque al hacer parte de las ciencias naturales, del ser y de la ontología, no admite juicios de valor. Ejemplo: si un vehículo atropella a una persona y ésta muere, ya está muerta y la causa de la muerte seguirá siendo el atropellamiento, pase lo que pase jurídicamente. La exoneración de responsabilidad se centra en la imputación o no del resultado. Por eso se dijo que puede existir nexo de causalidad, sin que exista nexo de imputación, lo que conlleva a la no responsabilidad. En el momento de determinar si el conductor del vehículo es responsable o no, luego de pasar por el tamiz del nexo de causalidad, se analiza si el resultado le es imputable a él, porque en caso de no serlo, verbigracia, porque el peatón se lanzó al paso del vehículo, se afirma que el resultado le es imputable a la víctima o si fue un tercero que lo lanzó al paso del vehículo, se afirma que el resultado le es imputable a ese tercero o si el resultado se produce por fuerza mayor o caso fortuito, a nadie se le imputa. En los ejemplos anteriores, para nada interfirió el nexo de causalidad, éste continuó incólume y la exoneración de responsabilidad se hizo desde la no imputación.

Las anteriores propuestas conllevan, en concreto a: A). Que se depure la teoría del derecho de daños de conceptos que ninguna utilidad reportan. B). Que se recurra a la imputación como criterio propio de las ciencias sociales y por ende del mundo normativo para concretar responsabilidades. C). Aceptar que el daño es el fundamento del derecho de daños y no la culpa. D). La culpa sale de los elementos del derecho de daños y se ubica como criterio de imputación, al igual que las llamadas fuentes de responsabilidad civil. E). Para determinar el nexo de causalidad no se hace a través de teorías individualizadoras tales como la causalidad adecuada o causa eficiente etc., sino que recobra vigencia la teoría de la equivalencia de las condiciones y todo aquél que colocó una condición, entra en la esfera del nexo de causalidad y se evita de esa manera entrar en juicios de valor, propios de las ciencias sociales y no de las ciencias naturales. F). El nexo de causalidad se conserva en su estanque natural, sin que quepa referirse al rompimiento del nexo causal a través de causa extraña (fuerza mayor-caso fortuito; hecho exclusivo de la víctima; hecho exclusivo de tercero) para exonerarse responsabilidad. G). No obstante que todas las personas que contribuyeron con una condición entran en la esfera del nexo de causalidad, su responsabilidad se determina con la imputación, lo que sirve de filtro para que a quienes no se les

pueda imputar el resultado, se exoneren de responsabilidad por la no imputación y no antitécnicamente a través del rompimiento del nexo de causalidad. H). Todo lo anterior tiene aplicación en la esfera contractual y extracontractual.

Queda abierta la discusión.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ALEXANDRI, RODRÍGUEZ, Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil. Tomo I. Imprenta universal. Santiago de Chile. 1987.

ALTERINI, Atilio Aníbal. Responsabilidad civil. (Límites de la reparación civil). Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1974.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Novena ed. Buenos Aires. 1997.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. El perfil de la responsabilidad civil al finalizar el siglo XX. En: Responsabilidad por daños en el tercer milenio (Homenaje al profesor Dr. Atilio Aníbal Alterini). Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1997.

CARBONNIER, JEAN. Derecho civil. Tomo II. Vol. III. Bosch. Barcelona. 1971.

COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henry. Curso elemental de derecho civil. Tomo III. Madrid. Reus. 1924.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. Tratado de responsabilidad civil. Civitas. Madrid. 1993.

DE LORENZO, Miguel Federico. El daño injusto en la responsabilidad. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1996.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luís. Derecho de daños. Civitas. Madrid. 1999.

DIEZ-PICAZO, Luís. GULLÓN, Antonio. Sistema de derecho civil. Vol. II. Tecnos. 4º edición. 1983.

ECHEVESTI, Carlos. El lenguaje y la ciencia jurídica del daño. En: La responsabilidad. (Homenaje al profesor Dr. Isidoro Goldenberg. Abeledo-Perrot. Buenos Aires.

GHERSI, Carlos Alberto. Teoría general de la reparación de daños. Astrea. Buenos Aires. 2003.

GESUALDI, Dora Mariana. De la antijuridicidad a las causas de justificación. En: Responsabilidad por daños en el tercer milenio (Homenaje al profesor Dr. Atilio Aníbal Alterini). Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1997.

JOSSERAND, Louis. Derecho civil. Tomo II. Vol. I. Bosch. Buenos Aires. 1950.

LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones. Tomo I. Editorial revista de derecho privado. Madrid. 1959.

LÓPEZ CABANA, Roberto. Ilícitud. En: Responsabilidad por daños en el tercer milenio (Homenaje al profesor Dr. Atilio Aníbal Alterini). Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1997

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. Responsabilidad civil extracontractual. 10° edición. Temis. Bogotá. 1998.

MAZEAUD, Henry y León. TUNC, André. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual. Tomo I. Vol. I. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1961.

MELICH ORSINI, José. La responsabilidad civil por hechos ilícitos. Tomo I. Serie Estudios Caracas. 1995.

MOISET DE ESPANÉS, Luís. El acto ilícito y la responsabilidad civil. En: La responsabilidad.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. Responsabilidad por daños. (Parte general). Tomo I. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. 2004. (Homenaje al profesor Dr. Isidoro Goldenberg. Abeledo-Perrot. Buenos Aires.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen general de las obligaciones Reimpresión cuarta edición. Temis. Bogotá. 1.987.

PEIRANO FACIO, Jorge. Responsabilidad extracontractual. Temis. Bogotá. 1981.

PARRELLADA, Carlos Alberto. Daños en la actividad judicial e informática desde la responsabilidad profesional. Astrea. Buenos Aires. 1990.

REGLERO CAMPOS, Fernando. Conceptos generales y elementos de delimitación. En: Tratado de responsabilidad civil. Parte general. Aranzadi. 2002.

SANTOS BRIZ, Jaime. La responsabilidad civil. Vol. I. Montecorvo. Madrid. 1993.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad civil. Tomo I. Temis. Bogotá. 1999.

TRIGO REPRESAS, Félix. LÓPEZ MESA, Marcelo. Tratado de la responsabilidad civil (El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica). Tomo I. La Ley. 2004.

VÁSQUEZ FERREIRA, Roberto. Responsabilidad por daños. (Elementos). Depalma. Buenos Aires. 1993.

VALENCIA ZEA, Arturo. ORTIZ MONSALVE, Álvaro. Derecho Civil (De las obligaciones). Novena edición. Tomo III. Temis. Bogotá. 1998.

VISINTINNI, Giovanna. Tratado de la responsabilidad civil. Tomo II. Astrea. Buenos Aires. 1999.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual. Dykinson. Madrid. 2001.

# **MODIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL EN LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS**

**Sergio Yepes Restrepo<sup>1</sup>**

## **CONTENIDO:**

Responsabilidad del Estado y de sus funcionarios

Posición anterior del Consejo de Estado

La nueva posición adoptada

Posición nuestra

En pronunciamientos de agosto 25 del 2005 la Sección Tercera del Consejo de Estado, modificó la interpretación que se tenía en torno a la vinculación de los funcionarios públicos mediante el llamamiento en garantía, lo cual amerita el análisis de este tópico específico de la responsabilidad contencioso administrativa.

Procederemos entonces, a abordar este aspecto, partiendo de la reglamentación de la responsabilidad estatal y de los funcionarios, y haciendo referencia a la jurisprudencia anterior para llegar a la nueva posición, tomando como ejemplo la responsabilidad por fallas en el servicio de salud donde cobra gran importancia el tema.

## **I. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE SUS FUNCIONARIOS**

El artículo 90 de la Constitución Nacional indica que el Estado responderá patrimonialmente por el daño antijurídico que le sea imputable por la acción u omisión de las autoridades públicas, consagrando con ello un régimen general de responsabilidad administrativa. La misma norma señala a continuación, que en el evento de ser condenado el Estado a la indemnización de un daño que haya sido

---

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana, Máster en Derecho y Economía de Seguros, Universidad Católica de Lovaina, Autor de “La Responsabilidad Civil Médica” y miembro del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado.



causado por la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente del Estado, deberá repetirse contra este.

La ley 678 de agosto 3 del 2001 reglamentó el establecimiento de la responsabilidad patrimonial de los agentes estatales mediante la acción de repetición o el llamamiento en garantía con fines de repetición, consagrando diversas normas sustantivas y procesales para realizar tales mecanismos. Según la citada ley, la acción de repetición se puede ejercer en contra del servidor público luego de un proceso en el que el Estado hubiese resultado condenado a indemnizar como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de este. La citada ley igualmente consagra la posibilidad de formular llamamiento en garantía al servidor público dentro del mismo proceso, lo cual se hace al momento de contestarse la demanda por parte de la entidad pública.

Por su parte el Decreto 1214 de 2000 indica que las entidades públicas deben contar con un comité de conciliación el cual debe realizar el estudio previo para determinar la procedencia de la acción de repetición.

En la figura procesal del llamamiento en garantía señala la ley que este no podrá formularse si la entidad pública al contestar la demanda propuso excepciones fundamentadas en una causa extraña, esto es, culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, fuerza mayor o caso fortuito.<sup>2</sup>

Es precisamente este aspecto el que motivó la modificación jurisprudencial ya que siempre se consideró que tal norma no impedía la formulación del llamamiento en garantía en consideración a que la economía procesal imponía que en el mismo proceso se resolviera la pretensión del demandante contra el Estado y la de este último contra el funcionario público.

Antes de referirnos a ambas posiciones jurisprudenciales, conviene resaltar el espíritu y motivación de la ley 678 del 2001 que propende por la protección del patrimonio público. En términos de la Corte Constitucional *“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*

2 Colombia. Art. 19: “Dentro de los procesos de responsabilidad en contra del Estado relativos a controversias contractuales, reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad pública directamente perjudicada o el Ministerio Público podrán solicitar el llamamiento en garantía del agente frente al que aparezca prueba sumaria de su responsabilidad al haber actuado con dolo o culpa grave, para que en el mismo proceso se decida la responsabilidad de la administración y del funcionario. PARÁGRAFO. La entidad pública no podrá llamar en garantía al agente si dentro de la contestación de la demanda propuso excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero o fuerza mayor”.

*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”.*<sup>3</sup>

El asunto estriba precisamente en establecer cuando existe dolo o culpa grave del servidor público, consideración jurídica que puede diferir según el tipo de cargo que se desempeñe y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se realizó u omitió la conducta por el funcionario. Sobre este aspecto, se ha acudido a mecanismos, desde la definición de culpa grave del código civil y la calificación del reglamento del servicio, hasta la enumeración que trae la misma ley 678 del 2001 que por tratarse de presunciones resulta discutible y además incompleta.

## II. POSICIÓN ANTERIOR DEL CONSEJO DE ESTADO

Desde la expedición de la Ley 678 del 2001 el Consejo de Estado cuestionó el sentido del parágrafo de su artículo 19 con argumentos muy respetables de carácter procesal, en diversos pronunciamientos a raíz de recursos de apelación interpuestos contra autos que admitían o rechazaban un llamamiento en garantía formulado por una entidad pública a un funcionario.

La posición que venía sosteniendo el Consejo de Estado a raíz de la expedición de la Ley 678 de 2001, fue fijada en diversos autos de los cuales uno de agosto del 2002 señalaba lo siguiente:

*“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 absolutoria 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 que, como es apenas obvio, no basta con formularlos sino que deben estar debida-*

3 Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-832 de agosto 8 de 2001, Exp. D-3388, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

*mente 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 de su dolo o culpa grave”.*<sup>4</sup>

### III. LA NUEVA POSICIÓN ADOPTADA

Aunque temporalmente es anterior a la expedición de la ley 678 del 2001, existe un importante pronunciamiento del Consejo de Estado que hace referencia al abuso del derecho de acción en la formulación del llamamiento en garantía a los servidores públicos:

*“Ahora bien, la Sala considera que el Estado debe hacer un uso serio y razonado 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 entablaron, 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.*

*Además, a efecto 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.*

*Tal comportamiento procesal no constituye ninguna “temeridad” como lo estima la apoderada de la Nación – Rama Judicial, cuando dice que llama a la fiscal N.A.S., pero que no se “atreve” a calificar su conducta como dolosa o gravemente culposa en el proceso penal que se siguió al actor, por cuanto para esto, dice, está el procedimiento ante “esa jurisdicción”. Tal apreciación no se comparte, porque si el Estado no tiene ninguna prueba, “ninguna sospecha” de que su agente actuó con dolo o culpa grave, no debe llamarlo en garantía, pues carece de interés para tal efecto. Ese comportamiento no es serio, ni razonable, ni justo sería que se someta al funcionario a toda la carga económica y psicológica*

4 Colombia. Consejo de Estado, Auto de agosto 2 de 2002, Exp. 22.179.

*que tiene un proceso judicial, si de entrada el estado mismo dice que no tiene motivo para formular el llamamiento y que durante el trámite se descubrirá si hubo dolo o culpa grave en la conducta del servidor”.*<sup>1</sup>

A raíz de una acción de inconstitucionalidad contra varios artículos de la Ley 678 del 2001, entre ellos el párrafo tantas veces citado del artículo 19, la Corte Constitucional profirió una sentencia declarando exequible dicha norma. Precisamente el pronunciamiento de la Corte Constitucional dio lugar a que el Consejo de Estado modificara también su interpretación sobre la norma mencionada.

Señaló en la sentencia la Corte Constitucional que “en lo que se relaciona con el párrafo del artículo 19 de la citada Ley 678 de 2001, que le impide a la entidad demandada llamar en garantía cuando promueve en su defensa la ocurrencia de una de las causales eximentes de responsabilidad, considera la Sala que dicha limitación resulta apenas lógica, del todo coherente y consecuente con el proceder de la administración, pues en los eventos en que ésta excusa su responsabilidad en la culpa exclusiva de la víctima, el hecho de un tercero y la fuerza mayor o el caso fortuito, la estrategia de defensa se dirige a demostrar que la responsabilidad total del daño que se ha ocasionado es imputable a un sujeto distinto de sus agentes o a un fenómeno extraordinario; de forma tal que de llegarse a demostrar en el proceso uno de esos hechos, el Estado no sería condenado y no se vería conminado al pago de la indemnización, quedando también liberada la potencial responsabilidad del agente.

En efecto, según lo tiene estatuido la jurisprudencia constitucional y contenciosa, uno de los presupuestos o requisito *sine qua non* para que surja la responsabilidad patrimonial de la administración, es la existencia de una relación de causalidad material entre el daño antijurídico y la acción u omisión de la entidad pública; por lo que una consecuencia natural y obvia de la ausencia de dicha relación causal, es la imposibilidad jurídica de imputar al Estado y a sus agentes la realización del daño y, por contera, el reconocimiento de una reparación o indemnización a favor de la víctima o perjudicado. Esta previsión no se presta a equívocos en aquellos casos en que el origen del daño sea entonces un acontecimiento ajeno y extraño al ámbito de influencia de la entidad pública, tal como ocurre cuando el fenómeno tiene total ocurrencia por causa del sujeto lesionado, por el hecho de un tercero, o por un caso fortuito o de fuerza mayor.

---

1 Colombia. Consejo de Estado, Auto de 9 de julio de 1998, Exp. 14480, M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

Por eso, se insiste, resulta del todo razonable que la norma acusada impida llamar en garantía a la entidad pública, cuando en la contestación de la demanda aquella haya propuesto las excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor. Cabe aclarar que, el hecho de no haberse podido llamar en garantía en estos casos, no libera de responsabilidad al agente en el evento de no lograrse acreditar en el proceso la ocurrencia de la causal eximente de responsabilidad invocada, y de haberse demostrado que la condena es producto de su conducta dolosa o gravemente culposa. En estos casos, por virtud disposición expresa del inciso 2° del artículo 90 Superior y demás normas legales concordante, el Estado se encuentra en la obligación de repetir contra el servidor público a través de la acción civil de repetición a la que se ha hecho expresa referencia.

No obstante lo anterior, la lógica con que se descarta el llamamiento en garantía en los casos en que se propone alguna causal eximente de responsabilidad, no resulta tan evidente si lo que se presenta es el fenómeno jurídico de la concurrencia de culpas, es decir, cuando la lesión no es el resultado de un hecho unívoco y desconocido para la administración, sino que, por oposición a ello, se presenta como consecuencia de un conjunto de causas autónomas, que han ocurrido en forma sistemática y armónica y que son atribuibles a distintos sujetos o fenómenos naturales. De acuerdo con la doctrina especializada, la concurrencia de culpas tiene lugar en dos supuestos: (i) cuando las distintas circunstancias causales influyen en forma decisiva en la ocurrencia de la lesión, hasta el punto que sin la presencia de una de ellas no se hubiere dado el resultado; (ii) y cuando existiendo un concurso de causas, una de ellas alcanza la influencia necesaria y definitiva para la ocurrencia del daño, en tanto que la intervención de la otra es en realidad marginal, reposando la verdadera causa de la lesión en la primera.

En estas hipótesis, en cuanto no se está en presencia de una causal eximente de responsabilidad, nada se opone para que la administración pueda acudir al llamamiento en garantía contra el agente en el porcentaje que considera le es imputable en la ocurrencia del daño. Contrario a la consideración de la demanda, esta interpretación en manera alguna conlleva a plantear una posible inconstitucionalidad del precepto en cuestión, ya que de acuerdo a su tenor literal, la imposibilidad de la administración de llamar en garantía solamente aplica *¿si dentro de la contestación de la demanda propuso excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor?*, con lo cual la norma está dejando

a salvo la posibilidad de recurrir a ese mecanismo de repetición cuando el Estado considere que se ha presentado el fenómeno de la concurrencia de culpas”.<sup>2</sup>

El Consejo de Estado partiendo de la anterior sentencia señaló lo siguiente en autos de agosto 25 de 2002:

*“Bajo este pronunciamiento con efectos de cosa juzgada erga omnes y cuya ratio decidendi está constituida precisamente por el pronunciamiento en el sentido de que no es posible dentro del juicio de responsabilidad llamar en garantía al funcionario o ex funcionario cuando el demandado ha alegado una causa extraña como generadora del daño, se concluye la existencia de un nuevo requisito para la procedencia del llamamiento en garantía en los términos del parágrafo del artículo 19 de la ley 678, que es la no alegación de causal eximente de responsabilidad derivada de causa extraña, cuando esta se presenta como única causante del daño porque no se descarta la eventualidad de su concurrencia con la actuación dolosa o gravemente culposa del funcionario o ex funcionario de la administración, caso en el cual resulta perfectamente viable el llamamiento.*

*Debe la Sala recoger la posición adoptada en el auto de 8 de agosto de 2002, expediente 22.179 que había considerado que como sólo de la prosperidad de la pretensión principal se analizará la relación existente entre el llamante y el llamado, la figura procesal podía utilizarse, aún si se hubiesen propuesto excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor, pues no se podía desconocer el derecho sustancial que tiene una persona a llamar a otra en garantía, en virtud del derecho legal o contractual existente entre las partes, pues la estrategia de defensa que utilice el demandado al alegar eximentes de responsabilidad, no podía limitar el derecho que tiene de que en el mismo proceso, de resultar condenado, se resuelva la segunda relación procesal, nacida del referido llamamiento.*

*Y en su lugar, adoptar el criterio señalado por la Corte Constitucional en la sentencia de constitucionalidad C-965 de 2003, que en síntesis, considera que la limitación contenida en el parágrafo del artículo 19 de la ley 678 de 2001, es apenas lógica, coherente y consecuente con el proceder de la administración”.*<sup>3</sup>

Agregó el Consejo de Estado en los mencionados autos que “Frente a esta nueva posición, la Sala considera importante precisar sobre el llamamiento en garantía del funcionario o ex funcionario del estado, los siguientes aspectos:

2 Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-965 de 21 de octubre de 2003, Exp. D-4539, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

3 Colombia. Consejo de Estado, Autos de 25 de agosto de 2005, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, Radicados 27570 y 28211.

i. En conformidad con lo dispuesto por el artículo 57 del C. de P. Civil, el llamamiento en garantía del funcionario o ex funcionario solo podrá hacerse a quien por disposición legal o contractual esté obligado a ayudar al demandado a soportar la carga que se le pueda imponer en la sentencia, relación sustancial que frente al funcionario o ex funcionario del Estado tiene su origen directamente en el inciso 2 del artículo 90 superior.

ii. En tratándose del llamamiento en garantía del servidor o ex servidor que causó el hecho generador del daño por el cual se demanda al Estado en busca de indemnización, la disposición que permite vincularlo al proceso, la ley 678 en el inciso 2 del artículo 2 y en el artículo 19 ídem, normas que con fundamento en el inciso 2 del artículo 90 de la Carta Política, parten del supuesto de la antijuridicidad de la conducta del llamado en el grado de culpa grave o dolo.

iii. El llamamiento en garantía del servidor o ex servidor a cuyo cargo estuvo la actuación causante del daño que da lugar al adelantamiento de un proceso en ejercicio de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y contractual, debe cumplir con el requisito de la acusación concreta determinada y fundada que la entidad estatal demandada formule contra el llamado, de haber actuado con dolo o culpa grave, explicando en el escrito de llamamiento cuales son los motivos que conducen a la creencia seria de una actuación con tal grado de antijuridicidad.

iv. No se compadece con la seriedad que debe imprimirse a las actuaciones procesales, en especial cuando ellas conducen a la vinculación al proceso de quien debe costear los costos de una defensa larga y dispendiosa, las afirmaciones en la respuesta a la demanda que den cuenta de la correcta actuación del funcionario a cuyo cargo estuvo el hecho generador del daño, con la formulación a continuación de llamamiento en garantía del mismo funcionario al que la administración delantadamente ha exonerado de cualquier culpa, cuando se insiste, el llamamiento sólo procede bajo la acusación de la existencia de una actuación dolosa o gravemente culposa.

v. La administración no puede limitarse a formular el llamamiento en contra del funcionario o ex funcionario, cuando ni siquiera puede acusarlo de haber actuado con dolo o culpa grave.

vi. El llamamiento en garantía no podrá formularse cuando la administración haya alegado en su defensa, como exclusiva, la causa extraña como generadora del daño".<sup>4</sup>

4 Colombia. Consejo de Estado, Autos de 25 de agosto de 2005, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, Radicados 27570 y 28211

#### IV. POSICIÓN NUESTRA

En los pronunciamientos del Consejo de Estado a los cuales se hizo referencia se revocó con el primero de ellos un auto que admitiera el llamamiento en garantía en contra de un profesional de la Medicina a raíz de la prestación de un servicio médico y mediante el segundo se confirmó el rechazo de un llamamiento en el caso de funcionario miembro de la Policía Nacional.

Es importante señalar que los hospitales públicos cuentan con la infraestructura y el conocimiento científico suficiente para decidir si formulan un llamamiento en garantía a un profesional de la salud, y lo mismo sucede en otros servicios de la administración frente a la conducta de los agentes del Estado, por lo cual perfectamente pueden hacer el estudio previo para tomar tal determinación.

Si bien los argumentos de carácter procesal sobre economía e intervención de terceros resultan acertados y respetables, consideramos que el sentido de la Ley 678 del 2001 es que se formule llamamiento en garantía en aquellos casos en que verdaderamente exista dolo o culpa grave del funcionario para que este responda con su patrimonio.

La misma Jurisprudencia contencioso administrativa ha señalado que el llamamiento en garantía es facultativo, razón por la cual quien esté legitimado para utilizar dicho mecanismo procesal debe analizar previamente el caso para decidir si formula el llamamiento.

Lo anterior también genera economía procesal debido a que los procesos se extienden más cuando se formula, admite y notifica un llamamiento en garantía. De otro lado y aunque la formulación del llamamiento en garantía sea un acto procesal de petición revérsica, no debemos olvidar que no puede abusarse del ejercicio de los derechos entre los cuales se encuentra el derecho de acción.

Finalmente, nada obsta para que la entidad pública instaure la acción de repetición al finalizar el proceso si resultare condenada por dolo culpa grave del funcionario al cual no llamó en garantía.

Aunque la posición del Consejo de Estado pareciera dificultar la defensa de las entidades públicas, bien podrían estas proponer sus argumentos defensivos de tal manera que no contraríen la norma citada. De resto consideramos que ahora se evitará la innecesaria vinculación a muchos procesos de funcionarios públicos que no han incurrido en dolo ni en culpa grave. Por el contrario cuando así hubieren actuado, será procedente bien sea el llamamiento en garantía o la acción de repetición tal como lo contempla el ordenamiento jurídico.





# RESPONSABILIDAD MÉDICA Y HOSPITALARIA EN EL DERECHO PÚBLICO

**Enrique Gil Botero<sup>1</sup>**

En el campo de la responsabilidad administrativa, el tema relativo a los daños causados por las entidades oficiales encargadas de los servicios de la salud ha sido controversial en el tratamiento que le ha dado la jurisprudencia del Consejo de Estado. Sin embargo, se han trazado algunos criterios que orientan la solución de los casos concretos. Al margen de los diversos aspectos que confluyen en el tema de la responsabilidad médica en el campo del derecho público, sin lugar a dudas el que constituye el vértice de la gran discusión doctrinaria y jurisprudencial es el de la carga de la prueba de la falla del servicio, tema que igualmente presenta las mismas dificultades en el derecho civil.

Previo a la presentación descriptiva de esta problemática, y al manejo que a la misma le ha dado la jurisprudencia del Consejo de Estado, es menester señalar que el asunto de la responsabilidad médica que bien puede ser contractual o extracontractual, y no empecé a que por regla general este tipo de responsabilidad es de naturaleza contractual, el Consejo de Estado siempre le ha dado un tratamiento de responsabilidad extracontractual, así pacíficamente lo ha hecho en el juzgamiento en los casos sometidos a su estudio, no obstante en sentencia del 11 de abril de 2002, expediente N° 13.227, se refirió expresamente al punto señalando:

*“Si bien en derecho comparado se debate sobre la naturaleza de la responsabilidad civil de los médicos y de los establecimientos del Estado que prestan servicios de salud, la jurisprudencia de la corporación tradicionalmente la ha manejado en el campo de la responsabilidad extracontractual”.*

Posición que recoge el pensamiento doctrinario en la materia que para tal efecto ha catalogado a los pacientes de hospitales públicos como usuarios de un

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad de Antioquia, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Pontificia Bolivariana, Conjuez de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Arbitro de la Cámara de Comercio de Medellín, Autor del libro “Temas de Responsabilidad Extracontractual del Estado” y miembro fundador del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado.

servicio estatal, relación extraña al contrato y la diferencia además de quien es usuario de una clínica privada que en principio se enmarca como una relación contractual. Se acudió también al artículo 49 de la Constitución Nacional que señala: *“la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado”*, e igualmente, a los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el tema (sentencias C-559/92 y C-665/2000) donde se enfatizó que la atención en salud es un servicio público a cargo del Estado y que el anormal funcionamiento de la atención hospitalaria genera responsabilidad de carácter extracontractual. De allí que si asumido por el Estado el servicio público de la salud y en desarrollo del mismo se causa un daño a un administrado, debe éste repararlo independientemente de que exista o no un contrato previo, con fundamento además en la cláusula general de responsabilidad de la administración pública, art. 90 de la Constitución Política.

Hecha esta precisión, se tiene que la jurisprudencia del Consejo de Estado de manera pacífica hasta el año 1990 venía manejando los asuntos de responsabilidad médica y hospitalaria bajo el esquema tradicional de la falla probada del servicio, y en sentencia del 24 de octubre de ese año, en el expediente N° 5902, abordó el tema desde otra óptica en el manejo conceptual, aunque el asunto del caso concreto lo resolvió como falla del servicio, pero dejó las bases de una sólida argumentación en puntos cruciales del tema específico, cuando se aduce que su intención es mostrar *“el estado de la cuestión”, para despertar algún interés en que se continúe su estudio”* por la doctrina y la jurisprudencia.

Se trató de una demanda instaurada por los daños ocasionados a una mujer de 41 años de edad, a quien se le hizo una tubectomía pomeroy o bilateral, para tal efecto se le colocó anestesia raquídea, al día siguiente presentó dolor intenso en los miembros inferiores con adormecimiento de la región inguinal hacia abajo, finalmente quedó con parálisis de los miembros inferiores, con incontinencia de esfínteres de carácter permanente, el diagnóstico final fue de arcnoiditis a nivel lumbar.

Se destacaron en esta sentencia varios aspectos que bien vale la pena resaltar:

El concepto de falla del servicio y el criterio de identificación de la obligación administrativa, señalando como los doctrinantes han ampliado el marco de la misma aún más allá de los casos en que la ley o el reglamento la consagra expresa y claramente, para aquellos eventos en que de hecho la administración asume un servicio o lo organiza, o cuando la actividad ejecutada está implícita en la función que el Estado debe cumplir.

Se indicó como para la Sala los elementos axiológicos de la responsabilidad por falla del servicio son: a) un servicio que funcionó mal, no funcionó o lo hizo tardíamente; b) un perjuicio; y c) una relación de causalidad entre a y b.

Se preguntó: ¿cuál es la carga probatoria que le corresponde al perjudicado con una falla del servicio?

No debe olvidarse que en el esquema tradicional, hasta ese momento, la prueba de los tres elementos axiológicos de la responsabilidad por falla del servicio le correspondía al actor, bajo el concepto de carga de la prueba. Y en este punto la sentencia señala que por tal no se está significando quien debe probar cada hecho, en el sentido de que si ese quién no cumplió con el deber sufrirá con la consecuencia desfavorable de su falta, sino que la expresión carga de la prueba señala sólo a quien tiene **interés jurídico** en que resulte demostrado un hecho. Y a partir de esta consideración se elabora toda una construcción que busca darle flexibilidad al artículo 177 del C. P. C. en cuanto a lo preceptuado: *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*. De allí que se pregunte hasta donde y que límite tiene esa carga y la sentencia señala:

*“Lo que sí es cierto es que el primer interesado en demostrar que su conducta fue diligente y cuidadosa debe ser la administración, pues un servicio debe prestarse en la forma prescrita por las leyes o los reglamentos y si ocurre que no se prestó o se prestó inoportunamente, la primera inferencia lógica del juzgador será que el funcionamiento anormal se debió, en principio, a culpa, es decir a negligencia o descuido de la administración. Esta, entonces, tendrá la carga (entendida en el anotado sentido de interés) de demostrar que su conducta se ajustó a la obligación genérica de proteger a los administrados en su vida, honra y bienes (art. 16 de la Carta) y a la específica que le señalen los reglamentos”*.

Precisó la sentencia que el artículo 1604 del C. C. es igualmente aplicable a la responsabilidad extracontractual *“La prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearla; la prueba del caso fortuito al que lo alega”*. Y señala que la responsabilidad contractual o extracontractual se funda por regla general en la culpa. Y no es que se desconozca ese elemento en la responsabilidad médica en la administración pública, sino que al tiempo que se reconoce la necesidad de su presencia se acepta que su prueba resulta del daño y de su carácter antijurídico, quedándole a la administración la posibilidad de demostrar que no actuó culpablemente; y para sacar avante tal aserto se fundamenta en los artículos 1757 del

C. C. y 177 del C. P. C.. Al deudor – administración – entonces, de acuerdo con la distribución de dichas cargas que hacen las normas citadas, le corresponde demostrar la extinción de la obligación por su pago o por algunos de los modos reconocidos por la ley para producirla (art. 1625 del C. C.) o bien porque intervino algún hecho que rompió la causalidad entre el daño y el hecho.

Señaló categóricamente que el artículo 1604 del C. C. debe aplicarse, como además lo ha sostenido la Honorable Corte Suprema de Justicia, tanto en el campo de la responsabilidad contractual como extracontractual, citando para tal efecto sentencias del 26 de junio de 1924, 19 de noviembre de 1927, 2 de febrero de 1932, etc.

Finalmente, la sentencia de manera precisa estableció la diferencia desde el punto de vista probatorio entre la responsabilidad estatal por falla del servicio y por falla presunta, señalando que en la primera el perjudicado deberá demostrar que existía un servicio que debía prestarse y no se prestó o se prestó mal, y que por ello se causó un daño; **en cambio en la segunda basta la prueba del daño ocasionado con un instrumento que pertenecía al servicio o que de alguna manera estaba bajo su control.**

La aclaración de voto a la sentencia, suscrita por el Consejero Carlos Gustavo Arrieta Padilla, estima que las consideraciones hechas en el fallo tienen un fundamento de derecho privado y que ello no debía ser así en virtud del principio de la desigualdad que gobierna las relaciones Estado-particular contrario a la igualdad que debe gobernar las relaciones privadas o particulares, pero en esencia en lo que concierne a la prueba de la culpa y la carga de la misma señala:

*“La culpa, entonces, se presume por principio cuando no se presentan los resultados que por ley correspondía a la entidad pública demandada tratar de producir. Y si la obligación de esta última era tratar de realizar sus mejores esfuerzos, emplear de la manera más eficiente posible sus recursos, y utilizar unos y otros para la prestación de un óptimo servicio, pues entonces el lógico corolario será que, **ante una alegada falta deba la administración demostrar que ella no existió o que ocurrió por circunstancias incontrolables...***

**...EN CONSECUENCIA, AL DEMANDANTE NO TIENE POR QUÉ EXIGÍRSELE COMPROBAR O NO LA CULPA DE LA ADMINISTRACIÓN, PUES ANTE EL HECHO CAUSAL Y SU RELACIÓN CON EL SERVICIO, ÉSTA SE PRESUMIRÁ, Y CORRESPONDERÁ AL ESTADO DEMOSTRAR SU INEXISTENCIA, O LA PRESENCIA DE CAUSALES EXONERATIVAS DE RESPONSABILIDAD”.**

Como se viene de indicar, la responsabilidad de la administración en casos de responsabilidad médica, se manejaba bajo el esquema de la culpa o falla probada, y a partir del 30 de julio de 1992, en sentencia N° 6897, se empezó abiertamente a presentar la tesis de la presunción de falla del servicio, o lo que es lo mismo la inversión de la carga de la prueba, pese a que, igualmente como en la sentencia del 24 de octubre de 1990, expediente N° 5902, el caso concreto también se resolvió por falla probada del servicio, sin embargo, se elaboraron las reflexiones generales y los fundamentos mismos para justificar la inversión de la carga del aprueba, esto es, la presunción de la falla presunta de manera general en el campo médico quirúrgico bajo el supuesto dado por la experiencia de que las intervenciones médicas o quirúrgicas por su naturaleza, exclusividad, privacidad, etc., constituyen barreras infranqueables para el paciente y que son los médicos o especialistas quienes como conocedores de la ciencia médica pueden encontrarse en mejores condiciones para dar una explicación acerca de lo acontecido, se acudió también al fundamento de la facilidad probatoria de las partes, es decir, a la aplicación del principio denominado como cargas dinámicas de la prueba. En síntesis, la dificultad probatoria en el esquema de la falla probada originaba graves injusticias como quiera que colocara a las víctimas ante una prueba diabólica o ante un imposible de prueba en lo que concernía a la acreditación de la culpa o de la falla del servicio como uno de los elementos axiológicos de la responsabilidad.

La teoría de la falla presunta o inversión de la carga de la prueba, se originó como respuesta a tales injusticias y además, podría decirse, a la constatación de un dato objetivo que es la relación de inferioridad del paciente respecto al médico y al hecho indiscutible de quien conoce la ciencia médica y puede dar una descripción y explicación de la misma, y de sus deberes, es el profesional de la salud y no el paciente o los terceros legos en la materia. Para llegar a este punto, la jurisprudencia del Consejo de Estado evolucionó así:

1. Se dejó de lado el criterio de la falta o falla grave, y se mitigó por el concepto de falta o falla simple, aspecto que se ventiló en la sentencia del 22 de mayo de 1992, expediente 5988.

Al respecto muy seguramente bajo la influencia del derecho francés se hace referencia a la falta simple. Recuérdese que en el sistema galo, se mantuvo hasta hace poco en principio la distinción entre falta simple y falta burda. Lo cual permitió elaborar las categorías de acto médico y acto de cuidado.

De allí que la falta simple es una categoría jurídica, que resulta de la apreciación que hace el juez sobre la calificación de los hechos, la falta simple para comprometer la responsabilidad requiere de un mal funcionamiento, mala organización del servicio o un acto de cuidado. Los principales tipos de falta simple entre muchos serían:

Errores y deficiencias administrativas

Negligencias

El retardo en la admisión y los cuidados

Relaciones defectuosas entre el personal médico y paramédico.

Incumplimiento de la obligación de información y falta del consentimiento del paciente. Se trata de una obligación deontológica para los médicos. Aplicar un tratamiento sin haber informado al enfermo o a su representante y sin haber recibido su consentimiento constituye en principio una falta. Es un derecho estatutario del paciente y sobre el hecho, además, no se está en presencia de un acto médico stricto sensu

No obedecer el personal paramédico las órdenes del médico

Mala utilización y defectos del material

Falta de vigilancia en pre y post operatorio

Suicidios y fugas de enfermos mentales

Faltas en la administración de cuidados, mala posiciones sobre una mesa de operaciones, quemaduras sufridas por un recién nacido, errores cometidos en suministros o transfusiones de sangre.

Falta burda, obedece a la mala ejecución de los cuidados médicos o quirúrgicos, resulta de un error que un practicante habría evitado si hubiera aplicado normalmente los conocimientos, reglas y técnicas, trasunta o revela negligencia, torpeza, particularmente marcados, entre ellos estarían:

Errores en el diagnóstico, cuando obedecen a la ligereza con el que fue elaborado; la falta no viene del error mismo, sino de las condiciones en las cuales el diagnóstico fue producido: desconocimiento de los síntomas, método inapropiado e inútilmente riesgoso. El código de ética médica impone al médico elaborar el diagnóstico con el mayor cuidado posible.

Mala ejecución terapéutica: sólo cuando se ha desconocido gravemente el diagnóstico o cuando se hace correr al enfermo riesgos innecesarios que ni su estado ni la urgencia podrían justificar, de lo contrario el médico dispone de una libertad profesional amplia que el juez administrativo entiende y respeta.

Faltas en la ejecución del tratamiento o de la operación: oblitio quirúrgica, dosis excesivas de radiación, **retardo injustificado en una operación**, mala vigilancia médica del enfermo.

2. Menor rigor de la prueba de la falla médica, se trató de un evento donde un agente de la policía fue envenenado por un enfermero con una dosis tóxica alta de sulfato de cobre, allí se destacó que no podía pretenderse una verdad matemática o una conclusión no sujeta a error, sentencia del 13 de septiembre de 1991, expediente N° 6253.

3. La falla presunta, que como ya se ha dicho sienta sus bases generales en las sentencias del 30 de julio de 1992 y del 13 de agosto del mismo año, que en esencia, radica en liberar al acreedor de la prueba del elemento culpa o falla del servicio en la actividad médica, trasladando la prueba de la diligencia y cuidado o el cumplimiento de la obligación administrativa a cargo del deudor.

## FUNDAMENTOS DE LA FALLA PRESUNTA

Los fundamentos de la falla presunta, se ha dicho por la doctrina son de contenido procesal y probatorio, como quiera que la obligación médica continúa siendo de medios y no de resultado como se creyó equivocadamente por algunos, al adoptar por vía jurisprudencial el criterio de la inversión de la carga de la prueba del demandante a cabeza del demandado, todo se reduce a que la falla del servicio no debe ser probada por el demandante sino por el demandado. Sobre el aspecto de la inmutabilidad de la obligación de medios en la inversión de la carga de la prueba en los términos descritos, la jurisprudencia así lo ha puntualizado, e igualmente, la doctrina lo señala; la primera dijo en sentencia del 18 de abril de 1994, actor: Gonzalo Antonio Acevedo Franco, ponente Julio César Uribe Acosta:

*“La determinación de la carga de la prueba a cargo de la entidad demandada, en forma alguna desconoce la naturaleza de la obligación de medio que tienen los que ejercen la medicina, ni la torna objetiva...”*



Y la doctrina en palabras del tratadista argentino Roberto Vázquez Ferreyra,<sup>1</sup> e igualmente, el profesor francés Christian Larroumet,<sup>2</sup> convergen en señalar que en forma alguna por el efecto del traslado de ese elemento a una de las partes en la relación procesal se mute la naturaleza de la obligación, como lo destaca elocuentemente el profesor francés: *“Sin embargo en esas situaciones, la obligación no es por tanto transformada en obligación de resultado. Ella permanece como una obligación de medio en razón de que la falta, bien que presumida es una condición de la responsabilidad del deudor”*.

Se han elaborado por la doctrina una serie de reglas para aplicar la falla presunta, entre ellas cabe enunciar sucintamente las siguientes:

1. No se presume la responsabilidad, lo que se presume es la falla del servicio y la entidad se exonera probando la ausencia de la misma o la causa extraña. Destacase que de los tres elementos estructurales de la responsabilidad al actor sólo se le releva de la acreditación de la falla más no de los otros dos, el daño y la relación causal con el hecho desencadenante del perjuicio. Tema que fue tratado en sentencia del 24 de agosto de 1992, expediente 6754, donde además se hicieron precisiones conceptuales de diferenciación entre la presunción de responsabilidad y la precisión de falla del servicio.

2. A la administración le basta acreditar el cumplimiento de la obligación administrativa a su cargo, esto es, la diligencia y cuidado, sin que tenga la carga de acreditar cual fue la causa del daño; con la acreditación del cumplimiento de la obligación enerva la presunción que pesa en su contra y permite que el juez haga una valoración positiva de su conducta. Sentencia del 3 de febrero de 1995, exp. 9142.

De otro lado, resulta claro que la aplicación de la falla presunta debe ser residual, como quiera que en los eventos en que se materialice o se pruebe la falla del servicio, con fundamento en ella se compromete la responsabilidad de la administración, sentencia del 4 de marzo de 1994, expediente 8708.

Se ha explicado la razón de ser de la falla presunta en razón de la posición de las partes respecto a las pruebas y la equidad, se ha dicho igualmente que allí descansa la naturaleza de las presunciones. Y en el campo médico se han desarrollado señalando en primer lugar, la constatación normal y general de mayor facilidad de acceso a la prueba por parte del deudor de la prestación, recuérdese que este fue el fundamento de la sentencia del 30 de julio de 1992 y del 13 de agosto del mismo año, y en segundo lugar, las razones de equidad que fueron sintetizadas

1 La culpa médica, editorial Dike, pág.131.

2 Droit Civil, les obligations, le contrat, T. III, 2<sup>o</sup> Edición, Paris, 1990.

por el tratadista Jairo Parra Quijano al comentar la sentencia del 30 de julio de 1992, en el congreso XVI del instituto Colombiano de derecho procesal:

*“Pues bien, hay otra forma de desigualdad más vedada como es la de imponer la carga de la prueba, a una parte a quien le resulta muy difícil conseguirla hasta el punto que se le exige que realice actividades que lindan con el heroísmo para conseguirla, o las más de las veces, esa noción de carga sirve de celestina para legitimar el triunfo de una parte que administra la astucia a fin de que a la otra le resultara imposible probar un hecho.*

*La verdadera igualdad, en el marco de un proceso y con relación a la carga de la prueba es la que tiene en cuenta en determinados casos, a quien le queda más fácil probar un hecho determinado para que ella la desahogue. Esto fue lo que hizo el Consejo de Estado de Colombia, en la jurisprudencia multicitada”.*<sup>3</sup>

En conclusión, resulta de lo anterior que la falla presunta es una presunción jurisprudencial, o presunción de juez u homini, y constituye un criterio de valoración, más no un medio de prueba, en el derecho americano a dichas presunciones judiciales se les llama “inferencias”, la presunción es un razonamiento que está basado enteramente en la lógica y la experiencia, por ello no se puede confundir con el indicio ya que este sí es un hecho, como lo ilustra el profesor Bermúdez Muñoz, en la publicación citada. La jurisprudencia citando la doctrina, dijo en sentencia del 18 de abril de 1994, expediente 7973:

*“Es por ello que el profesor Jorge Bustamante Alsina, al ocuparse del estudio de la materia, enseña:*

*Este amplio criterio de razonabilidad de que dispone el juez en orden al deber de buena fe con el que deben actuar las partes en el proceso y en relación al mérito probatorio de los elementos arrimados al juicio, permitirán a aquel en el momento de dictar el fallo, **determinar presunciones homini o de culpa contra la parte que observó una conducta pasiva para demostrar su no culpa cuando se hallaba en condiciones más favorables de hacerlo (favor probationes) que el accionante, a su vez para probar la culpa del demandado.** Esta aplicación del concepto de carga probatoria dinámica es de excepción, pero sin duda se compadece con el criterio de equidad en la relación procesal entre las partes (Teoría general de la responsabilidad civil, 8ª Edición, Abeledo Perrot, pág. 497)”.*

El manejo de la presunción de falla, en líneas generales, se aplicó hasta la sentencia del 10 de febrero de 2000, expediente 11878, donde en atención a un redi-

3 Citado por BERMÚDEZ MUÑOZ, Martín, en su artículo: “La prueba de la responsabilidad estatal derivada de la prestación de servicios médicos”, publicado en la Revista del Instituto Colombiano de derecho procesal, V. 2, N° 21 y 22, 1997, pág. 163.

mensionamiento del criterio de cargas probatorias dinámicas señaló que el manejo de la presunción no es automático y que es el juzgador quien en cada caso debe establecer cuál de las partes se encontraba en condiciones más favorables para demostrar cada uno de los hechos relevantes, en relación con la conducta del demandado, esta posición que en la actualidad se mantiene, cuestiona la aplicación generalizada de la presunción de falla del servicio, en efecto en sentencia del 1 de marzo de 2006, expediente N° 16308, se precisó que: ***“corresponderá al demandante probar la falla del servicio, salvo en los eventos en los cuales le resulte excesivamente difícil o prácticamente imposible” hacerlo***. Y se llegó a este estado de cosas, bajo los criterios de que las reglas de las cargas dinámicas no tienen consagración en el derecho colombiano y en consecuencia su aplicación chocaba con el artículo 230 de la Constitución Política y con el artículo 177 del C. P. C. aplicable por remisión general del artículo 267 del C. C. A. y por la norma especial del 168 del mismo estatuto; sin embargo, de manera excepcional y por razones de equidad se podía hacer prevalecer el texto constitucional frente a la ley para darle operancia a la equidad y este sería el basamento jurídico del principio de la carga dinámica de la prueba, pensamiento que además, sea dicho, constituye también uno de los fundamentos de la presunción judicial. En otros términos, la equidad resulta ser el común denominador que permitiría aplicar en el derecho colombiano el principio de la carga dinámica de la prueba, como también la presunción judicial según se viene de exponer.

Posición esta última del Consejo de Estado, que considero regresiva, como quiera que se descontextualizó la aplicación de manera general de la falla presunta en línea de principio, para sustituirla por un criterio de facilidad probatoria, como es el de las cargas probatorias dinámicas que servía de soporte a la misma y que más bien debería ser un criterio de argumentación en favor de la presunción, pero no desplazándola como ha acontecido, contrariando así inclusive el presupuesto inicial de la sentencia de 1990 y de su aclaración de voto, que de forma contundente comprendieron el asunto, como también las del 30 de julio de 1992 y 13 de agosto del mismo año y subsiguientes. Cabe reiterar el pensamiento inicial que invitó a la reflexión de la jurisprudencia y la doctrina, en torno al tema:

Dice la Sentencia:

*“Lo que sí es cierto es que el primer interesado en demostrar que su conducta fue diligente y cuidadosa debe ser la administración, pues un servicio debe prestarse en la forma prescrita por las leyes o los reglamentos y si ocurre que no se prestó o se prestó inoportunamente, la primera inferencia lógica del juzgador será que el funcionamiento anormal se*

debió, en principio, a culpa, es decir a negligencia o descuido de la administración. Esta, entonces, tendrá la carga (entendida en el anotado sentido de interés) de demostrar que su conducta se ajustó a la obligación genérica de proteger a los administrados en su vida, honra y bienes (art. 16 de la Carta) y a la específica que le señalen los reglamentos”.

### Señala la aclaración de voto:

*“La culpa, entonces, se presume por principio cuando no se presentan los resultados que por ley correspondía a la entidad pública demandada tratar de producir. Y si la obligación de esta última era tratar de realizar sus mejores esfuerzos, emplear de la manera más eficiente posible sus recursos, y utilizar unos y otros para la prestación de un óptimo servicio, pues entonces el lógico corolario será que, **ante una alegada falta deba la administración demostrar que ella no existió o que ocurrió por circunstancias incontrolables...***

*...En consecuencia, al demandante no tiene por qué exigírsele comprobar o no la culpa de la administración, pues ante el hecho causal y su relación con el servicio, ésta se presumirá, y corresponderá al Estado demostrar su inexistencia, o la presencia de causales exonerativas de responsabilidad”.*

*De otro lado, los argumentos expuestos en la sentencia de junio y de agosto de 1992, y que fueron el fundamento de la falla presunta por vía general, encuentran cabal respuesta precisamente en la teoría de las cargas probatorias dinámicas y que se desarrolla magistralmente en la compilación dirigida por el profesor Jorge W. Peyrano, titulada “Cargas Probatorias dinámicas”:*

#### **“II, La mejor posición probatoria de una parte, frente a la dificultad probatoria de otra**

*¿Qué implica estar en mejores condiciones de producir la prueba? Pues que el sujeto a quien se atribuye la carga probatoria reviste una posición privilegiada o destacada con relación al material probatorio y de cara a su contraparte. Es decir que, en virtud del rol que desempeña en el hecho generador de la controversia, por estar en posesión de la cosa o instrumento probatorio o por ser el único que “dispone” de la prueba, etcétera, se encuentra en mejor posición para revelar la verdad y su deber de colaboración se acentúa al punto de atribuirle una carga probatoria que, en principio, según las clásicas reglas que mencionamos más arriba, no tenía.*

*Las mejores condiciones de aportar la prueba, se ha sostenido, pueden también fundarse en razones profesionales, técnicas, económicas o jurídicas. Nuestro máximo tribunal nacional expreso que corresponden mayores cargas a quien dispone de mejores posibilidades en razón de la posesión de medios idóneos de prueba, o por tener un conocimiento técnico y haber intervenido en forma directa en el hecho dañoso.*

*En rigor, más que atribuirle la carga probatoria, se le endilgan las consecuencias de la omisión probatoria. A nadie escapa que las reglas de distribución de la carga de la prueba sólo tienen importancia cuando, precisamente no hay prueba”.<sup>4</sup> <sup>5</sup>*

Considero que el sistema de las cargas probatorias dinámicas, resulta dislocado o insuficiente para resolver los asuntos de responsabilidad médica u hospitalaria, como quiera que deja en cabeza del juez la decisión de la distribución de las cargas al momento de decidir el caso concreto, y que puede resultar en una situación de incertidumbre para las partes acerca de lo que debían probar en el proceso, lo que acabaría con el principio mismo de la carga de la prueba que es regla de juicio para el juzgador y regla de conducta para las partes. Mantener la vigencia del principio, es exigirle nuevamente por línea general, al menos desde el punto de vista práctico, al acreedor la prueba de todos los elementos de la responsabilidad a efectos de no verse sorprendido en el momento de la valoración final, lo que sin duda constituiría volver al esquema de la falla probada.

Y es que las tendencias doctrinarias y jurisprudenciales correctoras del procedimiento probatorio común de la culpa en la responsabilidad civil médica, buscan excepcionar la regla general probatoria de la culpa en dicha responsabilidad y darle paso a la presunción general, como quiera que la prueba de la misma ha sido considerada como una **probatio diabólica**. Entre ellas cabe destacar, como lo señala el profesor Calixto Díaz -Regañón García – Alcalá;<sup>6</sup>

La regla *res ipsa loquitur*, La cosa que habla por sí misma; es el nombre dado a una forma de evidencia circunstancial que crea una deducción de negligencia, no es más que una simple presunción judicial de culpa en un supuesto concreto. Procede de los ordenamientos de common law donde cada día tiene mayor aceptación, el demandante solo tiene que probar el daño sufrido quedando a cargo del médico demandado la carga de probar no haber violado aquel; en su esencia indica que los daños producidos no se verifican normalmente si no existe una culpa, el hecho habla por sí como prueba de la culpa. No será necesario demostrar la negligencia del médico o del hospital en el que amputaron al enfermo la pierna

4 ° DEVIS ECHANDÍA, Hernando, afirmaba que: “No se trata de fijar quien debe llevar la prueba, sino quien asume el riesgo de que falte” (Compendio de la prueba judicial, Rubinzal. Culzoni, Santa Fe, 2000, T. I, pág. 211.

5 BARBERIO, Sergio José, Cargas probatorias dinámicas ¿Qué debe probar el que no puede probar?, Editorial Rubinzal Culzoni editores, Argentina, 2004. pág. 101 y 102.

6 DÍAZ -REGAÑÓN GARCÍA – ALCALÁ, Calixto El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica, Editorial Aranzadi S.A., Carlos III - Pamplona 1996.

equivocada o le extirparon un órgano distinto al que debían, o en el que murió un niño como consecuencia de una operación corriente.

La regla *res ipsa loquitur* origina un acortamiento en el recorrido causal, ésta es evidenciable mediante la misma presunción de hecho que va a desencadenar la afirmación de culpa en el demandado, resulta condensada de tal manera que solo con la constatación del daño se deduce por presunción de hecho que en la actuación del demandado confluyen causa y culpa suficiente como para responsabilizarle del suceso. Por ello se ha dicho que se trata de una presunción judicial de culpa reforzada o necesitada de un menor recorrido lógico en el razonamiento del juez, por su casi incontestable contradicción.

La regla *res ipsa loquitur* corresponde a la argumentación de Cicerón en el discurso en defensa de Milón, acusado de tender una emboscada a Clodio: ***“Los hechos que son las pruebas más convincentes, hablan por sí mismos”***: *res ipsa loquitur*, *judices*, *que semper valet plurimum*.

La denominada prueba *prima facie*. El origen de ésta teoría es alemana y ha sido utilizada para la resolución de casos de responsabilidad médica; la cuestión de la prueba *prima facie* parte de los mismos supuestos de las presunciones de culpa médica pero puede afirmarse que no es sino una simple presunción de culpa; no es un mecanismo o figura diferente, es solo otra forma de expresión para llegar a la afirmación de la culpa, por ello hablar de la prueba *prima facie* es hablar de la presunción judicial o viceversa; pues el juez deduce así un hecho incierto (la culpa) de otro cierto (la anomalía que rompe el curso ordinario de las cosas). En cualquier supuesto de daño por intervención médica la culpa sería el hecho a deducir por el juez, mientras que el resultado anormal producido se identificaría con el hecho percibido por el juez.

La teoría francesa de la falta virtual. Aunque no existe unanimidad en cuanto a su identificación con la presunción judicial lo cierto es que frente al resultado totalmente anormal, se traslada el punto de atención a las figuras ya tratadas por su parecido inclusive como presunción de culpa en todo caso en algunos eventos se le suma la presunción de causa, porque cuando el resultado provocado por la intervención médica es dañino e incompatible con las consecuencias de una terapéutica normal se está en presencia de un modo de prueba elíptico conducente de hecho a un sistema de presunción de culpa.

Con la ley Kouchner del 4 de marzo de 2002, introduce de manera parcial el principio de responsabilidad civil sin culpa por ello se ha dicho que:

*“Hasta la expedición de la ley Kouchner el derecho de salud en Francia se fundamentaba en la noción de responsabilidad civil con culpa”.<sup>7</sup>*

El último movimiento corrector de la prueba de la culpa médica en Italia parte de una sentencia innovadora que causó asombro entre los estudiosos, la número 6141 de la Cassazione Civile, de 21 de diciembre de 1978, la cual es considerada unánimemente como la piedra angular de la variación en el esquema probatorio de la culpa médica. Reiterada en sentencia del 16 de noviembre de 1988, y en su esencia apunta a que cuando se trate de intervenciones normales que no exijan la solución de problemas técnicos complejos, o de terapia suficientemente experimentadas donde el logro del resultado es la regla general, el juez puede estimar mediante una presunción simple, que el error que ha provocado el suceso sea *per se* suficiente para establecer la culpa del profesional.

En España, el Tribunal Supremo ha acudido a diversos instrumentos de facilitación de la prueba que tienen en común el de ser presunciones judiciales cualificadas, suavizando los criterios mediante los principios de disponibilidad y facilidad probatoria que han adquirido inclusive rango legal y que se maneja en términos generales como una presunción judicial.<sup>8</sup>

Finalmente, que quede en claro que no se trata de una tendencia objetivadora de la responsabilidad médica administrativa, el sistema sigue siendo de falla del servicio, sólo que se invierte la carga probatoria del elemento falla, quedando éste en cabeza de la administración, quien podrá proveer al juez de elementos suficientes que acrediten simple y llanamente el cumplimiento de los deberes de ley, para que aquél haga así una valoración positiva de su conducta, diluyendo la presunción de falla que en su contra debe pesar.

7 RODAS DUQUE, Fernando. En: Revista Responsabilidad Civil y del Estado, N° 18, mayo de 2005, Medellín, Editorial Librería Jurídica Sánchez Ltda., pág. 24.

8 LUNA YERGA, Álvaro. La prueba de la responsabilidad civil médico – sanitaria – Culpa y causalidad, Editorial Civitas, 1ª Edición, Madrid, 2004.

# ESTADO ACTUAL DE LA JURISPRUDENCIA EN RELACIÓN CON LOS PERJUICIOS INMATERIALES

**Andrés Orión Álvarez Pérez<sup>1</sup> &  
Pascual Martínez Rodríguez<sup>2</sup>**

## **CONTENIDO:**

Consideraciones generales  
Daño moral  
Independencia y autonomía del daño moral  
Perjuicio fisiológico  
Daño a la vida de relación  
Desarrollo jurisprudencial de los perjuicios inmateriales  
Sala civil de la Corte Suprema de Justicia  
Transmisibilidad de los perjuicios morales  
Sección Tercera del Consejo de Estado  
Cuadro comparativo

El presente trabajo, es la preparación o introducción a un estudio que la Dirección del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado viene adelantando, acerca de la evolución jurisprudencial de los perjuicios inmateriales o extrapatrimoniales, advirtiendo que no nos ocuparemos de la discusión acerca de su denominación, bien inmateriales o bien extrapatrimoniales, se pretende hacer un análisis comparativo de la Jurisprudencia a partir del año 2003, tanto

1 Abogado Universidad de Medellín. Presidente y miembro fundador del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, Director de la Revista “Responsabilidad Civil y del Estado”, Especialización en Derecho Público. Universidad Externado de Colombia. Catedrático.

2 Abogado Universidad de Medellín, Egresado Especialización en Responsabilidad Civil y Seguros. Universidad Eafit.



de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, como de la Sección Tercera del Consejo de Estado, tanto en relación con los perjuicios morales, como con los llamados perjuicios fisiológicos o daño a la vida de relación, sus orígenes, precedentes, avances, modificaciones, cambio de pautas, parámetros para su tasación, evolución y naturalmente su cuantificación.

Este trabajo se acompañará y complementará con una investigación que el IARCE coordina con los estudiantes de la Especialización en Responsabilidad Civil de la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín, y se sustentará además con la doctrina más destacada en el tema, para lo cual debemos desde ahora reconocer su excelente y valioso aporte al tema propuesto, en particular a los docentes, investigadores y tratadistas, Doctores Enrique Gil Botero, Obdulio Velásquez Posada, Gilberto Martínez Rave, Javier Tamayo Jaramillo, Jorge Mosset Iturraspe (Argentino), Felipe Navia Arroyo, Carlos Fernández Sessarego (Peruano), y desde la Judicatura a los Doctores Alier Hernández Enríquez y Ricardo Hoyos Duque, entre otros, conscientes de que se han quedado muchos por fuera, pero advirtiendo que los citados se han dedicado con disciplina y sumo interés al impredecible, incalculable y trascendental tema de los perjuicios inmateriales, unos como miembros del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil, y otros cercanos amigos y vinculados en Encuentros Internacionales, seminarios y naturalmente mediante nuestra revista.

Entrando en materia, podemos decir que los perjuicios inmateriales son aquellos quebrantamientos a bienes que no tienen un contenido económico o no son susceptibles de una valoración patrimonial en términos precisos y objetivos, pero que al ser bienes jurídicos, deben ser protegidos por el ordenamiento y una vez se encuentre que existe un menoscabo en la facultad de ejercerlos plenamente, deben ser indemnizados. Dentro de este tipo de perjuicios la doctrina tanto nacional como extranjera ha incluido entre otros, para referirse a los daños inmateriales, los llamados daños a la integridad física, estéticos, biológicos, al honor, al buen nombre, sexuales, perjuicio al agrado, daño al proyecto de vida, perjuicio al goce de vivir, alteración en las condiciones de existencia, daño sicofísico, a los placeres de la vida y a la serenidad familiar; sin embargo la Jurisprudencia colom-

biana permanentemente se refiere sólo al daño moral,<sup>3</sup> daño fisiológico<sup>4</sup> o daño a la vida de relación.<sup>5</sup>

Una vez planteada la aproximada definición de aquellos perjuicios, pasaremos a introducirnos en el campo de su desarrollo tanto doctrinal como jurisprudencial, iniciando por algunos aspectos generales, luego precisando los conceptos de daño moral, fisiológico o a la vida de relación, pasando por un análisis de los precedentes tanto en la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia como en la Sección Tercera del Consejo de Estado, y por último enunciaremos un cuadro comparativo de recientes decisiones sobre el tema en estas altas cortes.

## CONSIDERACIONES GENERALES

La mayor polémica en torno al reconocimiento de los perjuicios inmateriales surge de la dificultad de aportar una prueba sobre la existencia y la medida de su cuantificación, ya que al tratarse de afecciones que consisten en sufrimientos y padecimientos propios del fuero interno del individuo, se torna complicada su demostración, sin embargo, puede decirse que dicha dificultad no lo hace imposible, incluso algún sector de la doctrina, como Adriano de Cupis,<sup>6</sup> considera que

- 3 La primera vez que nuestra jurisprudencia reconoce y ordena indemnizar el daño moral, es en el llamado fallo Villaveces, de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia el 21 de julio de 1922, cuyo Magistrado Ponente fue el doctor Tancredo Nannetti, en esta ocasión, se ordenó construir un monumento como reconocimiento a la memoria de la esposa muerta, pues los restos de ésta habían sido exhumados sin autorización del demandante.
- 4 Posteriormente, a través de Sentencia del 14 de febrero de 1992, Magistrado Ponente Carlos Betancur Jaramillo, la Sección Tercera del Consejo de Estado en el caso de Mariana Barazutti Chiapolino, reconoce la existencia del perjuicio fisiológico como un nuevo daño inmaterial; aunque anteriormente el Tribunal Superior de Antioquia había hecho valiosos aportes en este sentido. Cabe precisar que el avance definitivo se hizo por medio de Sentencia del Consejo de Estado del 6 de mayo de 1993, Magistrado Ponente Julio César Uribe Acosta, en dónde se le reconoció autonomía a este perjuicio frente al daño moral, a pesar de ello, dicho reconocimiento resultó contradictorio en tanto que otorgó una suma de dinero a una persona lisiada para que sufragara el costo de una silla de ruedas necesaria para su movilización, cubriendo de esta forma una manifestación del daño emergente (valor de la silla), sin incluir el concepto de perjuicio fisiológico definido.
- 5 Durante varios años el Consejo de Estado se cuestionó la verdadera procedencia o adecuación del término “Perjuicio Fisiológico”, así en una aclaración de voto en Sentencia 12499 del 13 de junio de 1997, el Magistrado Ricardo Hoyos Duque menciona: “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.)”; explicándose posteriormente por la misma Corporación que dicha denominación de fisiológico se debe a una infortunada traducción de una sentencia de la Corte de Casación Francesa; finalmente y sólo a partir del 19 de julio de 2000, la jurisprudencia colombiana cambia la concepción de perjuicio fisiológico, con la Sentencia 11842 del Consejo de Estado, la cual modificó la denominación, contenido y alcance que del mismo se traía, comenzando a llamarlo “daño a la vida de relación”.
- 6 DE CUPIS, Adriano. *El Daño*, pág. 764.

*“a veces es evidente la existencia del daño consistente en el dolor moral. Y además que el daño no patrimonial no se agota en el dolor, ya que en su más amplia acepción, como lesión de un interés personal no patrimonial, está íntimamente ligado a la violación del derecho de la personalidad en forma y manera tal que la prueba de su violación contiene en sí la prueba de su existencia”*, igualmente el doctor Juan Carlos Henao<sup>7</sup> menciona *“que basta que el juez tenga la convicción de que la víctima padeció una aflicción o una tristeza, producida por el hecho dañino, para que la indemnización proceda”*.

En atención a ello es que encontramos que la indemnización por daños inmateriales apunta a un fin satisfactorio o compensatorio y no resarcitorio o reparatorio como ocurre en el caso de los perjuicios materiales, y no por esto puede decirse que se esté incursionando en el campo de la seguridad social, ni de la solidaridad, y sobrepasando el de la responsabilidad civil que tiene como fin reparar o dejar indemne el patrimonio del perjudicado.<sup>8</sup>

Así lo han entendido nuestros jueces, a quienes discrecionalmente les corresponde efectuar dichos reconocimientos, por ello extractamos un aparte de una Sentencia del 20 de abril de 2005, expediente 15.247, Consejo de Estado, con ponencia de la magistrada Ruth Stella Correa Palacio, en donde se expresó:

*“En relación con el perjuicio moral ha reiterado la Sala que la indemnización que se reconoce a quienes sufran un daño antijurídico tiene una función básicamente satisfactoria y no reparatoria del daño causado y que los medios de prueba que para el efecto se alleguen al proceso pueden demostrar su existencia pero no una medida patrimonial exacta frente al dolor, por lo tanto, corresponde al juez tasar discrecionalmente la cuantía de su reparación, teniendo en cuenta la gravedad del daño causado al demandante. La magnitud del dolor puede ser apreciada por sus manifestaciones externas y por esto se admite para su demostración cualquier tipo de prueba”*.

7 HENAO, Juan Carlos. *El Daño*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pág. 244.

8 *Ibidem*. págs. 230 y 231: “Se ha considerado, en efecto, teniendo en cuenta la célebre frase que enuncia que “las lágrimas no se monedean”, que indemnizar un perjuicio que de por sí no tiene una naturaleza económica es desbordar el campo de la responsabilidad civil que busca dejar patrimonialmente indemne a la víctima. Si tal es el objeto de la indemnización civil, no se puede concebir cómo se pueda dejar indemne del dolor, de una desfiguración física, de un estado mental inestable, etc. A pesar de que la doctrina reseñada sea entendible, no se aceptan sin embargo los fundamentos en que se sustenta. En efecto, la indemnización que se decreta con el otorgamiento de una suma de dinero frente a un daño moral, por ejemplo, no busca el pago de las lágrimas ni del dolor producido por el hecho dañino. Las lágrimas verdaderas están naturalmente fuera del comercio; el dolor es imposible medirlo con patrones objetivos, por ser en esencia subjetivo. Sin embargo, si ubicamos dicha indemnización desde el ámbito de la compensación y no de la restitución del bien afectado, aquella se defiende en plano conceptual”.

No obstante la validez de los anteriores argumentos, los cuales compartimos, hoy día es posible acudir a interesantes teorías en relación con la valoración del daño a la persona y/o a la vida de relación, como por ejemplo aquella doctrina que examina las cuestiones jurídicas en la perspectiva del “*Análisis Económico del Derecho*”, en donde el operador jurídico acude al estudio de los efectos económicos que puedan producir las normas e instituciones jurídicas; en este aspecto, debe señalarse el hecho de que en la experiencia norteamericana, es éticamente aceptable asignar un valor económico a la persona, y a otros bienes jurídicos personales, lo cual se obtiene acudiendo a diferentes índices, que son el resultado de precisos cálculos de tipo estadístico y que por lo tanto son ampliamente confiables pudiendo ser objeto de verificaciones científicas, sin incursionar en el específico tema del daño material y sus manifestaciones de daño emergente y lucro cesante consolidado y futuro.

Una vez abordados los aspectos generales que fundamentan la existencia de este tipo de daños, haremos mención a los perjuicios inmateriales que nuestros pronunciamientos jurisprudenciales suelen reconocer.

## DAÑO MORAL

En principio, con este nombre se le llamaba a todo daño que no fuera de tipo material o patrimonial. Actualmente existen rezagos de esta concepción tanto en la legislación, como en algún sector de la doctrina y la jurisprudencia, pues es común que cuando identifican un perjuicio inmaterial que no encuadre en las denominaciones usadas, simplemente se opta por llamarlo *daño moral*, ejemplo de ello, es la Sentencia 14.970 del 05 de mayo de 2005, Magistrado Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez, en donde a pesar de reconocerse que existe una vulneración al buen nombre y honra de los demandantes, el Consejo de Estado opta por encuadrarlo dentro de los perjuicios morales, veamos:

*“En estas circunstancias, es claro que la diligencia realizada por las autoridades causó un gran revuelo entre los residentes del barrio Villa Rosa de Bucaramanga quienes vieron cómo la residencia de una de sus vecinas era allanada por la policía judicial. Esta situación, sin lugar a dudas, **afectó el buen nombre y honra de los demandantes**, pues las reglas de la experiencia enseñan que dichos operativos únicamente se realizan en los lugares en los que se ha cometido un delito o en los que se oculta un delincuente.*

*De acuerdo con lo anterior, es posible afirmar que el operativo realizado generó un manto de dudas sobre la reputación de la familia de la señora Bautista, afectándolos*

*moralmente. Es claro que toda persona le produce desagrado ser catalogado como delincuente y el hecho de que su honestidad sea puesta en duda causa una aflicción que merece ser reparada.*

*Así las cosas, los demandantes se vieron afectados en su buen nombre cuando las autoridades, sin cumplir los requisitos para ello, realizaron una diligencia de allanamiento en su residencia. (...)*

***Por lo anterior, la Sala considera que se debe condenar a la entidad demandada al pago de los perjuicios morales ocasionados a los residentes de la vivienda”.***

Darle el ropaje de daño moral a un perjuicio que no es tal, acarrea en últimas confusiones que perjudicarán a las partes, pues de un lado, pueda ser que se causen conjuntamente ambos tipos de perjuicios y que a la víctima solo se le resarza uno de ellos, como ocurría antes de que se reconocieran los perjuicios fisiológicos,<sup>1</sup> de otro parte, sería acudir a técnicas y parámetros propios del daño moral para resarcir otro perjuicio que puede tener una diferente forma de reparación, tal vez más exacta, efectiva y benéfica para el causante del daño, como puede ser que, de acuerdo al caso antes mencionado, se le ordenara a los demandados efectuar publicaciones que tengan por fin recuperar o restablecer el buen nombre de los perjudicados. Si se trata de reparar o dejar indemne a la víctima, o al menos en la situación más parecida al momento antes de ocurrir el daño, para el citado caso era más conveniente condenar al victimario a una obligación de hacer como la citada, lo cual efectivamente conduciría al restablecimiento de su buen nombre y prestigio, por el contrario, si se recurre al parámetro establecido para compensar el daño moral, la entrega de sumas de dinero, seguramente éstas no irían a la recuperación de su buena imagen, sino que sería una mera compensación por una, tal vez supuesta, afectación de sus sentimientos, tristeza o congoja.

## **INDEPENDENCIA Y AUTONOMÍA DEL DAÑO MORAL**

<sup>1</sup> En este sentido es importante acudir a los apuntes que el doctor TAMAYO JARAMILLO, Javier, hace en su Tratado de Responsabilidad Civil, así: “Podría argumentarse que en casos similares ya la víctima fue indemnizada, cuando recibió la reparación de los perjuicios morales subjetivos o de los perjuicios materiales, y que en tal virtud se estaría cobrando doble indemnización por un mismo daño. Sin embargo, tal apreciación es inexacta. (...) Repetimos: la indemnización por perjuicios morales subjetivos repara la insatisfacción 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 de hacer cosas, independientemente de que éstas tengan rendimiento pecuniario”.

Actualmente, podemos decir que el daño moral es un perjuicio específico dentro de los inmateriales o extrapatrimoniales, discusión en la que consideramos no es útil incurrir en este ensayo, que cuenta con una autonomía e independencia de otros de su género e incluso que puede ser reconocido sin necesidad de que exista un perjuicio material.

En Sentencia ya citada, Expediente 14.970 del 05 de mayo de 2005, Magistrado Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez, el Consejo de Estado expresó: *“En relación con los perjuicios materiales, la Sala considera que, en el expediente, no obra prueba que demuestre que los mismos se causaron. (...) Por lo anterior, la Sala considera que únicamente es procedente la condena a la entidad demandada por el pago de los daños morales causados a los demandantes”*. En sentido contrario, véase Sentencia del 26 de octubre de 2005, de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente Edgardo Villamil Portilla, *“... al desestimarse el reconocimiento de perjuicios materiales, por no encontrarse demostrado el desmedro económico en quien lo pretende, el de los morales solicitados se excluye y queda implícitamente decidido, pues aquellos sirven de premisa ineludible para estos.”*

Una vez precisados los anteriores aspectos del daño moral, podemos decir que éste se refiere al íntimo sufrimiento o dolor que padece el individuo y que por lo tanto lesiona su integridad psicológica y espiritual, aunque puede ocurrir que dicho padecimiento se torne permanente y/o patológico, afectando aspectos psíquicos que no se refieren simplemente a los sentimientos o relaciones afectivas, en este caso estaríamos en la órbita de otro tipo de perjuicio como el daño a la vida de relación.

## **PERJUICIO FISIOLÓGICO**

En general, se puede afirmar que el perjuicio fisiológico es aquel que sufre la víctima directa en virtud de un hecho ilícito o dañoso, y que consiste esencialmente en las limitaciones para realizar algunas actividades que hacen más placentera y grata la vida del individuo, afecta directamente su desarrollo funcional y el desenvolvimiento psicosocial, como perder la capacidad psicomotriz impidiendo la práctica de algún deporte, o no poder caminar por sí mismo; en otras palabras, el perjuicio fisiológico consiste en los cambios que inciden de manera negativa en las condiciones de existencia de la víctima; pero este tipo de perjuicio puede tener otras consecuencias de tipo patrimonial negativas que constituyen perjuicios económicos que deben ser indemnizados y son diferentes de los fisiológicos, y están constituidos por los gastos que la lesión causa en la víctima o las ganancias que este ha dejado de percibir, tal es el caso de la silla de

ruedas que se deba adquirir, gastos de transporte, hospitalarios y demás. Este tipo de perjuicio se encuentra en desuso, especialmente en el Consejo de Estado, quien lo ha desechado, al avanzar a una concepción más amplia como es el **daño a la vida de relación**, el cual pasamos a ver.

## DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN

Contrario a lo que sucede con el perjuicio fisiológico, el daño a la vida de relación se reconoce tanto a víctimas directas como a terceros o víctimas indirectas, y encuentra su fuente en la lesión tanto de la integridad sicofísica (salud física o mental) como de cualquier otro bien de la personalidad, considerados como aquellos que integran el patrimonio estrictamente personal del ser humano, carentes por regla general de valor pecuniario, la mayoría de los cuales constituyen derechos fundamentales; en otras palabras, estos bienes son los atributos que conforman la propia esencia del individuo y con los que despliega su potencialidad como ser revestido de dignidad, así, el uso, goce y disfrute de estos derechos constituyen el presupuesto indispensable para el desarrollo del hombre, afectando los actos cotidianos, placenteros y externos de su vida, así como la interacción con las cosas mundanas.

Al igual de lo que sucedía inicialmente con el daño moral, el Consejo de Estado ha convertido este perjuicio en un género el cual puede abarcar una infinidad de diferentes perjuicios que son independientes, por ser producto de la violación a otros bienes jurídicos, como la reputación (honor), la vida, la intimidad, la identidad (nombre), la libertad, el núcleo familiar, entre otros.

Acudiendo al derecho comparado, el amplio concepto de daño a la vida de relación usado por la jurisprudencia colombiana, se asemeja al perjuicio definido por la jurisprudencia francesa como “*prejudice d’agrément*”, el cual se entiende como la disminución de los placeres de la vida causados por la imposibilidad o la dificultad de entregarse a ciertas actividades normales o de placer, otras denominaciones que ha tenido en Francia son “*Perjuicio de placer*” y “*Daño por alteración de las condiciones de existencia*”; en Italia también se conocen los conceptos de “*daño de relación*” y de “*daño biológico*”, sin embargo la doctrina italiana aplica éste último, sólo al campo de las lesiones personales; en el derecho anglosajón, se conoce como “*loss of the amenity of life*”, concepto bajo el cual se indemniza la pérdida o disminución de la capacidad de la víctima para hacer las cosas que normalmente hacía y para disfrutar de la vida en términos generales.

## **DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LOS PERJUICIOS INMATERIALES**

Dada la importancia que revisten los perjuicios inmateriales para las víctimas, para el sector asegurador, para los jueces y en general para los victimarios, es importante abordar el tema en cuanto al reconocimiento, valoración y cuantificación, desde el punto de vista de la jurisprudencia colombiana, de un lado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, de otro, la Sección Tercera del Consejo de Estado, siendo apropiado indicar que esta Corporación ha avanzado con mayor proyección en el desarrollo, reconocimiento y cuantificación de los perjuicios inmateriales y particularmente del daño a la vida de relación, más incipiente en la jurisdicción civil.

Sobre este particular debemos llamar la atención respecto de un fenómeno especial que se viene presentando, el cual se aparta de la experiencia en nuestro país, en el sentido de que son las altas Cortes las que orientan, inspiran y “autorizan” a los juzgados o tribunales al reconocimiento de dichos perjuicios, pero se viene observando que para el caso del daño a la vida de relación, en la jurisdicción civil el avance, desarrollo, reconocimiento y cuantificación lo vienen realizando y liderando los jueces de primera y segunda instancia, es decir, nos apartamos de la costumbre que respeta y atiende los parámetros del superior, y por el contrario sin contar con antecedentes jurisprudenciales de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, los jueces han comenzado a reconocer la autonomía del daño a la vida de relación con respecto al perjuicio moral.

### **SALA CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

Considera la Corte como beneficiarios de perjuicios inmateriales a los padres, hijos, hermanos, abuelos, cónyuges, compañeros permanentes y excepcionalmente a las personas que demuestren haber padecido un gran dolor o tristeza a consecuencia del daño sufrido bien por el pariente cercano, bien por el amigo.

Como se mencionó, la Sala Civil no suele reconocer daños a la vida de relación, éste perjuicio ha sido desarrollo exclusivo del Consejo de Estado, y como se advertía de algunos jueces civiles; se limita la Corte al reconocimiento de perjuicios morales, para lo cual cabe indicar que al efectuar la tasación de estos no toma en cuenta parámetros que permitan darle cierta actualización permanente a las sumas de dinero como es el hecho de condenar en gramos oro o salarios mínimos, simplemente establece unos topes no obligatorios y que no son disposición reglamentaria, sino precedentes judiciales, los cuales son actualizados mediante



modificaciones periódicas, reconociendo en cierta medida la pérdida del poder adquisitivo, sin apoyo o fundamento económico o financiero alguno.

En 1937, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 95 del Código Penal de 1936,<sup>2</sup> se fijó el primero de los límites para estos perjuicios en una cuantía de dos mil pesos; ya para 1974, en sentencia del 27 de septiembre, con ponencia del Magistrado Germán Giraldo Zuluaga, la Sala de Casación Civil abandonó dicho tope, considerando que la limitación dada por el Código Penal sólo era aplicable para aquellos eventos de reconocimientos del daño moral producto de un delito, de este modo acogió la tesis según la cual dicho precepto estaba dirigido a los jueces penales, y no a los de otras jurisdicciones, así es como dispuso la máxima suma a reconocer por ese rubro en treinta mil pesos, y que sería aplicable “*para mitigar o satisfacer un perjuicio de aquella naturaleza padecido en su mayor intensidad*”; en adelante, en sentencia del 4 de agosto de 1981 fijó como suma máxima cien mil pesos, el 2 de julio de 1987 fijó en quinientos mil pesos, de ahí a un millón de pesos en la Sentencia 168 del 8 de mayo de 1990, aumentó el reconocimiento a cuatro millones en la Sentencia 71 del 30 de mayo de 1994 y se elevó a diez millones mediante la Sentencia 12 del 5 de mayo de 1999, reafirmada en la Sentencia del 17 de agosto de 2001, exp. 6492, posteriormente llega a quince millones de pesos, tal como consta en Sentencia del 7 de septiembre de 2001, exp. 6171.

Actualmente, y considerando que la manifestación más severa de los perjuicios morales en el individuo es la muerte de un ser querido, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha comenzado a otorgar como máximo reconocimiento por este hecho la suma de VEINTE MILLONES DE PESOS, (\$20.000.000), así en sentencia del 30 de junio de 2005, Magistrado Ponente Jaime Alberto Arrubla Paucar, liquida los perjuicios morales de una adolescente por la muerte de su madre de la siguiente manera:

*“En relación con los **perjuicios morales** subjetivos que “por este lamentable suceso” tasó el a-quo en \$12.000.000.00, debe decirse que dicho monto debe ser incrementado, pues en el caso, la connatural aflicción que sufre una persona por la pérdida de un ser querido, como es apenas comprensible, adquiere mayores dimensiones por las particulares condiciones de la demandante, sobre quien, no hay que olvidar, contaba con algo más de dieciséis años al producirse el accidente en el que falleció su mamá, es decir, se encontraba en plena adolescencia al verse privada de un importante miembro de su núcleo familiar,*

2 Colombia. El Artículo 95 de dicho Código disponía: “Cuando no fuere fácil o posible evaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido hasta dos mil pesos”.

*en circunstancias por lo demás traumáticas, y en un momento en que ella misma debía afrontar la discapacidad corporal que le sobrevino por causa del mismo suceso, situación en la que la ausencia física, la pérdida del afecto maternal, la orientación, consejo, y sobre todo el apoyo de su progenitora, en tan difíciles circunstancias, y en las venideras, por lo irreversible de su propia condición, permiten entender que su desaparición afectara con mayor intensidad sus sentimientos, y que su pérdida le resultara y resulte más dolorosa y perturbadora, de ahí que la condena por el apuntado concepto, que como se sabe no compensa ese dolor y constituye apenas una medida de relativa satisfacción de él, deba incrementarse a veinte millones de pesos (\$20.000.000), cuyo pago correrá por cuenta entonces de los demandados”.*

No obstante en reciente sentencia del 18 de octubre de 2005, expediente 14.491, Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar Cadena, en el caso de una mujer que perdió a su esposo consecuencia de un evento de responsabilidad médica, se condenó a la demandada a la suma de quince millones de pesos por este concepto, siendo importante advertir que según las consideraciones de la Corte, existían unas causales que agravaban la condición de la demandante y por ende la cuantificación de su perjuicio, veamos:

*“Que en el asunto de esta especie resulta particularmente agravado por las condiciones de soledad y desprotección en las que ella quedó; desde luego que la demandante, también persona de edad, estaba recién llegada al país, frecuentaba un muy reducido círculo social y dependía fundamentalmente en lo material y lo afectivo de su cónyuge”.*

A pesar de lo anterior, sin llegar al punto de que se convierta en una descomunal fuente de enriquecimiento de las víctimas, en ocasiones excepcionales se le permite a los jueces de acuerdo a la interpretación del caso en concreto, tener una visión más amplia para liquidar satisfactoriamente a la víctima, dejando pues de lado dichos topes y condenando a sumas superiores a las que se acostumbran, tal es el caso de lo decidido por la Jueza Primera Civil del Circuito de Armenia, Quindío, en sentencia del 9 de marzo de 2006, cuyos hechos se sintetizan en lo siguiente: Un niño de 10 años al izar la bandera Nacional en la Escuela Rural donde estudiaba en un acto cultural, hizo contacto con un cable de alta tensión, generándole como consecuencia quemaduras de tercer grado, con amputación del brazo izquierdo, amputación mano derecha, amputación pierna derecha y amputación de los dedos del pie izquierdo, con múltiples cicatrices, lesiones que le generaron una pérdida de la capacidad laboral del 71.70%, por lo cual se condenó a la Empresa de Energía del Quindío S.A. EDEQ S.A. E.S.P., a las siguientes sumas de dinero: POR CONCEPTO DE PERJUICIOS MORALES: \$100.000.000.00

y POR CONCEPTO DE DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN: \$20.000.000.00; condenas que merecen en particular dos comentarios: En primer lugar, abandona cualquier tope de las altas Cortes en relación con los perjuicios morales, dado que la suma de cien millones de pesos, no tiene antecedente en la jurisprudencia nacional, por dicho concepto y a favor de una sola persona, y en segundo lugar, consideramos que dichos rubros debían ser invertidos, es decir, condenar por perjuicios morales a \$20.000.000 y por daño a la vida de relación a la suma de \$100.000.000, dado que la dramática situación en que quedó el menor truncará de por vida sus expectativas, afectará el goce de vivir, alterará significativamente sus condiciones de existencia y en fin, hará ostensiblemente dramático su desarrollo, crecimiento y expectativas de vida.

Visto el citado ejemplo, es pertinente en relación con la facultad y arbitrio judicial, al momento de apartarse del precedente fijado por las altas Cortes, citar al profesor y tratadista Jorge Mosset Iturraspe,<sup>3</sup> cuando dice que *“La mera prudencia es una virtud excelsa. Lo es también la denominada prudencia de los jueces. Pero a partir del juez creador del Derecho del caso, a contar desde que “el derecho es lo que los jueces dicen que es”, no parece suficiente, como fundamento de una condena, la mera referencia a la prudencia. Es razonable que se le tema a una prudencia desnuda, que aparece sin compañías, escuálida, declarada y sin apoyo”*.

## TRANSMISIBILIDAD DE LOS PERJUICIOS MORALES

Adicionalmente, debemos hacer alusión al fenómeno de la transmisibilidad de los perjuicios morales por causa de muerte, punto discutido por aquellos que al considerar que se trata de un derecho inherente a la personalidad, se encuentra íntimamente ligado al ser mismo, a la existencia del individuo, y que el dolor o la tristeza no se pueden transmitir, así, el único legitimado sería el directamente afectado; sin embargo, la Sala Civil de la Corte, considera que sí es posible reclamar indemnización por el padecimiento, congoja o sufrimiento de otra persona, en tanto que lo que se trasmite es el derecho a reclamarlos y no el perjuicio mismo, vemos pues, como en el caso de la Sentencia del 18 de octubre de 2005, ya referida, el esposo de la demandante permaneció en crítico estado de salud durante un tiempo antes de su fallecimiento, y ante la solicitud de aquellos daños para la masa sucesoral, se encontró que era ajustado a derecho y se reconoció en la suma de ocho millones de pesos que se transmiten como derecho patrimonial a sus herederos, así pues, la Corte menciona:

3 MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños*, Tomo V *El Daño Moral*, 1999, pág. 230.

*“No advierte esta Sala reparo alguno respecto de la posibilidad de transmitir tal derecho, pues “el crédito a la reparación o compensación del daño a la actividad social no patrimonial y el del daño moral propiamente dicho, aceptando su transmisibilidad por no estar excluida ni tratarse de derechos ligados indisolublemente a la persona de su titular originario, no se trasladan a los herederos sino en cuanto el causante alcanzó a adquirirlos, es decir, cuando superviviendo alcanzó a padecer esas afectaciones”.*

## SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO

Esta Corporación también acepta como legitimados para demandar esta clase de daños a los padres, hijos, hermanos, abuelos, cónyuges, compañeros permanentes y excepcionalmente las personas que demuestren haber sufrido un gran dolor, adicionalmente, considera que los padres e hijos de crianza, cuando esté plenamente demostrada esta condición, también serán beneficiarios de los mismos.

En cuanto a los límites que sirven de precedente, a los Tribunales y en adelante a los recién creados Juzgados Administrativos, para la cuantificación de los perjuicios inmateriales, el Consejo de Estado, no ha efectuado tan variadas modificaciones como las de la Corte Suprema de Justicia, ya que, desde 1978 aplicó la fórmula del concepto de gramos oro, para evitar la pérdida del poder adquisitivo, y a partir del 2001, acude a los salarios mínimos mensuales legales vigentes como patrón permanente para dicho reconocimiento.

Desde un principio, esta Corporación se acogió a la tesis expuesta por la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a la aplicación del Artículo 95 del Código Penal de 1936; sin embargo, mediante **Sentencia 1632 del 9 de febrero de 1978**, decide actualizar la suma de dos mil pesos, a mil gramos oro; finalmente, considera que la liquidación de este rubro en gramos oro se convirtió en obsoleta, pues no guardaba un verdadero equilibrio respecto de la pérdida del poder adquisitivo y dado que el Artículo 178 del Código Contencioso Administrativo<sup>4</sup> dispone que las condenas se liquidarán en moneda legal colombiana, además que no era procedente acudir analógicamente a preceptos del Código Penal, sabiendo que el Artículo 16 de la Ley 446 de 1998,<sup>5</sup> tiene plena aplicación en esta materia; de allí que median-

4 Dicho precepto menciona: “La liquidación de las condenas que se resuelvan mediante sentencias de la jurisdicción en lo contencioso administrativo deberá efectuarse en todos los casos, mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia y cualquier ajuste de dichas condenas solo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor”.

5 Colombia. El mencionado Artículo dispone: “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.”

te **Sentencia del 6 de septiembre de 2001, Expedientes 13.232 y 15.646**, Magistrado Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez, decidió fijar como parámetro el salario mínimo mensual en Colombia, pues éste atiende fundamentalmente a la variación del índice de precios al consumidor, y estableció que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, como en el caso de muerte o de lesiones con incapacidad total y permanente, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Es de advertir, que las sumas fijadas no son límites obligatorios, es una simple guía para los Jueces, quienes deben ceñirse a su prudente arbitrio, aunque como bien se sabe, sin que ello se traduzca en acudir a decisiones arbitrarias y desproporcionadas respecto de casos semejantes, como bien indica el tratadista argentino Jorge Mosset Iturraspe,<sup>6</sup> *“Es preciso terminar con el “escándalo” que importan sentencias que, para casos “semejantes” –no iguales-, condenan a pagar indemnizaciones de cuantías harto diferentes, diez o más veces inferior o superior una a otra, sin dar razón del porqué de semejantes actitudes”*.

En aras de brindar una reparación integral a las víctimas, y ante la dificultad que genera el hecho de la demostración de los perjuicios inmateriales, el Consejo de Estado ha acudido a ciertas inferencias, y hasta presunciones, dándole la mano y en ocasiones exonerando de la carga de la prueba al demandante, es importante resaltar, de una parte, para el caso de las víctima *directas*, una vez demostradas las lesiones físicas, bien sean leves o graves, se puede deducir que se ha sufrido perjuicios morales, y naturalmente procede su reconocimiento; de otra parte, en el caso de las víctimas *indirectas*, sí es importante diferenciar si trata de una lesión grave o leve, de modo que en el primer evento aquellas deben demostrar la gravedad del daño, es decir, que se trata de una lesión grave de la víctima directa, que como es obvio puede ser la muerte de ésta, y además el parentesco o vínculo afectivo, hechos a partir de los cuales se infiere o demuestra el perjuicio moral reclamado,<sup>7</sup> y para el caso de lesiones leves, no se hacen las mencionadas deducciones, por ello corresponde a la víctima probar la lesión misma, es decir el padecimiento sufrido, además de los dos supuestos mencionados antes.

6 *Ibíd.* Pág. 231.

7 Colombia. El Consejo de Estado en Sentencia del 23 de agosto de 2001, exp. 12.975, indicó: “el juzgador, cuando deduce judicialmente tiene en cuenta como antecedente la experiencia humana, nacida de la observación de las reglas generales de la sociedad y las circunstancias como ocurrió el hecho dañino para inferir que es generalizado y sabido el afecto entre padre, madre, hermanos e hijos; por consiguiente observa que entre seres normales es común que los integrantes de la familia - padres, hermanos, hijos - se produzca un inmenso dolor cuando alguno de estos miembros muere”.

De lo anterior, podemos exponer lo mencionado por el Consejo de Estado en Sentencia del 28 de octubre de 1999, Expediente 12.384, así:

*“En el primer caso, por lesiones graves, se ha sostenido: respecto a la víctima, que con la demostración del daño antijurídico por lesión grave tiene derecho a la indemnización de perjuicio moral. En lo que atañe con las víctimas indirectas -en este caso, padres, cónyuge, hermanos, hijos- tienen derecho a la indemnización del perjuicio causado por lesión grave de su pariente o de quien recibe el trato de pariente siempre y cuando demuestren, en primer término, la lesión grave y, en segundo lugar, el parentesco o vínculo de afecto. La jurisprudencia infiere de estos dos hechos, demostrados plenamente, que los actores padecieron dolor moral.*

*En el segundo caso, es decir indemnización por perjuicios morales ocasionados por lesiones “leves”, deben distinguirse las siguientes situaciones:*

*Para la víctima directa, una vez prueba el daño antijurídico por lesión leve, es claro, que tiene derecho a la indemnización por perjuicio moral; es de la naturaleza de los seres humanos que cuando sufren directamente el impacto de una lesión física leve tuvo que padecer congoja y tristeza pues su psiquis se afectó desde el ataque, así el resultado no haya sido de magnitud grave; pero para las víctima indirectas, -como en este caso, padres, cónyuge, hermanos e hijos- es necesario demostrar a más de la lesión leve, el parentesco y además que aquella lesión les produjo dolor moral. Respecto de las lesiones leves la jurisprudencia no infiere padecimiento moral de los dos hechos primeramente mencionados”.<sup>8</sup>*

De otra parte, en cuanto a la transmisibilidad del daño moral, el Consejo de Estado, al igual que lo hace la Corte Suprema de Justicia, acepta que no existe disposición legal que lo prohíba y que se encuentra plenamente ajustado al ordenamiento su reconocimiento, así, en Sentencia del 10 de marzo de 2005, Expediente 16.346, Magistrado Ponente Ramiro Saavedra Becerra, indicó:

*“... desde luego puede ser ejercido bien directamente por el afectado o por los continuadores de su personalidad, sucesores mortis causa, que en su condición de herederos representan al de cujus, o más propiamente, ocupan el lugar y la posición jurídica que ostentaba el causante frente a la totalidad de los derechos y acciones de contenido patrimonial transmitidas por virtud del fallecimiento”.*

---

8 También puede verse en este sentido: Sentencia de 26 de febrero de 1993, exp. 7449, Demandante: Antonio Diego Vallejo Jaramillo, Consejero Ponente: Dr. Juan de Dios Montes Hernández; de 16 de junio de 1993, exp. 7872, Demandante: Carmen Julio López Leal, Consejero Ponente: Dr. Juan de Dios Montes Hernández; de 12 de julio de 1993, exp. 7622, Demandante: José Orlando Isaza Cifuentes, Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo y sentencia proferida el 30 de octubre de 1996, Demandante: Julieta Díez.

**CUADRO COMPARATIVO**

Finalmente, presentamos un cuadro que brevemente enuncia algunos aspectos de reciente jurisprudencia, que puede servir de guía o referencia:

Magistrado Ponente	Referencia	Víctimas Directas (Indemnización)	Víctimas Indirectas (Indemnización)
María Elena Giraldo Gómez	CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 10 de agosto de 2005, Expediente 15.775; Accidente automovilístico	Incapacidad permanente parcial y merma capacidad laboral de 18.5% (Lesión Grave) <b>Daño Moral:</b> 25 SMLMV. <b>Daño vida de relación:</b> 25 SMLMV. Incapacidad permanente parcial y merma capacidad laboral 10.8% (Lesión Leve) <b>Daño Moral:</b> 5 SMLMV <b>Daño Vida de Relación:</b> 5 SMLMV	Padres e hija <b>Daño Moral:</b> 10 SMLMV para cada uno, Hermanos <b>Daño Moral:</b> 5 SMLMV para cada uno.  Hijos, madre y compañero permanente <b>Daño Moral:</b> 2 SMLMV para cada uno, Hermano <b>Daño Moral:</b> 1 SMLMV

Magistrado Ponente	Referencia	Víctimas Directas (Indemnización)	Víctimas Indirectas (Indemnización)
--------------------	------------	-----------------------------------	-------------------------------------

<p>Germán Rodríguez Villamizar</p>	<p>CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 14 de abril de 2005, Expediente 13.814, Accidente de Ferry o Transbordador Fluvial</p>	<p>Incapacidad laboral 70% (Lesión Grave) <b>Daño Moral:</b> 86.21 SMLMV  <b>Daño Vida de relación:</b> 70 SMLMV                  No lesiones ni secuelas permanentes, contusiones y fractura (Lesión Leve) <b>Daño Moral:</b> 26 SMLMV</p>	<p>Hermanos <b>Daño Moral:</b> 10 SMLMV para cada uno, Tía (madre de crianza): 10 SMLMV.                   Esposa e hijos no acreditaron <b>daño moral.</b></p>
<p>Germán Rodríguez Villamizar</p>	<p>CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 24 de noviembre de 2005, Expediente 15.378, Disparo de un policía en la espalda a un civil</p>	<p>Perturbaciones funcionales permanentes de órganos de locomoción, de excreción y de reproducción, con disminución capacidad laboral funcional global de 55% (Lesión Grave) <b>Daño Moral:</b> 81.30 SMLMV <b>Daño Vida de Relación:</b> 90.34 SMLMV.</p>	<p>Padres <b>Daño Moral:</b> 54.20 SMLMV para cada uno de los padres  <b>Daño Moral:</b> 22.58 para cada uno de los hermanos.</p>
<p><b>Magistrado Ponente</b></p>	<p><b>Referencia</b></p>	<p><b>Víctimas Directas (Indemnización)</b></p>	<p><b>Víctimas Indirectas (Indemnización)</b></p>
<p>Germán Rodríguez Villamizar</p>	<p>CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 24 de noviembre de 2005, Expedientes 15.054 y 15.361, Carro Bomba Vía Las Palmas, inmediaciones Hotel Intercontinental, Medellín.</p>	<p>Muerte instantánea víctimas directas                  Incapacidad definitiva de ciento ochenta (180) días con secuelas de carácter permanente de perturbación funcional de la marcha. La merma de la capacidad laboral es del 8% (Lesión Leve) <b>Daño Moral:</b> 18 SMLMV                  Lesiones en el tímpano con recuperación satisfactoria, sin secuelas permanentes (Lesión Leve) <b>Daño Moral:</b> 9 SMLMV.</p>	<p>Padres, cónyuges e hijos, <b>Daño Moral:</b> 90.34 SMLMV. cada uno, Hermanos <b>Daño Moral:</b> 50 SMLMV para cada uno.                  Cónyuge, hija y tercera (hija de crianza) <b>Daño Moral:</b> 9 SMLMV cada una.</p>



Magistrado Ponente	Referencia	Víctimas Directas (Indemnización)	Víctimas Indirectas (Indemnización)
Jaime Alberto Arrubla Paucar	SALA CIVIL, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 30 de junio de 2005, Accidente de Tránsito.	Muerte víctima directa	Hija <b>Daño Moral:</b> 20 millones de pesos
Alíer Eduardo Hernández Enríquez	CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 05 de mayo de 2005, Expediente 14.970, Allanamiento en dirección errónea	Afectación buen nombre y honra de los demandantes, <b>Daño Moral:</b> 50 SMLMV.	
Pedro Octavio Munar Cadena	SALA CIVIL, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 18 de octubre de 2005, Expediente 14.491, Responsabilidad Médica	Cuadripléjico irreversible, en este grave estado de salud, permaneció vivo durante 20 días antes de fallecer, <b>Daño Moral:</b> 8 millones de pesos.	Cónyuge <b>Daño Moral:</b> 15 millones de pesos.
Ruth Stella Correa Palacio	CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 20 de abril de 2005, Expediente 15.247, Soldado herido por arma de fuego de un compañero.	Lesiones personales sin secuelas físicas ni funcionales permanentes, <b>Daño Moral:</b> 8.73 SMLMV.	Madre <b>Daño Moral:</b> 8.73 SMLMV, Hermanos <b>Daño Moral:</b> 4.36 SMLMV.

## Responsabilidad Civil y del Estado

No. 21  
Mayo  
de 2007

- LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CONTEXTO DE LA TEORÍA DEL DERECHO ACTUAL  
*Obdulio Velásquez Posada*
- ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: LA FUERZA MAYOR Y CASO FORTUITO COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR ACTIVIDADES PELIGROSAS AL TENOR DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. 1994-2005  
*Carolina Martínez*
- GESTIÓN PARA OPTIMIZAR EN LA AEROCIVIL LA EXIGENCIA DEL SEGURO PARA LA OPERACIÓN DE AERONAVES  
*Luis Eduardo Rodríguez*
- EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL  
*Pascual Martínez Rodríguez*
- LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE A LA INMUNIDAD DIPLOMÁTICA  
*Alejandro Torres Peña*
- LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS EN LAS ACCIONES DE INFRACCIÓN A LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL: UNA REVISIÓN CRÍTICA DEL CASO COLOMBIANO FRENTE A LOS RETOS DE LA GLOBALIZACIÓN  
*Luis Felipe Botero Aristizábal*



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



# LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CONTEXTO DE LA TEORÍA DEL DERECHO ACTUAL

Obdulio Velásquez Posada<sup>1</sup>

## CONTENIDO:

1. Introducción
2. Exaltación y caída del positivismo jurídico
3. La inserción de la responsabilidad civil en la teoría del derecho actual
4. Conclusión

## 1. INTRODUCCIÓN

La forma como se está entiendo el derecho en nuestros días está sufriendo considerables y rápidos cambios. Mi generación formada en la primera parte de la década de los 80s, podría llamarse la última generación de abogados del modelo clásico del siglo XX. Nos correspondió estudiar la hermenéutica con la lectio de Savigny y la lectura del capítulo segundo de nuestro Código Civil. Aún resuenan las palabras de los profesores de introducción al derecho que en forma dogmática nos enseñaron y obligaron a repetir la norma jurídica como un derecho quasi-revelado, científico, lógico y sistemático. Un derecho impoluto de política, filosofía, religión, moral o derechos naturales; es decir, “un derecho puro”. Unas pocas décadas después todo aquello entró en crisis. Nos tocó la transición a un “nuevo derecho” que al igual que el moribundo positivismo a ultranza, se nos vende hoy como un derecho salvador. Somos pues una generación de transición entre dos concepciones del derecho. Fuimos formados en una escuela hermenéutica para ejercer el derecho en otra. Esto a mi modo de ver puede tener una gran ventaja a la hora de abordar la problemática de la comprensión de dos mundos

---

<sup>1</sup> Rector Universidad de La Sabana. Miembro del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado.

que aparecen irreconciliables, pues de alguna manera nos hace bilingües, esto es, capaces de comprender los aciertos y debilidades de las escuelas en pugna.

La responsabilidad civil o mejor el derecho de la responsabilidad no es ajena a todo este movimiento que ha venido ocurriendo en la teoría del derecho y la filosofía del derecho. El propósito del presente artículo es mostrar como el estado actual de la teoría del derecho ha venido afectando la responsabilidad civil y a su intérprete. Estas transformaciones del derecho hacen consecuentemente un llamado al “civilista” de la necesidad de un acercamiento al debate de la teoría del derecho para poder hacer un mejor trabajo de desarrollo, interpretación y aplicación del derecho de la responsabilidad civil. El propósito entonces no será convencer al lector de una postura, sino suscitar su reacción para el dialogo académico.

Para abordar el estado de la responsabilidad civil en el contexto de la teoría del derecho actual hemos de abordar en primer lugar el tema del positivismo jurídico y sus principales expresiones para luego, siguiendo las estupendas obras del jurista argentino RODOLFO LUÍS VIGO Interpretación Jurídica y De la ley al derecho,<sup>2</sup> hacer las reflexiones sobre el estado actual de la responsabilidad civil a la luz de ese nuevo derecho.

## 2. EXALTACIÓN Y CAÍDA DEL POSITIVISMO JURÍDICO

El positivismo jurídico que se erigió como el fin de la historia del derecho lleva cincuenta años en crisis.<sup>3</sup> El derecho positivo decimonónico estudia el derecho sin mirar los valores sociales, tiene una sola cara, niegan la existencia del derecho natural por considerarlo sólo como regla moral, que nada tiene que ver con el derecho.<sup>4</sup> Pero los hechos irrefutables de las barbaries de segunda guerra mun-

2 VIGO, Rodolfo Luis. *De la ley al derecho*, Editorial Porrúa, México, 2ª edición, 2005. También recomendamos de modo especial la obra del mismo autor: RODOLFO LUIS VIGO. *Interpretación Jurídica, del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 2005.

3 De raigambre alemán esta corriente comienza con los pandectistas, que separan el derecho privado del derecho público dando independencia al derecho nacional del Estado. Entre ellos están, GIERKE, LABAN, GERBER, VON; JELLINECK, Y KELSEN; SAVIGNY y la interpretación francesa, el primer IHERING.

4 La tesis fundamental que aun supervive de positivismo jurídico es la de la separación absoluta entre derecho y moral. No existe conexión necesaria entre derecho y moral sostienen sus defensores. Al punto señala Rodolfo Vigo, el positivismo se ve resignado a dejar banderas. Primero la ideológica pues resulta contra evidente después de las guerras mundiales que el derecho por el solo hecho de ser válido es justo. El segundo frente en claudicar fue el iuspositivismo teórico que vinculaba el derecho al Estado en tanto centro y monopolio de producción normativa. La tercera trinchera que le resta es la del iuspositivismo conceptual o metodológico, fundado en la supuesta inexistencia de conexión conceptual necesaria entre derecho y moral. VIGO, Rodolfo Luis. *De la ley al derecho*, Ob. Cit. p 89.

dial llevaron a muchos a iniciar una crítica a la dogmática positivista y reevaluar la tesis de que no existía conexión conceptual entre derecho y moral. GUSTAV RADBRUCH, por ejemplo, se ve forzado admitir la falta de correspondencia con la realidad del sistema Nazi como un sistema jurídico extremadamente injusto, por lo que no puede ser considerado derecho. Su carácter de derecho se pierde por un elemento extrínseco a la norma jurídica: la dignidad de la persona, sus derechos humanos fundamentales.

El juicio de Núremberg a los oficiales Nazis fue señalado por Perelman como el quiebre en el concepto de derecho que lo identificaba a ley positiva.<sup>5</sup> En la década de los 90' se hace celebre el caso de los guardias del muro de Berlín que dispararon y mataron unos alemanes que intentaron pasar el muro. Los guardias inicialmente fueron condecorados por haber aplicado el derecho positivo vigente. Pero en 1989 cae el muro de Berlín y los soldados son procesados y condenados por homicidio, pues los guardianes pudieron haber errado el disparo y así preservar la vida, derecho humano fundamental que prevalecía sobre el derecho positivo.<sup>6</sup>

Esta primera fisura del positivismo jurídico dio paso a nuevas y moderaras corrientes que podríamos sintetizar de la siguiente manera:

En primer lugar el positivismo de corte anglosajón de JOHN AUSTIN quien señala que el derecho es un hecho. No solo el derecho está separado de la moral, sino que es mera fuerza institucionalizada. JOHN AUSTIN dirá que el Derecho es un conjunto de normas respaldado por amenazas. El derecho es una previsión de lo que los jueces harán.

Luego el Normativismo KELSENIANO niega el positivismo de vieja laya de AUSTIN porque parte de la premisa de que hay un abismo insalvable (unbruckbone) entre el mundo del ser y el mundo del deber ser. Siguiendo la teoría de los tres mundos de RICKERT, sostiene que hay un mundo de los hechos empíricos, luego un segundo mundo ideal, donde está la moral y un tercer mundo de las ins-

---

La disputa entre derecho natural y positivismo jurídico no ha sido cancelada conforme lo advierte Ralf Dreier, es un tema que "puede plantearse y responderse de diferentes formas"...La disputa entre estas dos concepciones jurídicas, el positivismo y el jusnaturalismo, cubre varios siglos de historia del derecho y, a pesar de que a menudo se ha declarado cancelada, revive en cada época" RADBRUCH, Gustav. *Relativismo y Derecho*, Traducción de Luis Villar Borda, Monografías Jurídicas No. 82 Editorial Temis, 1999 Pág. IX.

5 PERELMAN, Ch. *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1979.

6 Otros ejemplos cercanos se pueden señalar: El caso argentino de anulación de las leyes de Amnistía y perdón a los militares de la junta de gobierno por los crímenes de su tiempo.

tituciones, donde está el derecho. En su obra *La Teoría pura del derecho*, en la 1ª edición formulará la frase que resume su pensamiento: “El Derecho puede tener cualquier contenido y seguirá siendo derecho”.

HELBERT. A HART desarrolla las tesis de AUSTIN en su obra *The Concept of Law* señalando que el derecho es un sistema de reglas. A partir de HART surgen dos corrientes que suelen denominarse el positivismo excluyente y el positivismo incluyente:

1. Positivismo Excluyente. Sostiene que el Derecho no tiene ningún contenido moral. Cuando un sujeto actúa puede tener diferentes tipos de razones, morales y jurídicas. El derecho excluye las morales, pues las jurídicas son independientes.

2. Positivismo Incluyente. Acepta que es innegable que el derecho contiene razones morales, pero el hecho de que aparezca no implican que tengan conexión necesaria. Ejemplo la buena fe en civil es una razón moral, o los tratos inhumanos o degradantes se refieren a lo moral, pero esto no implica que haya una conexión moral pues esas son institucionalizadas por el derecho. El derecho instrumentaliza la moral. El Positivismo inclusivo no es en sentido estricto un positivismo. DWORKIN y ALEXI representantes de esta postura han liderado una batalla contra el Positivismo excluyente. Dworkin en sus obras “*Laws Empire*” y “*Freedom of Law*” sostiene en síntesis que hay un conjunto de principios objetivos identificables para cualquier juez en oposición a su maestro HART que entiende el derecho solo como sistema de reglas. El derecho no es solo conjunto de reglas positivas, sino que también hay principios que están en la razón de todo ser humano, con lo que establece que sí hay una conexión entre moral derecho y en ciertos casos los principios priman sobre las reglas de derecho. El mismo Dworkin, admite en consecuencia que su concepto de derecho permite que se le denomine iusnaturalista, en tanto, dice en primera persona, “mi teoría postula que el contenido del derecho depende en algunos casos de la respuesta correcta brindada a exigencias morales”.<sup>7</sup> Esta postura de Dworkin en otras ocasiones se denomina como “no positivista”.

Por su parte ALEXI sostiene que la argumentación jurídica es una especie de la argumentación general. Cuando el juez decide tiene diferentes razones y muchas de ellas son de la argumentación general que se pregunta ¿qué es lo práctico? La argumentación jurídica utiliza ambos tipos de argumentación y ambos tienen

7 DWORKING, Ronald. *Natural law revisited*, University of law review, 1982, vol. XXXIV, p 165 y ss.

conexión con los argumentos morales. La moral de ALEXI es una moral crítica que se sintetiza en lo correcto en todo tiempo y lugar. Los no positivistas parten de la tesis positivista de que el derecho es derecho no por su contenido moral, sino porque su expedición, su creación fue como el sistema lo ha aceptado como tal. El no positivismo sostiene que hay dos excepciones. 1º El derecho extremadamente injusto es el argumento capital de ALEXI en su obra “The argument of Injustice” y 2º El argumento de los principios implica que hay una conexión necesaria conceptual entre derecho y moral por el contenido de esos principios que son morales.

3. Una tercera corriente actual que abre el dialogo entre ius positivismo e ius-naturalismo es el realismo jurídico clásico de JOHN FINNIS y del profesor español JAVIER HERVADA. Para Hervada, concebir el derecho como lo justo es lo propio del realismo sustituida a partir del siglo XIV por el subjetivismo (el derecho como el derecho subjetivo) y por el normativismo (el derecho como la norma).

El fracaso del positivismo dogmático ha obligado nuevamente a considerar que el derecho se constituye en ciencia práctica que tiene como objeto formal lo justo y como objeto material las relaciones jurídicas o relaciones de justicia en la que los sujetos están relacionados por razón del derecho. La razón de que exista el oficio del jurista es el discernimiento de lo justo y de lo injusto. El estudio del derecho, por tanto, no es la reflexión sobre una idea o sobre una abstracción, porque el derecho “es una realidad dentro del tráfico de la vida de los hombres, un sector vital de la humanidad: el mundo del derecho”.<sup>8</sup>

Lo paradójico de todo lo anterior es que si bien nuestros jueces de nuestro tiempo - por ejemplo la Corte Constitucional-, en los procesos de inconstitucionalidad y tutelas aplican el derecho entendiendo como objeto formal lo justo y como objeto material las relaciones jurídicas o relaciones de justicia en la que los sujetos están relacionados por razón del derecho, en sus discursos y nuestras universidades aún se enseña un derecho positivista. Es lo que el juez Argentino RODOLFO VIGO señala con agudeza: “Queda entonces señalado ese profundo y amplio cambio en la culta jurídica que sobre todo se comprueba mirando la realidad o práctica jurídica, dado que en nuestros ámbitos universitarios pareciera predominar aún una inercia nostálgica a favor del paradigma decimonónico. En efecto por momentos se hace visible esa especie de esquizofrenia que desde lo

8 HOYOS, Ilva Miriam. *De la dignidad y de los derechos humanos*, Bogotá, Temis, 2005, p. 77.



académico se impone a los juristas enseñándoles conceptos y tesis que repiten dogmáticamente, pero que desde luego prescinden a la hora de actuar conforme al derecho u operar con el mismo”.<sup>9</sup> Así el operador del derecho, sea en su calidad de abogado de una de las partes, asesor, juez, funcionario público, estudiante o ciudadano se encuentra con que quizás sabe mucho de administrativo, de civil, de daño resarcible, de penal, pero evidencia una falta de conocimiento en derecho.

### 3. LA INSERCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA TEORÍA DEL DERECHO ACTUAL

Como hemos señalado la ruptura del positivismo jurídico implicó que el derecho pasó del normativismo al principialismo en donde los principios son mandatos de optimización en la terminología de ROBERT ALEXI, en tanto mandan la mejor conducta posible. El principio así entendido es derecho concentrado que no define hipótesis ni consecuencias; de la validez jurídica a la validez ética, donde la validez no solo está dada por que la ley cumpla la fórmula trinitaria de haber sido creada por el órgano competente, por el procedimiento establecido y sea compatible con la norma jerárquicamente superior. El intérprete del derecho de nuestro tiempo acepta que la ley debe estar siempre en consonancia con los derechos humanos fundamentales y los principios.<sup>10</sup> Las transformaciones sociales y consecuencialmente del derecho en los últimos años han dado paso de la cultura y culto de la ley a la cultura del derecho dando paso a un derecho fundado más en la realidad y en la persona.

Además del enfoque principialista del derecho podemos afirmar que en la responsabilidad civil han surgido subsistemas propios, así que se habla de una responsabilidad por accidentes de trabajo que difiere de las lesiones causadas a un peatón. No es mismo régimen jurídico de la responsabilidad del dependiente de una persona jurídica al hecho de la dependiente doméstica de un particular. La responsabilidad por lesiones personales en un accidente deportivo no tiene el mismo régimen de un accidente de tránsito. La responsabilidad del Estado se ha abierto como un surco autónomo del régimen del derecho civil.

Esta expansión concomitante con la creación de regímenes particulares han producido una crisis en la unidad del fenómeno resarcitorio por lo que el autor el argentino RICARDO LUÍS LORENZETTI propone “emprender una tarea de recons-

9 VIGO, Rodolfo. Ob. Cit. P. 3.

10 VIGO, Rodolfo. Ob. Cit. P. 3.

trucción teórica de la responsabilidad por daños”,<sup>11</sup> partiendo del análisis de los tipos de responsabilidades especiales, de modo que la nueva teoría general sea capaz de comprender los diversos subsistemas.<sup>12</sup>

La reconstrucción teórica de la responsabilidad civil exige a nuestro modo de ver dar respuesta a la pregunta ¿cuáles son las notas características de ese nuevo derecho y cómo se afecta la responsabilidad civil dentro de este marco conceptual? Siguiendo la caracterización hecha por VIGO, que adoptamos plenamente, abordamos ahora la descripción de algunos rasgos fundamentales del nuevo derecho y su influencia en la responsabilidad civil.

### **a. Del legalismo al constitucionalismo**

La constitucionalización del derecho privado lleva a que el abordaje de todo problema jurídico se deba resolver en primer término consultando lo que la constitución señala al respecto. La hermenéutica en la responsabilidad civil de nuestros días se impone la fundamentación en principios y normas constitucionales. A modo de ejemplo abordemos algunos casos relevantes para la responsabilidad civil: El art. 228 de la C.P. sobre la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal; el art. 88 de la C.P. que establece las acciones populares y de grupo y el artículo 90 de la C.P. que señala los parámetros de la responsabilidad del Estado por todo daño antijurídico.<sup>13</sup>

La prevalencia del derecho sustancial sobre el formal sin duda debe jugar un papel fundamental en la solución al viejo problema de la denominada prohibición de opción. En efecto, a la luz de nuestra constitución (art. 228) que establece el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimiento, los jueces deben evitar en la medida de lo posible desechar las pretensiones de reparación por sujetarse a rigorismos civilistas de interpretación Savignyana. En este sentido es significativo un fallo de la Corte Suprema de Justicia, en aplicación de

11 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Razonamiento judicial. Fundamentos de Derecho privado*, editorial Jurídica Grijley, 2006, Argentina, p 35.

12 *Ibídem*.

13 Adicionalmente conviene advertir que según los Arts. 76 numeral 19 y art. 119 numeral 49 de la Constitución Política, cuando se conceden amnistías o indultos por delitos políticos, no por ello se extingue la responsabilidad civil proveniente del delito, y que en el caso de que el favorecido hubiere sido eximido por la ley correspondiente de dicha responsabilidad respecto de particulares damnificados, “el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar”.

los principios constitucionales, que reconoció a un pasajero herido en un accidente de tránsito y quién había invocado equivocadamente en su demanda las normas de la responsabilidad extracontractual, sí tenía derecho a la reparación por vía contractual.<sup>14</sup>

La Corte casó la sentencia del Tribunal que había rechazado las pretensiones del demandante porque “se equivocó al plantearlas dentro del ámbito de la responsabilidad civil extracontractual pese a que ésta difiere sustancialmente de la de tipo contractual, pertinente para el asunto.”<sup>15</sup> La Corte recordó que el objeto de los procedimientos es hacer efectivos los derechos reconocidos por la ley sustancial, de acuerdo con el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil y el artículo 228 de la Constitución Política, que consagra como principios explícitos de la administración de justicia en Colombia, la prevalencia del derecho sustancial y el derecho a una tutela judicial efectiva.

Expuso la Corte que la demanda debe “examinarse no insularmente, sino armonizándola con sus razones fácticas y jurídicas” y que son los hechos los que delimitan la causa petendi y hacen parte de la elaboración de la congruencia de la sentencia.<sup>16</sup>

Pide la Corte a los jueces aplicar la constitución y las leyes adecuadas al caso concreto, así las invocaciones de derecho hechas por las partes sean erradas, pues “el juez está compelido a aplicar la norma correcta,<sup>17</sup> haya sido o no denunciada por la parte” y concluye la sentencia:

*“No obstante que en ninguna parte del texto del libelo introductorio se bautizó o se le puso nombre a las pretensiones formuladas, sino que simplemente se pusieron a consideración del fallador los hechos antes mencionados, los cuales sin ningún esfuerzo muestran que las pretensiones tienen su génesis en el incumplimiento del contrato de transporte por parte de la empresa demandada.*

*Es más, aún en el evento de una denominación incorrecta, dicha circunstancia no tenía por qué repercutir en el tratamiento jurídico del caso, puesto que corresponde al juzgador y no a los litigantes, definir el derecho en conflicto: jura novit curia.”<sup>18</sup>*

14 Colombia. Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 31 de octubre de 2001, expediente No. 5906.

15 *Ibidem*.

16 Colombia. Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 31 de octubre de 2001, expediente No. 5906 Ob. Cit.

17 Es la misma tesis sostenida por TAMAYO JARAMILLO, Javier, Ob. Cit. tomo I p. 146-147.

18 Colombia. Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 31 de octubre de 2001, expediente No. 5906.

Otro ejemplo de la constitucionalización de la responsabilidad civil se encuentra en el principio general de la responsabilidad del estado colombiano que descansa en artículo 90 de la Constitución Política que preceptúa el estado “responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas”. Tiene la responsabilidad del estado su centro en el daño antijurídico como principio general de responsabilidad, entendido como aquel que la víctima no tiene la obligación de soportarlo.

Es frecuente en algún sector de la literatura jurídica colombiana, en especial posterior a 1991, abordar el tema del daño antijurídico desde la perspectiva de la responsabilidad objetiva, es decir que al exigirse la antijuridicidad del daño como elemento esencial de la responsabilidad, se puede, y en algunos casos se debe, hacer caso omiso del análisis de la culpa o falla. Lo que no debe llevarnos a confusión es que en todo tipo de responsabilidad, subjetiva u objetiva, la antijuridicidad del daño es un requisito indispensable.

Si bien el art. 90 de la carta política estableció la antijuridicidad del daño, esto no implica que se convirtió en objetiva toda la responsabilidad del Estado; la antijuridicidad se predica del daño causado y no de la conducta de la administración, que puede ser a su vez irregular o ilícita o legal; la antijuridicidad del daño no exonera de acreditar el nexo causal, de modo que la antijuridicidad del daño debe imputársele a una persona jurídica pública determinada; el Estado conserva como medio de defensa la causa extraña y por último ha de tenerse en cuenta que si bien en toda forma de responsabilidad, incluida la del Estado, el daño debe ser antijurídico, la noción aquí tratada ha servido a la corriente doctrinal y jurisprudencial que aboga por la eliminación de la responsabilidad con culpa o con falla del servicio, ha servido para sostener que toda responsabilidad ha de ser objetiva; aunque la verdad, en nuestro sistema el sistema es mixto pues, si bien la culpa o falla ha dejado de ser el fundamento único de la responsabilidad del Estado, no significa que ha desaparecido y la responsabilidad objetiva se establece por vía de excepción. “Pero decir antijurídico no quiere significar que la noción de falta o falla del servicio desapareció de la responsabilidad estatal y menos que el acreedor de la indemnización ya no tenga que probar la falla si la hubo o la conducta irregular que lo lesionó” señaló el Consejo de Estado en 1994.<sup>19</sup>

---

19 PENAGOS, Gustavo. *El daño antijurídico*. Librería Doctrina y Ley. 1997, p. 149.

Pero no se puede tampoco desconocer que el ingreso de la responsabilidad objetiva del estado es ya una realidad que tiene su fundamento en los principios constitucionales. Así, nuestro Consejo de Estado, en sentencia del 14 de diciembre de 1993, señaló que el principio *iura novit cura* como la esencia del concepto de daño antijurídico. “el asunto amerita ser tratado con base en el art. 90 de la nueva constitución, porque más que falla del servicio, el presente asunto muestra la ocurrencia de un daño antijurídico imputable a la administración. Daño que como ya lo ha dicho la jurisprudencia, no tiene por qué provenir siempre de la conducta irregular o ilegal de la autoridad pública, porque puede darse aún como consecuencia del obrar legal ajustado al ordenamiento de la misma. En este caso la antijuridicidad no estará en esa conducta sino en el resultado dañoso para alguien que no tenía por qué soportarlo”.<sup>20</sup>

El tercer ejemplo de constitucionalización de la responsabilidad civil está en el artículo 88 de la Constitución Política de 1991. Cuando el constituyente estableció las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, no solo consagró unas nuevas acciones procesales, sino que además dio piso jurídico para un nuevo tipo de daños que se perpetran cuando se lesionan “el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza” que se definen en la ley que los reglamenta.

La contaminación ambiental, por ejemplo, es un daño que por su naturaleza no cabe dentro del daño patrimonial clásico o dentro del moral o extrapatrimonial de las personas individuales. Es por eso que sugerimos incluir los daños a bienes e intereses colectivos dentro de una nueva categoría o clase de daños que para ser reparados cuentan a su vez con un procedimiento especial y por una acción atípica denominada acción popular.

La característica fundamental de este tipo de intereses, es que no pueden ser objeto de titularidad individual, sino siempre de titularidad grupal, pues los intereses que se defienden son de carácter supraindividual, con respecto sobre toda la sociedad o de segmentos importantes de ella.

De los intereses colectivos, emanan los derechos colectivos, es decir aquellos que pertenecen a la comunidad en general, como el derecho al espacio, al patrimonio, a la salubridad pública a la veracidad de la información, etc. en donde existe un interés jurídico general de toda la comunidad y no simplemente el par-

20 PENAGOS, Gustavo. Ob. Cit., p. 12.

ticular de cada persona como tal. Los daños que se produzcan, pueden menoscabar el interés colectivo general en forma material o en forma inmaterial, como cuando se ofende la moral y la sensibilidad social.<sup>21</sup>

### **b. Del cientificismo a los otros saberes jurídicos**

En el nuevo derecho se pasó de una teoría pura del derecho, objetiva y sistemática, exenta de toda impureza de realidades a reconocer que la ciencia jurídica necesita de otros saberes, en particular el iusfilosófico como modo de alcanzar la integridad del saber jurídico.

Los grandes dilemas de la responsabilidad civil han nacido y subsisten por las diferentes aproximaciones a la teoría del derecho y a la filosofía del derecho que hace el civilista. Los conceptos de responsabilidad; culpa; daño; nexo causal, como elementos esenciales de la responsabilidad civil son cada vez más problemáticos precisamente por la dificultad de aprehender su verdadera naturaleza, tarea más propia del quehacer ius filosófico. ¿Acaso el viejo debate, aún vivo, de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil, no tiene tras de sí otro debate ius filosófico más álgido de las relaciones entre derecho y moral?<sup>22</sup>

El civilista de nuestros días no puede estar ajeno al estado de la cuestión de las relaciones entre derecho y moral tal y como la plantea hoy la teoría del derecho. La distinción entre responsabilidad moral y responsabilidad jurídica conlleva en primer término a indagar sobre la naturaleza del conocimiento jurídico según la manera propia como los juristas y los abogados en general conocen y ejercen su oficio y por lo tanto implica un indagar sobre el objeto formal del conocimiento jurídico.<sup>23</sup>

Un problema más profundo es el que no existe “una concepción acerca del conocimiento del Derecho (¿por qué- y para qué- se conoce el Derecho?), ni una única respuesta relativa a la determinación del objeto material del Derecho (¿qué es el Derecho? ), ni una sola visión acerca de la manera como se aborda su estudio u objeto formal (¿cómo se conoce el Derecho?), ni mucho menos una tesis

21 Colombia. Cfr. el artículo 4º. de la ley 472/98 que desarrolla el art. 88 de la C.P.

22 RADBRUCH, Gustav, en su obra *Relativismo y derecho*, señala: “Tal vez ningún otro tema haya ocupado tanto la filosofía del derecho con el de las relaciones entre lo moral y lo jurídico. RADBRUCH, Gustav. *Relativismo y derecho*, Traducción de Luis Villar Borda, Monografías Jurídicas No. 82 Editorial Temis, 1999 Pág. IX.

23 MORA RESTREPO, Gabriel. *Ciencia Jurídica y Arte del Derecho. Estudio sobre el Oficio del Jurista*. Ediciones Universidad de la Sabana y Gustavo Ibáñez, 2005, p 146.

respecto de su fundamento gnoseológico ( ¿qué son y cuáles son los principios del conocimiento jurídico).<sup>24</sup>

Ese objeto formal “responde, pues, a la cuestión de saber qué es el derecho o la deuda que le corresponde a alguien- o a varios- en los casos concretos. Es una actividad que consiste en saber qué es lo que alguien puede o podría reclamar, o pedir, o exigir, o devolver, o entregar, en los casos concretos”.<sup>25</sup>

Aunque entre derecho y moral no hay una identificación, sino una relación, por el carácter típicamente analógico del derecho y la moral, que en parte coinciden y en parte difieren, puede decirse que su diferenciación se debe hacer distinguiendo entre el acto moral y el acto jurídico. Para el jurista lo esencial es determinar en el acto jurídico “¿qué es lo justo (derecho) o lo debido (deuda) en los casos concretos y lo justo (derecho) lo que en términos morales es lo bueno? De este modo moral y derecho no se confunden ni se identifican, sino que se relacionan.

Ahora bien, en el caso de la obligación a reparar un daño, objeto de nuestra materia, la pregunta es abordada por la moral y el derecho. El jurista se pregunta ¿cuándo es justa en el caso concreto la reparación de un daño? Mientras que el moralista se interroga cuando se debe reparar un daño porque es un acto bueno moralmente.<sup>26</sup>

24 *Ibidem*. P. 170

25 MORA RESTREPO, Gabriel.

26 Las condiciones que la teología moral enseña para que haya obligación de restituir y vivir así la virtud de la justicia son: a) Que se trate de una verdadera injusticia. La justicia en términos de Tomas de Aquino es el hábito por el que el hombre, movido por una voluntad constante e inalterable, da a cada uno su derecho. Por tanto, la esencia de la justicia es el dar a cada uno lo suyo. En caso de duda, si ha habido una sentencia civil, debe aceptarse la sentencia del juez b) El sujeto debe en verdad sentirse afectado y violado, pues no se comete injusticia contra el que, siendo consciente, cede sus derechos, con fundamento en el principio del derecho: *scienti et volenti non fit iniuria*. c) Intencionalidad del acto injusto. Que la injusticia cometida haya sido querida e intencionada, es decir, debe tratarse de una injusticia formal y no material. Injusticia meramente material es aquella cuando de la simple materialidad de un acto en el que no ha mediado intención o negligencia, ha ocasionado un mal a un tercero. En tal caso no hay moralmente obligación de restituir, a no ser que las leyes civiles determinen otra cosa. d) Obligatoriedad gravedad o leve de restituir. Una falta leve puede obligar a restituir cuando es repetidamente cometida, como en el caso de hurto continuado de mínima cuantía. La obligación de restituir es grave, cuando se trata de materia grave. FERNÁNDEZ, Aurelio . *Compendio de teología moral*. Ediciones Palabra. Madrid 1995 Pág. 618. Tomas de Aquino al hablar de la restitución, la define como: “Restituir es poner de nuevo a uno en posesión de lo suyo”. A continuación afirma que se han de devolver no solo las cosas externas, sino también otros daños, por ejemplo los “corporales como cuando el cuerpo es maltratado por golpes” y los morales como “la difamación por palabras injuriosas o si se haya rebajado la honra TOMÁS AQUINO. *Suma Teológica* II-II q 62, a.1.

Es por lo anterior que un jurista no es un moralista ni viceversa, pues el derecho y la moral coinciden- explica el profesor Gabriel Mora Restrepo- “en la exigencia de la justicia, en la finalidad bondadosa del acto en Derecho. No otra cosa sugiere la idea de advertir el acto jurídico desde el plano de la exterioridad del agente y no desde su interioridad: el Derecho se fija en la acción exterior en tanto que la moral en la acción interior. Lo cual no quiere decir que el Derecho puede regular cualquier cosa y, por lo tanto, que será un acto justo lo ordenado (cualquier cosa) por él, ni tampoco puede colegirse que el acto moral, al ser interior o autónomo, puede estar referido a cualquier cosa, según lo querido o considerado por el agente. La autonomía del sujeto moral y la heteronimia del Derecho no son, contrario a lo sostenido por Kant y el positivismo jurídico, absolutas (que sean así explica por qué deban recurrir a la teoría de la obligación del Derecho desde el elemento de la coercibilidad). La razón de que no sean así las cosas es el *tertium comparationis*: la dignidad de la persona humana, aquel supuesto y aquella realidad objetiva respecto de la cual se predica, se realiza, se discierne y se exige lo bueno y lo malo (moral), lo justo y lo injusto (jurídico). El ser humano es la clave: se trata de un ser, pero además de un ser con exigencias, de un *deber ser*”.<sup>27</sup>

Esta visión del realismo jurídico clásico que nos permite explicar satisfactoriamente la relación entre derecho y moral es de algún modo coincidente con lo enseñado por RONALD DWORKIN quien señala que el Derecho no es solo la norma elaborada por quién y de la manera como el sistema jurídico positivo lo establece, dígase congreso, concejos, etc.,<sup>28</sup> tal y como lo afirmaron los positivistas de corte Kelseniano, quienes no aceptaron una dimensión de moralidad del derecho. DWORKIN muestra como los juristas hacen la justificación jurídica de los casos concretos acudiendo a los llamados principios.

¿Acaso no se puede ver en la jurisprudencia de nuestro Consejo de Estado un claro abandono del positivismo ortodoxo y la aplicación de un derecho de principios en sus fallos cuando por ejemplo concede a la concubina permanente de la víctima fallecida reclamar indemnización con base en la dependencia económica? ¿O cuando por razones de justicia desarrolla los principios del rompimiento del equilibrio de las cargas públicas? Partiendo del principio del Estado de Derecho que establece la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, se ha desarrollado un principio de responsabilidad extracontractual objetiva del Estado que ordena

27 MORA RESTREPO, Gabriel. *Moral Derecho y Razonabilidad Práctica*. 2005, p 19 pro manuscrito.

28 DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2ª ed., 1993, p 19.



reparar los daños causados por la administración a sus ciudadanos cuando la actuación del ente estatal, implica el rompimiento de la igualdad de las cargas públicas para una persona concreta, incluso si la actuación del estado pueda considerarse legítima o lícita.

Ese daño especial tiene su fundamento en la equidad y la solidaridad para con los particulares expuestos a soportar una carga más pesada que la del resto de los ciudadanos. En el caso sub - exámine Afirmó el Consejo de Estado en una ocasión “el daño resulta antijurídico, porque un grupo de personas, o una sola de éstas, no tiene por qué soportar los daños que se generan con motivo de la defensa del orden institucional, frente a las fuerzas de la subversión. El actuar de la administración, en estos casos, es LICITO, pero ello no la libera del deber jurídico de indemnizar los daños que cause con tal motivo”.<sup>29</sup> Más adelante el Consejo de Estado enfatiza diciendo: “Al dejar bien precisado que esta sentencia se informa también en la EQUIDAD, quede en claro que para llegar a ella la Sala ha hecho suya la perspectiva de cuestionamiento que el ilustre filósofo [John Rawls] aconseja al juez, cuando le exige: “...determinar qué pensaría que es justo e injusto si cada uno de esos intereses fuera tan enteramente el suyo como de hecho son los de otras personas, y de prestar su juicio sobre el caso tal como le parece que su sentido de la justicia exige tras haber articulado en su mente con todo cuidado los problemas que hay que decidir” (Obra citada, Justicia como equidad, pág. 3). En otras palabras: Cualquiera de los magistrados que integran la Sala, de encontrarse en las mismas circunstancias externas de los demandantes, también habrían demandado del Estado la indemnización correspondiente, pues el derecho es justicia o no es”.<sup>30</sup> (Sin resaltar el original). En estos ejemplos vemos pues, como la exigencia de la justicia, derecho y moral se relacionan, pues el acto justo- derecho- es también un acto bueno –moral.

En Conclusión ha de tenerse en cuenta que si bien la responsabilidad moral y jurídica sí se distinguen por tener una naturaleza diferente, no han de estar separadas la una de la otra. Al respecto son bien expresivas y significativas las palabras de los Mazeaud: “Que no vaya a concluirse de eso, que el derecho y la moral son dos disciplinas distintas, enteramente extrañas la una de la otra. Por el contrario, pensamos que la regla de derecho carecería de fundamento si no se conforma con la regla de moral; que, en consecuencia, los principios establecidos

29 Colombia. Consejo De Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de enero del 2003, expediente 11.962.

30 *Ibidem*.

por el legislador en el ámbito de la responsabilidad, como en otra materia cualquiera, deben ser la traducción de los sentados por la moral”.<sup>31</sup>

### **c. De la nómina exhaustiva de las fuentes del derecho a su desbordamiento**

En los tiempos actuales de la globalización hemos pasado de la nómina exhaustiva de las fuentes del derecho a su desbordamiento. Los códigos civiles intentaron limitar las fuentes del derecho y poner a la ley como fuente principal y autónoma. Las demás fuentes se aceptaron en la medida que tenían relación con la ley; así la costumbre se acepta cuando es supletiva o interpretativa y se proscribe la costumbre contra legem y los principios generales del derecho tenían un carácter de supletivo para llenar las imperfecciones de la ley.<sup>32</sup> Por su parte la jurisprudencia no es formalmente aceptada como fuente y solo se acepta que “Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina, en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.<sup>33</sup>

Este punto es de la mayor relevancia pues la realidad del derecho muestra que las fuentes tienen un papel diferente por lo que VIGO denuncia como paradójico en la formación del abogado actual: “Lo que es poco comprensible es el empobrecimiento del mundo académico de seguir enseñando una visión de las fuentes que poco tiene que ver con la realidad jurídica y que finalmente provoca esquizofrenia entre la enseñanza y la práctica del derecho. Los operadores jurídicos saben que cuando deben defender un caso o resolverlo, la búsqueda de la respuesta se canaliza prioritariamente en otras fuentes como la doctrina, la jurisprudencia, el derecho comparado, los principios que posibilitarían una propuesta innovadora, etcétera”.<sup>34</sup>

¿Quién duda que la responsabilidad civil precisamente en ese sentido es un derecho preponderantemente jurisprudencial y que sus soluciones han salido siempre de la aplicación de los principios y del derecho comparado? Podríamos decir que el derecho de responsabilidad en nuestro medio es un precursor y

31 MAZEAUD, Henri y León, TUNC, Andrés. *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Tomo I volumen I, Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1961. Pág. 4

32 VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretación Jurídica, del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 2005, p 28.

33 Colombia. La ley 153 de 1887, art. 10, modificada por el art 4o de la ley 169 de 1896.

34 VIGO, Rodolfo Luis. *Ob. Cit.* p 12.

pionero de la nueva forma de interpretación, pero que ahora corre el peligro de quedarse anclado y rezagado de las nuevas tendencias que empujan con ímpetu.

Le corresponde entonces al civilista, si desea un desarrollo armónico y dinámico de su parcela del derecho, volver la mirada a la teoría del derecho y al debate ius filosófico, de lo contrario se encontrará a la vuelta de pocos años con la realidad de que el contenido y alcance de su ciencia está dado desde afuera por los constitucionalistas y sus cortes que sin ser especialistas en esta parte del derecho definen los conceptos más fundamentales. Así por ejemplo la Corte Constitucional Colombiana consideró oportuno definir el alcance de la expresión “Responsabilidad civil” y determinó que “es expresión genérica que comprende la contractual y la extracontractual. En síntesis, lo mismo da si se trata de los perjuicios originados en un contrato de naturaleza civil o comercial: siempre se hablará de responsabilidad civil contractual”.<sup>35</sup>

El ejercicio de esta potestad no deja de traernos una preocupación, pues el juez constitucional ha petrificado la expresión “responsabilidad civil” cuando en el debate académico la expresión “civil” es objeto del sano y juicioso debate, permitiendo a muchos abogar por su abolición y a otros por su permanencia. La intromisión del operador del derecho externo a este campo especializado sin duda genera una acción que en ocasiones puede ser perjudicial para el desarrollo mismo de los conceptos jurídicos.

Otro caso en el que la Corte Constitucional entra a la definición de conceptos de la responsabilidad civil se dio cuando determinó la exequibilidad del art. 97 del Código Penal que establece que el juez puede condenar al pago de daños por perjuicios morales causados con el hecho punible hasta mil salarios mensuales vigentes.

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

35 Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-424/97. La creciente constitucionalización del derecho privado tiene el peligro de que los conceptos de la Corte Constitucional petrifiquen al mismo derecho privado y resten creatividad a la doctrina y a las cortes naturales el desarrollo de una jurisprudencia propia y con un enfoque más profundo hecho por los especialistas de cada área. Decir la Corte Constitucional que la responsabilidad civil equivale a la contractual y la extracontractual y además a la civil propiamente dicha y la comercial, si bien puede parecer lógico no permite ya mayor discusión jurisprudencial y doctrinal pues el fallo Constitucional por su naturaleza petrifica el derecho privado y le quita su flexibilidad de acomodo con los desarrollos disciplinares tarea de los expertos en esos temas.

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”.<sup>36</sup>

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.<sup>37</sup>

Independientemente del llamado activismo judicial en boga, especialmente en los casos de los jueces constitucionales, la responsabilidad civil históricamente es una de las áreas del derecho que más se ha desarrollado por vía jurisprudencial. Si bien nuestro sistema jurídico es de tinte napoleónico, en el que la ley escrita pretende agotar el derecho, en responsabilidad civil la realidad es otra. Escasos diez y nueve artículos del Código Civil colombiano han sido desarrollados por la jurisprudencia creando nuevo derecho a lo largo de más de cien años. Nada dice nuestro código civil sobre el daño moral o el daño fisiológico, tampoco hay en su redacción espacio para la llamada responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas. No hay en el Código una distinción entre las personas

36 Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C 916/02 Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa. En la parte motiva la Sentencia dijo: “Sólo respecto del tipo de perjuicios morales cuyo valor no puede ser objetivamente estimado cabe, sin desconocer el principio de proporcionalidad, señalar un límite fijo de tal manera que la cuantía final de la indemnización sea aumentada, a partir de los criterios de tasación que enuncia el inciso segundo de la norma acusada, tan solo hasta en mil salarios mínimos legales mensuales. Por ejemplo, si los daños probados en un proceso equivalen a dos mil salarios mínimos legales mensuales, para cubrir los perjuicios morales cuyo valor pecuniario no pudo ser objetivamente determinado el juez podrá aumentar la indemnización hasta en mil salarios mínimos legales mensuales, aplicando los criterios de tasación relativos a la magnitud del daño y a la naturaleza de la conducta. De esta forma, en el ejemplo, la indemnización total podría oscilar entre dos mil y tres mil salarios mínimos legales mensuales”.

37 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).

jurídicas y naturales para el efecto de regular la responsabilidad de las personas que están bajo el cuidado. Es más, muchos de los desarrollos jurisprudenciales riñen en sentido estricto con palabras y espíritu originario del Código en materia de responsabilidad civil; pero esas viejas normas, con sus principios perennes han dado pie para la creación de esas nuevas figuras y la expansión de la responsabilidad civil.

Para conocer la responsabilidad civil es necesario pues estar siempre actualizado de la jurisprudencia que en esta materia es cada vez más fecunda. Esto nos lleva a un problema aún mayor y que escapa al objeto de este escrito: el de la teoría de la interpretación con todo lo que ella incluye: una teoría del sistema jurídico, una teoría de fuentes del derecho, la consideración de la jerarquía de normas, principios, valores y fines que persigue un ordenamiento jurídico, para determinar en cada caso concreto lo justo.<sup>38</sup> Aquí radica a nuestro modo de ver el núcleo de nuestro llamado. El experto en responsabilidad civil no puede marginarse del conocimiento del Derecho, no le pueden ser extrañas las escuelas de la teoría jurídica predominante en materia de interpretación y sobre todo no puede dejar que desde fuera se delimiten los conceptos y principios esenciales de su área de modo que el desarrollo doctrinal y jurisprudencial sea lo más armónico y sistemático posible.

#### **d. Del juridicismo a su superación**

Hoy parece claro que para operar con el derecho se necesita de muchos otros saberes que no son jurídicos. El derecho no se puede operar autistamente, sin conexiones con la realidad social, cultural, política, económica, etc. Hoy el intérprete del derecho requiere de matemáticas, genética, psicología. El jurista de nuestro tiempo quizás tiene una formación exagerada en legislación y poco de saberes auxiliares necesarios para operar con el derecho adecuadamente.

La simple liquidación de los perjuicios requiere de las matemáticas financieras y de la economía que nos indican el valor presente de una suma de dinero debida en un tiempo determinado, pasado o futuro. No basta pues la prudencia iuris, el arbitrio judicial, para determinar esos montos, que deben ser calculados y determinados de una manera técnica que escapa al objeto mismo del derecho

El arbitrium judicial en la fijación de la suma indemnizatoria, especialmente en los denominados daños no patrimoniales (moral, fisiológico, etc.) está llamado

<sup>38</sup> MORA RESTREPO, Gabriel. Ob. Cit. P 345.

a tener cada vez más un carácter limitado, pues los avances en las ciencias auxiliares del derecho exigen acudir al informe técnico pericial para determinar la existencia y la intensidad del daño no patrimonial.

El primer fallo del Consejo de Estado en 1993 en reconocer el daño fisiológico señaló la suma de ocho millones de pesos a la víctima que quedaría postrado en silla de ruedas por el resto de sus días. Quizá una reflexión deba hacerse en nuestros días al respecto, y es que quizá en casos como esos, el buen juez debe acudir al experticio de personas que conocen de la discapacidad física para que den luces sobre la intensidad de esa lesión, la afectaciones concretas que la persona con la discapacidad sufrirá con certeza, etc. de modo que la cuantía no resulte una cifra botada al aire amparada en la prudencia iuris y la potestad judicial.<sup>39</sup> Insistimos que el derecho hoy exige de la actividad judicial el fundamentar más sus decisiones con base en dictámenes de expertos y menos en el arbitrio judicial ilimitado. El dictamen pericial está llamado a cobrar un mayor protagonismo para operar adecuadamente, con más justicia, el derecho de la responsabilidad.<sup>40</sup>

39 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 de la siguiente manera: “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 siquiátra 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)”.

40 Caso ilustrativo del exceso de arbitrio judicial es el presentado en el Juzgado primero civil del circuito de Armenia en el que condenan por perjuicios morales a \$ 100 millones por las quemaduras de un menor

### **e. De la seguridad jurídica a la justicia.**

El dogma de la seguridad jurídica ha sido quebrantado. Ya el aforismo romano *dura lex sed lex* se ha vuelto dúctil, maleable en las manos del “juez principialista y no solo legalista” Si bien no se ha renunciado a la seguridad jurídica y al valor que ella tiene, los injustos extremos y los principios han hecho el quiebre para admitir, como lo señalamos atrás que la ley Nazi si bien proveía seguridad jurídica su injusticia lo invalidó de raíz.

Sin duda este es uno de los puntos que más debate ha traído el nuevo derecho. La frontera entre la justicia y la arbitrariedad judicial están en proceso de delimitación. Es una tarea pendiente. ¿Por qué el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá condenó a un automovilista que en estado de embriaguez atropelló a dos personas a altas horas de la noche causándoles la muerte y dejándolas abandonadas a pagar mil (1000) salarios mínimos legales vigentes por concepto de daños morales? Sin duda se apoyó en el texto del Código Penal que establece esa facultad.<sup>41</sup> Pero entonces, ¿por cuánto se condenará a una persona que perteneciente a un grupo armado ilegal ordena una masacre contra población civil? Porque ciertamente dista mucho de un homicidio culposo, agravado con la circunstancia de la embriaguez y el abandono de las víctimas, a un acto de lesa humanidad como una masacre. ¿Cuáles son los principios que maneja el juez de la causa para aplicar la justicia igual a todos los ciudadanos y no caer en la arbitrariedad? Seguridad jurídica a ultranza no, pero justicialismo arbitrario tampoco. La tarea está aún pendiente.

---

al electrocutarse con cables de energía. JUAGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO, Armenia, Sentencia de 1ª Instancia, de 9 de Marzo de 2006. Demandante, Víctor Hugo Heredia Upegui y otros contra Empresa de Energía del Quindío, Radicación 63-001-31-03-001-2001-00032-00

- 41 Colombia. Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, Sala Penal, expediente 147-2002. Febrero 21 de 3003. Magistrada Ponente Aída Rangel Quintero. En sentido similar encontramos un caso de Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia. Quindío, en el que se condena a los demandados a pagar cien millones de pesos (\$100.000.000 ) por daño moral a un menor que sufrió quemaduras al tocar las redes eléctricas que cruzaban a seis metros de altura el colegio donde estaba el menor. La condena además reconoció veinte millones de pesos por daños fisiológicos. Ciertamente es lamentable el accidente, pero en este caso los demandados no tuvieron, como en el primer caso una conducta “reprochable” sino que fueron obligados al pago de la indemnización en atención a la responsabilidad objetiva por la actividad peligrosa de conducir energía eléctrica. Juzgado Primero Civil Del Circuito, Armenia, Sentencia del 9 de Marzo de 2006, Expediente 63-001-31-03-001-2001-00032-00.

## **f. De la irrelevancia y facilidad de la actividad judicial a su complejidad y trascendencia**

El modelo hermenéutico de Savigny que estableció el papel de juez como el auscultador de la voluntad del legislador contenida en el texto de la ley preconcebía a un juez inactivo o “inanimados”, en palabras de Montesquieu. Hoy el papel del juez es activo. La diversidad de la realidad que se presenta para su análisis y la complejidad de derecho exigen que el intérprete del derecho en nuestros días “no prescindiera del derecho que sigue después de la ley, porque de lo contrario correremos el riesgo de tener una visión irreal o no completa del mismo”.<sup>42</sup>

## **g. Del saber jurídico como saber teórico al saber jurídico como saber práctico**

Como enseña DWORKIN el juez requiere de principios para encontrar la respuesta correcta para cada caso. No es suficiente ya el mero conocimiento científico del derecho. Se precisa el conocimiento práctico propio del jurista. “la perspectiva del jurista, relativa al cumplimiento o la satisfacción del derecho (dar a cada uno lo suyo). El saber jurídico (también la filosofía del derecho) “no tiene por objeto ideales sino realidades”.

El saber jurídico parte de la experiencia pero no se queda en ella: va más allá. Se trata de un “conocimiento racional meta empírico”. No tiene como objeto el estudio descriptivo de la realidad, no es mera fenomenología ni saber avaloativo; es, por el contrario, un saber valorativo, que indaga las causas últimas, los principios y los fundamentos de la realidad jurídica para defender lo justo, defensa que en Hervada es la de la persona. No es posible entender el realismo jurídico Hervadiano sin aceptar la posibilidad metafísica (meta empírica) del derecho, afirmación que, aduciendo consideraciones distintas, ha sido negada por Kelsen y algunos representantes de la teoría del derecho contemporáneo entre otros HART, DWORKIN, ALEXI y RORTY.<sup>43</sup>

En la responsabilidad civil de nuestro tiempo los artículos 2341 al 2360 se leen como contenedores de principios, más que reglas y es así entonces, que el artículo 2345 del C.C. que establece que el ebrio es responsable del daño causado por su delito o culpa, se lee que toda persona en un estado de enajenación transitoria, por cualquier tipo de sustancia: licor, drogas psicotrópicas,

42 VIGO, Rodolfo. Ob. Cit. p. 17

43 HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. Ob. Cit. P. 78



medicamentos, etc. ingeridos o suministrados conscientemente, no excluyen de responsabilidad a la persona que bajo sus efectos cause daño a terceros. El daño moral y el fisiológico así como la responsabilidad por actividades peligrosas se han reconocido como desarrollos necesarios de la responsabilidad superando un juridicismo tradicional que escudriña el tenor literal de la ley y la voluntad de su creador.

## **h. De la soberanía nacional al derecho globalizado y supranacional**

Otra característica del nuevo derecho se manifiesta en el hecho de que el estado soberano con capacidad monopólica de establecer su derecho en su espacio ha pasado al estado globalizado y sometido a la influencia de derechos dictados más allá de sus fronteras. La Unión Europea, por ejemplo es fuente de derecho comunitario transnacional. La convención Americana de derechos humanos traza pautas a los países firmantes en un número significativo de temas. La Corte Penal internacional y su influencia lentamente van marcando profundas renovaciones en el derecho penal interno de los países. El derecho comparado se torna en fuente del derecho cada vez más importante. Un tribunal nacional, un experto en responsabilidad civil actualizado no puede soslayar el conocimiento en torno a las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como de los dictámenes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos de la O.E.A. que desde 1979 se ha constituido como ente judicial y consultivo de los Estados firmantes,<sup>44</sup> le corresponde la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros tratados interamericanos.<sup>45</sup>

44 La Convención Americana Sobre Derechos Humanos se adoptó en 1969 en una conferencia intergubernamental llevada a cabo en San José, Costa Rica. La Convención fue organizada por la Organización de Estados 624 Americanos (OEA). En esta convención, la OEA extendió la función de la Comisión Interamericana en Derechos Humanos (la Comisión Interamericana o la Comisión) y creó la Corte Interamericana. Tanto la Comisión Interamericana como la Corte fueron confiadas con la misión de proteger los derechos descritos en la Convención. La Comisión Interamericana se estructuró como un foro original para aquellas personas que manifestasen ser víctimas de violaciones de sus derechos humanos, con la alternativa de enviar casos irresueltos a la Corte Interamericana.

45 Hasta el momento, los siguientes Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam, Trinidad & Tobago, Uruguay y Venezuela.

En los escasos años de funcionamiento sus decisiones están marcando una nueva tendencia en el concepto mismo de daño y su reparación a las víctimas y la imprescriptibilidad de las acciones.<sup>46</sup> Los fundamentos de esos desarrollos jurisprudenciales en materia de reparación de daños por violación de derechos humanos la Corte Interamericana ha señalado en el caso *María Elena Loayza Tamayo vs. Perú*, que todo el capítulo de violaciones de los derechos humanos debe ser “repensado desde la perspectiva de la integralidad de la personalidad de la víctima y teniendo presente su realización como ser humano y restauración de su dignidad”.<sup>47</sup>

En sus sentencias condenatorias a los estados por violación de los derechos humanos se han establecido criterios de reparación no presentes en los procesos tradicionales tales como publicación en el diario oficial del estado y en periódicos de amplia circulación nacional el contenido de la sentencia condenatoria de modo que su difusión procure una reparación de tipo moral a las víctimas y sus herederos. En ocasiones la Corte Interamericana establece plazos para que las autoridades nacionales hagan las investigaciones judiciales correspondientes y se juzgue y sancione a todos los autores de las violaciones de derechos humanos. En materia de reparación de daños ordena el pago de sumas para indemnizar el daño material, el inmaterial y el de la expectativa de vida. En ocasiones ha establecido condenas a los estados del otorgamiento de becas de estudio y médicos para los parientes de las víctimas, y en algunos casos ha ordenado la construcción de monumentos y placas en memoria de las víctimas. Así por ejemplo el Estado Colombiano fue condenado en un famoso caso por la muerte de diez y nueve comerciantes que fueron asesinados por grupos de autodefensa con la tolerancia de autoridades de la fuerza pública. La Corte Interamericana consideró que en este caso Colombia violó los derechos a la libertad personal, a la integridad personal, a la vida, garantías judiciales, protección judicial consagrados en los artículos 7, 5, 4, 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y por lo mismo la condenó a pagar los perjuicios a los herederos. Adicionalmente se obligó a Colombia a la construcción de un monumento en memoria de las víctimas que

46 Aunque la Convención fue adoptada en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, celebrada del 7 al 22 de noviembre de 1969 en San José, Costa Rica, no entró en vigor hasta el 18 de julio de 1978, cuando fue depositado el undécimo instrumento de ratificación por un Estado Miembro de la Organización de los Estados Americanos.

47 Informe Anual de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, 2003, caso *María Elena Loayza Tamayo vs Perú*, Anexo XXXII.

en ceremonia pública se inaugurara para la reparación del buen nombre de las víctimas y sus familiares. Los parientes de las víctimas recibirán tratamiento médico y psicológico por parte del Estado y en algún caso la repatriación de algunos exilados fuera del país. La Corte Interamericana también otorgó una indemnización por US\$ 150.000 dólares por cada víctima a los familiares por concepto de un novedoso tipo de daño denominado proyecto de vida.

### **i. De la visión mágica del lenguaje a sus complejidades**

La concepción racionalista del Código Napoleónico llevó a pensar que la palabra era la expresión unívoca del concepto jurídico. Bastaba entonces advertir al interprete la prohibición de apartarse del tenor literal de la ley a pretexto de consultar su espíritu cuando ella no tenga expresiones oscuras (art. 27 del Código Civil). Pero la filosofía de lenguaje nos ha enseñado que el sentido de una palabra tiene inconvenientes, unas veces semántico (de las palabras con las cosas), otras sintáctico (de las palabras entre sí) y en otras problemas pragmáticos (de las palabras con los usuarios). Esto ha llevado a países como Reino Unido, Francia y Estados Unidos a establecer regulaciones en el terreno lingüístico. En nuestro sistema predomina más la anarquía.<sup>48</sup>

El derecho de la responsabilidad no escapa a la torre de Babel que es hoy el lenguaje jurídico. ¿Qué es la culpa?, ¿el Daño es un interés jurídicamente protegido? ¿Nexo causal o imputación del efecto al demandado? ¿Cuál es el nombre más apropiado para la responsabilidad civil?

El derecho es una ciencia de conceptos, los conceptos se expresan en términos o palabras. La correcta expresión del concepto, la palabra apropiada, determina la esencia, el contenido y la extensión del mismo derecho. No es indiferente al jurista de hoy entonces la problemática que en la filosofía se da al lenguaje. Ya no se trata solo de acudir al diccionario autorizado, al académico, al lingüista, para desentrañar el sentido de la palabra. Pero como sostiene RUIZ JIMÉNEZ, el análisis en profundidad y clarificación conceptual corresponden al filósofo del derecho.<sup>49</sup> ¿Acaso no será la falta de un trabajo, desde la filosofía del derecho, de los conceptos y principios de la responsabilidad civil lo que hace falta para entender que es el daño moral o el daño extrapatrimonial? ¿No será que aquellos términos esenciales de la responsabilidad civil se han vaciado de contenido pre-

48 VIGO, Rodolfo Luis. Ob. Cit. p. 24

49 RUIZ JIMÉNEZ, Joaquín. *Introducción a la Filosofía Jurídica*, EPESA, Madrid, 1960, p. 168 citado por VIGO, *Interpretación Jurídica*, p 229.

ciso, o mejor aún que se han convertido en términos polisémicos por la falta de una definición conceptual desde la teoría del derecho y la ius filosofía?

#### 4. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión pensamos que la síntesis de todas estas nuevas facetas del derecho actual sin duda deben contribuir a la transformación del hombre- intérprete del derecho. Los cambios, más que en la ciencia deben estar en el hombre que lo opera. El derecho debe pasar de ser fin a convertirse en medio para el hombre y para la vida.

Los ingentes esfuerzos por construir una “ciencia pura del derecho” un sistema completo y autónomo han llevado a que se convierta al derecho en un fin en sí mismo que está para ser contemplado y aplicado con prescindencia de resultados. El jurista ATIENZA al hablar del sentido del derecho nos recuerda que “no puede ser otra cosa que la aspiración a la justicia, o para decirlo en términos más modernos y más realistas: la lucha contra la injusticia”.<sup>50</sup>

Podemos decir que ciertamente se puede construir un derecho puro y dogmático, donde la perfección de la norma sea su centro, donde los valores, los principios, la justicia le sean extraños, pero ciertamente ese será un derecho contra el hombre y la vida. Y como sostiene Vigo. “desde la perspectiva de un derecho al servicio del hombre y de todo hombre, resulta insostenible no sólo negarle a los principios el carácter de fuente de atribuciones y respuestas jurídicas, sino reconocerle una función de ese tipo meramente accesoria o supletoria.” Los principios como ya dijimos, amplían enormemente al derecho vigente y se constituyen en referencia permanente y central de la tarea propia del jurista”.<sup>51</sup>

La tarea de la reflexión de los principios de la responsabilidad civil no se puede dejar en manos exclusivamente de los filósofos del derecho. Quienes tenemos por vocación u oficio el derecho de la responsabilidad debemos en diálogo con la teoría del derecho contribuir a la formulación de los conceptos más esenciales de la responsabilidad civil que hoy están en algún grado de indefinición como acertadamente lo señala el jurista Argentino CARLOS ALBERTO GHERSI: “El derecho es otro y especialmente lo atinente a la responsabilidad civil.”<sup>52</sup> En igual sentido el Profesor Español Luís Díez Picazo al respecto afirma “El Derecho de la respon-

50 ATIENZA, M. *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, p 312.

51 VIGO, Rodolfo. Ob. Cit. P. 95.

52 GHERSI, Carlos Alberto. *Modernos conceptos de responsabilidad civil*. 1ª edición. 1995. Biblioteca jurídica DIKE, Medellín, p. 8

sabilidad Civil o Derecho de daños se encuentra, en los momentos actuales, en un momento muy sensible de indefinición, pues convergen en él las tendencias doctrinales y jurisprudencias que han empujado en las últimas décadas su evolución hacia una significativa ampliación”.<sup>53</sup>

La enseñanza del derecho de la responsabilidad civil en nuestro tiempo debe abordarse de una manera nueva. En palabras del profesor GABRIEL MORA: “Enseñar derecho es enseñar a operar con el Derecho. No es memorizar. No es repetir fórmulas vacías de contenido, o sustraídas de la realidad en la que aparecen los derechos y las deudas concretas. Tampoco es repetir reglas de un código. No es enseñar deducciones. Enseñar derecho (derecho de la responsabilidad diríamos nosotros) es razonar, deliberar prudentemente sobre la persona humana en cuanto a sus cosas jurídicas, es descubrir, interpretar, redescubrir para de nuevo interpretar los hechos y los actos concretos, de personas concretas, frente a las cuales aparece la necesidad de darles (o restituirles, devolverles, entregarles) cosas concretas, o de quitarles aquellas que indebidamente han obtenido”.<sup>54</sup>

---

53 DÍEZ PICAZO, Luis . Derecho de Daños. Editorial Civitas. España. 1999 Pág. 19. Es lugar común en los tratados de responsabilidad señalar la dificultad de sistematización y armonización de la responsabilidad extracontractual. Carvalho de Mendonca, en su obra *Doctrina e prática...*, t. 2, p 439, num 736. Citado por PEIRANO FACIO, Ob. Cit. pág. 6, señala: “no hay en todo el derecho civil materia más vasta, más confusa, y de más difícil sistematización.”

54 MORA RESTREPO, Gabriel. Ob. Cit. P 346-347.

# ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: LA FUERZA MAYOR Y CASO FORTUITO COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR ACTIVIDADES PELIGROSAS AL TENOR DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. 1994-2005

Carolina Martínez<sup>1</sup>

## CONTENIDO:

Introducción

1. Elementos esenciales de las actividades peligrosas a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia
2. Fuerza mayor y caso fortuito como eximente de responsabilidad civil extracontractual por actividades peligrosas
3. Conclusiones
4. Bibliografía

## INTRODUCCIÓN

*“La responsabilidad civil es la estrella del derecho civil universal, domina don-dequiera. Ello obedece a que hoy los principios de la responsabilidad civil se han convertido en sanción general de todas las reglas de derecho. Más aún: no se vacila en acudir a ellos para atenuar, por un parte, la aplicación de disposiciones que se juzgan demasiado estrictas, y para aumentar, por otra parte, reparaciones legales que se consideran insuficientes”.*  
Henri y León Mazeaud

---

<sup>1</sup> Abogada Universidad de la Sabana. Especialista en Derecho Privado Económico de la Universidad Nacional de Colombia. Docente auxiliar de responsabilidad civil extracontractual de la Universidad de La Sabana.

Nuestro principal objetivo en el presente trabajo es analizar, evaluar y comparar la jurisprudencia existente entre los años 1994 y 2005, en la Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Civil y Agraria, en cuanto a la fuerza mayor o caso fortuito, como eximente de responsabilidad civil extracontractual por actividades peligrosas, verificando como han sido valorados en los diferentes casos concretos, los requisitos de impresibilidad, irresistibilidad y exterioridad del agente.

Para lograr este propósito en primera instancia estudiaremos algunas sentencias históricas emitidas por la Corte Suprema, y sobre las cuales se sustenta la aparición de las actividades peligrosas como institución de responsabilidad civil. Con base en este examen y con la premisa que ningún hecho físico puede considerarse a priori como fuerza mayor o caso fortuito, haremos mención a casos fallados por esta alta Corte entre los años 1994 y 2005, para determinar los factores particulares de cada caso, que llevaron a la Corte a declarar a una persona, no responsable por responsabilidad civil extracontractual por actividades peligrosas, con base en la prueba de este tipo de causa extraña.

Para lograr los objetivos propuestos, esta investigación tendrá como primer capítulo dedicado en su orden, a las actividades peligrosas como institución de responsabilidad civil extracontractual y el avance jurídico que estas han tenido a través de la jurisprudencia; al nexo causal como elemento de la responsabilidad civil extracontractual y a la causa extraña, específicamente a la fuerza mayor y caso fortuito, como fuente de la ruptura del nexo causal. La segunda parte será el estudio formal de la fuerza mayor o caso fortuito como eximente de responsabilidad civil extracontractual por actividades peligrosas al tenor de la Corte Suprema de Justicia de Colombia desde el año 1994 hasta 2005.

Antes de empezar con el desarrollo de nuestro trabajo es bueno recordar la responsabilidad civil se escribe día a día de la mano con el avance de la sociedad. "A medida que la civilización se desarrolla, las relaciones sociales se hacen más y más complejas, el círculo de la actividad jurídica de cada uno de nosotros, penetra más adentro del de nuestro semejantes. Estamos tan vecinos los unos de los otros que se nos hace imposible obrar sin correr el riesgo de perjudicar a otro, y no obstante, estamos condenados a obrar más cada vez".<sup>2</sup> Bajo esta afirmación, encontramos ahora, conflictos encaminados para reparar daños ocasionados por conductas que anteriormente no eran catalogadas como generadoras de algún

---

2 MAZEAUD, Henri y León. Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil Delictuoso y contractual. Edición 114. Editorial Colmex.

perjuicio<sup>3</sup> o que simplemente no existían, como la contaminación ambiental etc. Como lo manifiestan Henri y León Mazeaud “allí donde en otros tiempo soportábamos el daño causado inclinándonos ante el azar nefasto, procuramos hoy encontrar el autor del daño; buscamos un responsable, queremos hacernos indemnizar a todo trance, pretendemos no soportar ya nada, no retrocedemos ante las desazones y los gastos de un proceso, gritamos ¡injusticia! cuando no obtenemos reparación”.<sup>4</sup>

Esta situación ha llevado a la responsabilidad civil a moverse de un extremo a otro dependiendo de las preocupaciones sociales de una época. Así por ejemplo, para Ripert, desde el inicio de la era tecnológica “el descubrimiento de nuevas fuerzas y el empleo de las que aún no habían sido captadas, han puesto en manos de algunos hombres instrumentos maravillosos: su empleo no deja de ofrecer peligros... La gran industria, los ferrocarriles, la circulación de automóviles, los aparatos elevadores, las canalizaciones destinadas al alumbrado, todo esto es causa de riesgos en la ciudad moderna y por consiguiente de responsabilidad”. Al llegar a este punto nos preguntamos ¿cómo es posible que las normas de responsabilidad se actualicen de acuerdo con correr del tiempo?

Jurídicamente hablando, encontramos que la adecuación de las normas de responsabilidad civil se hace a través de las sentencias de los jueces. Esto a simple vista parece un poco contradictorio ya que al ser nuestro sistema jurídico, de tradición romana, se fundamenta ,básicamente, en la norma positiva; lo que lleva a afirmar que el ordenamiento jurídico se compone, entonces, de las normas expedidas, en su orden y categoría, por la Constitución Política, las leyes, los decretos, las resoluciones, las órdenes, las ordenanzas, los acuerdos, etc. “Desde la perspectiva de la Nueva Economía Institucional, tales normas son denominadas “instituciones formales”, entendidas como las reglas de juego escritas y producidas por el órgano legislativo o la autoridad investida de la función de crearlas”.<sup>5</sup> Gracias a este planteamiento una de las principales consecuencias ha sido que en Colombia se asuma que tradicionalmente los jueces solo: 1. aplican meramente la ley sin crearla 2. Sus pronunciamientos judiciales son importantes para ilustrar las normas positivas solo cuando estas son oscuras o ambiguas 3. Su

3 Como ejemplo: Responsabilidad civil de las personas jurídicas, mala praxis en las profesiones, específicamente en la actividad médica.

4 MAZEAUD, Henri y León. Ob. Cit. Pág. 10.

5 Colombia. Ministerio Del Interior Y De Justicia. Política De Simplificación Del Ordenamiento Jurídico. Reglas del juego coherentes, claras y sencillas. Julio de 2003. En: <http://www.mininteriorjusticia.gov.co/>. Consultado el día 16 de febrero de 2005.



obligación judicial de fallar conforme a derecho se cumple preferente o exclusivamente mediante la obediencia de las reglas establecidas por el constituyente o el legislador y 4. Como corolario, que los jueces están “atados” a la ley pero son “independientes” frente a las sentencias judiciales con las que se han fallados casos anteriores.<sup>6</sup>

A pesar de este panorama, pensamos en el mismo sentido que Henri Capitant, cuando afirma que hay que darle el valor histórico que se merece, “a la información que se encuentra en la jurisprudencia de los tribunales”. Ya que “conservando la naturaleza y la frecuencia de los litigios que se presentan ante los magistrado, se podrá escribir la vida económica y social de un país en diversas épocas. Este estudio permite descubrir en lo vivo las repercusiones de las leyes, y de los hechos sobre las relaciones entre los individuos.” (Sin resaltar el original). Enfocando esta cita en el campo de la responsabilidad civil colombiana, estudiamos el siguiente caso: El principio general de responsabilidad civil, que se encuentra en el artículo 2341<sup>7</sup> del Código Civil, que permanece hasta ahora sin modificaciones en su redacción original, sigue el postulado de Domat según el cual no hay responsabilidad sin culpa. A pesar de esta situación, el desarrollo moderno de la responsabilidad civil, a nivel nacional como internacional, ha tomado un giro dejando el elemento de la culpa, entendida como negligencia e impericia, relegada, enfocándose más hacia la importancia del daño y dándole cada día más importancia a los regímenes de responsabilidad objetiva, todo esto en beneficio de la víctima que sufrió el daño y bajo la afirmación que la “responsabilidad civil no tiene por objeto sancionar sino reparar”.<sup>8</sup> La Corte Suprema de Justicia toma este postulado como cierto y a partir de 1938 empieza a estructurar la teoría de la responsabilidad civil por actividades peligrosas, del Art. 2356 del Código Civil, “y desde ese preciso instante hasta hoy, la jurisprudencia es indiscutible en cuanto a que la víctima debe probar únicamente que el daño fue causado en el ejercicio de una actividad peligrosa, en cuyo caso el demandado solo podrá exonerarse demostrando causa extraña”.<sup>9</sup>

6 LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial. Editorial Legis. 2001

7 Colombia. ART. 2341.—El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

8 DE TRAZEGNIES, Fernando. La responsabilidad Extracontractual. Tomo I. Editorial Temis. 1999

9 TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad Civil. Las presunciones de responsabilidad y sus medios de defensa. Editorial Temis. 1989

Es bueno aclarar que no pretendemos afirmar que algunos de los elementos o principios de la responsabilidad civil deben derogarse tácitamente por los fallos judiciales. Simplemente queremos mostrar como al interpretar las leyes, los jueces ponen al día la norma frente a un caso que lo amerita. En el caso que comentábamos, la jurisprudencia no borra el elemento culpa, como requisito de responsabilidad, solo lo exigirá en algunos tipos de responsabilidad, además que este siempre estará presente a través de la capacidad para ser responsable por un daño.

Siguiendo con el examen de la responsabilidad civil y en especial de sus elementos, observamos como “constituye el para los teóricos un notable campo de estudios. Poca cuestiones, en efecto, tan arduas y tan debatidas. Sin dificultad se cuentan los puntos acerca de los cuales están de acuerdo los autores, y la discusión, lejos de ser meramente especulativa, tiene eco en la jurisprudencia. Los tribunales están tan divididos como la doctrina.”<sup>10</sup> Pero este examen se ha limitado un poco al tema la culpa y el daño. Acordémonos como desde la época del Imperio Romano hasta nuestros días se ha escrito millares de hojas sobre el tema de la culpa. Doctrinantes, magistrados, abogados especializados en todas las ramas del derecho, han tomado posiciones, extremas en algunos casos, sobre su importancia, sobre su necesidad o sobre su prueba entre otros aspectos. En cuanto al daño el estudio se hace más exigente y largo; se podrían escribir libros enteros sobre su clasificación, los principios generales para repararlo, y porque no, sobre su definición. Solo nos queda un elemento que no se olvida pero si se evade, y este no es otro que el nexo causal.

La prueba del nexo causal entre la conducta de una persona y el daño sufrido por un tercero a es catalogado fácil si se mirar desde el punto de vista físico. La cuestión se complica cuando este nexo se estudia desde la barrera jurídica. Como lo afirman los Carlos Darío Barrera y Jorge Santos Ballesteros “Existen eventos con relevancia jurídica que no pueden ser explicados con la simple causalidad física, pues esta solo reconoce hechos positivos, característica de la que no gozan las omisiones, lo que no medra para considerarlas fenómenos jurídicos. El concepto de causa debe entonces rebasar el hecho físico para situarse en el fenómeno jurídico y así ser omnicomprensivo”.<sup>11</sup>

10 MAZEAUD, Henri y León. Ob. Cit. Pág. 15.

11 BARRERA TAPIAS, Carlos Darío, SANTOS BALLESTEROS, Jorge. El daño justificado. Seminarios 2. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Reimpresión 2003.

Como anotamos anteriormente, por consenso general para no ser responsable cuando por el ejercicio de una actividad peligrosa se produce un daño, se debe alegar una causa extraña que rompa el nexo causal y la conducta que produjo el daño. Dentro de la causa extraña, encontramos la fuerza mayor o caso fortuito, cuya definición<sup>12</sup> está en el artículo 64 del Código Civil Colombiano. La fuerza mayor o caso fortuito adquiere mayor relevancia cuando en el proceso se establece que el demandado ha sido el instrumento de daño, es decir, lo ha producido. Como anotan Planiol y Ripert<sup>13</sup> “no se puede decir que, en estos casos, el deudor no ha sido la causa del daño. Esto solo se puede decir contemplando otro orden de causalidad, que podría llamarse la causalidad moral, la cual supone un juzgamiento sobre la conducta para aprobarla o condenarla, o, llegado el caso excusarla”.

La fuerza mayor o caso fortuito es considerada como un hecho imprevisible, irresistible y no imputable a culpa del deudor o causante del daño. “Los autores continúan la discusión sobre si un temblor de tierra, un acto de piratería o una inundación constituyen fuerza mayor o caso fortuito; es más el propio Código Civil Colombiano, en el artículo 1 de la ley 95 de 1890, trae como ejemplos naufragio, el terremoto, el apresamiento de enemigos etc. Entonces ¿Cuáles son, pues, los criterios que deben considerarse para que podamos decir que determinado hecho constituye fuerza mayor o caso fortuito?”.<sup>14</sup>

Algunos doctrinantes han concluido que ningún evento, en sí mismo constituye un caso fortuito. Javier Tamayo Jaramillo trae un ejemplo sencillo que para ilustrar este punto: “cuando el Código Civil se redactó los huracanes eran imprevisibles e irresistibles como fenómenos en sí mismos; hoy en día se sabe la fecha y hora en que el huracán pasará por determinado sitio. Por consiguiente ¿deberá considerarse que el huracán ha dejado de ser una fuerza mayor o caso fortuito, puesto que la ciencia ha podido prever no solo su ocurrencia sino que también evitarla? Como puede verse, pues, la causa del fenómeno, a veces, es previsible o imprevisible, resistible o irresistible. Por esto la impresibilidad y la irresistibilidad que debe acompañar la fuerza mayor o el caso fortuito no tiene por qué buscarse en la causa del fenómeno sino en sus efectos”.<sup>15</sup> Motivo por el cual hay

12 Imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos (sic) de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.

13 PLANIOL, Marcel, Georges Ripert. Tratado Elemental de Derecho Civil. Tomo IV. Cárdenas Editores. Pág. 326. 1991

14 TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. Cit. Pág. 329

15 TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. Cit. Pág. 335

que estudiar en cada caso en concreto si el agente que causo el daño tenía el deber general de prudencia o la obligación contractual de prever y resistir un acontecimiento por el cual se produjo un daño.

La cuestión de los elementos necesarios para romper el nexo causal - sumamente compleja- es que la conducta de la víctima puede haber contribuido a la causación del hecho, sin haber sido culpable, circunstancia, que como hemos repetido, debe ser estudiado en casos concretos y que mejor que en casos que ya han sido resueltos por los tribunales. Y es exactamente sobre este punto, como lo anotábamos al inicio de esta introducción, que recaerá el análisis que hagamos a las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, cuando esta se pronuncia sobre casos de fuerza mayor o caso fortuito como eximente de responsabilidad civil extracontractual por actividades peligrosas; haremos especial énfasis en el estudio que ha realizado la Corte sobre los requisitos – imprevisibilidad, irresistibilidad y exterioridad al agente- que debe reunir un hecho para ser catalogado como causa extraña lo que conlleva a que solo con la prueba de cada uno de estos y con la reunión de todos, y no de una evaluación a priori, podremos determinar si un daño fue producido por una fuerza mayor y caso fortuito.

## **1. ELEMENTOS ESENCIALES DE LAS ACTIVIDADES PELIGROSAS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

Mucho se ha escrito sobre la trascendencia de las actividades peligrosas dentro de la responsabilidad civil extracontractual y como esta institución se ha convertido en uno de los temas controvertidos, en particular por la jurisprudencia, dentro del derecho público y privado. Pero ¿es esto un capricho? o tiene en verdad alguna significación.

Como todo tema jurídico, el desarrollo de las actividades peligrosas ha tenido etapas que se diferencian unas de otras especialmente por las decisiones de los jueces. En nuestro caso en particular creemos que el proceso empieza en el siglo XIX con la revolución industrial y la aparición de nuevas máquinas, circunstancia que expuso a las personas y en particular a

los trabajadores a ser víctimas de numerosos accidentes. Desde este momento famosos doctrinantes como Josserand<sup>16</sup> manifestaron su preocupación por la dificultad de la prueba de la culpa, lo que conllevaba que muchos hombres y mujeres no recibieran indemnización, reparación o compensación por los daños recibidos en ocasión de unos de estos accidentes. A partir de entonces los jueces empezaron a preguntarse por la posibilidad de una responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpa. Después de superada esta etapa de la cual se concluye que para protección de las víctimas o perjudicados, se acepta que si puede existir responsabilidad sin culpa, además que la carga de la prueba en estos casos, la tiene el propietario de la cosa que produjo el daño,<sup>17</sup> siguen otros periodos de evolución en donde se establecen, entre otras cosas, quien es el responsable del daño, etapa en la cual también surge la teoría del riesgo y la teoría del guarda o guardián de la cosa; y más adelante, en otra fase - cuando se cuestionó si las actividades peligrosas traen consigo una presunción de culpa o una presunción de responsabilidad - como se podía desvirtuar cualquiera de estas presunciones, inquietud que se solucionó con la regla general que solo la ocurrencia de una causa extraña puede exonerar por actividades peligrosas.

Como veremos en el siguiente numeral este hecho no fue ajeno a Colombia y por supuesto a nuestros jueces, motivo por el cual abordaremos primero la evolución que han tenido las actividades peligrosas como institución jurídica en nuestro ordenamiento, haciendo especial énfasis al tratamiento que la Corte Suprema de Justicia ha dado a la mal llamada, adelantándonos un poco, presunción de culpa contenida en las actividades peligrosas, para luego analizar los princi-

16 El desarrollo jurisprudencial en torno a la responsabilidad por el hecho de las cosas, comienza en Francia cuando en el auge industrial, la maquina hace su irrupción definitiva en la sociedad y consecuentemente, el aumento de los accidentes provenientes del contacto con las cosas se incrementan de modo alarmante y donde la culpa del propietario no es clara. Esto lleva a que las víctimas de accidentes de trabajo, automovilísticas, etc., se vieran en los Tribunales con grandes dificultades para probar la culpa del propietario de la "cosa" y por ende la reparación de su daño se hacía, en la práctica, inoperante. Fue Josserand, quien en unas celebres conferencias en las facultades de derecho de Lisboa, Coimbra, Belgrado, Bucarest y Bruselas, expuso la orientación que vendría a tomar la jurisprudencia para salir de esta aporía. "Ante una mayor inseguridad material hay que darle a la víctima una mayor seguridad jurídica" en el mismo sentido agrega: "Ya que corremos serios riesgos de accidentes, tengamos por lo menos la certidumbre de obtener, llegado el caso, la reparación, nosotros mismos si sobrevivimos al penoso percance, o nuestros herederos si nuestro destino ha de quedar sellado" (El Abuso de los Derechos y otros Ensayos. Bogotá. Editorial Temis. 1982 Pág. 65). En: VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio C. Instituciones de Responsabilidad Civil y el Estado. Libro personal. 2005. In press.

17 Para el caso específico de Francia, donde las actividades peligrosas son una clase de responsabilidad por las cosas, contrario al caso colombiano en donde el Art. 2356 se aplica a todo individuo que genere un daño en ejercicio de una actividad peligrosa con cosas y sin ellas.

pios y generalidades del nexo causal – elemento de la responsabilidad a refutar para exonerarse de responsabilidad por actividades peligrosas- y la fuerza mayor y caso fortuito de manera separada pero siempre encaminados hacia el mismo fin: como se interrelacionan.

### **1.1. Las actividades peligrosas: Expresión de la responsabilidad objetiva**

Como anotábamos, en el último siglo, el hombre ha pasado de una actividad económica agrícola y rudimentaria, a la posesión de especializados y refinados conocimientos, detonantes de avances tecnológicos sin par. La Corte Suprema, en este sentido se ha pronunciado diciendo:

*“Tal desarrollo, ha ido acompañado de la mano con la floración de un haz de peligros de todo orden, variados y amenazantes, por lo demás, que han conducido a legisladores y a jueces, en general, a adoptar genuinas y justicieras soluciones, acordes con tal evolución, en manera alguna ayuna de relevancia en la esfera jurídica”.<sup>18</sup>*

Aludiendo a la necesidad de las sociedades modernas de compensar estos adelantos del mundo actual a partir de los años treinta,<sup>19</sup> la Corte Suprema de Justicia, empezó a precisar el alcance del artículo 2356<sup>20</sup> del Código Civil. Desde

18 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Expediente No. 7069 treinta (30) de septiembre de dos mil dos (2002)

19 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Civil y Agraria. Sentencias de 30 de noviembre de 1935, 14 de marzo y 31 de mayo de 1938.

20 En sentencia de 12 de mayo de 1939, se sentaron por primera vez las bases sobre las cuales se debían estudiar las actividades peligrosas. De ese fallo son los siguientes apartes: “(...) pero fuera de esta responsabilidad directa, hay otra que no por indirecta es menos eficaz, en virtud de la cual estamos obligados a responder del hecho dañoso de personas que están bajo nuestra dependencia, o de las cosas animadas o inanimadas cuya guarda o custodia nos compete. Esta ya es una responsabilidad de carácter excepcional, porque no proviene inmediatamente del acto personal del interesado, sino de presunciones de culpa que la ley establece contra el responsable. (...). Antecedente de la anterior doctrina, es el fallo de 14 de marzo de 1938, que no solo señaló la distinción entre los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, sino que concluyó que si por regla general la carga de la prueba en materia extracontractual corresponde al demandante, por excepción, como cuando se trata de la responsabilidad (...) por el daño de las cosas inanimadas que están bajo el cuidado de los hombres, la prueba se desplaza del demandante para recaer sobre el demandado por la presunción de culpa que establece la ley en varios textos como los artículos 2346 y 2356 del Código Civil...” y aludiendo a esta última norma y su razón de ser, agregó que

entonces la teoría de las actividades peligrosas como forma de incurrir en responsabilidad civil cuando con ocasión de su ejercicio se causa un daño, nació y se consolidó en el medio jurídico colombiano.

Como primera medida observamos que el artículo 2356 del Código Civil, no define que es una actividad peligrosa, ni fija pautas o reglas llamadas a regularla; pero la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte ha sostenido que habrá una actividad peligrosa cuando el hombre para desarrollar una labor, adiciona a su fuerza una ‘extraña’, que al aumentar la suya rompe el equilibrio que antes existía con los asociados y los pone “en inminente peligro de recibir lesión, aunque la tarea se desarrolle observando toda la diligencia que ella exige.”<sup>21</sup>

A partir de esta definición también ha precisado que por actividad peligrosa, debe entenderse la que: “aunque lícita, es de las que implican riesgos de tal naturaleza que hacen inminente la ocurrencia de daños”,<sup>22</sup> y más recientemente, las define como las que:

---

“mal puede reputarse como repetición de aquél (el 2341), ni interpretarse en forma que sería absurda si a tanto equivaliese, contempla una situación distinta y la regula, naturalmente, como a esta diferencia corresponde. Así es de hallarse desde luego en vista de su redacción y así lo persuaden, a mayor abundamiento, los ejemplos que aduce o plantea para su mejor inteligencia, a manera de que casos que especialmente se debe reparar el daño a que esta disposición legal se refiere, que es, todo el que ‘puede imputarse a malicia o negligencia de otra persona’. Exige, pues, tan solo que el daño pueda imputarse” (Sent. 2 de diciembre de 1943 -G.J. LVI Pág. 320- igual sentido Sent. 18 Noviembre de 1940. G.J. L, Pág. 440, Sents. 31 mayo 1938, junio 24 1942, 7 de julio de 1977). Y precisando aún más los conceptos, anteriores, la Corte Suprema en fallo del 18 de abril de 1939 (G.J. XLVIII Pág. 165) dijo “El artículo 2347 del C.C., establece el principio de la responsabilidad por hechos, ajenos, y el artículo 2356 del mismo texto, sienta esta norma, bien se trate de responsabilidad directa o indirecta: ‘por regla general todo daño que puede imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta’. Los ejemplos que allí se mencionan son ilustrativos y se refieren a hechos en que el daño aparece en la cosa misma, por cierta peligrosidad que en ella se transparenta. La Corte ha sostenido la doctrina de que conforme a la disposición del artículo 2356 del C.C., existe una presunción de responsabilidad en contra del agente respectivo, en los casos de daños causados por ciertas actividades que implican peligros, inevitablemente anexos a ellas, responsabilidad por la cual no se exonera de la indemnización, sino en cuanto se demuestre caso fortuito, fuerza mayor o intervención de elementos extraños”.

21 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Civil y Agraria Sentencia de abril 30 de 1976

22 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Civil y Agraria. G.J. CXLII, Pág. 173, reiterada en

*“Debido a la manipulación de ciertas cosas o al ejercicio de una conducta específica que lleva ínsito el riesgo de producir una lesión o menoscabo, tiene la aptitud de provocar un desequilibrio o alteración en las fuerzas que -de ordinario- despliega una persona respecto de otra”.*<sup>23</sup>

Así mismo ha fijado unas pautas para calificar o no un actividad como peligrosa, ya que los casos establecidos en el artículo 2356 del Código Civil, son ilustrativos y puntos de referencia. Así pues para la Corte Suprema para calificar o no una conducta como actividad peligrosa se deben tomar criterios objetivos como la naturaleza propia de la cosa o de la actividad, y las circunstancias en que aquellas se realizan y el comportamiento de la persona que ejecuta o se beneficia de aquella cosa o actividad, en relación con las precauciones adoptadas para evitar que la cosa potencialmente peligrosa cause efectivamente daño. En este sentido encontramos la siguiente apreciación:

*“De manera que la peligrosidad (de una actividad) es una cuestión de hecho que debe ser examinada con apoyo en criterios objetivos, en cada caso concreto, salvo que se esté en presencia de una anticipada calificación legal, porque lo cierto es, como lo ha verificado la Corte, que aun dejando de lado los consabidos ejemplos de las máquinas industriales y los aparatos que se ponen en movimiento, como los automotores, también es posible que ‘las cosas inertes’, ‘pueden ser puestas circunstancialmente por el hombre en situación de riesgo inminente para terceros y por lo mismo ocasionarles perjuicios a pesar de hallarse en reposo”.*<sup>24</sup>

Gracias a aplicación de estos racionamientos la Corte ha catalogado como actividades peligrosas entre otras:

*“Tomando como punto de partida los ejemplos que trae el artículo 2356, los cuales se explican para la época de expedición del Código, la jurisprudencia de la Corte y la doctrina particular, analógicamente y en consideración a casos concretos, ha venido calificando como actividades peligrosas, las labores que conllevan al empleo de máquinas o la generación, utilización, distribución o almacenamiento de energías. En ese orden, han señalado como actividades peligrosas, entre otras, la conducción de vehículos automotores terrestres, la aviación, la construcción de un edificio, la utilización de elevadores de carga, la conducción de ganado frente a los peatones, fumigaciones aéreas, utilización de explosivos, los gases residuales de las fábricas, las chimeneas de instalaciones industriales, etc.”*<sup>25</sup>

---

G.J. CCXVI, 504

23 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Civil y Agraria sentencia de Octubre 23 de 2001, Exp. 6315

24 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sent. de 22 de febrero de 1995.

25 Entre otras, se pueden consultar las sentencias de 14 de marzo de 1938, 3 de mayo de 1965, 27 de abril de 1990, 30 de abril de 1976, 4 de septiembre de 1962, 1º. de octubre de 1963 y 22 de febrero de 1995



*Sin duda esta lista aumentará con el paso de los años, ya que, y gracias a la lectura que le podemos dar a las estipulaciones de la Corte Suprema, el desarrollo de las actividades peligrosas y de la responsabilidad civil van en concordancia con la frase de Josserand que ratifica que “en esta materia (responsabilidad civil) la verdad de ayer no es la de hoy, y ésta, a su turno, deberá ceder su puesto a la de mañana”.<sup>26</sup>*

Siguiendo con la consolidación el desarrollo de las actividades peligrosas como institución jurídica, encontramos que en el transcurso de la década de los 30, la Sala Civil de Casación Civil y Agraria empieza a averiguar cómo denominar la ventaja procesal, si se puede llamar así, de no probar la culpa por parte de la víctima. Desde entonces vemos como la Corte Suprema y muchos doctrinantes, encuentran propicio afirmar que las actividades peligrosas comportan una presunción de responsabilidad o, en la gran mayoría de los casos, una presunción de culpa. Sobre este particular la Corte ha puntualizado:

*“no puede menos que hallarse en nuestro citado artículo 2356 -del Código Civil, se agrega- una presunción de responsabilidad. De donde se sigue que la carga de la prueba, no es del damnificado sino del que causó el daño, con sólo poder este imputarse a su malicia o negligencia”.<sup>27</sup>*

Así mismo que el artículo en mención:

*“establece la regla general e invariable de que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta. Se deduce de la letra y del espíritu de ese precepto que tan sólo se exige que el daño causado fuera de las relaciones contractuales (o extracontractuales) pueda imputarse, para que ese hecho dañoso y su probable imputabilidad al agente contraventor constituya la base o fuente de la obligación respectiva”.<sup>28</sup>*

También en este momento la Corte empieza a dar las formas de exoneración de responsabilidad por actividades peligrosas al determinar que:

*“quien ejercita actividades de ese género es el responsable del daño que por obra de ellas se cause y por lo mismo le incumbe, para exonerarse de esa responsabilidad, demostrar la fuerza mayor, el caso fortuito o la intervención de un elemento extraño que no le sea imputable”.<sup>29</sup> (Original sin subrayar)*

Como se anota, la fuente formal de las actividades peligrosas está consagrada en el artículo 2356 del Código Civil, cuyo texto, como dijimos anteriormente

26 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. GJ XLV, Pág. 420

27 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Civil y Agraria. G.J. Tomo XLVI, Págs. 216, 516 y 561).

28 Ibídem.

29 Ibídem.

para algunos doctrinantes y parte de la jurisprudencia, presume la culpa del autor que en ejercicio de una actividades peligrosa, produce un daño; al respecto la Corte ha enfatizado que:

*“la regla del artículo 2356 del Código Civil apareja una presunción de culpa en contra de quien causa perjuicios con ocasión del ejercicio de aquellas actividades cuya ejecución entraña peligros o riesgos para las personas del entorno, responsabilidad de la cual solamente se exonera en cuanto acredite que el daño sólo pudo tener por fuente cualquier suceso extraño, como la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o la de un tercero”.<sup>30</sup>*  
(Sin resaltar el original)

Esto es, que todas las actividades de esa especie, llamadas peligrosas, aparejan:

*“la existencia de una obligación legal de resultado consistente en vigilar esa actividad e impedir que ella, por su propio dinamismo o debido a circunstancias anormales que la rodearon en un momento dado, escape al control de quien de la aludida actividad se sirve o reporta beneficio; luego si en la realización de un daño se demuestra que tuvo influencia causal caracterizada, un hecho de la índole de los que viene haciéndose mérito en estas consideraciones, ello, en términos de ley, es suficiente para tener por probada, por vía de una presunción contenida en aquella disposición, la infracción de la obligación de guarda recién aludida”.<sup>31</sup>*

Esta mal entendida presunción de culpa solo se puede desvirtuar demostrando que el daño se cometió por la intervención de una causa extraña. Decimos mal entendida o mal llamada presunción de culpa, ya que a nuestro entender la responsabilidad objetiva, y para nuestro caso las actividades peligrosas, no requieren que el elemento culpa sea probado para que exista responsabilidad civil. Esta afirmación lleva a que la persona que sufre un daño como consecuencia del ejercicio de un actividad peligrosa, solo debe probar el daño, el nexo causal y la conducta, para sus perjuicios sean reparados. Creemos que este también es el sentir de la Corte Suprema, sin embargo al utilizar términos como presunción de culpa, da a entender de manera equivocada que la culpa se debe desvirtuar por parte de la persona que cometió el daño, lo que implicaría una responsabilidad subjetiva y borra de un tajo, sin quererlo, todo el proceso de consolidación de la responsabilidad objetiva desarrollado desde el siglo XIX.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia ha expresado, claro está, todavía bajo la base que en las actividades peligrosas la culpa se presume, lo siguiente:

30 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Ob. Cit. Pág. 260.

31 Ibídem. Pág. 260.

*'A la víctima le basta demostrar hechos que determinan el ejercicio de una actividad peligrosa y el perjuicio sufrido y será el demandado quien debe comprobar que el accidente ocurrió por la imprudencia exclusiva de la víctima, por la intervención de un elemento extraño, o por fuerza mayor o caso fortuito, ya que el ejercicio de una actividad peligrosa, por su naturaleza, lleva envuelto el de culpa en caso de accidente'.<sup>32</sup> (Sin resaltar el original),*

Esta posición ha sido reiterada en un sinnúmero de sentencias: “desde la sentencia del 16 de marzo de 1945, (G.J. LVIII, pág. 668), esta Corte, consciente de las numerosas bondades, pero a su turno, de los potenciales e insoslayables peligros -conocidos- que trae consigo la electricidad -o el fluido eléctrico-, determinó que el uso y provisión de la energía en comentario, es una actividad en “grado sumo” peligrosa, y por ello, en cuanto hace a la prueba de la culpa del demandado, es la aludida actividad, por efecto de la naturaleza peligrosa que le es propia, una de aquellas en que opera la consecuencia probatoria práctica de hacer comparecer a dicho demandado en situación de culpabilidad presunta, de forma tal que le basta al actor demostrar que el perjuicio se causó por motivo de la generación, transformación, transmisión y distribución de energía eléctrica, para que el responsable de estos quehaceres -en el concepto del autor, dueño, empresario o explotador- quede bajo el peso de la ameritada presunción legal, presunción de cuyo efecto indemnizatorio no puede liberarse del todo sino en tanto pruebe el concurso exclusivo de una causa extraña”.<sup>33</sup>(Sin subrayar el original).

Como vemos, aunque la Corte Suprema expresa que el artículo 2356 conlleva una presunción de culpa, siempre reitera que para exonerarse de esta clase de responsabilidad, es necesario que el agente que cometió el daño, deba probar la existencia de una causa extraña, las cuales debemos entender como fuerza mayor y caso fortuito, hecho exclusivo de la víctima y hecho exclusivo de un tercero, pero en ninguna parte expresa que se pueda liberar con la prueba de diligencia y cuidado, (medio de defensa propio cuando existe una presunción de culpa) lo que afirma nuestra posición: las actividades peligrosas son una clase de responsabilidad objetiva, motivo por el cual la ecuación a completar para que exista , es igual a la prueba del daño, el nexo y la conducta.

32 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Civil y Agraria. Expediente 4978 de mayo de / 1999

33 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Civil y Agraria sentencia de 8 de octubre de 1992, CCXIX, Pág. 523

Es en este punto donde empezamos a ver la conexión entre la institución de responsabilidad civil extracontractual por actividades peligrosas, el nexo causal y la fuerza mayor y caso fortuito. Estudiemos entonces nuestro segundo elemento.

### 1.1.2 El nexo causal en relación con las actividades peligrosas:

Como desde antaño lo viene predicando la Corte Suprema de Justicia es necesario el nexo causal para exista responsabilidad civil. En este sentido:

*“con apoyo en el tenor del artículo 2341 del C. Civil, para que resulte comprometida la responsabilidad de una persona natural o jurídica, a título extracontractual, se precisa de la concurrencia de tres elementos que la doctrina más tradicional identifica como “culpa, daño y relación de causalidad entre aquélla y éste”. Condiciones estas que además de configurar el cuadro axiológico de la pretensión en comentario, definen el esquema de la carga probatoria del demandante, pues es a éste a quien le corresponde demostrar el menoscabo patrimonial o moral (daño) y que éste se originó en la conducta culpable de quien demanda, porque al fin y al cabo la responsabilidad se engasta en una relación jurídica entre dos sujetos: el autor del daño y quien lo padeció”.*<sup>34</sup>

Siendo el nexo causal un elemento esencial para que se configure cualquier clase de responsabilidad, es bueno darle una repasada a sus principales características y reglas generales, antes de entrar a analizar la forma en que se interrelaciona con las actividades peligrosas.

En sentido amplio, el nexo causal es la relación entre la conducta realizada por una persona y el resultado, para nuestro caso el daño, que haya producido por esta conducta.

Algo tan sencillo empieza a complicarse cuando hablamos que pueden existir dos tipos de causalidad: la causalidad física y la causalidad jurídica, ya que la acreditación de la relación de causalidad entre la actuación de una persona y el daño sufrido por otra es catalogado fácil si se miran desde el punto de vista físico pero complicado si se observa desde el punto de vista jurídico. Como lo afirma los tratadistas Carlos Darío Barrera y Jorge Santos Ballesteros “El proceso de detección del origen o nacimiento de una cadena causal, puede resultar muy fácil en algunos casos, en los que el nexo de causalidad es evidente en el terreno de lo puramente físico. Pero, la combinación posible de circunstancias es ilimitada y en

---

<sup>34</sup> Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Exp. N° 5012 de octubre 25 de 1999

esa medida, no todos los supuestos de búsqueda de la relación causal aparecerán dotados de esa transparencia”.<sup>35</sup>

Como contamos, la causa del daño no siempre está totalmente definida y limitada, motivo por el cual la doctrina ha elaborado dos importantes teorías para clarificar que causa se debe tener en cuenta a la hora de imputar un daño. La primera teoría es de la equivalencia de las condiciones, teoría que apareció en 1860 y fue realizada por Von Buri “quien se colocaba esencialmente sobre el terreno del derecho penal. Esta se funda sobre la constatación de que condiciones múltiples son necesarias para que un año se produzca. Según Von Buri ninguna de estas condiciones es por sí misma suficiente para engendrar el perjuicio, puesto que hipotéticamente, el daño es el resultado de su reunión o de su encadenamiento. Puesto que habría bastado que una de esas condiciones hubiera faltado para que el daño se hubiera evitado, sin tener necesidad de precisar, cual podemos considerar a todas esas causas como equivalente”.<sup>36</sup> A pesar de los buenos propósitos de Von Buri por clarificar este importante tema, vemos que esta teoría no tiene mucha aplicabilidad ya que como lo anota Velásquez Posada “esta teoría no es práctica, ya que nos llevaría a una cadena de causalidad infinita, pudiendo hacer responsables de un daño a personas que muy remotamente intervinieron en el hecho dañoso”.<sup>37</sup>

La segunda teoría es la teoría de la causalidad adecuada la cual fue sustentada por “el filósofo alemán Von Kries, el cual afirma que un acontecimiento no puede considerarse como causa de un perjuicio por la mera circunstancia de haberse comprobado que, sin ese acontecimiento, el perjuicio no se hubiera realizado. Entre los acontecimientos que concurren a la realización de un perjuicio que condicionan ese perjuicio, no todos son causa desde el punto de vista de la responsabilidad. No todos obligan a su autor a reparar. Solo se podrán considerar como causas de un perjuicio los acontecimientos que normalmente deben producirlo; se requiere que la relación entre el acontecimiento y el perjuicio sea adecuada y no meramente fortuita.”<sup>38</sup> Este supuesto fue muy criticado por carecer de tecnicidad científica y jurídica y porque dejaba “al arbitrio del juez la adecuación de los hechos”<sup>39</sup> pero, y en consenso total con Velásquez Posada, consideramos “que es precisamente para hacer justicia que se necesita de la prudencia iuris del juez,

35 BARRERA TAPIAS, Carlos Darío, SANTOS BALLESTEROS, Jorge. El daño justificado. Ob. Cit. Pág. 19

36 TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. Cit. Pág. 256

37 VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio C. Ob. Cit. Pág. 96.

38 VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio C. Ob. Cit. Pág. 96.

39 TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. Cit. Pág. 260

para que dé al derecho su dimensión más ética y humana más profunda que está más allá de las teorías o posturas particulares”.<sup>40</sup>

Dejando de lado el estudio de las teorías que explican el nexo causal, volvamos a la importancia del nexo causal para que haya responsabilidad civil. La Corte Suprema también ha sentado también postura respecto a la importancia pero a la vez dificultad que puede presentar la consolidación del nexo causal, cuando se habla de actividades peligrosas:

*“tratándose del daño producido por el ejercicio de una actividad caracterizada como peligrosa, viene sosteniendo la Corte desde vieja data (Cas. de 23 de abril de 1954, 30 de marzo de 1955, 1º. de octubre de 1963, entre muchas otras), a la víctima del accidente le incumbe demostrar, además del perjuicio sufrido, los hechos determinantes del ejercicio de la actividad peligrosa, que necesariamente tienen que ser atribuidos a quien funge como demandado, pues ahí está el meollo del elemento que une el daño con la culpa, es decir, el nexo de causalidad. Descartada esta relación entre el daño y la conducta del demandado, ningún sentido tiene hacer operar la presunción del Art. 2356, so pena de imputar la culpabilidad a quien no aparece como autor del daño”.*<sup>41</sup>

Del análisis de los anteriores considerandos podemos concluir que el campo de estudio más concreto del fenómeno causal se debe hacer desde “el ángulo de la defensa que en ocasiones se debe probar en el proceso para determinar que el daño atribuido a una conducta, no es la cusa del daño, sí que este se debe atribuir a una causa extraña”.<sup>42</sup> Como podemos ver, y sin tiene que hacer una mayor exposición sobre el nexo causal, este es el elemento a debatir, refutar o romper, entrándose de eximir a una persona por la producción de un daño en ocasión del ejercicio de una actividad peligrosa. Recordamos que al ser las actividades peligrosas un tipo de responsabilidad objetiva, motivo por el cual el elemento de la culpa no se puede atacar, el medio de defensa más eficaz es la prueba de una causa extraña, la que sin duda acata el nexo entre el daño y la conducta. Dentro de la cusa extraña encontramos la fuerza mayor y el caso fortuito.

### 1.1.3 Fuerza mayor y caso fortuito

Afirmábamos anteriormente que, para establecer la causalidad, basta tener por establecida la conducta y el daño para que atendida la naturaleza propia de la actividad peligrosa y las circunstancias precisas en que el hecho dañoso se

40 Ibídem. Pág. 96.

41 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Exp. N° 5012 de octubre 25 de 1999

42 VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio C. Ob. Cit. Pág. 97

realizó, la razón se pueda imputar a una persona la reparación de un daño. Inútil es pues que el demandado en el proceso, intente establecer que observó la diligencia debida; razón por la cual, y al tenor de la jurisprudencia:

*“su defensa, entonces, no puede plantearse con éxito en el terreno de la culpabilidad sino en el de la causalidad, rindiendo la prueba de la causa extraña del perjuicio, originada en el caso fortuito o en la fuerza mayor, en el hecho de la víctima o en el hecho de un tercero”.*<sup>43</sup>

Anotábamos que la causa extraña que estudiaremos es la fuerza mayor o caso fortuito. Pero ¿que entendemos como fuerza mayor o caso fortuito?<sup>44</sup> Esta es considerada como un hecho imprevisible, irresistible y no imputable a culpa del deudor o causante del daño. La Corte Suprema también ha dicho al respecto que:

*“entre las nociones de caso fortuito y de fuerza mayor contempladas a la luz del Art. 1º de la Ley 95 de 1890 y otras disposiciones que a ellas aluden como los artículos 1604, 1616, 1731 y 1733 del C. Civil, no existe realmente diferencia apreciable en términos de la función que ambas están llamadas a cumplir en el ámbito de la legislación civil vigente según ha tenido oportunidad de puntualizarlo esta corporación”.*<sup>45</sup>

En cuanto a los requisitos que son necesarios reunir para que un hecho se declare o no como fuerza mayor o caso fortuito, encontramos que el de imprevisibilidad, irresistibilidad y exterioridad del agente. Sobre estos en particular es bueno hacer algunas precisiones, y que mejor que las consideraciones que ha hecho la Corte, empezando por la imprevisibilidad:

*“Que el hecho sea imprevisible, esto es que en condiciones normales haya sido lo suficientemente probable para que ese agente, atendido su papel específico en la actividad que origina el daño, haya podido precaverse contra él, aunque por lo demás, respecto del acontecimiento de que se trata, haya habido, como la hay de ordinario para la generalidad de los sucesos, alguna posibilidad vaga de realización, factor este último con base en el cual ha sostenido la jurisprudencia que cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor”.*<sup>46</sup>

Sobre este aspecto volveremos más adelante, ya que es, a nuestro parecer, un tema complejo y unas de las causas por las cuales hay tanta discrepancia entre la doctrina y la jurisprudencia.

43 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Ob. Cit. Pág. 260

44 TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. Cit. Pág. 329

45 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. G. J. T. CXCVI, Pág. 91

46 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Civil y Agraria. G. J. Tomos. LIV, página, 377, y CLVIII, página 63

Continuando con los requisitos, encontramos que el hecho debe ser irresistible en el sentido estricto de no haberse podido evitar su acaecimiento ni tampoco sus consecuencias, ya que como determina la Corte:

*“colocando al agente - sojuzgado por el suceso así sobrevenido- en la absoluta imposibilidad de obrar del modo debido, habida cuenta que si lo que se produce es tan solo una dificultad más o menos acentuada para enfrentarlo”.*<sup>47</sup>

Además de los requisitos anteriores, debe probarse que el agente es totalmente ajeno a la causa que genero el daño. En esta parte nos parece apropiado resaltar una cita que la Corte hace sobre este requisito, tomando como base una explicación de Andreas Von Tour:

*“y, que el mismo hecho, imprevisible e irresistible, no se encuentre ligado al agente, a su persona ni a su industria, de modo tal que ocurra al margen de una y otra con fuerza inevitable, por lo que bien puede decirse, siguiendo enseñanzas de la doctrina científica inspirada a su vez en jurisprudencia federal suiza especialmente por Andreas Von Thur. - que para poder reconocer conforme a derecho un caso fortuito con el alcance eximente que en la especie litigiosa en estudio sirvió para exonerar de responsabilidad a la compañía transportadora demandada, ha de tratarse de un acontecimiento extraordinario que se desata desde el exterior sobre la industria, acontecimiento imprevisible y que no hubiera sido posible evitar aun aplicando la mayor diligencia sin poner en peligro toda la industria y la marcha económica de la empresa y que el industrial no tenía por qué tener en cuenta ni tomar en consideración.. - de suerte que en sana lógica se impone concluir, siguiendo este criterio, que las fallas en el mecanismo u operación de ciertas cosas o actividades peligrosas, de cuyo buen funcionamiento y ejecución exenta de peligros es garante el empresario frente a potenciales víctimas según se dejó visto líneas atrás en la primera parte de estas consideraciones, por faltarles el requisito de exterioridad nunca pueden configurar, en la modalidad de caso fortuito o de fuerza mayor, una causa exoneratoria capaz de contrarrestar la presunción de culpa que consagra el Art. 2356 del C. Civil”.*<sup>48</sup>(Sin resaltar el original).

Aquí vemos de nuevo que aunque la Corte sigue reiterando que hay una presunción de culpa cuando estamos frente a un daño cometido en ejercicio de una actividad peligrosa, vemos que la única forma de exonerarse de responsabilidad civil extracontractual por actividades peligrosas, es probar el rompimiento del nexo causal por medio de una causa extraña entre ellas la fuerza mayor o caso fortuito.

47 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Civil y Agraria. G. J. Tomos. LIV, página, 377, y CLVIII, página 65

48 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Civil y Agraria. G. J. Tomos. LIV, página, 377, y CLVIII, página 65



Difícilmente otra institución de la responsabilidad civil o penal puede generar más obstáculos de interpretación que estos tres elementos. Los autores continúan la discusión sobre si un temblor de tierra, un acto de piratería o una inundación constituyen fuerza mayor o caso fortuito; es más el propio Código Civil Colombiano, en el artículo 1 de la ley 95 de 1890, trae como ejemplos naufragio, el terremoto, el apresamiento de enemigos etc. Entonces ¿Cuáles son, los criterios que deben considerarse para que podamos decir que determinado hecho constituye fuerza mayor o caso fortuito?

Los hermanos Mazeaud intuyen la solución, pero no alcanzan a desarrollar su contenido. Cuando estos tratadistas manifiestan “que ningún evento, en sí mismo constituye un caso fortuito” se dan cuenta que la imprevisibilidad y la irresistibleidad no pueden predicarse a priori, de ningún fenómeno. Un ejemplo: cuando el Código Civil se redactó los huracanes eran imprevisibles e irresistibles como fenómenos en sí mismos; hoy en día se sabe la fecha y hora en que el huracán pasará por determinado sitio. Por consiguiente ¿deberá considerarse que el huracán ha dejado de ser una fuerza mayor o caso fortuito, puesto que la ciencia ha podido prever no solo su ocurrencia sino que también evitarla? Como puede verse, pues, la causa del fenómeno, a veces, es previsible o imprevisible, resistible o irresistible. Por esto la imprevisibilidad y la irresistibleidad que debe acompañar la fuerza mayor o el caso fortuito no tiene por qué buscarse en la causa del fenómeno sino en sus efectos.

Por esta razón la cuestión del caso fortuito liberatorio o de fuerza mayor, al menos por norma general, no admite ser solucionada mediante una simple clasificación mecánica de acontecimientos apreciados en abstracto como si de algunos de ellos pudiera decirse que por sí mismos, debido a su naturaleza específica, siempre tienen tal condición, mientras que otros no. En cada evento es necesario estudiar las circunstancias que rodearon el hecho con el fin de establecer si, frente al deber de conducta que aparece insatisfecho, reúne las características que indica el Art. 1º de la Ley 95 de 1890, tarea en veces dificultosa que una arraigada tradición jurisprudencial exige abordar con severidad.

Con base en estas últimas consideraciones y dando por descontado la claridad entre la interrelación entre las actividades peligrosas, el nexo causal y la fuerza mayor, entremos a analizar las sentencias existentes sobre este tema, expedidas desde los años 1994- 2005 por la sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, con las que demostraremos que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha adoptado el criterio que ningún hecho se puede constituir a

priori como fuerza mayor y caso fortuito, motivo por el cual se deben estudiar en cada caso los requisitos de imprevisibilidad, irresistibilidad y muy especialmente el de exterioridad del agente, para catalogarlo como tal.

## **2. FUERZA MAYOR Y CASO FORTUITO COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR ACTIVIDADES PELIGROSAS**

A la par del adelanto jurisprudencial que la Corte Suprema hizo con el Art. 2356, así mismo tuvo que ir interpretando el artículo 1 de la Ley 95 de 1980.<sup>49</sup> Una de las principales razones, no fue otra que la adecuación de las circunstancias de tiempo a la norma mencionada. Por esta razón la Corte ha mantenido la postura que, para que un hecho pueda o no calificarse como causa extraña y más específicamente como fuerza mayor y caso fortuito, debe reunir los requisitos de imprevisibilidad, irresistibilidad y exterioridad del agente y que estos requisitos deben estudiarse en el caso en concreto. De esta forma la Corte ha determinado que:

“la cuestión del caso fortuito liberatorio o de fuerza mayor, al menos por norma general, no admite ser solucionada mediante una simple clasificación mecánica de acontecimientos apreciados en abstracto como si de algunos de ellos pudiera decirse que por sí mismos, debido a su naturaleza específica, siempre tienen tal condición, mientras que otros no. En cada evento es necesario estudiar las circunstancias que rodearon el hecho con el fin de establecer si, frente al deber de conducta que aparece insatisfecho, reúne las características que indica el Art. 1 de la Ley 95 de 1890, tarea en veces dificultosa que una arraigada tradición jurisprudencial exige abordar con severidad”.<sup>50</sup>

Como hemos concluido en el capítulo anterior, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de tiempo atrás, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 2356, ha determinado que la víctima de un determinado accidente que provenga del ejercicio de una actividad peligrosa, le basta demostrar la existencia de éste y que el control efectivo, beneficio o goce de la misma se halla en cabeza de la persona a quien se demanda; que por causa de ese ejercicio se produjo el daño; y, en fin, acreditar el perjuicio y su monto; queda, pues, aquella relevada de de-

49 Colombia. Art. 1: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por funcionario público, etc.”.

50 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia 5220 de 1999.

mostrar la culpa del demandado, y éste último deberá comprobar, en procura de su absolución, que el accidente ocurrió por una causa extraña: la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, y la que nos interesa en este momento: la fuerza mayor o caso fortuito. Antes de estudiar las consideraciones de la Corte sobre la calificación o no de un hecho como fuerza mayor o caso fortuito, retomemos más detalladamente sus principales características, para luego evaluar como la Corte los ha interpretado y aplicado.

En primera instancia vale repetir que la fuerza mayor o caso fortuito es una clase de causa extraña, aunque en muchas ocasiones se definen por igual desde el punto de vista de sus requisitos. Gracias a esta aclaración podemos definir la fuerza mayor y caso fortuito como “es un hecho ajeno al marco al marco del comportamiento del ofensor cuyas consecuencias no pudo éste resistir, ya sea porque le eran imprevisibles o porque siendo previsibles le eran absolutamente irresistibles”.<sup>51</sup> En este mismo sentido la Corte ha ratificado la definición de fuerza mayor y caso fortuito a partir de sus requisitos:

“Esos rasgos por los que es preciso indagar, distintivos del caso fortuito o de fuerza mayor, se sintetizan en la imposibilidad absoluta de cumplir derivada de la presencia de un obstáculo insuperable unida a la ausencia de culpa del agente cuya responsabilidad se pretende comprometer”.<sup>52</sup>

Cuando analizábamos como el nexos causal se convertía el elemento de responsabilidad a debatir cuando se trata de ser irresponsable por actividades peligrosas, describíamos a grandes rasgos, a partir de decisiones de la Corte Suprema, estos requisitos necesarios para que se constituya una causa extraña y por ende una fuerza mayor y caso fortuito. Ampliemos pues esta descripción y analicemos su aplicación en diferentes casos particulares.

## 2.1 Requisitos

La jurisprudencia y la doctrina han estado de acuerdo en la necesidad de que el hecho debe ser irresistible para que se configure una fuera mayor o caso fortuito. ¿Pero que significa que sea irresistible?

51 BARRERA TAPIAS, Carlos Darío, SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Ob. Cit. Pág. 30.

52 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. G. J. T. XLII, Pág. 54

Como anotábamos anteriormente para la Corte Suprema, que un hecho sea irresistible significa:

*“Que en el sentido estricto de no haberse podido evitar su acaecimiento ni tampoco sus consecuencias, colocando al agente -sojuzgado por el suceso así sobrenvenido- en la absoluta imposibilidad de obrar del modo debido, habida cuenta que si lo que se produce es tan solo una dificultad más o menos acentuada para enfrentarlo, tampoco se configura el fenómeno liberatorio del que viene haciéndose mérito”*.<sup>53</sup>

Esta definición no se aparta demasiado de la de algunos doctrinantes. Para Javier Tamayo Jaramillo “el deudor deber estar imposibilitado para cumplir; es decir el daño debe ser irresistible o inevitable”,<sup>54</sup> así mismo aclara que lo irresistible debe ser en los efectos del hecho y no en el hecho mismo, situación que consideramos muy pertinente, ya que como anotábamos, los hecho que constituyen fuerza mayor o caso fortuito no puede ser extraídos de una lista hecha por el legislador o la jurisprudencia. Es necesario estudiar y analizar las circunstancias particulares de cada suceso, para establecer si es o no una causa extraña. Por esta razón recordemos lo que dice Tamayo Jaramillo al respecto: “Así por ejemplo el terremoto o el huracán. Por lo menos hasta ahora, son totalmente irresistibles en el sentido de que es absolutamente imposible impedir que el uno o el otro se produzca. Por ellos estos fenómenos como tales, son irresistibles. De allí que nuestro mismo legislador, en la definición del artículo 64 del Código Civil, y aun los mismos autores, traigan como ejemplo de fuerza mayor éstos fenómenos. Sin embargo no es allí donde se debe centrar la discusión sobre la irresistibilidad. En efecto, puede suceder que en un momento determinado, el deudor pueda impedir los efectos dañinos del fenómeno. Así por ejemplo un constructor de edificios podría llegar en un momento determinado a neutralizar los efectos nocivos de un sismo, mediante algunos aparatos o dispositivos especiales. Pero también puede suceder que a pesar de tales dispositivos la fuerza del sismo se de tal magnitud que le daño (los efectos del sismo) no se pueda evitar”.<sup>55</sup>

Por otra parte el elemento de imprevisibilidad, el cual para algunos doctrinantes, no así para la Corte Suprema, es dependiente ya sea de la irresistibilidad o de la exterioridad del agente, se puede definir como aquello que no es posible contemplar con anticipación que ocurra. En esta vía la Corte ha determinado expresamente:

53 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia 5220 de 1999.

54 TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad Civil. Tomo III. Responsabilidad por las construcciones y los animales. Medios de defensa. Editorial Temis.1999. Pág. 90

55 TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. Cit. Pág. 92.

*“Esto es (la imprevisibilidad) que en condiciones normales haya sido lo suficientemente probable para que ese agente, atendido su papel específico en la actividad que origina el daño, haya podido precaverse contra él”.*<sup>56</sup> (Sin resaltar el original).

En este punto no hay mucha controversia, solo destacamos una parte de la sentencia para más adelante volver sobre si dentro de la esfera del demandado estaba o no el deber de prever el acontecimiento que produjo el daño. El problema se complica cuando la Corte exige que el hecho no se pueda prever humanamente:

*“Aunque por lo demás (precaverse contra el hecho), respecto del acontecimiento de que se trata, haya habido, como la hay de ordinario para la generalidad de los sucesos, alguna posibilidad vaga de realización, factor este último con base en la cual ha sostenido la jurisprudencia, que cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más mas súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor”.*<sup>57</sup> (Sin resaltar el original)

En este sentido creemos que la Corte está pidiendo que el hecho nunca, jamás haya pasado por la imaginación del agente, cuestión poco probable, ya que, y como afirma el tratadista Javier Tamayo Jaramillo “así concebida la imprevisibilidad, tenemos que afirmar prácticamente que todos los acontecimientos de la naturaleza y de la historia son previsibles... inclusive, el desarrollo tecnológico permite ver con anticipación la ocurrencia e intensidad de los fenómenos atmosféricos, lo que significa que si ya el hombre sabe de la ocurrencia de estos hechos, es porque ya, considerados en abstracto, son previsibles. Solo sería imprevisible aquello que jamás haya ocurrido, o por lo menos, el hombre jamás haya tenido conocimiento de su ocurrencia.”<sup>58</sup> Vistas estas circunstancias y considerando que esta ha sido la línea de decisión de la Corte,<sup>59</sup> podemos concluir, así sea un poco temprano para ello, que en abstracto, o mejor si solo se aplicaran los conceptos dados por la Corte en sus sentencias, sin mirar los aspectos particulares de cada caso, la fuerza mayor y el caso fortuito, y hasta la causa extraña propiamente dicha, estaría desechada como forma de exoneración no solo de responsabilidad civil extracontractual por actividades peligrosas, o por cualquiera de las instituciones de responsabilidad civil extracontractual, sino también como eximente de responsabilidad civil contractual.

56 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Expediente 5220 de 1999.

57 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria G. J. Tomos. LIV, página, 377, y CLVIII, página 63

58 TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. Cit. Pág. 101

59 En este mismo sentido están las sentencias del 26 de mayo de 1936 y la de noviembre 29 de 1989.

Como último requisito encontramos la exterioridad o ajenidad respecto del comportamiento del agente. Hemos decidido estudiar este último elemento, no por capricho o porque en todos los libros de responsabilidad civil o de cualquiera que hable de causa extraña se trate al final, sino porque a nuestro parecer es tal vez, el más importante y el que agrupa la irresistibilidad o la imprevisibilidad.

El tema de la exterioridad se puede simplificar en que “el hecho debe provenir de una cadena causal autónoma, distinta a la iniciada por el parte del ofensor, pues de otro modo el hecho seguiría dentro de las consecuencias derivadas del obrar del agente, reprochadas por el derecho”.<sup>60</sup> La jurisprudencia ha tomado partido más que en la definición de exterioridad, en la forma que se constituye. Por esto ha afirmado:

*“Que el mismo hecho, imprevisible e irresistible, no se encuentre ligado al agente, a su persona ni a su industria, de modo tal que ocurra al margen de una y otra con fuerza inevitable”.<sup>61</sup>(Sin resaltar el original)*

Gracias a esta consideración de la Corte podemos empezar a defender la tesis en la cual afirmamos que es la exterioridad el punto clave a la hora de calificar un hecho como fuerza mayor o caso fortuito.

Cuando hablábamos de la imprevisibilidad y como esta se fundía prácticamente en la irresistibilidad, subrayábamos una frase de la sentencia de referencia: “esto es (la imprevisibilidad) que en condiciones normales haya sido lo suficientemente probable para que ese agente, atendido su papel específico en la actividad que origina el daño, haya podido precaverse contra el” y junto con: “no se encuentre ligado al agente, a su persona ni a su industria”, podemos atrevernos a decir que es el en el estudio del deber del agente, legal o de prudencia general, en el caso concreto, en el momento concreto donde se puede considerar un hecho como fuerza mayor o caso fortuito. (Sin resaltar el original).

Aclaremos más el punto y tomemos una expresión de Javier Tamayo Jaramillo para ello: “En nuestro concepto, la noción de exterioridad como elemento de la causa extraña, hay que entenderla como un exterioridad jurídica: es decir, el hecho debe ser causado por una conducta, una actividad o una cosa por la cual no debe responder jurídicamente el deudor. O dicho de otra manera, el daño deber ser ajeno, exterior o extraño a la esfera de los deberes u obligaciones jurídicas del

60 BARRERA TAPIAS, Carlos Darío, SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Ob. Cit. Pág. 30.

61 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Expediente 5220 de 1999.

deudor”.<sup>62</sup> Esto significa que si el agente tenía la obligación legal o de prudencia de prever y por ende resistir el acontecer que se configura como causa extraña no podrá exonerarse de responsabilidad, de lo contrario la fuerza mayor o caso fortuito procedería.

Veamos lo que Álvaro Pérez Vives escribe al respecto: “De esta manera el problema (la clasificación de un hecho como fuerza mayor o caso fortuito) se circunscribe a saber en qué casos el daño es ajeno al demandado, cuando se vio este forzado a obrar como lo hizo por causa de un acontecimiento extraño que nadie podía evitar. Y cuando, pese a la existencia de ese acontecimiento constitutivo de fuerza mayor, el demandado es responsable del perjuicio”.<sup>63</sup>

Tal vez nuestro planteamiento haya sido estudiado por la gran mayoría de los autores cuando se analiza el requisito de irresistibilidad, pero creemos que el deber u obligación del agente de prever y resistir cierto acontecimiento, está ubicado en el requisito de la exterioridad del agente, ya que si era su compromiso cierto tipo de conducta que podría llegar a evitar el hecho, de tajo no podría ser una fuerza mayor o caso fortuito, ya que estaría dentro de la esfera jurídica, hacer lo posible para evitarlo, y al no hacerlo estaría incurriendo en negligencia o culpa. Citamos un ejemplo: Si el propietario de un vehículo sabe que sus frenos están fallando y se queda sin estos en la mitad de un descenso, generando con esta conducta daños, no puede alegar el hecho que los frenos se estropearon imprevisiblemente, porque era su deber hacer una revisión periódica.

No queremos obviamente, querer defender la postura en la cual por la cadena de acontecimientos siempre sería un deber para cualquier persona prever todo, motivo por el cual siempre sería responsable y ni siquiera por una causa extraña se podría liberar de indemnizar a las víctimas. Lo que queremos y creemos es lo mejor, es estudiar la obligación del agente que causo el daño, en el hecho exacto en que este se generó el este.

Para probar esta afirmación a continuación discutiremos algunos casos decididos por la Corte Suprema dentro de los últimos años respecto al tema, en los cuales creemos que lo esencial fue saber si era o no obligación del agente cierto tipo de conducta para declarar o no probada la fuerza mayor o caso fortuito.

62 TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. Cit. Pág. 125.

63 PÉREZ VIVES, Álvaro. Teoría General de las Obligaciones. Volumen II. Parte primera. De las fuente de las obligaciones. Universidad Nacional de Colombia. 1957. Pág. 318

## 2.2 Caso N° 1: Julio Cesar Botero Serna y otros contra Wackenhut de Colombia S.A. Expediente 4345 de 1995

### 2.2.1 Hechos relevantes:

1. Gerardo Antonio Muñoz Quiceno, el 9 de diciembre de 1989 a las 9:30 p.m. cuando regresaba de Medellín en un vehículo camión, chocó contra un lado de un muro de la caseta del peaje de “La Felisa”, jurisdicción del municipio de Supía -Caldas-, produciéndose daños por volcamiento al vehículo y la muerte del conductor.

2. La causa de la colisión fue la falta de iluminación total de la caseta y la ausencia total de funcionamiento de los semáforos; los empleados de la sociedad demandada reconocieron la oscuridad de la noche del accidente y el abandono por parte de la empresa en la iluminación del lugar, mientras que el informe del INTRA señala como causas probables del accidente, la vía oscura y la falta de iluminación.

3. Por intermedio del contrato 360 de 1987 celebrado entre el Fondo Vial Nacional y la Sociedad WACKENHUT DE COLOMBIA S.A., esta última se obligó a “mantener en perfecto estado de funcionamiento el alumbrado de las casetas recolectoras y administrativas y el alumbrado público incluyendo los respectivos semáforos, para lo cual se debe dotar cada peaje de los elementos requeridos tales como escaleras, repuestos etc. (...) suministrar los combustibles y elementos que sean necesarios para el funcionamiento de plantas eléctricas y motobombas”.

4. En su oportuna contestación al escrito de demanda, la sociedad demandada por intermedio de apoderado se opuso a las súplicas deducidas en el libelo incoativo del proceso, alegando que la caseta del peaje contaba con mechones de ACPM y una adecuada señalización reflectiva, indicaciones que no fueron observadas por Gerardo Antonio Muñoz Quiceno quien, a pesar de estar lloviendo conducía a alta velocidad. Agrega que el día del accidente el peaje de “La Felisa” carecía de fluido eléctrico ya que el transformador, de propiedad del Ministerio de Obras Públicas, se encontraba dañado, limitándose la responsabilidad de la demandada a mantener una escalera y a reponer los bombillos que se deterioren o dañen.

Este caso generó controversia no solo en la calificación de la falta de luz como fuerza mayor o caso fortuito, sino además por la calificación de la actividad peligrosa. En este sentido el magistrado Javier Tamayo Jaramillo aclaró



su voto,<sup>64</sup> en cuanto consideraba que la puesta de un peaje en una vía no consti-

64 Reseñamos a continuación los partes principales de la aclaración de voto del magistrado Javier Tamayo Jaramillo: “En resumen, si la actividad peligrosa está en movimiento, o tiene un dinamismo propio independiente de la actividad inmediata de su guardián, se puede dar la responsabilidad por actividades peligrosas, aunque la actividad esté colocada sin violar reglamentos o normas; en cambio, si la cosa no es peligrosa en sí misma y está inerte, solo habrá la responsabilidad directa con culpa probada del Art. 2341 del C.C. o la responsabilidad por el hecho ajeno, del Art. 2347, según el caso. Sin embargo, ocurre que en la mayoría de las veces que se produce un daño con una cosa que no estaba en movimiento, pero cuya peligrosidad puede potencialmente causar el hecho, hay culpa de la víctima como concausa del perjuicio. Si un transformador está en su sitio con todas las precauciones, el contacto que con él haga la víctima podrá indicar fácilmente que, si bien la energía del aparato fue la causa inmediata del daño, lo cierto del caso es que la conducta de la víctima fue factor determinante en la producción del resultado dañino, quedándole al juez la tarea de precisar si esa actividad culposa de la víctima da lugar a una exoneración total o parcial del monto indemnizable. Si una persona se sube imprudentemente sobre un muro que se encuentra electrizado, evidentemente habrá culpa compartida, pues la víctima sabía el peligro que corría, y el guardián del muro sabía el peligro que creaba al electrizarlo. Cuando la cosa está inerte y no tiene peligrosidad intrínseca la responsabilidad por actividades peligrosas no es viable puesto que falta el nexo de causalidad. Habrá que afirmar que la cosa desempeñó un papel pasivo en el resultado., pese a que haya contacto físico entre la cosa inerte y la víctima. En tales circunstancias, la víctima tendrá, como en todos los casos, que probar que pese a la quietud o inercia de la cosa, está jugó un papel activo en la producción del daño, y esa prueba sólo es posible cuando se acredita la culpa del guardián de la cosa. Allí, sólo la culpa del guardián permite acreditar la causalidad. El problema pues, no sólo es de prueba de la culpa sino, también y, sobre todo, de prueba de causalidad, pues la presunción de responsabilidad por actividades peligrosas parte del presupuesto de que el demandante establezca la imputabilidad física del hecho, y esa imputabilidad no puede consistir en el simple contacto físico entre la cosa y el bien dañado.

No cabe duda que en el caso a estudio, la inercia de la caseta de peaje impide que se aplique a su guardián la responsabilidad por actividades peligrosas. En efecto, el daño no surge de su peligrosidad intrínseca, sino de la actividad culposa y peligrosa desplegada por la víctima, y de la culpa probada de la sociedad demandada que, contractual y legalmente tenía la obligación de colocar señales suficientes para que, durante la noche, los transeúntes no resultasen afectados con la presencia de un edificio a oscuras. Es indudable que si la caseta hubiese estado bien alumbrada no se aplicaría la responsabilidad por actividades peligrosas. Ahora, si el hecho de no colocar señales

tuía una actividad peligrosa. En contrario sensu la Corte no ahondó mucho en el tema dándolo por descontado y se centró en el análisis de quién era el guardián de la actividad peligrosa y por ende el que tenía la obligación de iluminar el peaje, entre los magistrados de la Sala Civil por la competencia que tenía la Corte para decidir sobre el caso.

La Corte empieza averiguando de quién era el guardián de la actividad peligrosa. En este sentido y en primer lugar, la Sala anotó que existía una responsabilidad compleja pues la sociedad demandada, al tener bajo su directo control, cuidado y vigilancia la caseta de peaje ubicada en el sitio “La Felisa”, no sólo era el guardián de hecho sino jurídico de la referida edificación, localizada en el centro de una carretera con alto índice de circulación de vehículos automotores, edificación que:

*“constituye un peligro cuando de noche no existe la iluminación correspondiente para que los conductores se percaten de su existencia. Y al tenor de los términos del contrato concertado con el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, atinente al uso de la caseta para efectos del recaudo de peaje en ese lugar, era aquella compañía la que estando en*

---

luminosas adecuadas es una negligencia o imprudencia del demandado es porque hay una culpa probada de su parte, en cuyo caso, lo aplicable no es la responsabilidad por actividades peligrosas, sino la responsabilidad con culpa probada, del artículo 2341 del Código Civil. Si se quiere ser consecuente, habría que considerar que el artículo 2356 del Código Civil se aplicaría aunque la caseta estuviese bien alumbrada, hipótesis que aquí nadie defiende. O bien, la peligrosidad surge por el simple hecho de colocar la caseta en la vía y entonces la ausencia o presencia de luces sería indiferente para tal aplicación; o bien la peligrosidad surge de no alumbrar suficientemente la caseta, incumpliendo así elementales deberes legales y obligaciones contractuales, en cuyo caso lo aplicable es la responsabilidad con culpa probada. Imaginemos un carro casa que se implementa como caseta de peaje en un sitio determinado de la vía. Es claro que si este aparato causa un daño cuando está en movimiento, se aplicará el Art., 2356 aunque lleve las luces encendidas. Ahora, si estando bien ubicado y con las luces encendidas, ya no se aplica la misma disposición, exigiéndose una imprudencia o cualquiera otra culpa, entonces lo pertinente es la responsabilidad con culpa probada del Art. 2341 del C.C. El texto del artículo 2356 pareciera darle la razón al proyecto y en consecuencia, aniquilaría la tesis que aquí defiende. En efecto, la citada disposición enumera como casos de actividad peligrosa, el disparar imprudentemente un arma, o el remover las acequias de una cañería, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan. Con ese mismo argumento, quien coloca una caseta de peaje sin la iluminación necesaria, incurriría en responsabilidad por actividades peligrosas”.

*contacto permanente con dicha caseta por conducto de sus agentes y empleados, tenía “... la obligación de resultado y el deber jurídico de desarrollar la diligencia y cuidado necesarios para que en horas de la noche tal caseta se hallara debidamente iluminada y con todas las señales que permitieran que los conductores (...) pudieran observar la existencia de ese obstáculo...”*

La Corte prosigue al tenor del artículo 2356 del Código Civil estudiando a quien, al beneficiarse de una cosa inanimada que constituye un peligro, se le puede atribuir el deber de control, vigilancia y dirección de la actividad. De esta forma la Corte resume sus postulados así:

*“requiérase en cada caso establecer a quien le son atribuibles las consecuencias de acciones de esa naturaleza (la actividad peligrosa) cuestión ésta para cuya respuesta, siguiendo las definiciones adelantadas, ha de tenerse presente que sin duda la responsabilidad en estudio recae en el guardián material de la actividad causante del daño, es decir la persona física o moral que, al momento del percance, tuviere sobre el instrumento generador del daño un poder efectivo e independiente de dirección, gobierno o control, sea o no dueño, y siempre que en virtud de alguna circunstancia de hecho no se encontrare imposibilitado para ejercitar ese poder”.*

En síntesis, y de acuerdo con las estipulaciones de la Corte en este caso en concreto, en esta materia el concepto de guarda, relevante como queda apuntado para individualizar a la persona que -en tanto tiene a la mano los medios para cumplirlo- le compete el deber de tomar todas las precauciones necesarias en orden a evitar que la actividad llegue a ocasionar daños, no ha sido elaborado, entonces, para atribuirle enojosas prebendas a esa persona, sino para imponerle prestaciones específicas de carácter indemnizatorio frente a terceros damnificados por una acción que se pudo resistir y prever, al encontrarse esta dentro de su deber – en este caso contractual-, acción que por lo general queda materializada cuando se reúnen los otros elementos de para que exista responsabilidad civil, a saber: daño, conducta y nexos.

Siguiendo con el análisis de la obligación de control y vigilancia de la actividad peligrosa y como no puede negarse que en las especificaciones del contrato se indicaba<sup>65</sup> que quien ejercía la administración de la caseta del peaje en el mo-

65 Como se lee en el expediente la sociedad demandada, WACKENHUT DE COLOMBIA S.A., celebró el 11 de septiembre de 1987 con el Fondo Vial Nacional un contrato por el que se obliga “a prestar los servicios necesarios para efectuar el recaudo del peaje” que se cobre en determinados sitios entre los que se encuentra el ubicado en el municipio de Supía -Caldas- por un valor de \$4.866’873.120; en desarrollo de tal convenio la sociedad demandada se obligaba a m) mantener las casetas debidamente adecuadas para el servicio que presta a partir de la fecha en que le sean entregadas. El contratista cubrirá los gastos que demanden los servicios de agua y luz. (...) r) mantener en perfecto estado de funcionamiento el alumbrado

mento del accidente era la sociedad demandada, por lo que se beneficiaba con el cobro del peaje, la Sala siguió descartando la falta de luz como fuerza mayor y caso fortuito, ya que se encontraba dentro de un deber contractual. En este sentido enunció la Corte:

*“No puede negarse que las señaladas especificaciones del contrato indican de manera fehaciente que quien ejercía la administración de la caseta de peaje en el momento del accidente era la sociedad demandada que, por lo tanto, se aprovechaba de su utilización por cuanto recibía remuneración por la prestación del servicio de cobro del peaje en carretera. No cabe duda tampoco que dentro de lo pactado por ella misma se encuentra el mantener dichas casetas “adecuadas” para el servicio que prestan y en “perfecto estado de funcionamiento” el alumbrado de las mismas para lo cual se estipuló que “toda la dotación, los bienes y el personal necesario para el buen desarrollo de los servicios contratados sería por cuenta del contratista”, responsabilidades que comprenden el conservar “adecuadamente” iluminada la caseta, es decir teniendo en cuenta las circunstancias de lugar, tiempo, modo, etc. en que se encuentre, no solamente, como lo pretende la demandada, cuando efectivamente hay servicio de fluido eléctrico que se presta bajo la responsabilidad del Estado, sino también cuando por cualquier razón dicho servicio público falta, más aún si podían preverse mecanismos apropiados para suplir la deficiencia por llevar la falla varios días como ocurría en la noche del accidente (10 o más según los testigos), ello por cuanto sus obligaciones derivadas del contrato son permanentes como lo indica el que el servicio de cobro de peajes debe cubrirse las 24 horas del día, en todas las cuales la caseta debía estar iluminada según las necesidades determinadas por la visibilidad reinante en el lugar”.*

Ante la determinación de la Corte según la cual no es suficiente, que la sociedad demandada alegue la falta el hecho extremo de iluminación como fuerza mayor o caso fortuito y mucho menos adecuada a la situación, ya que era su obligación, como se vio mantener la caseta en perfectas condiciones

## **2.3 Caso N° 2: María De Jesús Páramo Vda. de Jaramillo y otros contra Transportes Rápido Tolima S.A. Expediente 5220 de 1999**

### **2.3.1 Hechos relevantes:**

El 28 de junio de 1988, Fidel Jaramillo Izquierdo y su hijo Carlos Fidel Jaramillo Páramo, viajaban juntos de Ibagué hacia Venadillo cuando al encontrarse en el sitio Ventaquemada pagando el peaje, fueron atropellados por detrás por un bus de

---

de las casetas recolectoras y administrativas y el alumbrado público, incluyendo los respectivos semáforos, para lo cual se debe dotar cada peaje de los elementos requeridos tales como escaleras, repuestos, etc. (...) t) Efectuar la señalización de todas las casetas de acuerdo con el proyecto que suministre el Fondo Vial Nacional, llevando a cabo el respectivo mantenimiento y reposición.

servicio público, de placas WY-0742, de propiedad de Gentil Lozada, conducido por Esper Lozada y afiliado a la empresa Transportes Rápido Tolima S. A., el cual bajaba a gran velocidad debido a una falla en los frenos y a la impericia de su conductor, suceso a raíz del cual murió casi instantáneamente Fidel Jaramillo Izquierdo, sufrió graves heridas su hijo, conductor de la camioneta, y se destruyó ésta.

El conductor del bus, además de adolecer de un defecto físico grave, conducía sin la licencia autorizada y, según declaraciones de las empleadas del peaje, a una “velocidad aterradora”, sin pitar ni hacer nada para evitar el accidente que, según el informe de la policía vial, ocurrió por la falta de mantenimiento mecánico del bus, determinante de una avería en el tubo de aire de los frenos.

Los demandados, por separado, contestaron la demanda y se opusieron a las pretensiones; alegaron en su favor que existió una falla mecánica que se produjo a pesar del buen mantenimiento que se daba al bus; en cambio, guardó silencio la compañía Seguros del Comercio S. A., quien fue llamada en garantía por la empresa transportadora con fundamento en el contrato de seguro de Responsabilidad civil extracontractual

Según el dictamen pericial, tal falla mecánica se produjo al descabezarse el tubo principal del aire, “ya que no muestra machacamiento ni violencia de haber recibido algún golpe, además, porque el racor donde va asegurado el tubo del aire tampoco tiene ningún signo y para mi parecer este pudo haber sido la causa del accidente, por cuanto al descabezarse el tubo dejó sin aire los frenos y los mismos no cogen, además tengo a la vista las bandas del citado bus y estas están en perfecto estado”

De acuerdo con lo anterior, debe señalarse que aun aceptándose que tuvo lugar una falla mecánica irresistible en sus consecuencias e imprevisible, cosa por demás dudosa frente a los argumentos y pruebas que aportaron los demandados, lo cierto es que una circunstancia de tal naturaleza, por no serle extraña a la actividad desplegada y por hacer parte del deber general de prudencia y hasta de un deber legal – el código nacional de tránsito terrestre exige una revisión periódica de los carros de servicio público- en manera alguna puede configurar un caso fortuito o de fuerza mayor en los términos que esta noción se encuentra definida en el Art. 1 de la Ley 95 de 1890. En esas circunstancias, la Corte estimó:

*“que el acontecimiento presentado, la falla mecánica, no reúne los requisitos legales indispensables para que valga como eximente de responsabilidad, por lo cual el Tribunal al tenerlo como tal, con argumentos de naturaleza estrictamente jurídicas, y por los cuales*

*decidió absolver a los demandados de las pretensiones contra ellos invocadas en la demanda, infringió el precepto recién citado e igualmente el artículo 2356 del código civil”.*

## **2.4 Caso N°: Francisco Antonio Londoño Marín y otros contra Sociedad Transportadora de Urabá y Alfonso Rivera Escudero. Expediente N°. 4901 de 1998**

### **2.4.1 Hechos relevantes**

1. El 25 de septiembre de 1990, en la carretera que de Medellín conduce a Frontino, debido a la imprudencia del conductor y copropietario Alfonso Rivera Escudero, se precipitó a un abismo el bus de placas TM 1617, en el cual viajaban como pasajeras, entre otras personas, la señora Laura Rosa Zapata de Londoño y su hija Gloria Amparo Londoño Zapata.

2. El bus se precipitó por el abismo ya que el gavión (estructura de cemento que refuerza una calzada de pavimento) cedió con el peso del automotor, cuando este adelantaba otro carro a solo 14 metros de una curva.

3. Como consecuencia del accidente se produjo el fallecimiento de doña Laura Rosa Zapata, casada que era con Francisco Antonio Londoño, quien le sobrevive junto con las hijas del matrimonio: Luz Mery, Josefina, Saulina, Rosalba y Gloria Amparo Londoño Zapata.

4. El vehículo en que ocurrió el accidente, se encontraba afiliado a la empresa Sociedad Transportadora de Urabá y son sus propietarios Jesús Alfonso Rivera Escudero y Manuel José Correa Acevedo.

5. La sociedad demandada, por su parte, negando algunos hechos y pidiendo prueba de los otros, excepcionó también de fondo alegando “Fuerza mayor o caso fortuito”, “Inexistencia de la obligación de pagar” y “Pago de las indemnizaciones”.

6. El señor Francisco Antonio Marín presentó demanda contra los citados con base en una acción personal de responsabilidad civil extracontractual.

La primera premisa que se debe estudiar en este caso es la de que la fuerza mayor como circunstancia exoneratoria no puede coexistir con la culpa del agente este criterio, reiteramos, como lo ha expuesto la jurisprudencia en el sentido que para reconocer de la fuerza mayor y del caso fortuito, como causal de exoneración de responsabilidad en las actividades peligrosas, es indispensable la ausencia total del más mínimo comportamiento culposo en el agente

Viendo esto se podría calificar como culposo el accionar del conductor del vehículo que sobrepasó un automóvil a solo catorce metros de una curva, cuando está expresamente prohibido en el artículo 136 del Código Nacional de Tránsito, concretamente a sus numerales 3° y 7°, conforme a los cuales, “en la curvas o pendientes donde exista una visibilidad menor de cien (100) metros” y “en general cuando la maniobra ofrezca peligro”, es prohibido adelantar a otros vehículos. (Sin resaltar el original).

Para resolver este interrogante transcribimos el alegato de la parte demandante al respecto. “Independientemente de la culpa presunta, derivada de las actividades peligrosas, el conductor... incurrió en la protuberante irresponsabilidad de hacer un sobrepaso. La imprudencia del conductor al sobrepasar otro vehículo en las circunstancias señaladas, fue la causa eficiente y determinante del volcamiento del bus, que originó el fallecimiento de doña Laura.

A pesar de este planteamiento, no es apropiado afirmar que la conducta del conductor importa para desvirtuar la fuerza mayor o caso fortuito. Así mismo la Corte afirmó:

*“Porque no es cierto, como se pretende, que la fuerza mayor haya de ser excluida, sin más, como causal exoneratoria por la sola circunstancia de que la actividad desarrollada por quien es señalado como autor del hecho fuera de aquellas merecedoras de reproche”.*

Pues si bien es cierto que una de las características de la fuerza mayor es la de que no puede concurrir con la culpa del demandado, esa culpa debe ser sin la cual no se habría producido el perjuicio. En palabras más claras y de acuerdo con la Corte:

*“una actividad que haya tenido incidencia en la realización del daño y no por consiguiente a la que resulta inocua; y ello se muestra evidente, comoquiera que si el actuar del demandado es totalmente indiferente en cuanto a un determinado acontecer, inútil será para esos efectos preguntar por él y, por tanto, calificarlo o no de culposo”.*

Como ejemplos de esta línea jurisprudencial tenemos: piénsese nada más en el caso de un automotor fulminado por un rayo en momentos en que su conductor transita por un carril contrario al permitido; o en el del vehículo que arrasado por un alud, era conducido por quien no portaba la correspondiente licencia; y transcribiendo literalmente el sentir de la Corte:

*“llegando al evento aquí propuesto, en el de la carretera que se desploma arrastrando consigo un carro cuyo chofer pretendía adelantar otro coche cerca de una curva cerrada. Véase cómo se trata de situaciones en las que - salvo particulares circunstancias, por su-*

*puesto-, la actuación del agente, independientemente del reproche que pudiese merecer, es ajena a la producción del daño”.*

A este respecto cabe recordar lo expresado por la Corte, que si bien lo fue a propósito del artículo 2357 del Código Civil, se adecua a la situación en estudio:

*“...la jurisprudencia no ha tomado en cuenta, como causa jurídica del daño, sino la actividad que entre las concurrentes, ha desempeñado un papel preponderante y trascendente en la realización del perjuicio. De lo cual resulta que sí, aunque culposo, el hecho de determinado agente fue inocuo para la producción del accidente dañoso, el que no habría ocurrido si no hubiese intervenido el acto imprudente de otro, no se configura el fenómeno de la concurrencia de culpas”.<sup>66</sup>*

También en casación de 17 de abril de 1991 se dejó dicho: “...no hay duda de que tanto el conductor de la bicicleta como su acompañante se encontraban en culpa cuando decidieron transportarse en la forma narrada...; pero esa culpa en la medida en que fue inocua para la realización del perjuicio sufrido por los demandantes no impone la reducción en la apreciación del daño...”

Y más concretamente, refiriéndose a la causa extraña como circunstancia exoneratoria, dijo la Corte:

*“El error de conducta (...) constituiría lo que la doctrina llama el hecho de un tercero, que la jurisprudencia considera que se comprende dentro de la intervención de un elemento extraño. La intervención de este elemento extraño configura una causal de irresponsabilidad del demandado, siempre que el hecho del tercero tenga con el daño sufrido por la víctima una relación exclusiva de causalidad, pues en tal supuesto la culpa del demandado es extraña al perjuicio”.<sup>67</sup>*

Por las razones expuestas consideramos un acierto que la Corte Suprema no aceptara los argumentos de los demandantes y exonerara por fuerza mayor o caso fortuito a los demandados, ya que no se encontraba dentro del deber general de prudencia del conductor del bus, prever que al adelantar un carro, la carretera iba a ceder, hecho que causaría innumerables daños a los pasajeros. Además consideramos que la proximidad una curva al momento de sobrepasar un carro, tampoco compromete la esfera jurídica del conductor, ya que para el CASO EN CONCRETO, esta situación no implica que la carretera resista menos o más, al momento del accidente.

66 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. CLII 109. Pág. 109.

67 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 29 de febrero de 1964. G. J. Tomo 106 2271 Pág. 163.



## **2.5. Caso N°4: Jorge Eliécer Sánchez Parra y Jorge Eliécer Sánchez Cárdenas contra Transportes Rápido Tolima S.A. Expediente 5510 de 2000**

### **2.5.1 Hechos relevantes:**

1. Jorge Eliécer Sánchez Parra y Jorge Eliécer Sánchez Cárdenas, abordaron en El Líbano, Tolima, a las tres de la tarde del día 21 de agosto de 1988, la buseta de placas WY 0582, afiliada a TRANSPORTES RÁPIDO TOLIMA S. A. y conducida por Reynaldo Fierro Castillo.

2. La buseta salió de El Líbano con sobrecupo y empezó a hacer un recorrido normal, pero al llegar al paraje “El Convenio”, del mismo municipio, Jorge Eliécer Sánchez Parra, conductor de vehículos con una experiencia de veinticinco años, “escuchó unos ruidos en la parte baja de la buseta, al parecer de la suspensión y más concretamente de los frenos”, hecho que llevó a los actores a alertar al conductor sobre la tal anomalía “en el sitio conocido como Padilla en donde descargó unos pasajeros, para lo cual, lógicamente, tuvo que frenar”.

3. El conductor desatendió la alerta dada por los dos pasajeros demandantes respecto de la falla mecánica del automotor, asumiendo el “riesgo de desenfundarse (sic)”, lo que en últimas ocurrió, estrellándose “violentamente contra una peña y a causa del rebote producido por la violencia del impacto, se fue a lo profundo de un abismo de más de cien metros de profundidad”.

La sentencia del Tribunal, en la que se absolvió a la empresa transportadora, declaró probada la excepción de “caso fortuito” alegada por ella, al encontrar acreditado que el accidente ocurrió como secuela de un daño intempestivo e imprevisible del vehículo, al romperse los frenos, pues el día de los hechos venía haciendo el recorrido de manera normal, sin acusar ninguna falla mecánica, y al mismo se le prodigaba buen mantenimiento.

Para concluir que el accidente se había producido por un hecho imprevisible e irresistible, como lo es la rotura de los frenos, esto es, por “caso fortuito”, el sentenciador de segundo grado se apoyó básicamente, de una parte, en las copias tomadas del proceso penal seguido contra el conductor de la buseta por el delito de homicidio y lesiones personales en accidente de tránsito, proceso que, como se sabe, concluyó con auto ejecutoriado de cesación de procedimiento dictado el 16 de noviembre de 1990 por el Juez Catorce de Instrucción Criminal de Lérída, en el que se tuvo por configurada la causal de inculpabilidad contemplada en el

numeral 1º del artículo 40 del Código Penal (Quien realice la acción u omisión por caso fortuito o fuerza mayor); de otra, en los testimonios de Gustavo Sánchez Estrada, Jefe de la Serviteca de Mantenimiento de la sociedad transportadora, Reinaldo y Miguel Antonio Fierro Castillo, conductor y ayudante de la buseta, respectivamente, quienes dan cuenta que el vehículo gozaba de buen mantenimiento y, los dos últimos, que durante el viaje rodaba normalmente y se encontraba en buenas condiciones mecánicas, pero que de un momento a otro se quedó sin frenos, tornándose infructuosos los esfuerzos realizados por el conductor para impedir que el automotor se saliera de la carretera y terminara precipitándose al abismo, con las consecuencias conocidas de muerte y lesiones de varios pasajeros; y, por último, en la prueba de confesión ficta deducida en contra de los demandantes y, concretamente, en la circunstancia de haber tenido por cierto el hecho contenido en la pregunta tercera del cuestionario formulado por la parte demandada, conforme la cual “el vehículo accidentado, hasta el instante mismo del siniestro, desarrolló el viaje en completa normalidad y no presentó fallas mecánicas durante el trayecto previo al siniestro”.

De los descritos fundamentos el recurrente solo atacó los concernientes con la apreciación que el Tribunal hizo de la confesión ficta de los demandantes y de la “prueba trasladada”, dejando de lado, por ende, las declaraciones del Jefe de la Serviteca de la demandada, del conductor de la buseta y de su ayudante, que no fueron en forma alguna rebatidas a través del recurso extraordinario, versiones éstas que también sirvieron al sentenciador de segundo grado, con similar eficacia, para aseverar que el accidente tuvo ocurrencia como consecuencia del “caso fortuito” producido por el repentino daño del sistema de frenos del automotor, que antes de tener ocurrencia el trágico suceso, éste venía rodando en perfectas condiciones mecánicas y que al vehículo se le brindaba un mantenimiento adecuado por parte de la transportadora en sus instalaciones.

Así planteadas las cosas, al no haberse atacado la ponderación que el sentenciador de instancia efectuó de la relacionada prueba testimonial, puntal esencial de la decisión, el cargo no está llamado a abrirse paso, pues al quedar vigente tal sustento del fallo, que es suficiente para respaldarlo y convalidarlo, no puede procederse al quiebre de la sentencia combatida.

Pese a que, como se deja dicho, el cargo introducido en casación no prospero, la Corte hizo el correspondiente análisis, el cual consideramos pertinente estudiar.

La primera, concerniente con la aceptación por parte del Tribunal de que el accidente en cuestión se debió a un “caso fortuito”, consistente en la avería inusitada del sistema de frenos del vehículo en que se transportaban los aquí demandantes, pues a este respecto debe puntualizarse que eventos de esa naturaleza, es decir, el daño de los instrumentos o máquinas mediante los cuales se desarrolla la actividad peligrosa, no pueden apreciarse siempre y en forma absoluta como un caso fortuito o una fuerza mayor, que sirvan para, en forma constante, avizorar, ante su ocurrencia, la mediación de una circunstancia de exoneración de responsabilidad. De esta forma la Corte ha determinado:

*“Es lo cierto, como ya lo tiene dicho esta Sala de la Corte, que los efectos liberatorios derivados del caso fortuito o la fuerza mayor, es cuestión que “no admite ser solucionada mediante una simple clasificación mecánica de acontecimientos apreciados en abstracto como si de algunos de ellos pudiera decirse que por sí mismos, debido a su naturaleza específica, siempre tienen tal condición, mientras que otros no” y que, por tanto, “En cada evento es necesario estudiar las circunstancias que rodearon el hecho con el fin de establecer si, frente al deber de conducta que aparece insatisfecho, reúne las características que indica el Art. 1º de la Ley 95 de 1890,\*\*\*” (Sent. de 26 de noviembre de 1999. Exp. 5220)”*

Siendo ello así es lo propio recabar, de nuevo, en que, para que un hecho pueda catalogarse como fue fuerza mayor o caso fortuito, por lo mismo, pueda derivar una eximente de responsabilidad, motivo por el cual la Corte, aunque no fallaba sobre el punto decidió que no en el expediente en referencia no se configuraba una fuerza mayor o caso fortuito:

*“se requiere que sea imprevisible, irresistible y que no se encuentre ligado al agente por faltarle el requisito de exterioridad nunca pueden configurar, en la modalidad de caso fortuito o fuerza mayor, una causa exoneratoria capaz de contrarrestar la presunción de culpa que consagra el Art. 2356 del C. Civil”.*

A pesar de esta circunstancia, nos gustaría aclarar que si realmente las pruebas acreditaban un adecuado mantenimiento del bus, si se hubiera podido calificar el hecho de la avería de los frenos como fuerza mayor o caso fortuito.

Después de ver los hechos relevantes de los casos mencionados anteriormente y las decisiones de la Corte Suprema al calificarlos como fuerza mayor y caso fortuito o no, podemos concluir que la Corte, aunque en algunos casos no lo exprese literalmente – como se aprecia en los expedientes 5220 de 1999 y 5510 de 2000 - , que el punto a estudiar es la obligación legal – como en el expediente 4901 de 1998, caso en el cual es una obligación contractual- o la obligación general de prudencia, prever y por ende resistir el hecho que genero el daño; lo que

implica que al tener este compromiso de previsión, el agente generador del daño tiene comprometida su esfera jurídica y por ende debe responder.

Como anunciábamos al iniciar este capítulo, la solución de estudiar el deber de una persona dentro de un hecho, para determinar que este último es o no fuerza mayor o caso fortuito, no es nueva, ya que ha sido expresada siempre pero desde el requisito de la irresistibilidad, pero creemos que es la mejor forma y tal vez la más práctica de evaluar si este tipo de causa extraña si da o no.

## CONCLUSIONES

Una vez culminado el estudio sobre los factores que determinan que un hecho se pueda considerar como fuerza y caso fortuito, según el criterio de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia podemos concluir:

- La responsabilidad civil, como todo el derecho en general, debe actualizarse día a día, en razón a que situaciones que hace algunos años eran inimaginables para nuestra sociedad, hoy en día se presentan a cada minuto. Estas nuevas tendencias necesitan, por supuesto una regulación apropiada y eficaz, que permita un equilibrio entre las personas de un país.
- Ante la imposibilidad de emitir normas cada vez que una preocupación social de pie para ellos, es deber de los jueces interpretar estas leyes según las necesidades de cada tiempo y emitir decisiones que vayan de acuerdo no solo con los principios generales que inspiraron la norma, sino además con el bien común de los individuos sujetos al derecho.
- Colombia por supuesto no fue ajena y no ha sido ajena a estos cambios sociales y tecnológicos. Como ejemplo tenemos como desde la década de los 30, y respondiendo a la necesidad de proteger a los trabajadores de la imposibilidad de probar la culpa del empleador en un accidente laboral, la Corte Suprema de Justicia empezó a estructurar toda la base jurídica por la cual debían regirse las actividades peligrosas, especialmente en lo referente, a la posibilidad de existir una responsabilidad sin culpa.
- Después de discurrir sobre términos que en muchos casos llevan a la confusión, la Corte Suprema ha determinado que las actividades peligrosas son un tipo de responsabilidad objetiva, motivo por el cual es propio del demandante exonerarse probando una causa extraña, entre las cuales encontramos la fuerza mayor o caso fortuito.

- La prueba de un hecho como fuerza mayor y caso fortuito o de cualquier tipo de causa extraña, no puede hacerse a priori, circunstancia quedo probada a través del análisis jurisprudencial que realizamos en el cuerpo del trabajo, en donde en reiteradas ocasiones la Corte adopto la postura que los hechos que se imputan como fuerza mayor y caso fortuito deben reunir, los requisitos de irresistibilidad, imprevisibilidad y exterioridad del agente.
- A pesar de lo anterior, al problema se presenta al momento de entrar a calificar si realmente estos requisitos se configuran o no; situación que depende de la interpretación del fallador de turno del caso en concreto, motivo por el cual en muy pocas oportunidades se da como probada la fuerza mayor o caso fortuito como eximente de actividades peligrosas o por cualquier tipo de responsabilidad contractual y extracontractual.
- Frente a este problema, nuestro trabajo de grado otorga una solución; aunque no puede considerarse como nueva totalmente ya que ha sido estudiada por la doctrina y la jurisprudencia pero a partir del requisito de irresistibilidad en algunos casos e imprevisibilidad en otros. Esta salida no es otra que analizar desde el requisito de exterioridad del agente, el deber jurídico que este último tenía de prever y resistir en el hecho que produjo el daño siempre si era su obligación o no en la conducta que generó el perjuicio.
- De este modo, lo importante y pertinente es estudiar los hechos relevantes de cada caso y de acuerdo con ellos examinar que deber – de tipo legal o general de prudencia- tenía el demandado de prever y por ende resistir este conducta. Así podremos decidir si la hay o no una fuerza mayor o caso fortuito que lo exonere de responsabilidad.

## BIBLIOGRAFÍA

### Legislación

#### CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

Congreso de la República. Ley Número 57 DE 1887 “Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional”. (Código Civil Colombiano) y sus modificaciones pertinentes.

Congreso de la República. Ley Número 769 de 2002. Por la cual se expide el Código nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones.

Congreso de la República. Ley Número 57 DE 1887 “Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional”. (Código Civil Colombiano) y sus modificaciones pertinentes.

Congreso de la República. Ley Número 769 de 2002. Por la cual se expide el Código nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones.

### **Jurisprudencia**

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia de noviembre 30 de 1935.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria Sentencia de marzo 14 de 1935

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia de mayo 31 de 1938

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia de mayo 12 de 1939

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Expediente N° 012 de 1994. Magistrado Ponente: Jorge Antonio Castillo Rúgeles

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Expediente N° 4702 de 1998. Magistrado Ponente: Jorge Antonio Castillo Rúgeles

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Expediente N° 4994 de 1998. Magistrado Ponente: Carlos Esteban Jaramillo Schloss

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Expediente N° 5173 de 1999. Magistrado Ponente: Silvio Fernando Trejos Bueno

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Expediente N° 5220 de 1999. Magistrado Ponente: Silvio Fernando Trejos Bueno

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Expediente N° 5468 de 2000. Magistrado Ponente: Nicolás Bechara Simancas

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Expediente N° 5510 de 2000. Magistrado Ponente: Nicolás Bechara Simancas

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Expediente N° 5714 de 2001. Magistrado Ponente: Nicolás Bechara Simancas

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Expediente N° 6171 de 2001. Magistrado Ponente: Silvio Fernando Trejos Bueno

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Expediente N° 6315 de 2001. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Expediente N° 6492 de 2001. Magistrado Ponente: Jorge Santos Ballesteros

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Expediente N° 7069 de 2002. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Expediente N° 7087 de 2002. Magistrado Ponente: Silvio Fernando Trejos Bueno

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Expediente N° 7336 de 2002. Magistrado Ponente: Silvio Fernando Trejos Bueno

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Expediente N° 7346 de 2003. Magistrado Ponente: Silvio Fernando Trejos Bueno

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Expediente N° 7464 de 2004. Magistrado Ponente: Silvio Fernando Trejos Bueno

## **Doctrina**

BARRERA TAPIAS, Carlos Darío, SANTOS BALLESTEROS, Jorge. El daño justificado. Seminarios 2. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Reimpresión 2003.

HENAO, Juan Carlos. El daño. Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1998.

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. Responsabilidad Civil Extracontractual. Décima edición. Temis. Bogotá, 1998

MAZEUD, Henri, León y André Tunc. Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. EJE, Buenos Aires, 1977

PLANIOL, Marcel, Georges Ripert. Tratado Elemental de Derecho Civil. Tomo IV. Cárdenas Editores. 1991

REGLEROS CAMPOS, Fernando. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I. Parte General. Editorial Aranzadi. 2002

SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Instituciones de Responsabilidad Civil. Tomo I. Colección Profesores N° 21. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. 1996.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil. Tomo I, II, III, IV. Temis. Bogotá, 1999

VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio Cesar. Instituciones de Responsabilidad Civil y del Estado. Libro personal In Press

### **Páginas en Internet**

Página Web de la Secretaria del Senado de la República de Colombia: [www.secretariasenado.gov.co](http://www.secretariasenado.gov.co)

Página Web de la Rama Judicial de Colombia : [www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co)

Página Web del Banco de la Republica de Colombia: (Juriscol) [www.banrep.gov.co](http://www.banrep.gov.co)

Página Web: Gobierno en línea: [www.gobiernoenlinea.gov.co](http://www.gobiernoenlinea.gov.co)

Página Web Ministerio del Interior y Justicia: [www.mininterior.gov.co](http://www.mininterior.gov.co)

Servicios de información jurídica: Datalegis y Notinet





# **GESTIÓN PARA OPTIMIZAR EN LA AEROCIVIL LA EXIGENCIA DEL SEGURO PARA LA OPERACIÓN DE AERONAVES**

**Luis Eduardo Rodríguez Corci<sup>1</sup>**

AÍDA CORREA ARCILA  
GLADYS IZQUIERDO DUARTE

TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR  
POR EL TÍTULO DE  
ESPECIALISTA EN SEGUROS Y SEGURIDAD SOCIAL

ASESOR:

Dr. Luis Eduardo Rodríguez Corci  
Profesor Unisabana  
Cátedra: Seguros Generales  
Gerente de Seguros Generales y Reaseguro Seguros del Estado

UNIVERSIDAD DE LA SABANA  
INSTITUTO DE POSTGRADOS  
POSTGRADO DE SEGUROS Y SEGURIDAD SOCIAL  
BOGOTÁ  
2006

265

---

<sup>1</sup> Gerente de Seguros Generales y Reaseguro Seguros del Estado S.A. Docente Especialización de Seguros y Seguridad Social. Universidad de la Sabana

## **CONTENIDO<sup>2</sup>**

### - INTRODUCCIÓN

#### 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

- 1.1 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA
- 1.2 OBJETIVO GENERAL
- 1.3 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

#### 2. GENERALIDADES

- 2.1 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN
- 2.2 ANTECEDENTES
  - 2.2.1 La Aviación en el Mundo
  - 2.2.2 La Aviación en Colombia
  - 2.2.3 Autoridad Aeronáutica
  - 2.2.4 Seguros de Aviación
- 2.3 MARCO CONCEPTUAL
- 2.4 METODOLOGÍA

#### 3. NORMATIVIDAD AÉREA

- 3.1 NORMATIVIDAD COLOMBIANA
- 3.2 NORMATIVIDAD VENEZOLANA
- 3.3 NORMATIVIDAD CHILENA
- 3.4 NORMATIVIDAD UNIÓN EUROPEA
- 3.5 NORMATIVIDAD COLOMBIANA FRENTE A OTRAS NORMATIVIDADES
  - 3.5.1 Pasajeros
  - 3.5.2 Daños en la Superficie

#### 4. CONVENIOS INTERNACIONALES

- 4.1 CONVENIO DE PARÍS DE OCTUBRE 13 DE 1919
- 4.2 CONVENCION DE VARSOVIA DE OCTUBRE 12 DE 1929
- 4.3 CONVENCION DE CHICAGO DE DICIEMBRE 7 DE 1944

---

2 Se presenta el contenido completo, con el fin de seguir las normas de Trabajo de Grado.

- 4.4 PROTOCOLO DE LA HAYA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1955
  - 4.5 CONVENIO DE GUADALAJARA DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 1961
  - 4.6 ACUERDO DE MONTREAL DE 1966
  - 4.7 PROTOCOLO DE GUATEMALA DE 1971
  - 4.8 PROTOCOLOS 1 A 4 DE MONTREAL DE 1975
  - 4.9 ACUERDO IATA 1995
  - 4.10 CONVENIO DE MONTREAL DE 1999
- 
- 5. ANÁLISIS SEGUROS DE AVIACIÓN
    - 5.1 DIVISIÓN DEL SEGURO
    - 5.2 AMPAROS
      - 5.2.1 Casco
      - 5.2.2 Casco-Guerra
      - 5.2.3 Seguro de Deducible
      - 5.2.4 Responsabilidad a Terceros Incluyendo Abordaje
      - 5.2.5 Responsabilidad a Pasajeros
      - 5.2.6 Cláusula de Extensión de Responsabilidades para Guerra y Riesgos Aliados
- 
- 6. ANÁLISIS DE SENTENCIAS
- 
- 7. PROPUESTAS Y CONCLUSIONES
    - 7.1 Código de Comercio
    - 7.2 Obligatoriedad del Seguro para Guerra y Terrorismo
    - 7.3 Reglamentos Aeronáuticos de Colombia
- 
- 8. BIBLIOGRAFÍA

## INTRODUCCIÓN

El trabajo que se presenta, denominado “Gestión para optimizar en la Aeroci- vil la exigencia del seguro para la operación de aeronaves” pretende mostrar de una parte, la normatividad que existe en Colombia sobre el seguro de aeronaves y el cumplimiento que se está dando a esa normatividad, y de otra, la propuesta para contribuir a hacer más efectiva su observancia.

Las entidades reguladoras de la aviación civil en el mundo, nacieron como una necesidad de los países, ante el auge de la aviación que se presentó después de la segunda guerra mundial. Paralelamente también aparecía el seguro de aviación para cubrir los posibles eventos resultantes de la operación de aeronaves.

En Colombia aparece en 1938 la entidad reguladora de la aviación, hoy de- nominada Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, encargada no solamente de regular la operación aérea en Colombia, sino de vigilar que se cum- plan las normas que en materia aeronáutica sean expedidas.

Dentro de las funciones que tiene la Aeronáutica Civil Colombiana, se encuen- tra la de hacer cumplir que todos los operadores de aeronaves adquieran un se- guro que ampare los daños o lesiones, que los aviones puedan causar a terceras personas, a bienes de terceras personas, a la carga y a los pasajeros.

## 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

### 1.1 Formulación del problema

La operación de las aeronaves en Colombia conlleva una responsabilidad por parte de los operadores, que debe estar respaldada con una caución represen- tada en un Contrato de Seguro, una Garantía Bancaria o un Depósito; estas tres garantías cumplen la misma función de cubrir los riesgos a los cuales están ex- puestos los operadores aéreos; sin embargo, la Aeronáutica Civil exige y acepta solamente la póliza de seguro, tema al cual hará referencia este trabajo.

En Colombia, la entidad encargada de hacer cumplir con esta exigencia es la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, quien dentro de sus funcio- nes además, emite, divulga y actualiza Los Reglamentos Aeronáuticos de Colom- bia, los cuales condicionan la operación de las aeronaves a la presentación de un seguro de conformidad con lo previsto en el Código de Comercio. Los Reglamen- tos Aeronáuticos de Colombia contienen la normatividad que regula la operación

de la aviación civil en Colombia y en su articulado no especifican claramente los riesgos que debe cubrir el seguro, ni tampoco el tipo de cobertura requerida de acuerdo con el uso de las aeronaves, ni tampoco los montos mínimos a asegurar. En sus partes tercera y cuarta se encuentra dispersa la exigencia de la obligatoriedad del seguro sin guardar coherencia en lo que exige de cobertura para cada actividad según la clasificación de las aeronaves.

El Código de Comercio establece los límites máximos de indemnización, en caso de responsabilidad del propietario de la aeronave o transportador aéreo con respecto a los daños y lesiones causados en la superficie, abordaje, pasajeros, carga, equipajes y objetos de mano, tasándolos en gramos de oro puro, aunque el Patrón Oro fue abandonado por Colombia en septiembre de 1931, cuando adopta el tipo de cambio al dólar americano. Igualmente el Código de Comercio establece que los transportadores aéreos pueden caucionar esta responsabilidad mediante un seguro, permitiendo contratar sumas aseguradas por el cincuenta por ciento.

Los propietarios de aeronaves, tanto privadas como de transporte público, desconocen hasta dónde llega su responsabilidad como consecuencia de los daños que puedan resultar de la operación de las mismas, como lo son: daños a bienes de terceros, lesiones o muerte a terceras personas, a pasajeros y a tripulantes, daños a la carga, etc. y por su parte la Aeronáutica Civil, no hace cumplir lo establecido en el Código de Comercio, en cuanto a la presentación de una póliza con las sumas aseguradas mínimas exigidas, ya que permite operar aeronaves que cuentan con seguros cuyos valores asegurados, en el momento de un accidente, serían insuficientes para responder por el daño causado.

## **1.2 Objetivo General**

Analizar la situación que se presenta en la Aeronáutica Civil Colombiana respecto de la exigencia del seguro de aeronaves, para el otorgamiento del certificado de aeronavegabilidad, y como resultado de este análisis presentar una propuesta de gestión que corrija las deficiencias que hoy existen.

## **1.3 Objetivos específicos**

- Analizar Los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia, específicamente en lo relacionado con las cauciones exigidas para la consecución del Certificado de Aeronavegabilidad.

- Considerar lo estipulado en el Código de Comercio respecto de la cuantificación de la responsabilidad de los operadores de aeronaves.
- Describir las coberturas y límites que ofrece el mercado asegurador en el seguro de aviación.
- Estudiar algunas sentencias proferidas por los diferentes estamentos judiciales con respecto a la tasación de daños y lesiones causados en accidentes aéreos.
- Considerar el contenido de los convenios internacionales que regulan el transporte aéreo internacional.
- Analizar y comparar la legislación aeronáutica de Colombia, Chile, Venezuela y Unión Europea.

## **2. GENERALIDADES**

### **2.1 Justificación de la investigación**

Este trabajo se basa en el análisis de la reglamentación emanada de la Aeronáutica Civil sobre la exigencia del seguro que cubra en forma suficiente los daños y lesiones que puedan ser consecuencia de un accidente de una aeronave. Como se describirá en el capítulo tercero de este trabajo numeral 3.1 Normatividad Aérea Colombiana, Los Reglamentos Aeronáuticos no son precisos en la exigencia del seguro ni en la suma a contratar.

### **2.2 Antecedentes**

**2.2.1 La Aviación en el Mundo.**<sup>3</sup> La aviación tiene los comienzos a finales del siglo XIX con las experiencias de vuelo realizadas en planeador por el señor Otto Lilienthal, alemán, (1848-1896), quien murió en esas pruebas.

En 1919 se organizaron Líneas de Transporte Comercial. De 1939 a 1945 las fuerzas aéreas en la Segunda Guerra Mundial desempeñaron un papel decisivo. Las grandes posibilidades de aviación se acrecentaron: tonelaje, velocidad, radio de acción, etc. En 1952 voló el primer avión reactor comercial: el Comet I y desde entonces la propulsión a reacción ha permitido alcanzar velocidades mucho más elevadas y sobrepasar incluso la del sonido.

---

3 Plaza y Janes Editores Colombia Ltda. Diccionario Enciclopédico Básico. 1976.

**2.2.2 La aviación en Colombia.**<sup>4</sup> En septiembre de 1919 se fundó la Compañía Colombiana de Navegación Aérea con tres aviones Farman F-40 y se liquidó en 1921. El 5 de diciembre, también en 1919, se fundó la Sociedad Colombo Alemana de Transportes Aéreos “Scadta”, que en 1939 tomó el nombre de Avianca. En 1934 se estableció la firma Servicio Aéreo Colombiano “Saco”. La aviación militar se inició también mediante ley de finales de 1919 y en 1921 se estableció la primera escuela de aviación del Ejército en Flandes. En 1947 se formó en Bogotá el Aeroclub de Colombia.<sup>5</sup> En 1962 nace Satena, empresa aérea comercial del estado que llega a apartadas regiones de Colombia. Hoy existen en Colombia más de cincuenta empresas que transportan pasajeros y carga; además operan aviones de otros usos, como son: privados, ejecutivos, fumigadores e instrucción.

**2.2.3 Autoridad Aeronáutica.**<sup>6</sup> Por medio de la ley 126 de 1919 se autorizó por primera vez al poder Ejecutivo para que reglamentara todo lo relacionado con la Aeronavegación. La Ley 89 de 1938 centralizó el control de la aviación en un organismo especial denominado Dirección General de la Aeronáutica Civil, la cual funcionó como Dependencia del Ministerio de Guerra de la Dirección General de la Aviación Militar.

Mediante Decreto 1721 del 18 de julio de 1960 se creó el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil (DAAC), con unas funciones técnicas y administrativas específicas, para dirigir la política aeronáutica. Con la ley 105 de Febrero de 1993 fue convertida a Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil “UAEAC”.

**2.2.4 Seguro de Aviación.**<sup>7</sup> El seguro de aviación nació en Londres, alrededor de 1911, y tomó un real significado con el desarrollo de la aviación comercial después de la primera guerra mundial.

Recibió considerable ímpetu de los grandes avances en conocimientos y tecnología que tuvieron lugar durante la segunda guerra mundial. Un gran número de aeronaves fueron convertidas a uso civil, lo que desarrolló notablemente la aviación civil, y tuvo su efecto en el seguro de aviación. La llegada de aviones jet para transporte civil, llevó a modificar las formas de seguro existentes en ese mo-

4 ARIAS DE GREIFF, Gustavo. Hace 91 años...En Revista Semana. Bogotá. Edición1118. (Oct. 2003)

5 MORENO REYES, Héctor. Hombres y Aeroplanos. 1988.

6 Disponible en <http://www.aerocivil.gov.co>

7 MARGO, R. D. Aviation Insurance.



mento y a crear nuevos riesgos, que han sido la base de las coberturas y cláusulas que conocemos actualmente.

### 2.3 Marco conceptual

- Aerocivil: Es la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.
- Aeronave: El Código de Comercio lo define como: Todo aparato que maniobre en vuelo, capaz de desplazarse en el espacio y que sea apto para transportar personas o cosas.
- Aviación Civil: Operación de aeronaves diferentes a las que cumplen actividades de aeronaves de Estado, servicios militares, de aduanas y de policía.
- Abordaje: Colisión o interferencia entre dos o más aeronaves en vuelo o sobre la superficie.
- Asegurado: Titular del bien.
- Aseguradora: Entidad que otorga la cobertura.
- Beneficiario: Persona natural o jurídica que sufre el perjuicio patrimonial.
- Certificado de Aeronavegabilidad: Documento donde constan las condiciones de operación de la aeronave.
- Derecho Especial de Giro (DEG): Activo de reserva internacional creado por el Fondo Monetario Internacional (FMI). Sirve como unidad de cuenta del FMI y otros organismos internacionales. Se calcula<sup>8</sup> con base en una cesta de monedas, integrada por el dólar de EE.UU., el euro, la libra esterlina y el yen japonés, y se computa sumando el monto de las cuatro monedas, valoradas en dólares de EE.UU. sobre la base de los tipos de cambio cotizados a mediodía en el mercado de Londres.
- Indemnización: Valor que la Aseguradora paga al Beneficiario cuando sucede un siniestro.
- MTOM: Peso máximo de despegue de la aeronave que corresponde a una cantidad certificada específica para todos los tipos de aeronaves, como figura en el certificado de aeronavegabilidad de la aeronave. Comprende la sumatoria del peso de: la aeronave, combustible, carga, pasajeros y equipaje.
- Póliza: Contrato Consensual, Bilateral, Oneroso, Aleatorio y de ejecución sucesiva, es decir, se hace bajo acuerdo de voluntades entre Asegurado y

---

8 Disponible en [www.ifm.org](http://www.ifm.org)

Asegurador, con el compromiso de pago de primas, por parte del tomador, y de las indemnizaciones, por parte del Asegurador.

- Pasajero: Persona que se encuentra a bordo de una aeronave, diferente a la tripulación, en virtud de un contrato de transporte aéreo.
- Reasegurador: Entidad que da respaldo económico a las Aseguradoras.
- Riesgo: Probabilidad de que ocurra un suceso.
- Seguro: Medio para resarcir la pérdida de un bien.
- Tomador: Responsable del pago de las primas.
- Tercero: Persona natural o jurídica, ajena al asegurado, que puede resultar afectado en caso de accidente.
- Unidad de Fomento (UF): Medida Chilena, pagadera en pesos chilenos.

## **2.4 Metodología**

El tipo de investigación que se aplica para el presente trabajo es documental, puesto que se analizará información escrita sobre el problema enunciado.

Se apoya en información extraída de fuentes primarias y secundarias, entre ellas, la regulación específica y la categorización dogmática del principio indemnizatorio que sobre el seguro de aviación hace el Código de Comercio, la normatividad nacional vigente contenida en los Reglamentos Aeronáuticos; y se tomarán los fundamentos de dos Sentencias de diferentes instancias judiciales.

Además se hace revisión bibliográfica sobre la normatividad existente en otros países, y los Convenios Internacionales a los cuales está sujeta la aviación comercial y se estudia el condicionado y clausulado de la póliza de aviación que el mercado local ofrece, y cada una de las coberturas.

## **3. NORMATIVIDAD AÉREA**

El transporte aéreo por su naturaleza, el riesgo que conlleva y por ser un servicio de uso público, que no se limita solo al transporte de pasajeros y carga al interior de un país sino que se extiende para conectarse con otros países, requiere ser regulado tanto a nivel internacional como a nivel local en cada Nación.

En este capítulo se describe el contenido de las normas que regulan el transporte aéreo en Colombia, Venezuela, Chile y Unión Europea, y se presenta al final del mismo un comparativo de estas legislaciones, mostrando cómo se encuentra

la legislación Colombiana frente a la normatividad de países latinoamericanos y la Comunidad Europea, en cuanto a la responsabilidad que tiene el transportador aéreo frente a los pasajeros y terceros, los límites exigidos en la contratación del seguro y requisitos para la presentación del mismo.

### 3.1 Normatividad colombiana

La legislación Colombiana sobre transporte aéreo se encuentra contenida en el Código de Comercio<sup>9</sup> en el Libro Quinto “DE LA NAVEGACIÓN”, Segunda Parte: “DE LA AERONÁUTICA”, Capítulo VI: “Daños a Terceros en la Superficie”, Capítulo VII: “Abordaje” y Capítulo XII: “Transporte Aéreo”, en los cuales se define tanto la responsabilidad del transportador aéreo como el límite máximo de indemnización.

Los daños a terceros en la superficie se encuentran definidos en el Artículo 1827 del Código de Comercio, así: “La persona que sufra daños en la superficie tiene derecho a ser indemnizada por el explotador de la aeronave con sólo probar que tales daños provienen de una aeronave en vuelo o de una persona o cosa caída de la misma”.

El artículo 1835 del Código del Comercio establece que: “La indemnización por daños a terceros en la superficie no excederá, por aeronave y accidente, de: 1) Treinta y tres mil trescientos treinta y tres gramos de oro puro, para las aeronaves cuyo peso no exceda de mil kilogramos; 2) Treinta y tres mil trescientos treinta y tres gramos de oro puro, más veintiséis de oro puro con sesenta y seis centígrados, por kilogramos que pase de los mil por aeronaves que pesen más de mil y no excedan de seis mil kilogramos; 3) Ciento setenta y seis mil seiscientos treinta y tres gramos de oro puro, más dieciséis gramos con sesenta y seis centigramos de oro puro por kilogramo que pase de los seis mil kilogramos para aeronaves que no excedan de veinte mil kilogramos; 4) Trescientos noventa y nueve mil ochocientos setenta y tres gramos de oro puro, más diez gramos de oro puro por kilogramo que pase de los veinte mil kilogramos, para aeronaves que pesen más de veinte mil y no excedan de cincuenta mil kilogramos, y 5) Seiscientos noventa y nueve mil ochocientos setenta y tres gramos de oro puro, más seis gramos con sesenta y seis centigramos por kilogramo que pase de los cincuenta mil kilogramos, para aeronaves que pesen más de cincuenta mil kilogramos”.

9 Colombia. Nuevo Código de Comercio

*“La indemnización en caso de muerte o lesiones no excederá de treinta y tres mil trescientos treinta y tres gramos de oro puro por persona fallecida o persona lesionada”.*

Para una más fácil comprensión del anterior artículo, se resume así:

### **Daños a la propiedad**

Peso de la aeronave	Límite Máximo en gramos de oro puro
Hasta 1.000 Kgs	33.333
De 1.000 a 6.000 Kgs	33.333 + 26,66 por Kg adicional a 1.000
De 6.000 a 20.000 Kgs	176.633 + 16,66 por Kg adicional a 6.000
De 20.000 a 50.000 Kgs	399.873 + 10,00 por Kg adicional a 20.000
Más de 50.000 Kgs	699.873 + 6,66 por Kg adicional a 50.000

**Muerte o lesiones a una persona** 33.333

El abordaje se encuentra definido en el Artículo 1841 del Código de Comercio, así: “Se entiende por abordaje toda colisión o interferencia entre dos o más aeronaves en vuelo o sobre la superficie”. La responsabilidad la define el Artículo 1843 y se resume en que los daños causados a las personas, se tasan hasta los mismos límites contemplados en el artículo 1881, que se menciona más adelante; y los daños causados a otras aeronaves se tasan por el valor menor entre la reparación o sustitución.

La responsabilidad del transportador con respecto a la muerte o lesión del pasajero se encuentra definida en el Artículo 1880 del Código de Comercio: “El transportador es responsable del daño causado en caso de muerte o lesión del pasajero, con la sola prueba de que el hecho que lo causó se produjo a bordo de la aeronave o durante cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque, a menos que pruebe hallarse en cualquiera de las causales de exoneración consagradas en los ordinales 1o. y 3o. del artículo 1003 y a condición de que acredite, igualmente, que tomó todas las medidas necesarias para evitar el daño o que le fue imposible tomarlas”.(subrayado fuera de texto)

*“Dichas operaciones comprenden desde que los pasajeros se dirigen a la aeronave abandonando el terminal, muelle o edificio del aeropuerto hasta que ellos acceden a sitios similares”.*

El artículo 1881 establece el límite de indemnización por pasajero: “La indemnización en caso de responsabilidad del transportador no excederá de veinticinco mil gramos de oro puro por pasajero”. (Subrayado fuera de texto)

25.000 gramos de oro puro equivale en dólares americanos a US\$524.057, tomando a \$52.771,29 el valor del gramo de oro puro a mayo 26 de 2006 y el cambio del dólar a \$2.517,44 en la misma fecha.

En cuanto a la forma de caucionar esta responsabilidad, el Código de Comercio en su Título V “DEL CONTRATO DE SEGURO” Capítulo XIV “SEGURO”, Artículo 1900 “OBLIGACIONES QUE SE DEBEN CAUCIONAR”, establece: “Las empresas de transporte público quedan obligadas a caucionar la responsabilidad civil de que tratan los Capítulos VI, VII y XII mediante: 1. Contrato de Seguro. 2. Garantía otorgada por entidad bancaria o 3. Depósito en efectivo o valores negociables en la bolsa.”(Subrayado fuera de texto).

*“Dichas cauciones o el seguro se constituirán por una cantidad mínima equivalente a los límites de responsabilidad establecidos en el presente Código. La caución se puede tomar por el cincuenta por ciento de la capacidad total de la aeronave, sin que esto signifique que se altera el límite de la responsabilidad de cada pasajero.”(Subrayado fuera de texto).*

El valor mínimo a caucionar por pasajero, es decir el 50% es de 12.500 gramos de oro puro cuya equivalencia en dólares a mayo 26 de 2006 es de US\$262.028 por cada silla pasajero.

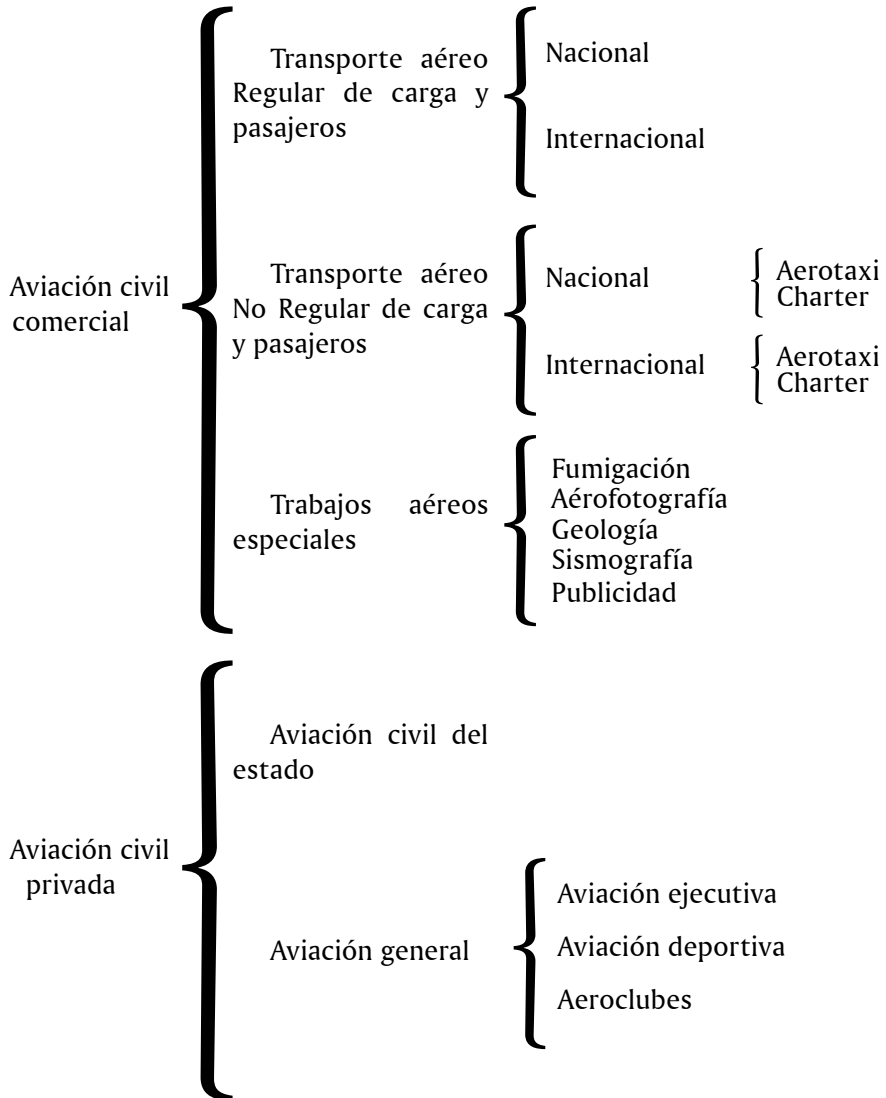
De otra parte, el Artículo 1901 del Código de Comercio “GARANTÍA ADICIONAL PARA LAS EMPRESAS DE SERVICIO INTERNACIONAL”, establece: “Las empresas colombianas de transporte público internacional deberán, además, constituir garantías hasta por los límites de responsabilidad que señalen los convenios internacionales de los que Colombia sea parte y con respecto a las operaciones internacionales.”

*“Las demás aeronaves civiles que vuelen sobre territorio colombiano, sean nacionales o extranjeras, deberán asegurar su responsabilidad proveniente de daños causados a terceros en la superficie y por abordaje, hasta los límites señalados en este Código.”(Subrayado fuera de texto).*

Por su parte, Los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia,<sup>10</sup> expedidos por la Unidad Especial de Aeronáutica Civil, regulan la actividad aérea civil y definen las condiciones dentro de las cuales se encuentra, de una manera fragmentada, la obligación de caucionar la responsabilidad del transportador aéreo.

10 Unidad Administrativa Especial De Aeronáutica Civil “UAEAC”. Reglamentos Aeronáuticos de Colombia.

Estos reglamentos se dividen en once partes y clasifica las actividades aéreas civiles de la siguiente forma:



En las Partes Tercera y Cuarta<sup>11</sup> de los Reglamentos, se establece el deber que tienen algunas de las actividades aéreas, de cumplir con la presentación del seguro como puede apreciarse en el contenido que se transcribe a continuación, observando que esta normatividad no contempla la totalidad de las actividades

Transporte de pasajeros en aviones de Carga, numeral 3.6.3.3.1.8.2 tercera condición: “deben cumplir con los requisitos sobre seguros de que trata el Código de Comercio y con las limitaciones contenidas en los Reglamentos Aeronáuticos”. (subrayado fuera de texto)

Transporte público internacional efectuado por explotador extranjero, numeral 3.6.3.3.2.2 séptima condición del literal c): “Los seguros de Responsabilidad Civil a los Pasajeros, daños a terceros, personas y cosas en la superficie y daños provenientes del abordaje por un monto no menor al fijado en las convenciones internacionales.” (subrayado fuera de texto).

Aviación Ejecutiva, numeral 3.6.4.2 literal f): “Los seguros que para cada caso determine la Aeronáutica Civil.”(subrayado fuera de texto).

Trabajos aéreos Especiales, numeral 3.6.3.3.3.5: “Las empresas o entidades interesadas en la explotación comercial de la propaganda aérea deben comprobar que poseen un seguro de responsabilidad civil por daños a terceros, por un valor que cubra los riesgos de la actividad desarrollada” (subrayado fuera de texto).

Aeroclubes, numeral 4.23.23 literal i): “Los seguros con que cuente la aeronave deberán amparar a las personas a bordo y demás riesgos propios de la operación que puedan suscitarse.” (subrayado fuera de texto).

Aviación Deportiva, numeral 4.25.1.7.11: “Seguros: Para atender la responsabilidad indicada en este capítulo los explotadores de aeronaves convencionales, aerostatos, planeadores y ultralivianos, o los Clubes a través de los cuales las operen, deberán mantener vigente una póliza de seguro de conformidad con lo previsto en los artículos 1900 y siguientes del Código de Comercio.” (subrayado fuera de texto).

De igual forma los Reglamentos Aeronáuticos hacen referencia a la indemnización que tiene derecho el pasajero, remitiéndolo a lo dispuesto en el Código de Comercio:

11 Unidad Administrativa Especial De Aeronáutica Civil “UAEAC”. Reglamentos Aeronáuticos de Colombia, Parte Tercera y Parte Cuarta.

“3.10 Transporte Aéreo Regular De Pasajeros. 3.10.2.17 Daños al Pasajero: En caso de daños, muerte o lesiones del pasajero sufridas a bordo o durante la ejecución del transporte, a partir de las operaciones de embarque y hasta que concluya el desembarque, éste o sus causahabientes, tienen derecho a ser indemnizados conforme a lo dispuesto en los artículos 1880 y 1881 del Código de Comercio, para transporte aéreo nacional y conforme a los Convenios de Varsovia//29, La Haya/55, Guadalajara/61, Guatemala/71 y Protocolos de Montreal/75, vigentes y aprobados por Colombia, o normas que en el futuro los sustituyan, para el transporte internacional”. (subrayado fuera de texto).

Adicional a las falencias de los Reglamentos Aeronáuticos es importante resaltar que las indemnizaciones que impone la Ley a los transportadores aéreos, aún utilizan el Patrón oro, como unidad de medida para tasarlas, cuando Colombia abandona desde 1931 el patrón oro, de acuerdo con lo citado por Fernando Gaviria Cadavid: “El 24 de septiembre de 1931 se suspendió la vigencia del patrón oro en Colombia, cuando se dispuso: 1) Eliminar la libre convertibilidad al oro de los billetes emitidos por el Banco de la República; 2) Abolir el libre comercio de oro dentro del país, restringiéndolo al Banco de la República a tiempo que los particulares quedaron obligados a entregar al Instituto Emisor el oro que tenían en su poder o el que produjeran en el futuro; 3) Establecer el control de cambios, o sea que de esa fecha en adelante todo pago al exterior debía hacerse con la autorización previa del Instituto Emisor”.<sup>12</sup>

### 3.2 Normatividad venezolana

Venezuela cuenta con el Instituto Nacional de Aeronáutica Civil Venezuela “INAC”, creado el 28 de septiembre del 2001, como un instituto autónomo de naturaleza técnica dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio. Su función es ejercer la fiscalización del sistema aeronáutico, brindar servicios de apoyo a la navegación aérea y ejecutar la planificación aerocomercial del espacio aéreo.<sup>13</sup>

Lo relacionado con la responsabilidad del transportador aéreo y la forma de caucionarlo se encuentra contenido en La Ley de Aeronáutica Civil,<sup>14</sup> en el Título IV DE LA RESPONSABILIDAD Y LOS HECHOS ILÍCITOS, Capítulo I De la Responsabilidad del transportista por daños al pasajero.

12 GAVIRIA CADAVID, Fernando. Moneda, Banca y Teoría Monetaria. Colombia: Banco Popular. 1981. p. 44

13 Disponible en [www.inac.gov.ve](http://www.inac.gov.ve)

14 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 38.226 de fecha 12-06-2005



**“Artículo 100: “El que realice transporte aéreo, es responsable por los daños causados al pasajero por la demora, cancelación o el accidente o incidente producido a bordo de la aeronave o durante cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque, conforme a las normas técnicas”.**

*“El derecho a percibir la indemnización por los daños ocasionados al pasajero, se ajustará a los siguientes términos:*

*Por muerte o por incapacidad total permanente, hasta cien mil Derechos Especiales de Giro (DEG).<sup>15</sup>*

*Por incapacidad parcial permanente, hasta cincuenta mil Derechos Especiales de Giro.*

*Por incapacidad parcial temporal, hasta veinticinco mil Derechos Especiales de Giro.*

*Por demora o cancelación injustificada en el vuelo contratado, hasta cuatro mil ciento cincuenta Derechos Especiales de Giro”.*

**“Responsabilidad del explotador de aeronaves civiles por daños a terceros en superficie. Artículo 108. El explotador de aeronaves civiles será responsable por los daños que se causen a las personas o a las cosas que se encuentren en la superficie con motivo de la operación de aeronaves o como consecuencia de una persona o cosa desprendido o lanzado de la misma. Se entiende por operación de una aeronave todo movimiento realizado por ésta bajo la acción directa de sus propios medios de propulsión o sustentación”.**

**“Obligación de contratar pólizas de seguros. Artículo 116. Los explotadores de aeronaves civiles venezolanas y extranjeras están obligados a asegurar los riesgos mediante la contratación y mantenimiento vigentes de pólizas de seguros que amparen los daños que se puedan causar con ocasión de las operaciones de éstas a terceros en la superficie, por abordaje, a tripulantes y auxiliares con funciones a bordo, a los pasajeros, equipajes, carga y correo”.**

*“El valor asegurado del que trata el presente artículo no podrá ser en ningún caso inferior a los límites fijados por la Autoridad Aeronáutica o convenios internacionales de los cuales forme parte la República”.*

En cuanto a terceros, establece la responsabilidad del transportador por los daños que las aeronaves causen a las personas o a las cosas que se encuentren en la superficie, pero no establece el límite de indemnización.

Esta normatividad recoge los mismos lineamientos definidos en el Convenio de Montreal de 1999, que será mencionado más adelante.

---

<sup>15</sup> DEG: Activo de reserva internacional creado por el Fondo Monetario Internacional. También sirve como unidad de cuenta del FMI y otros organismos internacionales.

### 3.3 Normatividad chilena<sup>16</sup>

La entidad Chilena que regula la aviación en ese país, es la Dirección General de Aeronáutica civil. La normatividad se encuentra contenida en el Código Aero-náutico, aprobado mediante Ley 18.916 del 19 de enero de 1990. La entidad que establece y controla los requisitos de los seguros es la Junta de Aeronáutica Civil.

El Código Aeronáutico consta de trece (13) Títulos. El Título IX “DE LA RESPONSABILIDAD AERONÁUTICA”, Capítulo I “DE LA RESPONSABILIDAD EN EL TRANSPORTE AÉREO”, estableció un sistema de responsabilidad aeronáutica en el cual limita las indemnizaciones por responsabilidad de los transportadores aéreos ante terceros, pasajeros, equipaje y carga.

*“Artículo 143. El transportador estará obligado a indemnizar la muerte o lesiones causadas a los pasajeros durante su permanencia a bordo de la aeronave o durante la operación de embarque o desembarque. Para estos efectos, la operación de embarque se extiende desde que el pasajero, bajo las instrucciones del transportador, ingresa a la plataforma de estacionamiento de aeronaves y hasta que aborda la aeronave; y la operación de desembarque, desde que el pasajero, del mismo modo, abandona la aeronave y sale de la plataforma de estacionamiento de aeronaves. Se entiende por plataforma de estacionamiento de aeronaves, cualquier superficie que sea utilizada con este objeto”.*

*“Artículo 144. La indemnización estará limitada a una suma que no excederá de cuatro mil unidades de fomento (UF)<sup>17</sup> por muerte o lesión de cada pasajero. No obstante, podrá estipularse una suma superior a la señalada en el inciso precedente”.*

*El Capítulo II se relaciona con LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS A TERCEROS EN LA SUPERFICIE. Artículo 155. “El explotador indemnizará los daños que se causen a las personas o cosas que se encuentren en la superficie, por el solo hecho de que emanen de la acción de una aeronave en vuelo, o por cuanto de ella caiga o se desprenda”.*

*“Artículo 156. El explotador de la aeronave no responderá de los daños a que se refiere este capítulo, en los casos siguientes: 1. si ha sido privado de su uso por acto de autoridad pública; 2. si los daños son consecuencia directa de un acto de guerra o de un conflicto armado; 3. si son causados por un acto de sabotaje, o 4. Si son causados con ocasión del apoderamiento ilícito de la aeronave”.*

*“Artículo 158. La cuantía total de la indemnización a terceros en la superficie, por un accidente, tendrá los siguientes máximos en consideración al peso de la aeronave: a) Hasta treinta mil kilogramos de peso, cinco unidades de fomento por cada kilogramo; b) En lo que*

<sup>16</sup> Chile. Ley 18.916 .República de Chile. Código Aeronáutico.

<sup>17</sup> UF: Unidad de Fomento. Medida Chilena, pagadera en pesos chilenos, reajutable diariamente, basada en la variación del Índice de Precios al Consumidor.

*exceda de treinta mil kilogramos y hasta ochenta mil kilogramos de peso, tres unidades de fomento con setenta y cinco centésimas por cada kilogramo, y c) En lo que exceda de ochenta mil kilogramos de peso, dos y media unidades de fomento por cada kilogramo. Para estos efectos, peso de la aeronave significa el peso máximo autorizado para su despegue, certificado por la autoridad aeronáutica”.*

*“Artículo 159. En caso de concurrencia de daños en las personas y bienes, la cantidad total a distribuir se destinará preferentemente a indemnizar los daños causados a las personas”.*

Con la Resolución Exenta número 2469 del 15 de mayo de 2000, la Junta de Aeronáutica Civil, ejerciendo la dirección superior de la aviación en Chile, establece los montos mínimos de los seguros aéreos:

*“Tercero: “Fijense los siguientes montos mínimos para los seguros de aviación: Por daños a pasajeros: Dos mil (2.000) Unidades de Fomento (U.F.) por pasajero. Por daños a terceros: Dos y media (2.50) Unidades de Fomento (U.F.) por cada kilogramo de peso de la aeronave.”*

*“Cuarto: Para estos efectos, peso de la aeronave significa el peso máximo autorizado para su despegue, certificado por la autoridad aeronáutica.”*

*“Quinto: Las empresas aéreas deberán renovar sus seguros antes del vencimiento correspondiente. En caso contrario, se suspenderá la operación de toda aeronave comercial que quede sin la cobertura exigida”.*

**“Sexto: Para acreditar la contratación de los seguros de aviación deberá acompañarse la póliza original o una copia de la misma, debidamente autorizada por la Compañía de Seguros. Los certificados de seguro y de reaseguro son admisibles en original o copia autorizada, si cuentan con la información suficiente”.**

Al igual que en la normatividad Colombiana, en esta legislación se establecen montos mínimos del cincuenta por ciento a caucionar, pero la responsabilidad del transportador se mantiene en los límites que cita la Ley. Igualmente la indemnización por daños a terceros en la superficie la establece con base en el peso del avión.

A diferencia de la legislación Colombiana, la legislación Chilena no obliga al transportador aéreo a responder por los daños que cause la aeronave como consecuencia directa de guerra, conflicto armado, actos de sabotaje y secuestro

### **3.4 Normatividad Unión Europea<sup>18</sup>**

---

18 Disponible en <http://www.europa.eu>

A raíz de los atentados sufridos por Estados Unidos en el sector del transporte aéreo, la Unión Europea se ha interesado por los requisitos de seguro de las compañías aéreas. En el marco de la política común de transportes, y para reforzar la protección de los consumidores y evitar falseamientos de la competencia entre compañías, la Unión Europea estableció un nivel de seguro mínimo adecuado para cubrir la responsabilidad de las compañías aéreas con respecto a los pasajeros, el equipaje, la carga y terceros (incluidos los actos de guerra, terrorismo, secuestro, actos de sabotaje, apoderamiento ilícito de aeronaves y disturbios sociales). Mediante el Reglamento (CE) N° [785/2004](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, se establecieron los requisitos de seguro de las compañías aéreas y operadores aéreos.

**Con respecto a la responsabilidad por los pasajeros, la cobertura mínima del seguro será de 250.000 DEG por pasajero. No obstante, con respecto a las operaciones no comerciales realizadas con una aeronave de una MTOM igual o inferior a 2.700 Kg., los estados miembros podrán establecer una cobertura mínima del seguro más reducido, siempre que dicha cobertura sea al menos de 100.000 DEG por pasajero.**

Seguro de responsabilidad con respecto a terceros: En la responsabilidad con respecto a terceros, la cobertura mínima del seguro por accidente, para cada aeronave, será la siguiente:

<b>MTOM (Peso máximo de Despegue)</b>	<b>Seguro mínimo</b>
Menor de 500 kilogramos	0,75 millones de DEG
Menor de 1 000 kilogramos	1,5 millones de DEG
Menor de 2 700 kilogramos	3 millones de DEG
Menor de 6 000 kilogramos	7 millones de DEG
Menor de 12 000 kilogramos	18 millones de DEG
Menor de 25 000 kilogramos	80 millones de DEG
Menor de 50 000 kilogramos	150 millones de DEG
Menor de 200 000 kilogramos	300 millones de DEG
Menor de 500 000 kilogramos	500 millones de DEG
500 000 kilogramos o más	700 millones de DEG

Esta normatividad define claramente los parámetros de indemnización por la responsabilidad del operador aéreo y su forma de caucionarlo, mediante el seguro.

A diferencia de la legislación Colombiana, la normatividad de la Unión Europea establece la obligatoriedad de contratar la póliza con una suma asegurada que corresponde a la totalidad de la indemnización por la responsabilidad del transportador, tanto para pasajeros como para terceros, mientras que en Colombia el seguro puede ser contratado hasta por el cincuenta por ciento del límite establecido en el Código de Comercio.

Se resalta la obligatoriedad que tienen las compañías y operadores aéreos de contratar el seguro incluyendo actos de guerra, terrorismo, secuestro, actos de sabotaje y disturbios sociales.

### **3.5 Normatividad colombiana frente a otras normatividades**

A continuación se presenta un comparativo de la normatividad Colombiana frente a normatividades de otros países latinoamericanos y frente a Europa, tomando como países de referencia a Venezuela y Chile, y la Unión Europea.

#### **3.5.1 Pasajeros**

En Colombia el límite máximo de indemnización por muerte o lesión al pasajero es de 25.000 gramos de oro puro, lo que equivale en dólares americanos a US\$524.057, tomando a \$52.771,29 el valor del gramo de oro puro a mayo 26 de 2006 y el cambio del dólar a \$2.517,44 en la misma fecha. Entendiéndose como lesión no solamente el daño corporal sino los perjuicios materiales y morales causados como consecuencia del accidente de la aeronave. La misma legislación permite que la caución se haga por el 50%, es decir que la suma asegurada sea de US\$262.028 por cada silla pasajero.

La legislación Venezolana define que el límite máximo de responsabilidad es de 100.000 DEG por muerte, e introduce los conceptos de invalidez parcial y permanente e invalidez parcial temporal que los limita a 50.000 DEG y 25.000 DEG respectivamente. En mayo 26 de 2006, un DEG equivale a US\$1,4907, por lo tanto la responsabilidad por muerte es de US\$149.070, la invalidez parcial y permanente es de US\$74.535 y la invalidez parcial temporal, es de US\$37.267. La obligación de caucionar esta responsabilidad es únicamente por medio del seguro y las sumas aseguradas no podrán ser inferiores a estos límites.

La legislación Chilena, al igual que la Colombiana, establece límites máximos de indemnización y permite caucionarlos por el 50% de los mismos. El valor máximo por el cual el transportador es responsable, es de 4.000 Unidades de Fomento por muerte o lesión, que equivalen a US\$136.800 (1UF = US\$34.20), es decir que el 50% que debe caucionarse por pasajero es de US\$68.400.

En la legislación de la Unión Europea se establece la cobertura mínima del seguro por pasajero en 250.000 DEG, equivalente a US\$372.675, el cual debe cubrir los riesgos relacionados con la actividad aérea, y aclara que debe incluir cobertura para guerra y riesgos aliados. Dentro de esta legislación se estipula que la caución no podrá ser inferior a esta suma.

Frente al comparativo anterior, se observa que no obstante, en la legislación Colombiana se establece el límite de la caución en gramos de oro puro, el equivalente en dólares para el límite máximo de responsabilidad es de US\$524.057, superando los límites definidos en las otras normatividades inclusive la Europea; pero como la misma legislación Colombiana permite caucionar por el 50%, al comparar las sumas a asegurar, el valor más alto lo tiene la Unión Europea con US\$372.675, seguido por Colombia en US\$262.028, luego Venezuela por US\$149.070 y finalmente Chile por US\$68.400.

En cuanto a las sumas a asegurar por muerte o lesión a pasajeros, Colombia a nivel Latinoamericano frente a Venezuela y Chile, representa la suma más alta, pero frente a la Unión Europea por el simple hecho de permitir que el valor a asegurar pueda hacerse por el 50%, la pone en desventaja disminuyendo el límite en un 29.68%.

### **3.5.2 Daños a Terceros en la Superficie**

Entendiéndose como daños a terceros en la superficie, los daños que provienen de una aeronave en vuelo o de una persona o cosa caída de la misma.

Para daños a terceros en la superficie, la legislación Colombiana establece los límites en gramos de oro puro por rangos del peso de las aeronaves. Inicia con un límite de 33.333 gramos de oro puro, para un peso de hasta 1.000 kilogramos y termina con 699.873 gramos de oro puro más 0.66 gramos de oro puro, por kilogramo que pase de un peso de 50.000 kilogramos.

Por lesión o muerte de un tercero, la indemnización es hasta 33.333 gramos de oro puro.

Aunque la legislación colombiana hace diferencia entre los límites máximos para los daños a propiedades de terceros y las lesiones a terceras personas, para efectos de la caución, permite tomarla por el cincuenta por ciento de la capacidad total de la aeronave.

La legislación Venezolana establece la responsabilidad del transportador por los daños que las aeronaves causen a las personas o a las cosas que se encuentren en la superficie, pero no establece el límite de indemnización.

La Legislación Chilena tasa la indemnización máxima a terceros en la superficie, teniendo en consideración el peso de la aeronave, lo hace por rangos e inicia con una responsabilidad de cinco unidades de fomento para un peso de hasta 30.000 kilogramos y termina con dos y medio unidades de fomento para las aeronaves cuyo peso exceda de 80.000 kilogramos de peso.

Esta legislación exige que se caucione la responsabilidad mediante un seguro por daños a terceros con una suma asegurada de Dos y media (2.50) Unidades de Fomento por cada kilogramo de peso de la aeronave, sin tener en cuenta los rangos mencionados. Además exonera al transportador en caso de responsabilidad frente a terceros como consecuencia de guerra, conflicto armado, sabotaje, y secuestro.

En la legislación de la Unión Europea se establece la cobertura mínima del seguro de Responsabilidad con respecto a terceros de acuerdo con el peso de la aeronave, tasándolo en Derechos Especiales de Giro. Inicia el rango en 0.75 millones de DEG para aeronaves que pesen menos de 500 kilogramos y termina en 700 millones de DEG para aeronaves que pesen más de 500.000 kilogramos.

En Colombia, esta normatividad a diferencia de las otras tres, hace diferencia entre la tasación para daños a propiedades y las lesiones a terceras personas.

La legislación Colombiana permite que la caución se realice por el cincuenta por ciento del límite máximo, situación que se presenta también en Chile, a diferencia de la Unión Europea que exige la caución por el 100% de los límites establecidos. En estas tres legislaciones se establece el límite de indemnización por peso del avión, caso diferente a Venezuela que solamente define la responsabilidad y no cuantifica los límites.

#### **4. CONVENIOS INTERNACIONALES**

La aviación civil, al ser una actividad inminentemente internacional, particularmente en materia de transporte aéreo comercial, está regulada por una gama de acuerdos internacionales, que se refieren específicamente a la aviación comercial, siendo el primero de ellos el Convenio de París de octubre 13 de 1919, a partir de este año y alrededor de 70 años han surgido y permanecido vigentes una serie de tratados, cuyas reglas fueron unificadas por el Convenio de Montreal de 1999.

Como lo refiere Luis Fernando Uribe de Urbina, en el capítulo IX “El Transporte Aéreo Nacional e Internacional de Pasajeros, Equipajes y Carga y sus Seguros”, del Libro Seguros Temas Esenciales,<sup>19</sup> la evolución de los tratados internacionales ha sido el siguiente:

#### **4.1 Convenio de París de octubre 13 de 1919**

Este convenio estableció los principios básicos de la navegación aérea mediante la creación de la Comisión Internacional de Navegación Aérea (C.I.N.A). Formuló principios y nociones jurídicas que llevó a su adaptación a muchas legislaciones internas. Con este tratado se enmarca el transporte aéreo internacional.<sup>20</sup>

Aún no se establecían los límites de responsabilidad del transportador aéreo para con el pasajero, ni se mencionaba el seguro.

#### **4.2 Convención de Varsovia de octubre 12 de 1929<sup>21</sup>**

Definió un sistema de responsabilidad para el transportador aéreo o porteador sobre la base de la culpa probada, tanto por muerte o lesiones de pasajeros, pérdida, avería o retraso en la entrega de equipajes y mercancías. Señaló los límites de responsabilidad para los casos de incumplimiento de los diferentes contratos de transporte que se celebren:

Un máximo de 125.000 francos poincaré por pasajero, salvo convenio especial para aumentar el límite.

En equipajes y carga 250 francos poincaré por kilogramo carga pasajero, salvo convenio especial para aumentar el límite

Para objetos de mano del pasajero, hasta 5.000 francos poincaré por pasajero.

19 URIBE DE URBINA, Luís Fernando. Seguros Temas Esenciales. Colombia: ECOE Ediciones. 2005. p. 424-431

20 Disponible en [www.mailxmail.com/derechoaereonautico](http://www.mailxmail.com/derechoaereonautico)

21 Ibídem. p. 424 y 425.



Colombia aprueba la convención mediante la Ley 95 de 1965 y entro en vigor el 13 de noviembre de 1966.

### **4.3 Convención de Chicago de diciembre 7 de 1944<sup>22</sup>**

La Convención de Chicago, dio origen a la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI), que reemplazó la C.I.N.A (creada en el convenio de Paris de octubre 13 de 1919).

Este convenio fue aprobado por Colombia mediante la Ley 12 de 1947, y el documento de ratificación fue depositado el 31 de octubre de 1947.

No especifica límite alguno sobre responsabilidad del transportador aéreo, de tal forma que se mantienen los definidos en la Convención de Varsovia.

### **4.4 Protocolo de La Haya de 28 de septiembre de 1955<sup>23</sup>**

Este protocolo modificó la Convención de Varsovia de 1929; eliminó los requisitos excesivos de orden formal para los documentos de transporte de pasajeros y de carga.

La responsabilidad de transportador se mantuvo dentro de la teoría subjetiva, con la variante de que la presunción de culpa puede ser desvirtuada por el transportador con la sola prueba de la debida diligencia

Aumentó los límites de responsabilidad para el transporte de personas (definidos en el Convenio de Varsovia), incrementando el monto a 250.000 francos poincaré, y por convenio especial con el transportador, el pasajero podrá fijar un límite de responsabilidad más elevado.

Fue incorporado en la legislación colombiana con la Ley 95 de 1965.

### **4.5 Convenio de Guadalajara de 18 de septiembre de 1961<sup>24</sup>**

Este convenio modificatorio de la Convención de Varsovia de 1929 y del Protocolo de la Haya de 1955, consagró un régimen internacional que resolviera los conflictos que se presentaban con los contratos de utilización de aeronaves, especialmente el de arrendamiento, el fletamento, y los vuelos charter.

22 [www.mailxmail.com/derechoaereonautico](http://www.mailxmail.com/derechoaereonautico) p.426 y 427.

23 Ibidem., p.427 y 428.

24 [www.mailxmail.com/derechoaereonautico](http://www.mailxmail.com/derechoaereonautico) Ob. Cit. p.428 y 429.

Fue incorporado también en nuestra legislación con la Ley 95 de 1965.

#### **4.6 Acuerdo de Montreal de 1966<sup>25</sup>**

Es un tratado privado celebrado por las aerolíneas que efectúen transporte aéreo internacional de pasajeros, equipajes y mercancías, que tengan lugar desde, hasta y dentro del territorio de Estados Unidos de Norteamérica. Se resaltan los siguientes aspectos:

Elevo los límites indemnizatorios frente a los establecidos en el Protocolo de la Haya, a US\$75.000 por pasajero o US\$58.000 cuando según el tribunal de aplicación, las costas del juicio se establezcan por separado.

Se excluyó la debida diligencia como causal de exoneración de la responsabilidad del transportador, con la cual se abrió camino la instauración de un régimen objetivo, que actualmente rige las relaciones contractuales entre transportadores y pasajeros.

#### **4.7 Protocolo de Guatemala de 1971<sup>26</sup>**

Este protocolo modificador de la Convención de Varsovia y del Protocolo de la Haya, no entró en vigor por no haber sido ratificado por el número mínimo de países exigidos por el protocolo.

Elevó los montos indemnizatorios, los cuales bajo ninguna circunstancia eran superables, incluyendo el dolo del transportador, para el transporte de pasajeros y equipajes quedaron establecidos en 1.500.000 francos para personas y de 15.000 francos para el caso del equipaje de mano del pasajero y del equipaje registrado.

#### **4.8 Protocolos 1 a 4 de Montreal de 1975<sup>27</sup>**

Los protocolos 1 y 2 entraron en vigor a partir de junio 24 de 1998; el protocolo No 3 no entró en operación debido a que el Protocolo de Guatemala al que se refiere tampoco lo hizo. El protocolo No 4 inició su vigencia en junio 24 de 1998 y Colombia lo ratificó junto con los Protocolos 1 y 2, mediante la Ley 19 de 1980

---

25 *Ibidem.*, p.429.

26 [www.mailxmail.com/derechoaereonautico](http://www.mailxmail.com/derechoaereonautico) Ob. Cit. p.429 y 430.

27 *Ibidem.*, p.430.

Se remplazó el patrón oro como mecanismo de la valoración de las indemnizaciones por el denominado Derecho Especial de Giro o DEG<sup>28</sup>, creado en la conferencia del Fondo Monetario Internacional de Río de Janeiro de 1967. En consecuencia y de acuerdo con los montos definidos con el Protocolo de Guatemala, se sustituyen éstos así: transporte de personas de 1.500.000 francos, por 100.000 DEG, transporte de equipajes 15.000 francos por 1.000 DEG y los 250 francos por kilogramos de mercancías por 17 DEG.

#### **4.9 Acuerdo IATA 1995<sup>29</sup>**

Documento privado de las aerolíneas, el cual fue ratificado en Miami en febrero de 1996, mediante el cual las aerolíneas que pertenecen a la IATA acordaron renunciar a los límites indemnizatorios por muerte o lesiones de pasajeros, en lo que se denominan las indemnizaciones integrales.

#### **4.10 Convenio de Montreal de 1999<sup>30</sup>**

Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional. Este convenio comprende 57 artículos enmarcados en siete (7) Capítulos.

En relación con la responsabilidad y límites indemnizatorios para los pasajeros, el Convenio define lo siguiente:

*“Artículo 21. Indemnización en caso de muerte o lesiones de los pasajeros.*

*Respecto al daño previsto en el párrafo 1 del artículo 17 que no exceda de 100.000 derechos especiales de giro por pasajero, el transportista no podrá excluir ni limitar su responsabilidad.*

*El transportista no será responsable del daño previsto en el párrafo 1 del artículo 17 en la medida que exceda de 100.000 derechos especiales de giro por pasajero, si prueba que:*

*El daño no se debió a la negligencia o a otra acción u omisión indebida del transportista o sus dependientes o agentes; o*

*El daño se debió únicamente a la negligencia o a otra acción u omisión indebida de un tercero”.*

*“Artículo 50. Seguro: Los Estados Partes exigirán a sus transportistas que mantengan un seguro adecuado que cubra su responsabilidad en virtud del presente Convenio. El Estado Parte hacia el cual el transportista explota servicios podrá exigirle a éste que presente*

28 Disponible en [www.ifm.org](http://www.ifm.org)

29 URIBE, Ob. Cit., p. 431.

30 [www.mailxmail.com/derechoaereonautico](http://www.mailxmail.com/derechoaereonautico) Ob. Cit. p.431 a 435.

*pruebas de que mantiene un seguro adecuado, que cubre su responsabilidad en virtud del presente Convenio”.*

Entra en vigor el 5 de noviembre de 2003, con el depósito del documento número 30 efectuado por Estados Unidos el 5 de septiembre de 2003.

Colombia lo ratificó mediante la Ley 701 de 21 de noviembre de 2001, y fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia No C-533 del 16 de Julio de 2002.<sup>31</sup>

## **5. ANÁLISIS SEGUROS DE AVIACIÓN**

El negocio de los seguros es el riesgo y las compañías de seguros adquieren la obligación de cubrirlo a cambio de una prima, mediante la celebración de un Contrato legal entre ellas y los tomadores del seguro. Los riesgos que conlleva la operación de aeronaves, se cubren bajo los diferentes amparos de la póliza de aviación. El seguro de aviación en Colombia, actualmente, está concentrado en tres Aseguradoras: Colseguros, Previsora y Mundial y su riesgo es transferido a Reaseguradores del exterior, mediante contratos facultativos y automáticos

### **5.1 División del seguro**

El seguro de aviación se encuentra ubicado dentro de los seguros de daños, los cuales a su vez se dividen en reales y patrimoniales.

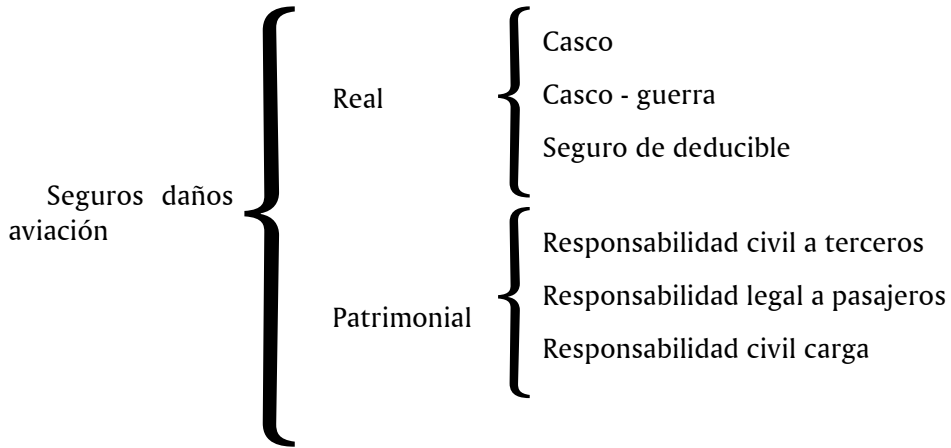
Los seguros reales se otorgan a bienes muebles o inmuebles, susceptibles de identificar físicamente y de ser evaluados económicamente. La suma asegurada así como la indemnización está limitada por el valor económico del bien. Para el ramo de aviación el seguro real corresponde al Casco de la aeronave, entendiéndose por casco la estructura del avión junto con sus motores.

Los seguros patrimoniales protegen el patrimonio contra las posibles erogaciones que puedan afectar al Asegurado desfavorablemente. Su interés no es susceptible de identificación física, el cálculo es subjetivo y el valor de su indemnización es arbitrario, porque está dado por la extensión de los daños.

En el ramo de aviación, el seguro que cubre la responsabilidad que tiene el transportador aéreo para con las terceras personas, los bienes de terceros y lesiones a los pasajeros, se ubica en los seguros patrimoniales.

Las coberturas del ramo de aviación se pueden clasificar así:

31 URIBE, Ob. Cit., p.432



## 5.2 Amparos

La póliza de aviación utilizada en Colombia se basa en la forma AVN1C redactada en Inglaterra por Lloyd's, Corporación legalmente constituida en 1871 como una Sociedad de Sindicatos de Reaseguradores.

Aunque el presente trabajo hace referencia a la exigencia del seguro que cubra la responsabilidad del operador aéreo en cuento a pasajeros y terceros, se ha considerado conveniente introducir a manera informativa los conceptos de los amparos de Casco, Casco-Guerra y Seguro de Deducible.

### 5.2.1 Casco

Se amparan los daños que sufra la aeronave como consecuencia de una pérdida accidental. Cubre además: incendio, robo y desaparición. Si en sesenta (60) días no aparece la aeronave se paga el valor asegurado. Si después de los 60 días aparece, la aeronave es de la Aseguradora, en las condiciones y lugar que se encuentre. Los reclamos de los motores quedan limitados a pérdida o daño causado por hurto calificado, rayos eléctricos, inundaciones, incendio originado por fuera del motor o impacto repentino o inesperado con un objeto extraño, que motive la inmediata suspensión del servicio del motor e ingestión de un objeto extraño que produzca un daño repentino atribuible a ese solo evento. Esta cobertura excluye daño mecánico, ingestión por polvo, arena o hielo, a menos que se produzca en aterrizaje de emergencia.

### **5.2.2 Casco-Guerra:**

Se cubren los daños que sufra la aeronave como consecuencia de los siguientes eventos, los cuales no están cubiertos bajo el amparo de casco: a) Guerra, invasión, actos de enemigos extranjeros, hostilidades (con o sin declaración de guerra), guerra civil, rebelión, insurrección, revolución, ley marcial, golpe militar o usurpación de poder. b) Huelga, motín, conmoción civil o disturbios laborales. c) Cualquier acto perpetrado por una o más personas, que sean o no agentes de un poder soberano con fines políticos o terroristas, y que la pérdida o daño resultante sea accidental o intencional. d) Cualquier acto mal intencionado o de sabotaje. e) Confiscación, nacionalización, retención, decomiso, restricción, detención, coerción, apropiación, requisición para adueñarse de la aeronave o utilizarla, por parte de o bajo las órdenes de cualquier gobierno o autoridad pública o local. f) Secuestro o cualquier toma de posesión ilegal, o indebida, toma de control de la aeronave o de la tripulación durante el vuelo, incluyendo cualquier tentativa de tales tomas de control por parte de cualquier o cualesquiera personas que se encuentren a bordo de la aeronave y actúen sin el consentimiento del Asegurado.

### **5.2.3 Seguro de Deducible:**

Ampara el valor del deducible no indemnizado bajo el amparo de Casco, siempre y cuando la reclamación sea válida bajo éste último. El mercado reasegurador acepta amparar los deducibles de casco hasta un máximo del 90%.

### **5.2.4 Responsabilidad Civil a Terceros Incluyendo Abordaje**

Se indemniza al Asegurado por toda suma que legalmente sea obligado a pagar por daños a la propiedad, lesiones corporales y lesiones personales causadas por la aeronave u objetos que caigan de la misma, siempre y cuando el afectado sea un tercero. Incluye la cobertura para abordaje, es decir, ampara la colisión de dos o más aeronaves, ya sea en vuelo o en tierra. Excluye: Bienes del Asegurado, empleados del Asegurado, pasajeros y tripulantes.

De acuerdo con lo establecido en la Ley 45 de 1990, el tercero afectado o sus beneficiarios pueden reclamar directamente a la Aseguradora. La Responsabilidad Civil a Terceros es una responsabilidad extracontractual.

### **5.2.5 Responsabilidad Legal Pasajeros**

Se indemniza al Asegurado por toda suma que legalmente sea obligado a pagar por las lesiones personales o corporales accidentales, fatales o no, causadas a los pasajeros, mientras se encuentren a bordo, embarcando o desembarcando de la aeronave. Adicional se cubren los equipajes por robo, daño o faltantes. Excluye: Bienes de Terceros, Lesiones a Terceras Personas, tripulantes, y empleados del Asegurado cuando viajan en cumplimiento de sus funciones.

De acuerdo con lo establecido en la Ley 45 de 1990, el pasajero afectado o sus beneficiarios pueden reclamar directamente a la Aseguradora.

#### **5.2.6 Cláusula de Extensión de Responsabilidades para Guerra y Riesgos Aliados**

Para dar mayor cobertura a los amparos de responsabilidades, existe la Cláusula para reincluir los riesgos de guerra y aliados, que cubren los daños y/o lesiones que sufran terceros o pasajeros, como consecuencia de los mismos eventos citados en el numeral 5.2.2, los cuales no están cubiertos bajo los amparos de Responsabilidades antes mencionados.

Los Reglamentos Aeronáuticos no son precisos en exigir las coberturas tal y como lo otorga el mercado asegurador, dejando a libre decisión del Asegurado la contratación de las mismas.

## **6. ANÁLISIS DE SENTENCIAS**

Se ha considerado importante describir la tasación realizada por la Justicia Colombiana ante dos demandas por el fallecimiento de pasajeros, a fin de determinar las cantidades por las cuales puede llegar a ser responsable el transportador aéreo.

### **Expediente 6975**

#### **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena

Fecha: octubre 5 de 2004

Pasajero Fallecido: Pedro León Díaz Sánchez

Edad: 54 años

Profesión: Economista

Cargo: Director Administrativo y Financiero de las Empresas Públicas Municipales de Cúcuta.

Demandante: Andrea Gene Rankin Díaz – Esposa (Edad 42 años en 1988)

Tamia Díaz Rankin - Hija (Edad 16 años en 1988)

José Sebastián Díaz Rankin – Hijo (Edad 13 años en 1988)

Demandado: Aerolíneas Nacionales de Colombia S.A. AVIANCA

### **Antecedentes**

Muerte ocurrida el 17 de marzo de 1988 a bordo de la aeronave B727-100 HK1716 en el accidente aéreo que tuvo lugar cuando se cumplía el vuelo 410 en la ruta Bucaramanga – Cúcuta – Cartagena – Barranquilla.

Los ingresos promedios ponderados del pasajero fueron calculados para la época de su deceso en \$258.389,25 mensuales, los cuales fueron indexados con base en el IPC a Marzo de 2004 en \$3.584.634.

### **Tasación según instancias**

Para efectos de la tasación se tuvo en cuenta la expectativa de vida del fallecido, de los beneficiarios, dependencia económica de éstos, capacidad productiva del fallecido e IPC para efectos de actualizar el ingreso del fallecido a la fecha de la liquidación.

#### **Juzgado Primero Civil del Circuito de Cúcuta – Octubre 29 de 1996:**

Perjuicios Morales \$4.000.000 por cada demandante.

Perjuicios Materiales \$142.180.665 para la esposa, \$28.055.716 para la hija, \$53.733.830 para el hijo.

Total \$235.970.211

#### **Tribunal Superior de Cúcuta – Octubre 31 de 1997:**

Perjuicios Morales \$70.702.600

Perjuicios Materiales \$86.347.340 para la esposa, \$11.726.402 para la hija y \$20.269.331 para el hijo.

Total \$189.045.673

#### **Sala de Casación Civil – CSJ – Octubre 5 de 2004:**



Perjuicio Moral \$12.785.850 para la esposa, \$12.785.850 para la hija y \$12.785.850 para el hijo.

Perjuicio Material \$428.802.954 para la esposa, \$104.444.782 para la hija, \$141.118.074 para el hijo.

Total \$712.723.360.

TRM \$2.600. Gramo de oro puro: \$35.300. Gramo de oro en dólares US\$14  
Valor en dólares a octubre 5 de 2004 US\$274.124.

Para efectos de un comparativo frente al límite que permite caucionar el Código de Comercio, es decir 50% de 25.000 gramos de oro puro, en dólares de octubre 5 de 2004 equivaldría a US\$169.711 y la tasación de esta sentencia en dólares de la misma fecha equivale a US\$274.124; lo que significa que caucionando como lo permite el Código de Comercio, el 50% queda corto.

### **Expediente Sin número**

### **TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

Sala Civil

Magistrado Ponente: Humberto Alfonso Niño Ortega

Fecha: julio 11 de 2002

Pasajeros Fallecidos: Jackeline Fernández Soto y Sebastián Fernández Soto

Edad: 22 años y 63 años respectivamente

Profesión: Comerciante y Ganadero respectivamente

Demandante: Mariela Soto – Esposa y Madre (Edad 49 años en 1985)

Demandado: Servicio Aéreo a Territorios Nacionales SATENA

### **Antecedentes**

Muerte ocurrida el 28 de marzo de 1985 a bordo de la aeronave Fokker 28 de matrícula FAC-1140 en el accidente aéreo que tuvo lugar cuando se cumplía el vuelo 3214 en la ruta Neiva – Florencia.

En el momento del fallecimiento los ingresos mensuales que se detallan en las pretensiones de la demandante, alcanzaban la suma de \$250.000 para Sebastián

Fernández y \$1.000.000 para Jackeline Fernández, de los cuales pasaba a la señora Mariela Soto \$50.000 mensuales.

### **Tasación según instancias**

De igual forma como en la sentencia anteriormente descrita, para efectos de la tasación se tuvo en cuenta la expectativa de vida del fallecido, de los beneficiarios, dependencia económica de estos, capacidad productiva del fallecido e IPC para efectos de actualizar el ingreso del fallecido.

#### **Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Bogotá – Diciembre 20 de 1999:**

Perjuicios Morales \$250.000.

Perjuicios Materiales \$112.284.519.

Total \$112.534.519

#### **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Julio 11 de 2002:**

Por el fallecimiento de Jackeline Fernández Soto:

Perjuicios Morales	\$10.000.000
--------------------	--------------

Perjuicios Materiales	0
-----------------------	---

Total	\$10.000.000
-------	--------------

Por el fallecimiento de Sebastián Fernández:

Perjuicios Morales	\$10.000.000
--------------------	--------------

Perjuicios Materiales	\$36.044.514.
-----------------------	---------------

Total	<u>\$46.044.514</u>
-------	---------------------

Gran total	\$56.044.514
------------	--------------

TRM \$2.480. Gramo de oro puro: \$25.000. Gramo de oro en dólares US\$10  
Valor en dólares a julio 11 de 2002 US\$22.598,59

Al contrario que la sentencia anterior, para efectos del comparativo frente al límite que permite caucionar el Código de Comercio, es decir 50% de 25.000

gramos de oro puro, en dólares de julio 11 de 2002 equivaldría a US\$126.008 y la tasación de esta sentencia en dólares de la misma fecha equivale a US\$22.598,59; lo que significa que caucionando como lo permite el Código de Comercio, estaría cubierto.

De las demandas anteriores, se puede extractar que los demandantes tasan sus pretensiones en gramos de oro puro y por los límites máximos que fija el código de comercio; sin embargo, los jueces tasan la indemnización en valor presente y con base en los ingresos del fallecido, expectativa de vida tanto del fallecido como de los dependientes económicamente, e Índice de Precios al Consumidor para efectos de actualizar el ingreso del fallecido a la fecha de la liquidación, lo que arroja resultados tan disímiles en las dos demandas anteriores.

## **7. PROPUESTA Y CONCLUSIONES**

Producto de la recopilación, estudio y análisis de la información sobre los diferentes temas relacionados con la exigencia del seguro de aeronaves tales como normatividad en diferentes países, legislación Colombiana, reglamentación en Colombia y específicamente en lo que hace referencia a la Aeronáutica Civil Colombiana con respecto a la presentación del seguro para aeronaves a continuación se presenta propuesta de cambio de la normatividad en cuanto al aseguramiento de las responsabilidades de los transportadores aéreos, para cubrir los eventos en los cuales se vean afectados cosas o personas en la superficie y pasajeros. Esta recomendación es aplicable al transporte aéreo nacional, ya que el internacional está reglamentado y cuantificado por los Convenios Internacionales vigentes.

Se inicia esta propuesta involucrando los artículos del Código de Comercio que están relacionados con la responsabilidad del transportador aéreo frente a Pasajeros y frente a Terceros, para luego continuar con la propuesta de modificación de los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia.

### **7.1 Código de Comercio**

#### **Responsabilidad frente a los Terceros:**

Al igual que en la Responsabilidad Frente a Pasajeros se propone modificar el Código de Comercio en cuanto a la unidad de medida de gramos de oro puro por una unidad representativa y actualizada de acuerdo con la política monetaria del país en salarios mínimos; así como unificar la cuantía de la responsabilidad

por daños a cosas o personas en la superficie de acuerdo con el peso máximo de despegue de la aeronave, tomando como referencia la tabla de pesos y responsabilidades definida por la normatividad de la Unión Europea, ya que ésta cuenta con una más clara estratificación de peso de aeronaves permitiendo así cuantificar de una forma más exacta la responsabilidad para operadores de aeronaves en especial las de menor peso.

Para poder establecer la responsabilidad del transportador aéreo, en un determinado número de salarios mínimos, se hace la conversión de los Derechos Especiales de Giro, según el peso de la aeronave, a salarios mínimos mensuales legales vigentes, tomando como referencia los valores vigentes.

Se propone modificar el Artículo 1835 del Código de Comercio, quedando:

*“La indemnización por daños a cosas de terceros y lesiones o muerte a terceras personas en la superficie no excederá, por aeronave y accidente, de: 1) Seis mil ochocientos noventa y ocho SMMLV para aeronaves cuyo peso máximo de despegue no superen quinientos kilogramos; 2) Trece mil setecientos noventa y siete SMMLV para aeronaves cuyo peso máximo de despegue no superen mil kilogramos; 3) Veintisiete mil quinientos noventa y cuatro SMMLV para aeronaves cuyo peso máximo de despegue no superen dos mil setecientos kilogramos; 4) Sesenta y cuatro mil trescientos ochenta y cinco SMMLV para aeronaves cuyo peso máximo de despegue no superen seis mil kilogramos; 5) Ciento sesenta y cinco mil quinientos sesenta y dos SMMLV para aeronaves cuyo peso máximo de despegue no superen doce mil kilogramos; 6) Setecientos treinta y cinco mil ochocientos treinta y tres SMMLV para aeronaves cuyo peso máximo de despegue no superen veinticinco mil kilogramos; 7) Un millón trescientos setenta y nueve mil seiscientos ochenta y siete SMMLV para aeronaves cuyo peso máximo de despegue no superen cincuenta mil kilogramos; 8) Dos millones setecientos cincuenta y nueve mil trescientos setenta y tres SMMLV para aeronaves cuyo peso máximo de despegue no superen doscientos mil kilogramos; 9) Cuatro millones quinientos noventa y ocho novecientos cincuenta y seis SMMLV para aeronaves cuyo peso máximo de despegue no superen quinientos mil kilogramos; 10) Seis millones cuatrocientos treinta y ocho mil quinientos treinta y ocho SMMLV para aeronaves cuyo peso máximo de despegue exceda de quinientos mil kilogramos”.*

### **Responsabilidad frente a los Pasajeros:**

El Código de Comercio establece en gramos de oro puro la cuantía a caucionar por la responsabilidad del transportador aéreo con respecto a los pasajeros y terceros. La indemnización máxima por pasajero, que está obligado a pagar el transportador aéreo es de 25.000 gramos de oro puro, pero la caución puede ser hasta el 50% de dicho valor.

El patrón de medida gramo de oro puro, debe ser modificado a una unidad representativa y actualizada de acuerdo con la política monetaria del país, más aún cuando Colombia abandona desde 1931 el patrón oro y elimina la libre convertibilidad al oro de los billetes emitidos por el Banco de la República.

Por lo anterior, la propuesta que se presenta es modificar a salarios mínimos legales vigentes los gramos de oro puro de que trata el Código de Comercio, eliminando la opción de constituir la caución por el cincuenta por ciento del límite definido, lo que ajustaría de una manera real y acorde a la actualidad económica del país las indemnizaciones por las cuales serían responsables los operadores aéreos.

Para poder establecer la responsabilidad del transportador aéreo, en un determinado número de salarios mínimos, se hace la comparación entre el equivalente de los veinticinco mil gramos de oro puro de que trata el Código de Comercio y los cien mil Derechos Especiales de Giro de que trata el Convenio de Montreal de 1.999 y se toma el más alto.

Se propone modificar el Artículo 1881 del Código de Comercio, quedando:

*“La indemnización en caso de responsabilidad del transportador no excederá de tres mil doscientos treinta y cuatro salarios mínimos mensuales legales vigentes por pasajero”.*

Se propone, modificar el Artículo 1900 del Código de Comercio, quedando:

*“OBLIGACIÓN A CAUCIONAR. Todo operador aéreo que transporte pasajeros, ya sea a título oneroso, gratuito o benévolo, queda obligadas a caucionar la responsabilidad civil de que tratan los Capítulos VI, VII y XII mediante Contrato de Seguro. Dicho seguro se constituirá por una cantidad mínima equivalente a los límites de responsabilidad establecidos en el presente Código. Las empresas extranjeras que operen en Colombia deberán constituir un seguro por una suma no inferior a los límites establecidos en los convenios internacionales o, en su defecto, a lo estatuido en el presente Código”.*

## **7.2 Obligatoriedad del seguro para Guerra y Terrorismo.**

Es de resaltar que se ha encontrado conveniente proponer que la Aeronáutica Civil Colombia incluya en la exigencia de la caución que respalda la responsabilidad del operador aéreo, el seguro que cubra tanto a los pasajeros como los daños o lesiones de terceros en los eventos de guerra y terrorismo. El seguro que cubre esta contingencia se denomina cláusula de extensión de guerra y riesgos aliados para responsabilidades, y que dadas las circunstancias tan difíciles de insurrección y rebelión que sufre el país, se convierte en un seguro de importancia social.

### 7.3 Reglamentos Aeronáuticos de Colombia

Una vez revisados los Reglamentos Aeronáuticos, se encuentra que lo relacionado con el seguro exigible aparece en forma disgregada e incompleta en sus Partes Tercera y Cuarta, lo cual no facilita la interpretación para la exigencia y el cumplimiento que se le debe dar por parte de los operadores aéreos.

Dado que la Parte Tercera es la contentiva de las Actividades Aéreas Civiles, es allí donde se propone recoger en un solo numeral la exigencia del seguro para todas las actividades aéreas, mencionando las coberturas mínimas requeridas, sumas aseguradas tanto para pasajeros como para daños a cosas y personas en la superficie. Estas sumas aseguradas estarán basadas en las definiciones que sobre la misma realiza el Código de Comercio, las cuales se proponen al inicio de este Capítulo.

La propuesta que se presenta es modificar los Reglamentos Aeronáuticos eliminando los numerales 3.6.3.3.1.8.2 Transporte de Pasajeros en Aviones de Carga; 3.6.3.3.2.2 Transporte Público Internacional; 3.6.4.2 Aviación Ejecutiva; 3.6.3.3.3.5 Trabajos Aéreas Especiales; 4.23.23 Aeroclubes; 4.25.1.7.11 Aviación Deportiva; 3.10.2.17 Transporte Aéreo Regular de Pasajeros; sustituyéndolos por el siguiente numeral que se debe adicionar a los ya existentes:

*“Tercera Parte. Actividades Aéreas Civiles. Numeral 3.11 Obligatoriedad de la Presentación del Seguro: Para desarrollar cualquier actividad aérea dentro del territorio colombiano, el operador aéreo, está obligado a caucionar su responsabilidad frente a los daños que pueda ocasionar en la superficie, tanto a cosas como a personas, así como la responsabilidad frente a pasajeros, mediante la contratación de un seguro. Los requisitos mínimos que debe contener la póliza contratada, son:*

- a. Valor Asegurado: los mismos límites que establece el Código de Comercio en sus Artículos 1835 y 1881.
- b. Certificado de Seguro de póliza de aviación, emitido por una Compañía de Seguros, legalmente autorizada para operar en Colombia.
- c. Cobertura de Responsabilidad Civil General para daños a propiedades de terceros, responsabilidad Civil ante terceros, incluyendo muerte o lesiones a terceras personas y abordaje.
- d. Cobertura de Responsabilidad Legal Frente a Pasajeros, para aeronaves que tengan autorización para transportar pasajeros, sin importar si es transporte oneroso, gratuito o benévolo.

e. Cobertura de Extensión de Guerra y Riesgos Aliados para Responsabilidades”

## **BIBLIOGRAFÍA**

ARIAS DE GREIFF Gustavo. En: Revista Semana. Edición 1118. 2003

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. Expediente 6975

GAVIRIA CADAVID, Fernando. Moneda, Banca y Teoría Monetaria. Colombia: Banco Popular. 1981. 517 p.

MARGO, R. D. Aviation Insurance. London Butterworths 1980. 363 P.

MORENO REYES Héctor. Hombres y Aeroplanos. 1988. 132 p.

NUEVO CÓDIGO DE COMERCIO. Colombia. Marzo 27 de 1971. 972 p.

PARLAMENTO EUROPEO. Reglamento (CE) No. 785/2004.

PLAZA Y JANES EDITORES COLOMBIA LTDA. Diccionario Enciclopédico Básico. 1976.

REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Gaceta Oficial No. 38.226. Junio 12 de 2005.

REPUBLICA DE CHILE. Código Aeronáutico. Ley 18916.

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ. Sala Civil. M.P. Humberto Alfonso Niño Ortega. Auto del 11 de Julio de 2002.

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL “UAEAC”. Reglamentos Aeronáuticos de Colombia.

UNIVERSIDAD DE LA SABANA. Seguros Temas Esenciales. 2ª.edición, 2005. 533 p.

# EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

**Pascual Martínez Rodríguez<sup>1</sup>**

## CONTENIDO

- Introducción
- 1. Origen y evolución del seguro de cumplimiento en el sector público
- 2. Naturaleza y partes del seguro de cumplimiento en la contratación estatal
- 3. Objeto de la garantía única
- 4. Obligatoriedad de la garantía única
- 5. Irrevocabilidad e imposibilidad de terminación por no pago de la prima
- 6. Aprobación de la garantía única (pólizas, garantías bancarias, garantías reales y personales)
- 7. Momento de constitución y vigencia de la garantía única
- 8. Declaración y conservación sobre el estado del riesgo
- 9. Ejecución del contrato estatal por el garante
- 10. Declaratoria del siniestro
- 11. Amparos comunes y obligatorios en la garantía única y su declaratoria de siniestro
- 12. Mérito ejecutivo de la garantía única y competencia para adelantar procesos ejecutivos
- 13. Bibliografía

---

<sup>1</sup> Abogado Universidad de Medellín, especialista en Responsabilidad Civil y Seguros Universidad EAFIT, Miembro del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado IARCE.



## INTRODUCCIÓN

El desarrollo de los seguros de cumplimiento en Colombia ha sido impulsado principalmente por el sector público, dado que como veremos en el transcurso de este escrito, se exige su constitución en la mayoría de los contratos estatales, por ello haremos un recorrido temático a partir de su origen y evolución en la administración pública, siendo importante indicar que ha existido una gran cantidad de normas generales referentes a la contratación estatal, además de un sinnúmero de decretos reglamentarios; veamos pues la principal normativa que ha regido esta materia:

### Antecedentes

Ley 53 de 1909

Ley 61 de 1921

Ley 167 de 1941

Decreto ley 3130 de 1968

Decreto 150 de 1976

Ley 80 de 1993

Ley 110 de 1912

Ley 225 de 1938

Decreto ley 528 de 1964

Decreto 1670 de 1975

Decreto 222 de 1983

Este estudio se centrará principalmente en el actual Estatuto General de la Contratación Administrativa (Ley 80 de 1993), cuya reforma se encuentra en trámite en el Congreso de la República, sobre la cual me referiré posteriormente.

En general, las entidades estatales desconocen el manejo que debe dársele a los seguros de cumplimiento y ello se debe principalmente a los múltiples estatutos que regulan y han regulado los procedimientos y formas en los contratos públicos, algunos de los cuales han modificado seriamente el tratamiento de este tipo de seguros, aunado a ello están las inmensas prerrogativas, exigencias y regulaciones que existen en la administración pública a la hora de contratar, lo que cada vez más, hace que un contrato estatal sea una verdadera odisea.

La figura del seguro de cumplimiento en la contratación estatal es prácticamente un mundo aparte del campo de los seguros y a la vez goza de unas especiales condiciones respecto del amparo que podría tener un contrato de las mismas características en el sector privado, de manera que encontramos en el mercado asegurador, dos tipos de pólizas, unas referidas a los contratos estatales y otras a los privados.

## 1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL SEGURO DE CUMPLIMIENTO EN EL SECTOR PÚBLICO:

Las garantías que el Estado exige a los particulares para la ejecución de los contratos de carácter estatal y por medio de las cuales se pretende resguardar el patrimonio público y por ende salvaguardar el interés general, tienen sus orígenes con la expedición de la Ley 53 del 27 de noviembre de 1909, en dicha normativa, aunque no se estipuló propiamente la obligación de suscribir un seguro de cumplimiento, sí se estipuló la necesidad de consignar en el contrato una cláusula penal en caso de incumplimiento contractual y a pesar de que no se hable precisamente de un tercero (asegurador) que responda por los perjuicios derivados del incumplimiento, sí se evidencia la preocupación del legislador por mantener incólume el patrimonio público; adicionalmente, en dicha ley se vislumbra la posibilidad de que la Administración comience con la aplicación de cláusulas extraordinarias diferentes a las usuales en los contratos de carácter privado, así pues, autoriza la aplicación de causales de caducidad de manera unilateral, siempre y cuando exista un incumplimiento imputable del contratista; siendo importante aclarar que estas disposiciones se refieren a los contratos de obra y a los de prestación de servicios; dichas normas disponían:

*“Artículo 4. En todo contrato que el gobierno celebre sobre construcción de obras, ejecución de hechos, u otros análogos, se estipulará precisamente una cláusula penal pecuniaria, para el caso en que el contratista faltare al cumplimiento de contrato, por su culpa.*

*Artículo 5. Cuando no se hayan estipulado causales de caducidad en contratos de las clases mencionadas en el artículo anterior, el Ministerio respectivo podrá declarar ésta cuando los contratistas faltaren al cumplimiento de ellos, y esta falta les sea imputable.”*

Posteriormente, se expide la Ley 225 del 12 de diciembre de 1938 “Por medio de la cual se provee el establecimiento del seguro de manejo y cumplimiento”, a partir de la cual comúnmente se dice da origen a la regulación de los seguros de cumplimiento en contratos estatales, pero de un análisis detallado, se evidencia que ello no es así, dado que esta disposición se refiere principalmente a los seguros de manejo que debían constituir los empleados públicos encargados de recibir o desembolsar dineros públicos y en general del manejo de bienes de la Nación en virtud de sus funciones, este malentendido se debe principalmente a que nuestro legislador parte por confundir el seguro de cumplimiento que ampara la correcta ejecución de obligaciones contractuales y legales, con el seguro de manejo referido a la fidelidad de los subalternos para con sus empleadores, es

decir, da a entender que “manejo y cumplimiento” equivale a una sola cobertura que ampara un sólo riesgo, cuando en realidad ellos son diferentes.

De ser así, es decir, persistiendo en la odiosa confusión entre seguro de manejo y cumplimiento, más bien podríamos decir que esta clase de seguros nace en Colombia para el sector público, con la expedición de la Ley 42 de 1923 y especialmente con su reglamentación efectuada por el Decreto 911 de 1932 que en su Artículo 13 menciona:

*“Todo funcionario, empleado o agente del Gobierno Nacional que por razón de sus funciones deba recibir, desembolsar o manejar de cualquier otra manera fondos o bienes nacionales, estará obligado a prestar fianza de manejo (...)”*

Y cuando en su Artículo 14 se establece que:

*“... las garantías de las fianzas pueden consistir en depósitos bancarios pagaderos a la orden del Tesoro Nacional, en la firma personal de un fiador, en hipotecas, en bonos emitidos por el Gobierno Nacional, en cédulas hipotecarias de los bancos, o en fianzas de compañías de seguros.”*

Ubicándonos de nuevo en 1938, encontramos que la Ley 225 en múltiples apartes confunde el seguro de manejo con el seguro de cumplimiento, e incluso en su segundo artículo da a entender que las disposiciones referentes al seguro de manejo podrán extenderse al de cumplimiento de obligaciones legales y contractuales, por ello se transcribirán los dos primeros artículos, así:

*“Artículo 1. El gobierno procurará que alguna o algunas de las compañías de seguros que funcionan en el país establezcan el seguro de manejo o de cumplimiento de que trata la presente ley, y en las condiciones que en ellas se fijan; y si ello no fuere posible, procederá a llevar a cabo las gestiones conducentes a la fundación de una sociedad anónima de seguros de manejo o de cumplimiento, en la cual, además de las personas o entidades particulares, podrán ser accionistas la Nación y las entidades de derecho público.*

*Artículo 2. El seguro de que trata el artículo anterior tendrá por objeto garantizar el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confíen a los empleados públicos o a los particulares, a favor de las entidades o personas ante las cuales sean responsables; y podrán extenderse también al pago de impuestos, tasas y derechos y al cumplimiento de obligaciones que emanan de leyes o de contratos”. (Negrillas fuera del texto original).*

En este mismo sentido, la reglamentación que se dio a la Ley 225 de 1938 es fiel prueba de la confusión a que se llegó con el manejo de ambos tipos de seguros, ya que se refirió exclusivamente al seguro de manejo y no se desarrolló mayormente el seguro de cumplimiento, así, los Decretos 1348 de 1939 y 2950

de 1954 disponen una regulación referente a las garantías de los empleados de confianza, usando en una que otra disposición la palabra *cumplimiento* como sinónimo de *manejo*, adicionalmente omiten regular ciertos aspectos necesarios en este tipo de seguros, para lo cual se limitan a efectuar remisiones al Decreto 911 de 1932.

A pesar de lo anterior y para zanjar la discusión acerca del origen de los seguros de cumplimiento en el derecho público colombiano, puede decirse que a partir de la Ley 225 de 1938, se abre el panorama para este tipo de seguros con lo cual las compañías aseguradoras quedaron facultadas para expedir garantías, seguros de cumplimiento o fianzas no sólo que garanticen la fidelidad de un empleado, sino también, el cumplimiento de obligaciones legales y contractuales; igualmente, dicha ley es precursora en cuanto a una serie de figuras como la de la subrogación de la aseguradora en los derechos de la Nación en contra de las personas cuyo manejo o cumplimiento estaban garantizando, se incluyen pues, todos los privilegios y accesorios a que hubiese podido acudir la administración pública para el cobro de sus perjuicios, según lo dispone su Artículo 4.

Actualmente la Ley 225 de 1938 y sus decretos reglamentarios permanecen vigentes<sup>2</sup> y ello se debe a que el Código de Comercio omite regular el seguro de cumplimiento como lo hace con otro tipo de seguros, más bien pareciera que se dedica a ponerle trabas a aquél, sin embargo, el artículo 1099 de dicho estatuto mercantil admite su existencia y a la vez confirma su naturaleza *sui generis*.<sup>3</sup>

2 Así también lo considera el doctor GALINDO CUBIDES, Hernando, en su artículo “El Seguro de Fianza (Póliza de Cumplimiento)”, publicado en el libro “Seguros, Temas esenciales”, recopilación hecha por la Universidad de la Sabana, Ecoe ediciones Ltda. 2005, página 276: “Su régimen legal descansa en la Ley 225 de 1938; en los Decretos 1348 de 1939 y 2950 de 1954. En los principios comunes a los contratos de seguros y en las condiciones generales y particulares de la póliza.”

3 Colombia. Ver Sentencia 6785 del 2 de mayo de 2002 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente Manuel Ardila Velásquez, que menciona: “Ahora bien: en cuanto a la vigencia de tal normatividad, que por cierto cuenta con voces divergentes, estima la Corte, luego de reexaminar en detalle la cuestión, que se trata de una ley que conserva vigor, porque es el propio código de comercio de 1971 el que da cuenta de su existencia cuando a él hace expresa alusión en su artículo 1099, alusión que, por lo demás, es la respuesta consciente a la idea que siempre acompañó a los autores de la codificación quienes jamás perdieron de mira esa tipología de contrato, cual lo revelan sin ambages las correspondientes actas de la comisión revisora, cumplidamente en los pasajes que fueron dedicados a auscultar las secuelas que se desgajan cuando el tomador del seguro es un tercero (acta No. 2).

Y ya se sabe, como adelante se dirá más a espacio, que el seguro de cumplimiento tiene unos matices que al

A partir de la mencionada normativa inicial, el Gobierno Nacional comenzó a exigir este tipo de seguros en todos sus contratos y ya no bastaba con una simple estipulación de cláusulas penales, poco a poco convirtieron esta exigencia en requisito de perfeccionamiento y de ejecución de los contratos estatales, formándose así, una de las diferencias respecto de los contratos particulares y convirtiéndose a los entes públicos en precursores, auspiciadores y promotores de los seguros de cumplimiento. Así pues, el Decreto 222 de 1983, anterior estatuto de contratación de las entidades públicas y aún el Decreto Ley 150 de 1976, tornan obligatoria la necesidad de estos seguros y a más de buscar garantizar un simple riesgo por el eventual incumplimiento de las obligaciones principales del contrato garantizado, impone otra serie de riesgos propios de una típica ejecución contractual, tales como la estabilidad de las obras, la calidad de los bienes y servicios suministrados, el pago de obligaciones laborales y el correcto funcionamiento de los equipos, entre otros, los cuales han permanecido con la expedición de la Ley 80 de 1993 y su Decreto Reglamentario 679 de 1994; incluso, se comenzó a exigir garantías a los proponentes para asegurar la seriedad de sus ofrecimientos, buscando amparar cualquier tipo de riesgo aún desde la etapa precontractual.

## 2. NATURALEZA Y PARTES DEL SEGURO DE CUMPLIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL:

Se deben diferenciar los contratos de seguro que se derivan de los contratos estatales, los cuales se fundamentan principalmente en la Ley 80 de 1993 y su Decreto Reglamentario 679 de 1994, de los contratos de seguro que las entidades estatales adquieren para amparar sus recursos, incluidos fondos, bienes y demás valores, de conformidad con la exigencia hecha entre otras por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Dentro de este contexto existen dos clases de seguros, uno referente a los bienes asegurables por las entidades estatales y corresponden a aquellos relacionados con la afectación del patrimonio público por ilícitos en que puedan incurrir sus funcionarios y otro denominado *Garantía Única* que afianza los riesgos propios de los contratos, nos referiremos exclusivamente a este último.

---

pronto le entregan singularidad, y que visto que hay normas del régimen del seguro en general que le harían la vida poco menos que imposible (verbigracia los artículos 1054, 1055 y 1071 del citado código) emerge indubitable que no pudo pensarse en los seguros de cumplimiento sin pensar al propio tiempo en la supradicha ley 225. De no, absurdo fuera que en el Código se haga memoria de un seguro que a la par repudian sus normas. A la verdad, trataríase de una criatura muy extraña, al nacer muerta”.

De acuerdo con la definición legal que nos trae el Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los contratos estatales son aquellos actos jurídicos generadores de obligaciones que pueden estar previstos en el derecho privado, en disposiciones especiales o que son producto de la autonomía de la voluntad, aclarando eso sí, que se celebran en virtud del cumplimiento de los fines estatales, dado que son medios de los cuales se vale la administración pública para procurar el interés general y sus cometidos de beneficio social, atendiendo siempre a la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los ciudadanos.

En este sentido, en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, se consideró lo siguiente:

*“Como se indicó la administración pública no puede actuar sino para el cumplimiento de finalidades de interés público, para la satisfacción de las necesidades colectivas y el logro de los fines del Estado. Los servidores públicos, al celebrar y ejecutar un contrato deben tener siempre presente esa finalidad. Extrañas a esa intención resultan las motivaciones de índole personal, político o de cualquiera otra condición que conduzcan a desdibujar las muy claras razones que determinan la contratación del Estado. Aun cuando los organismos del Estado ejecuten actividades industriales y comerciales a semejanza de los particulares, la finalidad de interés público no puede ser ajena a ellos.*

*Las razones de conveniencia social que sustentan ya sea de manera directa e inmediata o bien en forma indirecta y mediata la celebración de un contrato tampoco pueden ser extrañas al particular que contrata con el Estado. Por el contrario, su adecuado entendimiento contribuye al cabal y eficiente desarrollo y ejecución del contrato, constituyéndose en verdadero pilar y soporte de decisiones y acciones que deben tomarse y ejecutarse en procura de evitar perjuicios que afecten los intereses colectivos. Por eso, un papel de colaboración competente asumir en todo momento al contratista.*

*Con razón el numeral 2° del artículo 5° establece que los contratistas “colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contractual se cumpla y que éste sea de la mejor calidad...”*

Dada la finalidad pública y social que tiene este tipo de contratación, se han dispuesto innumerables reglas, normas, principios y procedimientos que regulan su celebración, desarrollo y finalización; así las cosas, existe el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que abarca un sinnúmero de Decretos, Leyes y sentencias complementarias y reglamentarias, que imponen una serie de obligaciones, cargas y deberes, tanto para las entidades contratantes como para el particular contratista que deberá actuar como un colaborador de la Administración en el cumplimiento de sus fines.

Así que, se imponen deberes a las Instituciones Públicas como los consagrados en el Artículo 4 de la Ley 80 de 1993, de los cuales nos interesan principalmente los siguientes:

*“... las entidades estatales:*

*1. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante.*

*2. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar.*

*(...)*

*6. Adelantarán las acciones conducentes a obtener la indemnización de los daños que sufran en desarrollo o con ocasión del contrato celebrado.*

*7. Sin perjuicio del llamamiento en garantía, repetirán contra los servidores públicos, contra el contratista o los terceros responsables, según el caso, por las indemnizaciones que deban pagar como consecuencia de la actividad contractual.”*

Y a su vez, se exige a los contratistas, según el Artículo 5 numeral 4 de la Ley 80 de 1993, garantizar la calidad de los bienes y servicios suministrados y responder por cualquier defecto; así, considerando la importancia que el ordenamiento le ha dado a la exigencia de garantías, éstas han pasado de ser una mera obligación accesoria o secundaria, para convertirse en una verdadera prestación principal; precisamente por la necesidad de que el contratista garantice la perfecta ejecución contractual, se hace obligatoria la constitución de un seguro de cumplimiento, el cual llama “*Garantía Única*,”<sup>4</sup> que cubre una serie de diferentes riesgos imprevisibles que en cierta forma pueden llegar a afectar el patrimonio de las entidades estatales y a su vez perjudicaría la inversión social, en tanto correspondería al estado destinar parte de su presupuesto a pagar indemnizaciones o cubrir los daños de sus contratistas.

Como respaldo para el cumplimiento contractual de parte de los contratistas y en atención a los riesgos que le son propios a cada contrato, la Ley 80 de 1993

4 En virtud del principio de economía, el numeral 19 del Artículo 25 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública dispone: “*El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. Igualmente, los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.*”

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias”.

subordina la ejecución de las obligaciones contractuales a la aprobación de la Garantía Única<sup>5</sup>; de manera que el Artículo 41 de la Ley 80 de 1993, estipula:

*“Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía...”*

Para entender lo anterior, vale la pena indicar resumidamente las condiciones necesarias para el perfeccionamiento y ejecución, en general de los contratos estatales, para ello, acudimos a una serie de pasos, a manera de resumen, dispuestos por la Contraloría General de la República,<sup>6</sup> que es el organismo de control fiscal, encargado entre otras cosas, de evaluar la gestión administrativa de la actividad contractual en las entidades públicas, de una manera posterior y selectiva, cuando el acto jurídico se encuentra debidamente perfeccionado; así dicha Entidad indica:

1. Adjudicación del proceso de selección.
2. Preparación de la minuta por la entidad.
3. Estudio y suscripción del contrato por parte del contratista.
4. Suscripción del contrato por parte de la entidad estatal.
5. Entrega de un ejemplar del contrato al contratista para que adelante las gestiones de constitución de la garantía única y publicación del contrato.
6. Expedición de la garantía única por parte de la compañía aseguradora.
7. Estudio de la póliza por la entidad estatal.
8. Realización de ajustes a la póliza si hay lugar a ello.
9. Expedición del documento de aprobación de la póliza.

En este sentido, es importante diferenciar las condiciones de perfeccionamiento que apuntan a todo el proceso de selección objetiva del contratista, hasta el momento mismo de su adjudicación, de las condiciones de ejecución a partir de las cuales se compromete la responsabilidad *contractual*, por tanto, la adquisición de la garantía única de parte del contratista y la correlativa aprobación de la misma, son deberes que constituyen verdaderas obligaciones contractuales, dado que ya existe un acuerdo de voluntades y de ello depende el inicio de la ejecución contractual; igualmente, vale la pena indicar que unas son las formalidades de carácter presupuestal que deberán tener presente los servidores públicos al mo-

5 El anterior Estatuto de Contratación Pública, Decreto 222 de 1983, exigía en su Artículo 51 que la aprobación de la fianza era requisito para el perfeccionamiento del contrato.

6 Tomado de la página de la Contraloría General de la República, en el link normativa / conceptos [www.contraloriagen.gov.co/html/normatividad](http://www.contraloriagen.gov.co/html/normatividad)



mento de contratar y otras las formalidades de contratación administrativa que frente al contratista se cumplen de manera independiente a aquellas, es decir, la falta de los registros presupuestales<sup>7</sup> no conlleva la invalidez del contrato estatal, con lo cual no se puede perjudicar al contratista, en tanto se encuentra en juego la responsabilidad contractual de la Entidad Pública.

De otra parte, no necesariamente la garantía única implica la celebración de un contrato de seguro, dado que es permitido que se constituya una garantía con una entidad bancaria, sin que se requiera la intervención de una compañía aseguradora, entendida como aquella persona jurídica constituida como sociedad anónima o cooperativa admitida legalmente, que se encarga de asumir riesgos, para lo cual expide pólizas; cuando no es con este último tipo de entidades, la garantía otorgada sería una mera fianza; adicionalmente, la garantía única no abarca simplemente el cumplimiento de las obligaciones principales del contrato, como es el de suministrar los servicios o bienes que se pretenden o ejecutar la obra dentro del plazo estipulado, también cubre otros riesgos más allá de los naturales a cualquier tipo de contratos como el de salarios y prestaciones sociales o el de correcto manejo e inversión del anticipo entre otros.

De manera que en la Garantía Única las partes<sup>8</sup> necesarias son, de un lado el afianzado que es el contratista, es decir, el deudor de la obligación objeto del contrato que se garantiza y que para el caso también es el tomador, pues en éste recae la obligación de buscar la garantía ante los riesgos que genera el contrato, escogiendo la compañía que le ofrezca un amparo que se ajuste a sus necesidades y en especial a los requisitos legales y contractuales exigidos por la entidad estatal y de otra parte la compañía de seguros o aseguradora anteriormente mencionada o en excepcionales casos una entidad bancaria; por último también encontramos que existe un asegurado y beneficiario que en este caso no puede confundirse con el tomador, que es la entidad pública contratante, acreedora de la obligación y quien finalmente aprobará la garantía única presentada por el contratista.

Respecto de la necesidad de que las garantías únicas que amparan la ejecución de los contratos estatales sean expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o que consistan en garantías bancarias;

7 Aunque la aprobación de la garantía única no haga parte de las reglas de carácter presupuestal, su omisión tampoco genera la invalidez del contrato administrativo, según lo dispone el Artículo 41 de la Ley 80 de 1993, antes mencionado.

8 Colombia. Ver Artículo 1037 del Código de Comercio.

en alguna ocasión se pretendió la inconstitucionalidad de este postulado, demandando el numeral 19 del Artículo 25 de la Ley 80 de 1993 que consagra dicha exigencia, consideraba el accionante, principalmente, que existía una supuesta violación, entre otros, al derecho de la igualdad; frente a lo cual la Corte Constitucional, considero dicha norma ajustada a la constitución y se pronunció en Sentencia C-154 del 18 de abril de 1996, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell, de la siguiente manera:

*“En la formulación del juicio de igualdad debe tenerse en cuenta que la garantía por los riesgos contractuales debe ofrecer un alto grado de confiabilidad al organismo beneficiario, que resulta antes que todo de la solvencia económica e idoneidad del garante, que son condiciones que no puede ofrecer cualquier persona y ni siquiera el propio contratista porque resultaría imprevisivo y carente de toda técnica en el manejo de riesgos admitir que el eventual asegurado garantice el reconocimiento del daño con ocasión del siniestro.*

*Cuando el legislador escogió a los bancos y a las compañías de seguro como posibles garantes de los riesgos contractuales, medió un juicio de valoración que se juzga razonable y proporcionado, donde aquél tuvo en cuenta la solidez de tales entidades, que resulta de las exigencias y condicionamientos para su constitución, funcionamiento y operación (aporte mínimo de capital y de respaldo patrimonial, condiciones o márgenes especiales de solvencia, restricciones cuidadosas para la realización de sus inversiones, etc.) y, además, la circunstancia de que el propio Estado ejerce sobre ellas un sistema de inspección, control y vigilancia por intermedio de la Superintendencia Bancaria”.*

Continuando con la naturaleza de la garantía única, consideramos que los contratos de seguros suscritos entre particulares (contratista y aseguradora) para garantizar la ejecución de las obligaciones contractuales adquiridas con un ente público, no son contratos estatales, en principio puede decirse que se rigen por el derecho privado, sin importar que por disposición de la Ley 80 de 1993 se deban omitir ciertos aspectos propios de los contratos de seguros en general; y es que no podría comprenderse cómo pueda tener el carácter de contrato estatal un negocio jurídico en el cual, para su perfeccionamiento, no interviene para nada una entidad estatal, así, el Artículo 1037 del Código de Comercio estipula que son partes en un contrato de seguros el asegurador y el tomador, en este sentido, no se pueden aplicar cláusulas excepcionales como las de interpretación, modificación y terminación unilaterales, o las extensas normas de selección objetiva y el resto de sendos requisitos propios de los contratos estatales.

Sin embargo, no se puede desconocer el carácter accesorio del contrato de seguro de cumplimiento, en tanto que tiene su fundamento y razón de ser en virtud del contrato estatal que garantiza, adicionalmente se encuentra unido a

la suerte de aquél, pues por naturaleza y aún por definición legal<sup>9</sup> se trata de un contrato aleatorio, cuyo aleas depende de la ejecución del contrato garantizado, así, el riesgo asegurado es el incumplimiento de las prestaciones que constituyen el objeto de un contrato estatal; por esto, en los casos en los cuales el contrato amparado por una garantía única, incluye cláusulas excepcionales al derecho común, bien por disposición legal o bien porque expresamente las partes deseen incluirlas, se entiende que el contratante público goza de una serie de privilegios, desarrollados tanto desde el punto de vista normativo como jurisprudencial y que incluye las llamadas prerrogativas del poder público y servicio público<sup>10</sup> que pueden ser explícitas, como la terminación unilateral o implícitas, como la declaratoria unilateral de nulidad, hasta el aberrante uso de la figura de la *“autotutela administrativa”*,<sup>11</sup> todas ellas herramientas de las que se vale la Administración, en caso de presentarse el siniestro amparado.

De su parte, la Ley 80 de 1993 omite hacer algún tipo de referencia frente al carácter accesorio del contrato de seguro (garantía única) que asegura el cumplimiento de los contratos estatales, en cambio, el anterior estatuto de contratación pública, sí se pronunció al respecto, así, el Artículo 70 del Decreto 222 de 1983, mencionó que *“Los respectivos contratos de garantía forman parte integrante de aquél que se garantiza”*, el silencio de nuestro actual estatuto no puede significar que se deba ocultar la naturaleza del contrato de seguro, pues perfectamente éste encaja en la definición de contrato accesorio que nos trae el Artículo 1499 del Código Civil, *“el contrato es accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella.”*, de esta manera, dado que su objetivo es garantizar el cumplimiento de un contrato prin-

9 Colombia. Ver Artículo 1036 (modificado por el Artículo 1 de la Ley 389 de 1997) del Código de Comercio.

10 Véase, BENAVIDES, José Luis, *“El Contrato Estatal. Entre el Derecho público y el Derecho privado”*, Universidad Externado de Colombia, 2002.

11 En cuanto a la autotutela administrativa, fuente para la declarar unilateralmente el incumplimiento de obligaciones del contratista y ordenar la efectividad de las garantías, remítase a lo decidido por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en Sentencia 13598 del 24 de mayo de 2001, con ponencia del doctor Ricardo Hoyos Duque; téngase especialmente en cuenta las limitaciones de dicha facultad, la cual opera para el caso de las cláusulas excepcionales que se hubieren pactado o que se entiendan incluidas dependiendo del tipo de contrato, y no para imponer unilateralmente multas o cláusulas penales, todo ello, según Sentencia 14579 de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 20 de octubre de 2005, magistrado ponente Germán Rodríguez Villamizar.

cial celebrado entre una Entidad Pública y un particular, bajo esta premisa, no hay duda de que aquél sigue la suerte del contrato garantizado.<sup>12</sup>

### 3. OBJETO DE LA GARANTÍA ÚNICA:

La constitución de garantías para asegurar la ejecución perfecta de los contratos estatales, es una disposición de orden público, que no se puede omitir con el simple acuerdo de las partes o con el otorgamiento de garantías personales o reales, éstas últimas sólo se otorgan en perjuicio de la imposibilidad de contratar bien un seguro, bien una garantía bancaria, sin embargo, es claro que se trata de un mecanismo que busca la protección del patrimonio público, puesto que se amparan los riesgos propios del desarrollo contractual y pretende cubrir patrimonialmente a las entidades públicas ante perjuicios que puedan sufrir producto de su ejecución.

Dado que la realización de un contrato, incluso los de ejecución instantánea o inmediata, conllevan comúnmente riesgos que van más allá de la ocurrencia del simple incumplimiento y que llegan incluso a comprometer la estabilidad de una obra, la calidad de los equipos o de los suministros, el no pago o desconocimiento de los derechos y prestaciones de los trabajadores y muchos otros, con la

12 Colombia. Véase, Sentencia del 24 de agosto de 2000 del Consejo de Estado, Expediente 11318, actor: Hernando Pinzón, Consejero Ponente Jesús María Carrillo Ballesteros, en la cual se declaró la suspensión provisional y posterior nulidad del artículo 19 del Decreto 679 de 1994, que menciona: *“Ahora bien, bajo la Ley 80 de 1993, el contrato de seguro constituye un contrato autónomo, pero colabora en el desempeño de la función pública dado el carácter del patrimonio que protege y puesto que el beneficiario es directamente la administración.*

No obstante su autonomía, el contrato estatal constituye la razón principal que da origen al contrato de seguro y se une de tal modo que su cumplimiento y ejecución dependen del primero. Si bien, el contrato de seguro estrictu sensu no es un contrato estatal, en virtud de ser celebrado entre dos particulares en beneficio de un tercero, este tercero es siempre la administración pública. El otorgamiento de la garantía tiene justificación en interés del patrimonio estatal, lo cual le confiere un tratamiento especial, distinto de los contratos celebrados entre particulares; tanto es así que la constitución de la garantía y su aprobación son requisitos indispensables para la ejecución del contrato.

De otro lado no debe perderse de vista que el contrato de seguro nace y muere con el contrato estatal, si este se desarrolla normalmente, y se prolonga en el tiempo solo si el contratista incumple las obligaciones derivadas del contrato”.

En este mismo sentido, Auto del 08 de mayo de 2003, Consejera Ponente María Elena Giraldo Gómez y la Sentencia 22117 del 10 de junio de 2004, Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra, ambos de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

exigencia de la aludida garantía se busca prevenir y subsanar las consecuencias de la materialización de los riesgos.

De conformidad con el Artículo 16 del Decreto Reglamentario 679 de 1994, el fin de la garantía única es respaldar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que surjan a cargo de los contratistas frente a las entidades estatales.

Aunque la garantía única consiste en una póliza con diferentes coberturas, vigencias y aún valores asegurados, su denominación se debe principalmente a que por medio de *una póliza* y garantía se cubren íntegramente todos los riesgos contractuales exigidos por la Ley, y en los cuales puede incurrir el contratista durante el desarrollo del contrato, ejecución, liquidación y aun posteriormente.

#### **4. OBLIGATORIEDAD DE LA GARANTÍA ÚNICA:**

En virtud del principio de economía que opera en la contratación estatal, se exige al contratista prestar “*garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado*”.<sup>13</sup> Se trata entonces de un requisito obligatorio y como se mencionó anteriormente, es un elemento necesario para la ejecución del contrato estatal, por lo cual debe estipularse expresamente, a este respecto, el anterior estatuto de contratación estatal, fue más estricto y precavido, pues de una parte, el Artículo 51 del Decreto 222 de 1983 exigió la aprobación de la fianza como requisito de perfeccionamiento y de otra, el Artículo 68 del mencionado decreto, dispuso:

*“El hecho de no estipularse la cláusula de garantías no libera al contratista de la obligación de constituir las garantías.”*

*“Si el contratista se negare a constituir las garantías, la entidad respectiva dará por terminado el contrato en el estado en que se encuentre sin que por este hecho la misma deba reconocer o pagar indemnización alguna.”*

A pesar de la obligatoriedad de este requisito, veremos los contratos en los cuales es optativa la constitución de garantías.

Comenzamos por decir, que incluso el propio numeral 19 del Artículo 25 de la Ley 80 de 1993 menciona expresamente algunas circunstancias en las cuales no es obligatorio la constitución de éstas garantías, así que no se exige en contratos

<sup>13</sup> Colombia. Ver numeral 19 del Artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

de empréstito, interadministrativos y en los de seguros, sin que ello signifique que eventualmente, dadas las condiciones de un contrato de esta naturaleza, se pueda exigir una garantía única, lo cual siempre será una decisión discrecional de la entidad estatal contratante.

En la Sentencia C-154 del 18 de abril de 1996, ya mencionada, la Corte Constitucional, indicó:

*“Cuando la norma acusada exonera al contratista en el contrato de seguro, de otorgar la garantía única, lo mismo que a los contratistas en los contratos de empréstitos e interadministrativos, tiene en cuenta las condiciones relevantes que presentan los garantes, ya puestas de manifiesto anteriormente, las cuales no se dan en relación con los contratistas de otros contratos y que llevó al legislador a darles un trato diferencial que es objetivo, razonable y proporcionado”.*

Tampoco se exige obligatoriamente este tipo de garantía en los contratos que se celebren con las cooperativas nacionales de trabajo asociado legalmente constituidas, para ello la entidad estatal, atendiendo al objeto, cuantía, características de la organización y modalidad de contrato, deberá expedir una resolución motivada que justifique su no exigencia.

En este sentido, la Corte Constitucional también efectuó un pronunciamiento de exequibilidad, por medio de Sentencia C-949 del 5 de septiembre de 2001, Magistrado Ponente Clara Inés Vargas Hernández, mencionando:

*“... la exoneración de las cooperativas nacionales de trabajo asociado legalmente constituidas del otorgamiento de garantías contractuales, constituye una medida razonable del legislador por las siguientes razones: En primer término se trata de una facultad discrecional de la Administración, no de una imposición del legislador; en segundo término, la decisión de exonerar a dichos entes procede “siempre y cuando el objeto, cuantía y modalidad de los mismos, así como las características específicas de la organización de que se trate, lo justifiquen”, con lo cual se establece un parámetro material al ejercicio de esta competencia; y en tercer término la norma acusada exige que una determinación en este sentido sea adoptada mediante resolución motivada, lo que permite que los interesados que estén inconformes puedan impugnar la medida e incluso acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, si es del caso”.*

Adicionalmente, la Ley 80 de 1993, en el párrafo del Artículo 39 autorizó la celebración de contratos sin formalidades plenas, siempre y cuando no se superen las cuantías establecidas, de acuerdo al presupuesto anual de cada entidad estatal; lo que usualmente denominan éstas Entidades como órdenes de trabajo, de servicio o de pedido y a pesar de no estar sometidos en rigor, al exceso for-

malista de ese tipo de contratos y que según veremos no se hace obligatoria la constitución de la garantía única, son verdaderos contratos estatales.

A su vez, el Artículo 25 del Decreto Reglamentario 679 de 1994 dispone que la contratación sin formalidades plenas debe ordenarse previamente y por escrito por el representante legal de la entidad, acto administrativo que debe contener como mínimo el objeto del contrato, la contraprestación, los requisitos para la expedición del registro presupuestal y podrán contener las demás estipulaciones que se consideren pertinentes, analizada dicha disposición, encontramos que exige mínimos requisitos, dejando a discreción de las partes establecer otras exigencias, como la constitución de seguro de cumplimiento; tal vez se pensó que atendiendo la cuantía de los mismos, el hecho de constituir una garantía, llevaría a la Entidad Pública a una mayor erogación y por ende mayores costos.

Ahora bien, no puede perderse de vista que en todos los contratos estatales deben aplicarse los principios de la función pública, por lo tanto en los últimos casos en mención, es decir, aquellos contratos que dada su poca cuantía no requieren la constitución de garantías, deberá pensarse en otras medidas que aseguren el patrimonio de la entidad, como evitar dar anticipos y siempre designar un interventor para velar por una correcta ejecución de los contratos, incluso ha de tenerse en cuenta que las entidades públicas pueden exigir a sus contratistas las garantías de buen funcionamiento, calidad y por vicios o defectos ocultos, que deben otorgar los vendedores en sus productos, según lo consagrado en el Artículo 932 y siguientes del Código de Comercio, además, aquellas Entidades también pueden hacer uso de los derechos que consagran las normas de protección al consumidor.<sup>14</sup>

## **5. IRREVOCABILIDAD E IMPOSIBILIDAD DE TERMINACIÓN POR NO PAGO DE LA PRIMA:**

El numeral 19 del Artículo 25 de la Ley 80 de 1993, en su inciso tercero, menciona:

14 Es más, dentro de los deberes de las Entidades Estatales está el de efectuar revisiones de los servicios prestados o bienes suministrados para verificar que se cumplan con las condiciones de calidad ofrecidos por los contratistas, otro deber es el de exigir que la calidad de los bienes y servicios adquiridos se ajusten a los requisitos mínimos previstos en las normas técnicas, además, en atención al principio de la responsabilidad, el numeral 8 del Artículo 26 de la Ley 80 de 1993, consagra: “Los contratistas responderán y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado”.

*“La garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, tratándose de pólizas, no expirará por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral.”*

Dicho Artículo deja sin efectos, respecto de la garantía única, los Artículos 1068 (modificado por el Artículo 82 de la Ley 45 de 1990) y el Artículo 1071 del Código de Comercio, que consagran respectivamente, la terminación automática del contrato de seguros por mora en el pago de la prima y la revocatoria unilateral de cualquier parte contratante del seguro.

En cuanto a la prohibición de la terminación automática y la revocación unilateral del contrato de seguros, un gran sector de la doctrina considera que se trata de una disposición propia de los seguros de cumplimiento sin importar que se esté garantizando un contrato estatal o privado y ello tiene su lógica, dado que precisamente a quien menos interesa mantener el contrato de seguro es al contratista que ejecutará las prestaciones contractuales, pues en cualquier caso de incumplimiento, bien sea frente a la aseguradora o bien sea frente al contratante deberá responder con su patrimonio, de ahí que al seguro de cumplimiento se le llame seguro de fianza, en sentido contrario, a quien más interesaría mantener el seguro, es al contratante afianzado, dado que es su patrimonio el que se encuentra en juego y es quien ostenta el interés asegurable, por ser el perjudicado directo en caso de un incumplimiento.

Así lo ha considerado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en Concepto 1723 del 30 de marzo de 2006:

*“Una de las características del seguro de garantía derivada de su misma naturaleza, consiste en que una vez la aseguradora se ha vinculado como garante de las obligaciones del deudor de un contrato, tanto en el derecho público como en el privado, ésta garantía es irrevocable”.*

Y el doctor Juan Manuel Díaz-Granados Ortiz, en su obra “Los seguros en el nuevo régimen de contratación administrativa” Págs. 424-425, Segunda Edición. Ed. Rosaristas, Bogotá, 1995, mencionó:

*“... la doctrina es unánime en sostener que por tratarse de una garantía el acreedor de la obligación garantizada requiere tener certeza sobre la permanencia de la misma, lo cual explica que la irrevocabilidad se predique de este tipo de seguros. A pesar de ello y para una mayor seguridad el nuevo Estatuto señala categóricamente que la garantía no expirará por revocación unilateral.”*



Igualmente, en caso de incumplimientos parciales o configuración de siniestros que agoten el valor asegurado, la aseguradora y el contratista deberán restablecer las sumas aseguradas y en estos casos tampoco se podrá acudir a la terminación automática por falta de pago en la prima, ni mucho menos a su revocabilidad, dado que la Ley 80 de 1993 no hace ninguna excepción a este respecto y como se vio, el numeral 19 del Artículo 25 menciona que la garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos, incluso así lo ha dispuesto el Artículo 17 del Decreto Reglamentario 679 de 1994, que en su inciso 13 dispone:

*“El contratista deberá reponer la garantía cuando el valor de la misma se vea afectada por razón de siniestros”*

Además, el mencionado Concepto 1723 del 30 de marzo de 2006, de Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, consideró:

*“En este orden de ideas, si la aseguradora pagó una vez el siniestro de incumplimiento parcial, por ejemplo por retardo en la ejecución del contrato hasta la suma asegurada, la garantía sigue vigente pues no se ha terminado ni puede ser revocada, de donde se desprende que, si se presenta un nuevo siniestro deberá entrar a cancelarlo y no podrá excepcionar falta de pago o no haber asumido el riesgo sino hasta el valor pagado inicialmente.*

*Es obvio que asumir el nuevo riesgo una vez pagado el siniestro de incumplimiento parcial, no es gratuito, por lo que la aseguradora debe renegociar la prima y demás aspectos contractuales con su cliente, el contratista oficial, quien a su turno está obligado a cumplir con las obligaciones que se desprenden de la vigencia del seguro hasta la liquidación del contrato y la no revocatoria del mismo, pues estas normas tienen efectos para todas las partes del contrato de garantía”.*

En cuanto a la prohibición de terminar automáticamente el contrato de seguro por mora del contratista en el pago de la prima, debe tenerse presente que la Ley 225 de 1938 y sus Decretos Reglamentarios, establecen que los ministerios deben prestar cooperación en cuanto al recaudo y efectividad del pago de estos valores, aunque actualmente, debe entenderse que dicho apoyo deba brindarlo cualquier Entidad Pública.

En efecto, el Artículo 6 de la Ley 225 de 1938 menciona:

*“El Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Contralor General de la República, directamente o por medio de las oficinas y empleados de su dependencia, prestarán a la compañía aseguradora la cooperación y apoyo necesarios, principalmente en cuanto se refiere a la supervigilancia de las personas responsables cuyas obligaciones esté garan-*

*tizando, así como a la efectividad de las primas de seguro y de las sumas y valores que resulten a cargo de ellas.”*

## **6. APROBACIÓN DE LA GARANTÍA ÚNICA (Pólizas, garantías bancarias, garantías reales y personales):**

Según se mencionó anteriormente, la garantía única que avala el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato estatal, puede consistir en una póliza expedida por una compañía de seguros o en una garantía bancaria;<sup>15</sup> pero sería importante establecer cuándo se debe otorgar una o cuándo otra y en caso de que no se pueda ni una ni otra, qué alternativa existe para la ejecución de un contrato estatal que es necesario para la administración.

La opción entre póliza y garantía bancaria la tiene el contratista, que es la persona encargada de pagar directamente el valor de la prima o costos de la garantía, la Entidad Pública no podrá exigir una u otra, normalmente los contratistas acuden a las compañías de seguros, dado que su objeto social principal es el otorgamiento de garantías, es excepcional que se acuda a una Entidad Bancaria, puesto que ello implicaría altos costos para el contratista y representaría una disminución en sus cupos de créditos.

Puede darse la posibilidad de que para determinada clases de contratos ni las compañías aseguradoras expidan pólizas ni los bancos expidan garantías bancarias, en este caso puede decirse que, dado que el funcionamiento de las entidades públicas no se puede paralizar y que a través de la ejecución de los diferentes contratos es indispensable el cumplimiento de los fines del estado, se debe acudir a la constitución de garantías reales y hasta personales que afiancen el cumplimiento de las obligaciones contractuales, en estas situaciones, obviamente nos alejaríamos del campo de los contratos de seguros de cumplimiento y dichas relaciones se convertirían en un mero afianzamiento; apoyando esta consideración, encontramos que en el actual proyecto de ley que cursa en el Congreso de la República, para reformar la Ley 80 de 1993, se ha pensado en esta tercera posibilidad de sustituir la garantía única, atendiendo de esta manera, los inconvenientes que se presentan en el mercado asegurador para garantizar algunos riesgos específicos y afianzar a algunos contratistas que no reúnen condiciones técnico financieras mínimas serias que permitan la asegurabilidad de sus obligaciones;

15 Colombia. El inciso segundo del numeral 19 del Artículo 25 de la Ley 80 de 1993, estipula: “Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias”.

así, el mencionado proyecto de ley, seguramente próximo a sanción presidencial, menciona:

*“Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto”.*

Adicionalmente, para corroborar aún más nuestra posición y brindarle un fundamento legal con normas cuya especialidad y razón de ser es la regulación del seguro de cumplimiento, acudimos al Artículo 9 de la Ley 225 de 1938, que establece:

*“Las personas que no puedan obtener el seguro de que trata esta ley y las que estén en capacidad de otorgar caución real, podrán garantizar sus obligaciones por este medio”.*

En este mismo sentido, se ha pronunciado la Contraloría General de la Nación, en Concepto 80112-3520 del 24 de octubre de 2001, respondiendo consulta hecha por la Subdirectora de la Función Pública quien solicita se aclare el procedimiento a seguir para la expedición de una póliza que garantice el desarrollo de un software teniendo en cuenta que las compañías de seguros se niegan a expedirlas y ante la necesidad de cumplir con lo dispuesto por la Ley 80 de 1993, considera aquella Entidad que:

*“... la negativa para expedir las pólizas ha sido de las compañías de seguros, ante lo cual, podrían explorar la posibilidad de constituir las con una Entidad Bancaria o buscar una garantía real o personal que ampare la inversión realizada por la Entidad.”*

Las normas sobre contratación estatal han precavido la posibilidad de que no se expidan pólizas ni garantías bancarias, pero sólo referidas a la vigencia de las coberturas en contratos de concesión y de obra, dada la posibilidad de que su duración sea por varios años siendo difícil obtener una garantía por tan largo tiempo, así, el Decreto 280 de 2002, que modifica el Decreto Reglamentario 679 de 1994, establece en aquél tipo de contratos, que cuando el cumplimiento del objeto se desarrolle en etapas subsiguientes y diferenciadas que generen obligaciones distintas en su contenido y tiempo de ejecución y que el contratista o concesionario acrediten mediante certificación de la Superintendencia Financiera que en el mercado no se ofrecen esas garantías, se aprobará la garantía única por el término que se otorgue inicialmente, subsistiendo la obligación del contratista, en los referidos contratos de concesión y de obra, de mantener vigente la garantía única durante el resto de ejecución y aún en la liquidación del contrato, para lo cual el contratista está obligado a prorrogar las vigencias o constituir una nueva

garantía; en caso de incumplir esta obligación, se declarará la caducidad del contrato, sin embargo, si dicho incumplimiento es por causa de las condiciones del mercado asegurador, previa certificación de la Superintendencia, se procederá simplemente a la terminación del contrato sin consecuencias para el contratista. El mencionado proyecto de ley que busca modificar el Estatuto de Contratación Estatal también ha precavido esta posibilidad, ampliando dicha prerrogativa para cualquier tipo de contratos, siempre y cuando se trate de diferentes etapas con riesgos complejos, veamos:

*“El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato”.*

Una vez otorgada la póliza, de conformidad con el Artículo 41 de la Ley 80 de 1993, para la ejecución de los contratos estatales se requiere la aprobación de la garantía única, por ello, el Artículo 18 del Decreto Reglamentario 679 de 1994, estipuló:

*“La entidad estatal contratante sólo aprobará la garantía que con sujeción a lo dispuesto en el respectivo contrato, ampare el cumplimiento idóneo y oportuno conforme a lo dispuesto en el presente decreto”.*

Adicionalmente, prescribió la prohibición de discriminación de aseguradoras, pues dispuso:

*“La entidad estatal contratante al aprobar la garantía deberá abstenerse en todo caso, de emplear prácticas discriminatorias”.*

La mencionada aprobación puede consistir en el visto bueno del representante legal de la entidad o mejor aún, dado el carácter formalista o solemne que impera en el actuar de la administración pública, es conveniente aprobar dicha póliza por medio de un documento escrito, que la mismas entidades suelen llamar “Auto aprobatorio”.

Dicha aprobación implica que la Entidad Pública acepta las condiciones de la póliza y que es conocedora de las garantías, entendidas éstas como la obligación del asegurado de hacer o no determinada cosa, o de cumplir alguna exigencia o mediante el cual afirma o niega la existencia de una situación, en caso de incumplimiento de alguna de éstas obligaciones, la aseguradora podrá dar por

terminado el contrato o el mismo será anulable.<sup>16</sup> Comúnmente, las entidades públicas por limitarse a la aprobación de estas pólizas atendiendo solamente a las vigencias, coberturas y cuantías, omiten efectuar un análisis de la imposición de estas garantías, generándose inconvenientes posteriores cuando se presentan los siniestros.

## 7. MOMENTO DE CONSTITUCIÓN Y VIGENCIA DE LA GARANTÍA ÚNICA:

Es común encontrar pólizas que tengan fechas de iniciación de vigencias de sus coberturas previas a la fecha de su expedición, sin que se trate de vigencias retroactivas y sin que pueda decirse que comportan alguna irregularidad por no existir riesgo asegurable durante ese periodo, entendido como aquél suceso incierto<sup>17</sup> necesario para que exista contrato de seguro, todo esto se debe más bien, a que con la expedición de la Ley 389 de 1997 se cambió el régimen de solemnidad que venía operando para estos contratos,<sup>18</sup> así el Artículo 1036 del Código de Comercio, modificado por el Artículo 1 de aquella ley dispone:

*“El seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso y de ejecución sucesiva.”*

Así mismo, el Artículo 1046 del Código de Comercio, modificado por el Artículo 3 de la Ley 389 de 1997, consagra:

*“Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denomina póliza...”*

Sin embargo, encontramos que es necesario que la administración apruebe la garantía única para la ejecución del contrato, en este caso, bastará que el contratista entregue un documento escrito expedido por el asegurador en el cual consten los elementos esenciales del contrato de seguro,<sup>19</sup> pues a pesar de la consensualidad, la misma ley indica que el contrato se probará por escrito<sup>20</sup> o

16 Colombia. Ver Artículo 1061 del Código de Comercio.

17 Colombia. Ver Artículo 1054 del Código de Comercio.

18 ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés Eloy, “Lecciones de derecho de seguros N<sup>o</sup> 1. Cuestiones generales y caracteres del contrato”, 1<sup>a</sup> Edición, Universidad Externado de Colombia, 2001, página 75: “tratándose, como se trata hoy, de un contrato consensual, es claro que la expedición de la póliza permite consignar como fecha de iniciación del amparo, una fecha anterior a la de la expedición, la fecha de formalización del acuerdo que se presume anterior.”

19 Colombia. Ver Artículo 1045 del Código de Comercio.

20 LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, “Comentarios al contrato de seguro”, 4<sup>a</sup> Edición, Dupré Editores, 2004, página 55: “Es conveniente sentar como presupuesto que cuando se demostrar un contrato consensual por medio de prueba escrito se trata, es menester que la misma contenga los elementos esenciales del

por confesión; exigiendo siempre al contratista, la posterior entrega del original expedido por la aseguradora.

De manera que, sí es permitido que se inicie la ejecución de un contrato estatal aun cuando no se cuente con una póliza, pues según vimos, el asegurador puede tardar hasta 15 días para expedirla y si se toma todo ese tiempo, muy probablemente asumirá que el contrato efectivamente comenzó su ejecución desde la fecha de su perfeccionamiento y por tanto de su parte debe esperarse que los riesgos comiencen a garantizarse desde la fecha de celebración del contrato estatal que se garantiza, la cual será previa; por el contrario si la entidad estatal espera la expedición de la póliza y ella trae vigencias previas, posiblemente, al momento de efectuar su aprobación, deberá ordenar su inmediata ampliación, dado que ya habría empezado a correr el término de cobertura exigido y no abarcaría la ejecución y los meses que tarde la liquidación del contrato, pues normalmente los aseguradores colocan vigencias con fechas exactas; esperar todo ese tiempo, sería en definitiva perjudicial, para la entidad pública que vería retrasada la ejecución del contrato, para el contratista que deberá pagar mayores costos a más del desgaste administrativo de todos los involucrados.

Al respecto existen algunos conceptos de la Contraloría General de la Nación, que erróneamente consideran que las pólizas no deben tener coberturas previas a la fecha de su expedición y que nunca pueden tener la misma fecha del contrato que se garantiza, pero ello se debe a que desconocen la reforma introducida en 1997, año de expedición de la Ley 389 que convirtió en consensual el contrato de seguro, veamos pues lo que opina ese Ente en Concepto 80112 EE65949 del 22 de noviembre de 2005, suscrito por el Director de la Oficina Jurídica:

*“De acuerdo con lo establecido en el artículo 1036 del Código de Comercio, el contrato de seguro es solemne, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva y se perfecciona en el momento que el asegurador suscribe la póliza.*

*En otras palabras, en materia de pólizas que garantizan el cumplimiento de las obligaciones del contratista, la vigencia de las mismas inicia cuando se perfecciona el contrato de seguro, lo cual no puede ser anterior a la firma del contrato estatal, en tal sentido la vigencia de las garantías es posterior a la celebración del contrato estatal.*

*En estas condiciones, suscrito el contrato estatal, la entidad procede a conceder un término prudencial (entre 2 y 4 días) para que el contratista suscriba la póliza.*

---

contrato respectivo, de modo que si de probar la existencia del contrato de seguro concierne es necesario que el escrito, se entienda diverso a la póliza, dé cuenta de todos los elementos esenciales”.

*La vigencia de la Garantía Única debe comprender todo el tiempo que subsistan las obligaciones del contratista derivadas del contrato estatal, hasta la liquidación del contrato objeto de la garantía, tal como lo establece el artículo 25 numeral 19 de la Ley 80 de 1993 y se inicia con la expedición de la póliza por la compañía aseguradora o bancaria.”*

## **8. DECLARACIÓN Y CONSERVACIÓN SOBRE EL ESTADO DEL RIESGO:**

El Artículo 1058 del Código de Comercio estipula la obligación de declarar sinceramente los hechos y circunstancias que determinan el estado del riesgo, de manera que si existe inexactitud o reticencia consagra unas sanciones que van desde la nulidad del contrato de seguro hasta la limitación en el porcentaje de indemnización, igualmente, el Artículo 1060 de dicho estatuto mercantil estipula la obligación de mantener el estado del riesgo y la de notificar cualquier cambio que signifique agravación del riesgo o variación de su identidad; estas disposiciones también son aplicables a la garantía única de los contratos estatales.

En consecuencia, incluso desde el proceso de escogencia del contratista, las Entidades Públicas deben acudir estrictamente al principio de la selección objetiva, puesto que la no escogencia de un contratista idóneo y capacitado para la ejecución del contrato, propiciaría una reticencia o inexactitud en los hechos y circunstancias que si hubiesen sido conocidos por el asegurador no hubiese amparado el riesgo o hubiese cobrado una mayor prima, pues en virtud de las claras disposiciones del estatuto de contratación, la aseguradora confía en que la Entidad respete el principio de la selección objetiva para la adjudicación del contrato estatal, en que los actos administrativos no fueron expedidos con desviación de poder para cumplir favores políticos o por nepotismo y en que los factores de selección y los criterios de evaluación fueron efectivos y acertados para verificar entre otros aspectos la experiencia, la capacidad financiera, económica y técnica del contratista.<sup>21</sup>

Inclusive, cuando las Entidades Estatales acuden a la prerrogativa de declarar unilateralmente la nulidad del contrato por desconocer los principios de selección objetiva,<sup>22</sup> según lo dispone el Artículo 44 de la Ley 80 de 1993, no podrían

21 Otra de aquellas situaciones en las cuales se podría configurar una reticencia o inexactitud, es cuando las entidades estatales contratan con un persona que previamente había dado lugar a una declaratoria de caducidad, o quien sin justa causa se había negado a suscribir un contrato adjudicado, es decir, personas que se encuentran inhabilitadas para celebrar contratos estatales, según lo dispuesto en el Artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

22 Al respecto, BENAVIDES, José Luis, en su obra “El Contrato Estatal. Entre el Derecho público y el Derecho

pretender que las consecuencias adversas de dicha nulidad, sean asumidas por la aseguradora, dado que ha sido el Organismo Público directamente, quien ha propiciado la causal de nulidad, no pueden entonces valerse de su propia culpa y negligencia al momento de adjudicar el contrato, para obtener un provecho, dado que fue un riesgo generado por la misma entidad por su actuar imprudente; todo ello, considerando especialmente que la declaratoria de nulidad lleva a la terminación y posterior liquidación del contrato en donde se definirán las consecuencias indemnizatorias, que se repite no podrían ser cobradas a la aseguradora.

Igualmente, en cuanto a la declaración del riesgo, las entidades estatales, según lo expresamente dispuesto en los numerales 7 y 12 del Artículo 25 y el numeral 1 del Artículo 30 de la Ley 80 de 1993, deben hacer un estudio previo del objeto a contratar, en el cual analizarán la conveniencia y oportunidad del contrato, su adecuación a los planes de inversión, la forma de ejecución del contrato, las exigencias técnicas del objeto contractual y las capacidades con que debe contar el contratista que resulte favorecido, así mismo, evaluará los riesgos de la contratación y el nivel y extensión de los mismos, de manera que se trata de una verdadera carga de responsabilidad de la Administración a la hora de contratar, con la que la aseguradora cuenta como respaldo al momento de garantizar la ejecución contractual; dicho estudio previo, justificación o análisis de conveniencia, que debe estar incluido en cualquier tipo de contrato estatal, está regulado expresamente en el Artículo 8 del Decreto 2170 de 2002 que prescribe:

*“En desarrollo de lo previsto en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios en los cuales se analice la conveniencia y la oportunidad de realizar la contratación de que se trate, tendrán lugar de manera previa a la apertura de los procesos de selección y deberán contener como mínimo la siguiente información:*

- 1. La definición de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.*
- 2. La definición técnica de la forma en que la entidad puede satisfacer su necesidad, que entre otros puede corresponder a un proyecto, estudio, diseño o prediseño.*
- 3. Las condiciones del contrato a celebrar, tales como objeto, plazo y lugar de ejecución del mismo.*
- 4. El soporte técnico y económico del valor estimado del contrato.*

---

privado”, Universidad Externado de Colombia, 2002, página 363, menciona: “El respeto de las normas sobre la selección objetiva, por ejemplo, tiene efectos sobre la ejecución del contrato y autoriza a la entidad estatal a ejercer controles particulares. Estas prerrogativas no son calificadas como tales por los textos pero constituyen privilegios exorbitantes que existen en todos los contratos”.



5. *El análisis de los riesgos de la contratación y en consecuencia el nivel y extensión de los riesgos que deben ser amparados por el contratista.*"

Como lo mencionamos, la obligación de conservar y evitar la extensión del estado del riesgo se debe mantener durante el desarrollo del contrato, de manera que la entidad contratante debe verificar la correcta ejecución de las obligaciones contractuales, por esto, ha de cumplirse estrictamente el deber de efectuar revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, incluso, contratar una persona independiente de la entidad contratante y el contratista en aquellos contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación o concurso públicos, todo ello, de conformidad con lo estipulado en el numeral 4 del Artículo 4 y también inciso segundo del numeral 1 del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, respectivamente.

En este mismo sentido, cuando exista alguna situación que agrave o modifique el riesgo, como un eventual incumplimiento del contratista, un retardo injustificado, una orden o sugerencia del interventor que puedan implicar cambios en las condiciones técnicas de ejecución, la entidad pública tiene la obligación de notificar a la aseguradora de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 1060 del Código de Comercio, en igual forma se deberá proceder cuando se autoricen adiciones en tiempo o valor de los contratos,<sup>23</sup> obras extras, modificaciones de obra, supresiones de obra e incluso y con mayor razón cuando la entidad estatal acude a la cláusula excepcional de modificación unilateral,<sup>24</sup> en estos eventos, no se debe pensar en que el contratista acuda a la compañía aseguradora simplemente para ampliar las coberturas de la garantía única, bien en tiempo, bien en vigencia, según el Artículo 17 del Decreto Reglamentario 679 de 1994,<sup>25</sup> sino además, para evitar una terminación del contrato de seguro por falta de notificación de la modificación del riesgo.<sup>26</sup>

## 9. EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL POR EL GARANTE:

23 Colombia. Ver inciso segundo del párrafo del Artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

24 Colombia. Ver Artículo 16 de la Ley 80 de 1993.

25 Dicho Artículo dispone que "...en cualquier evento en que se aumente el valor del contrato o se prorrogue su vigencia deberá ampliarse o prorrogarse la correspondiente garantía"

26 El pasado 28 de febrero de 2007, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, se pronunció sobre la importancia por parte del asegurado de mantener el estado del riesgo y de notificar cualquier agravación que se presente en el mismo, incluso en los contratos de seguro de cumplimiento, conforme con lo dispuesto por el Artículo 1060 Código de Comercio, dado que existe un deber *ex lege* de comunicar hechos que inciden en la estructura y dinámica del riesgo previamente amparado.

Dado que una de las finalidades de la constitución de una garantía única para los contratos estatales a través de compañías aseguradoras o entidades bancarias es precisamente la solidez financiera y técnicas de éstas, constituyéndose en medio eficaz de protección de los intereses públicos y otorgando a los contratantes un instrumento adecuado y efectivo tendiente a asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los contratistas, el Estatuto General de la Contratación Pública estipuló la posibilidad de que los garantes continuarán con la ejecución de las obras.<sup>27</sup>

Según lo mencionamos anteriormente, las entidades públicas deben exigir la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado, tanto al contratista como al garante, adicionalmente, los Artículos 17 y 18 de la Ley 80 de 1993, que consagran la terminación unilateral y la caducidad respectivamente, disponen que en estos eventos los garantes pueden optar por la ejecución del objeto contratado,<sup>28</sup> existiendo la necesidad por supuesto, de celebrar un nuevo contrato estatal con la aseguradora o la entidad bancaria con todos los requisitos propios de un contrato estatal.

Ahora bien, existe duda respecto a la obligación que tendría el asegurador cuando no opta por el pago de la indemnización en dinero de los perjuicios sufridos, si no que acude a la reparación, reposición o reconstrucción de los bienes o servicios asegurados, en este caso, hay quienes creen que dicha obligación se debe limitar al valor asegurado<sup>29</sup> y a las condiciones de cobertura, dado el carácter meramente indemnizatorio que tiene el contrato de seguro, así, el garante tendría el derecho a que se acuda a la regla de la proporcionalidad en virtud de la cual, no pagará la totalidad de los perjuicios sufridos, sino que correrá por su cuenta, únicamente el porcentaje que se encontraba garantizando; así por ejemplo, en un contrato de obra para la pavimentación de una carretera de 100 kilómetros en el cual una aseguradora garantiza su cumplimiento en una cuantía

27 En este sentido, ver Sentencia C-154 de 1996, ya referida, que indica: “Adicionalmente debe tenerse en cuenta que el legislador escogió como garantes de las obligaciones contractuales del contratista con las entidades estatales, a los bancos y compañías de seguros, porque dentro del nuevo diseño de la contratación surge la posibilidad de que dichas entidades puedan exigir “la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado” no sólo a aquél sino al garante, lo cual demanda que éste sea igualmente una persona calificada desde el punto de vista técnico y profesional y, además, de una reconocida solvencia económica para poder asumir el cumplimiento del contrato en sustitución del contratista garantizado”.

28 Colombia. El Artículo 1110 del Código de Comercio dispone que “la indemnización será pagadera en dinero, o mediante la reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada, a opción del asegurador.”

29 Colombia. El Artículo 1079 del Código de Comercio indica que “el asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada”.

equivalente al 20% del valor total del contrato, si el contratista abandona la ejecución del mismo cuando se habían pavimentado tan sólo 60 kilómetros, la garante deberá, en consecuencia, responder por la ejecución de 8 kilómetros, que es el equivalente al 20% de los 40 kilómetros faltantes por pavimentar.

Sin embargo, compartimos más bien la posición que considera que el asegurador cuando opta por pagar su obligación de indemnizar mediante la reparación o reconstrucción, no puede limitar su pago únicamente al valor asegurado, puesto que se encuentra sustituyendo al contratista incumplido en la ejecución del contrato asegurado y en este caso asume una obligación de *hacer*, diferente a la de *dar* una suma de dinero, razón por la cual le corresponde asumir la totalidad de los costos que conlleve la reparación que en ningún caso puede dejar a mitad de camino y sin que necesariamente deba mejorar la posición del contratante o entregar mejores cosas de las que se comprometió el contratista inicial; de manera que los garantes antes de optar por la ejecución del contrato, deberán acudir a serios cálculos que indiquen que dicha alternativa es la menos gravosa para sus intereses.

El profesor Andrés Ordóñez Ordóñez nos trae un claro ejemplo de un laudo arbitral que trató sobre este tema, veamos:

*“... un laudo arbitral, proferido el 10 de junio de 1997 para dirimir el conflicto surgido entre la Empresa de Desarrollo Urbano de Bolívar S.A. y la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A., volvió a dar actualidad a este tema, al obligar a la aseguradora que había decidido asumir la ejecución del contrato garantizado, a llevar adelante la obra y a asumir el total de la responsabilidad derivada del colapso de la misma, sin tener en cuenta el límite de valor asegurado pactado en la póliza”.<sup>30</sup>*

Igualmente dicho tratadista menciona:

*“La realidad es que, al tomar la aseguradora la decisión de pagar mediante la alternativa que se analiza, tiene una carga de diligencia obvia, que es la de calcular con precisión los medios por medio de los cuales va a proceder a reponer, reparar o reconstruir y asume íntegramente los riesgos de esa decisión, porque su objeto no se agota sino con la obtención del resultado”.<sup>31</sup>*

Ratifica todo lo anterior el doctor Hernán Fabio López Blanco, quien a su vez acude a lo mencionado por el maestro Efrén Ossa, así:

30 ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés Eloy, “Lecciones de derecho de seguros Nº 2. Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato”, 1ª Edición, Universidad Externado de Colombia, 2001, página 112.

31 *Ibidem.* página 114.

*“Al respecto me identifico con los argumentos que da el profesor EFRÉN OSSA para concluir que cuando se opta por reparar EL COSTO TOTAL DE LA REPARACIÓN EL QUE ELLA DEMANDE, SIN SUJECIÓN ALGUNA AL VALOR ASEGURADO LO ASUME LA ASEGURADORA, por ser este un riesgo que entraña el optar por esa posibilidad cuando muy bien ha podido hacerlo en dinero.*

*Señala el profesor OSSA, lo siguiente: “Con la elección del pago in natura, la responsabilidad del asegurador eventualmente puede ser más onerosa. No puede este invocar, a nuestro juicio, para limitarla, ni el valor de la cosa asegurada en el momento del siniestro, ni la suma asegurada, ni el infraseguro, ni la depreciación, demérito o vetustez en los seguros ordinarios. Si, en ejercicio de su arbitrio legal, opta por la reposición (pérdida total), reparación o reconstrucción (pérdida parcial), como medios sustitutivos de pago, es porque los considera favorables a sus intereses, porque pretende derivar de ellos una ventaja. Y debe, por lo mismo, asumir los riesgos consiguientes. Ubi emolumentum ibi onus”.<sup>32</sup>*

## 10. DECLARATORIA DEL SINIESTRO

La configuración del siniestro en la garantía única que avala la ejecución de los contratos estatales, es igual a lo que sucede con los seguros de cumplimiento en contratos entre particulares; para ello acudimos al Artículo 1072 del Código de Comercio, que nos indica que el siniestro se presenta cuando se materializa el riesgo asegurado, para el caso, cuando el contratante sufre perjuicios derivados del incumplimiento imputable al contratista en la ejecución de las obligaciones contractuales. Sin embargo, la solución no es tan pacífica cuando llegamos a la forma de *declarar* la ocurrencia del siniestro tratándose de contratos de derecho público; mientras que en los de carácter privado, basta la formulación de una reclamación, de manera judicial o extrajudicial, mediante la cual se demuestre suficientemente la ocurrencia del siniestro y el monto al cual asciende la pérdida, en los contratos estatales se oscurece el panorama y no podemos decir que con la *garantía única* se pueda aplicar igual procedimiento, más bien, la solución es diametralmente distinta y siempre dependiendo de la cobertura que se quiera afectar, según lo veremos más adelante.

En efecto, el gran problema se presenta ante las prerrogativas que tiene la Administración, lo cual es en principio aceptable cuando se trata de las facultades exorbitantes usadas dentro del marco de la legalidad, es decir, ajustadas a estrictas condiciones de ley, dado que es entendible dicha ventaja teniendo en cuenta la relación que existe por el servicio público que se pretende con la ejecución del

32 LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Ob. Cit. Páginas 198 y 199.

contrato y no mirado desde el punto de vista de una supuesta o eventual posición de supremacía de la Entidad Pública.

En consecuencia, la Administración, dentro del término de ejecución del contrato, puede perfectamente acudir a la declaratoria de caducidad<sup>33</sup>, dando por terminado el contrato estatal, siempre y cuando se presente un incumplimiento de parte del contratista que pueda afectar de manera grave la ejecución contractual, dicha decisión deberá ser tomada por medio de Acto Administrativo suficientemente motivado, sin que pueda haber dudas respecto de la convicción de los evidentes e incuestionables hechos u omisiones; este acto deberá notificarse de manera personal a los intervinientes, entre ellos, a la aseguradora, quien deberá asumir las consecuencias económicas del incumplimiento, las cuales se cuantifican con la posterior liquidación del contrato; así las cosas, podrán ejercerse los recursos de ley antes de quedar en firme el acto administrativo y proceder a la liquidación.

### **MEDIOS DE DEFENSA DE LA ASEGURADORA**

Sea lo primero mencionar, que tan pronto la aseguradora se notifique de la declaratoria de caducidad o de una actuación previa a ésta, es conveniente ponerse en contacto con el contratista, quien deberá informar si es cierto el incumplimiento y explicará los hechos que lo originaron, de manera que se pueda estructurar de forma seria y fundada la correspondiente defensa.

Seguidamente, se debe precisar que la caducidad de los contratos estatales es una de las facultades excepcionales y dado que su declaratoria genera graves consecuencias para el contratista, el Estado no puede gozar de plena discrecionalidad, de modo que se hace indispensable que los parámetros legales que se exigen para tomar una decisión en este sentido, sean plenamente acogidos, uno de ellos, la motivación del acto administrativo, en virtud del cual, la Entidad debe justificar plenamente los motivos por los que hace uso de dicha prerrogativa y en consecuencia, cuando la motivación se encuentra imprecisa o no se define de manera clara y concreta, limitándose a mencionar que hubo un mero incumplimiento, en este caso podrá optarse por atacar la validez de dicho acto administrativo.<sup>34</sup>

33 Colombia. Ver, Artículo 18 de la Ley 80 de 1993.

34 Ver BENAVIDES, José Luis, Ob. Cit., Págs. 339 a 343.

Otro de los aspectos a considerar, apunta a la trascendencia del incumplimiento, el cual, debe revestir tal gravedad, que de no tomarse la medida que se impone, el servicio público se vería notablemente perjudicado, máxime, que la declaratoria de caducidad, según el Artículo 18 de la Ley 80 de 1993, es constitutiva del siniestro de incumplimiento y por ende conlleva la efectividad de la cláusula penal si se ha pactado y genera inhabilidad para contratar; así las cosas, cuando la Administración abusa de dicha prerrogativa, causa serios perjuicios al contratista, por los cuales podría verse avocada a responder, además incurre en una nulidad del acto, por falta o abuso de atribuciones que le son propias, dado que la caducidad es una drástica medida que siempre se toma como última opción y dentro de las disposiciones legales.

Igualmente, y aunque la declaratoria de caducidad no comporta una sanción disciplinaria, por tratarse de un procedimiento administrativo, en todo caso, se debe garantizar el derecho fundamental al debido proceso, ante lo cual, la Entidad Pública, debe dar la oportunidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción, sin que para ello baste simplemente, notificar el acto de declaratoria de caducidad permitiendo el ejercicio de la vía gubernativa; dicha garantía constitucional debe ser plena, así, la Administración como directora de la actividad contractual y encargada del control y vigilancia de la ejecución contractual, deberá realizar procedimientos previos que apunten a la corrección de las deficiencias en la ejecución, tales como requerimientos, observaciones, órdenes específicas y en general controles a través de inspecciones y de las interventorías, incluso, deberá agotarse el recurso de la imposición previa de multas, si ellas se encuentran pactadas expresamente, en este sentido, según lo mencionamos en el capítulo sobre conservación del estado del riesgo (8) todas ellas deberán ser comunicadas a la compañía aseguradora, ante lo cual, se podrá ejercer el derecho de defensa y contradicción.

En últimas, siempre que se encuentre claramente una vulneración de los derechos y garantías y cuando la decisión administrativa comporta una clara irregularidad, según lo acabamos de ver, corresponderá a los principales interesados (contratista y aseguradora) hacer uso del recurso de reposición, el cual, si fracasa, dará pie para iniciar la acción judicial, ante los jueces administrativos; incluso, dicho recurso servirá de sustento a la aseguradora para objetar de manera seria y fundada la reclamación que se le comienza a hacer. Dado que una vez en firme el acto administrativo que decreta la caducidad se procederá a la liquidación del

contrato, en donde se determinará la cuantía de los perjuicios sufridos por la Administración, según el incumplimiento previamente decretado.

### **TERMINACIÓN Y LIQUIDACIÓN UNILATERAL**

En cuanto a la posibilidad de terminación unilateral del contrato, por parte de la Entidad Pública, debemos decir, que ella debe ajustarse a los lineamientos y condiciones estipuladas por el Artículo 17 de la Ley 80 de 1993, eso sí, siempre que se encuentre en ejecución el contrato, se trata pues, de una facultad o prerrogativa administrativa, debidamente reglada, la cual se debe cumplir con sujeción al principio de legalidad del acto, podrá ser constitutiva de declaratoria de siniestro; de otro lado, no cabe duda que declarada la terminación, cuando se proceda a la liquidación del contrato, ha de tenerse en cuenta el pago de las prestaciones ejecutadas y útiles a la Administración.

Otra de las facultades extraordinarias y que conllevan a la declaratoria de caducidad, sería la posibilidad que tiene la Administración de liquidar unilateralmente el contrato, en este evento, deberá procederse a realizar el corte de cuentas correspondiente, mediante el sistema de liquidación regulado por la Ley, dicha facultad siempre será subsidiaria, es decir, la Entidad Pública deberá intentar previamente una liquidación de mutuo acuerdo, y ante la falta de interés del contratista o la imposibilidad de un consenso respecto del contenido del acta, se procederá a la liquidación de manera unilateral;<sup>35</sup> esta decisión, también podría constituir declaratoria de siniestro.

En todos estos casos, los medios de defensa de los implicados, serán prácticamente los mismos que frente a la declaratoria de caducidad, en tanto que se trata de prerrogativas extraordinarias, que como tales están debidamente regladas y deberán ser consecuencia de un trámite administrativo, culminando con una declaración de la Administración, que admite el agotamiento de la vía administrativa y susceptible de ser impugnado ante un juez administrativo.

El uso de las otras cláusulas exorbitantes, como la interpretación y modificación unilateral, siempre deberá ser notificado a la compañía aseguradora, dado que puede implicar una modificación o agravación del estado del riesgo, según lo mencionamos anteriormente.

### **DECLARATORIA DE SINIESTRO POR FUERA DE LAS FACULTADES**

<sup>35</sup> Colombia. Ver Artículo 61 de Ley 80 de 1993.

## EXORBITANTES

Diversas y reiteradas sentencias del Consejo de Estado, han llevado a la creación jurisprudencial de ciertas prerrogativas a favor de las Entidades Públicas contratantes, desbordando las facultades de ley y aún por fuera de lo acordado por las partes contratantes; sustentadas principalmente en una descomunal posición de supremacía de la Administración, dada su naturaleza pública, desconociendo la evidente posición de contratante y como tal sujeto de obligaciones conforme con las estipulaciones del contrato, dichas prerrogativas, no se fundan ni siquiera en el eventual perjuicio del servicio público.

De manera que se le ha reconocido a la Administración, la facultad de declarar directamente y de manera unilateral el siniestro, aún por fuera de las cláusulas exorbitantes, fundamentado en el ejercicio de la potestad de *autotutela*, afectando de manera seria y evidente los derechos y garantías constitucionales y legales de los contratistas y por ende de las aseguradoras.

Dicha ventaja otorgada a las Entidades Públicas, se fundamenta en el principio establecido en el numeral 5 del Artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, según el cual, presta mérito ejecutivo la garantía a favor de la Administración, junto con el *acto administrativo que declare la obligación*; encontramos entonces que el Consejo de Estado, en fallo del 20 de agosto de 1997, Magistrado Ponente Carlos Betancur Jaramillo,<sup>36</sup> mencionó:

*“En segundo lugar, contra lo dicho por el demandante, encontramos que el artículo 68 ordinal 5 del Código Contencioso Administrativo, al definir las obligaciones a cargo del estado que prestan mérito ejecutivo incluye como tales las garantías junto al acto administrativo que declara exigible la obligación protegida, indicando con ello que el estado tiene facultad de declarar unilateralmente el siniestro amparado con el seguro para poder integrar el título ya dicho.*

*Si bien la clasificación de la citada disposición bajo el membrete de títulos ejecutivos, no se compadece con la importancia de la misma, que destaca una prerrogativa que tiene la administración, dentro o fuera de los contratos, de hacer exigible las garantías, sean éstas pólizas de seguro o no, declarando la ocurrencia del hecho, que la fianza ampara, tal circunstancia de la codificación no es razón que permitía su desconocimiento o que ignore su trascendencia.*

36 Colombia. Esta hipótesis ha sido ratificada en posteriores sentencias y suficientemente expuesta en Sentencia 13598 del 24 de mayo de 2001, Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Ricardo Hoyos Duque.



*Es ella entonces la que autoriza al estado para, a diferencia de lo que ocurría con los particulares, que debían acudir a acción ordinaria, contra el asegurado, en procura de la declaratoria del siniestro, la administración como tal está y estaba autorizada para ahorrarse tal paso, declarando la existencia de la obligación, mediante acto administrativo” (subrayas fuera del texto).*

Sin embargo, de una sana interpretación del Artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, que menciona las obligaciones a favor del Estado que prestan mérito ejecutivo, encontramos que es el numeral 4 y no el 5 el que se refiere a las garantías que otorgan los contratistas, obviamente dentro de la relación contractual con la Administración y en dicho numeral, en ningún momento se hace alusión a actos administrativos en términos generales que dispongan la facultad de declarar unilateralmente una obligación; el numeral 4, que a pesar de su tática derogatoria<sup>37</sup> nos sirve como ejemplo por vía de analogía y además porque trata particularmente el seguro otorgado por los contratistas, indica, para el caso, cuáles deben ser los actos administrativos que hacen parte del título ejecutivo, pero todos ellos referentes expresamente a las cláusulas exorbitantes legalmente dispuestas, para entender mejor, veamos lo que mencionan dichos numerales:

*“Artículo 68: Prestarán mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara expresa y actualmente exigible, los siguientes documentos:*

*4. Los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de entidades públicas, que integrarán el título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decrete la caducidad, o la terminación según el caso;*

*5. Las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declara la obligación”.*

Tenemos entonces, que la manera de acceder a la vía ejecutiva, se hará conformando el título únicamente con los actos de liquidación, caducidad o terminación, todos ellos referentes a la prerrogativa de liquidación unilateral, caducidad y terminación unilateral, respectivamente. Adicionalmente, el numeral 5 se refiere a las *demás garantías*, excluyendo por supuesto, según una interpretación integral de dicho Artículo, la garantía única que se presta en los contratos estatales.

Este privilegio previa ejecutividad que ostenta la Administración, para declarar unilateralmente el siniestro y darle el carácter de título ejecutivo, junto con

<sup>37</sup> La tática derogatoria, viene de lo indicado en el Artículo 75 de la Ley 80 de 1993, según veremos más adelante.

la póliza, y el contrato, según veremos, genera serias consecuencias, en cuanto al desconocimiento irracional de normas de orden público y en general de los principios que rigen la actividad aseguradora en Colombia;<sup>38</sup> por ejemplo, el que tiene que ver con la demostración del siniestro, dado que según nuestro Código de Comercio, será el beneficiario o asegurado quien deberá probar la ocurrencia y cuantía del siniestro, ante lo cual el asegurador puede presentar objeciones, en tal caso, tendrá el reclamante que acudir ante la jurisdicción para que a través de un proceso ordinario, se declare la existencia del siniestro, correspondiéndole al demandante la carga de la prueba, en este sentido, si el siniestro se da por causas desconocidas y ajenas al contratista, la aseguradora, no tendrá la obligación de responder por los perjuicios causados, dado que el demandante no logró demostrar el siniestro consistente en el incumplimiento imputable al contratista y los perjuicios que se derivaron de ello; sin embargo, tal como lo plantea el Consejo de Estado, una vez se encuentra en firme el acto administrativo que declara la ocurrencia del siniestro, la Entidad Pública (asegurada), acude a un proceso ejecutivo en donde se invierte la mencionada carga probatoria y por consiguiente deberá la aseguradora, probar que el siniestro nunca se presentó y en aquellos casos en los cuales no se logre probar la causa del mismo, es decir, ante una causa desconocida, de todas maneras deberá responder por los perjuicios causados a la Administración.

En todo caso, cuando exista uno de estos actos administrativos que de manera unilateral declaren el siniestro, excluyendo aquellos que se profieren en virtud de las cláusulas exorbitantes, siempre existirá la posibilidad de demandar su nulidad por falta de competencia, dado que las atribuciones que se confieren a los Entes Públicos, son regladas, y por tanto deben estar ajustadas a los términos expresamente consagrados por la Ley, conforme con lo dispuesto por los Artículos 6 y 122 de la Constitución Política.<sup>39</sup>

38 Colombia. El Artículo 13 de la Ley 80 de 1993 establece que los contratos estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en dicha ley.

39 Así también lo consideró el doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez, cuando aclaró su voto en Sentencia 13598 del 24 de mayo de 2001, Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Ricardo Hoyos Duque, aquél consejero mencionó: *“Del texto transcrito se deduce que el Estado en su actividad contractual - pero también en la extracontractual - puede decidir unilateralmente, no solo sobre sus potestades sino también sobre sus derechos, quedándole al contratista particular la carga de impugnar las decisiones administrativas si está inconforme o entiende que lo lesionan. Se construye de esta manera una*

Otro de los principales fundamentos que encontramos, es que en la Ley 80 de 1993, a diferencia del anterior estatuto de contratación, se protege el desarrollo de la autonomía de la voluntad y busca afianzar las relaciones de la Administración con los contratistas en el acuerdo de voluntades, por eso, las cláusulas exorbitantes o prerrogativas públicas, están debidamente reguladas en la Ley para casos específicos y por supuesto, cuando las partes así lo deseen incluir en el contrato.

De otra parte, es importante indicar que según el proyecto de ley que cursa en el Congreso de la República, para reformar la Ley 80 de 1993, seguramente, próximo a sancionarse, se abre el campo para que las Entidades Públicas puedan acudir sin problema alguno a la declaratoria de siniestro en todos los casos, dicho Artículo, al parecer, quedaría de la siguiente manera:

*“El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare”.*

## **11. AMPAROS COMUNES Y OBLIGATORIOS EN LA GARANTÍA ÚNICA Y SU DECLARATORIA DE SINIESTRO:**

El Decreto Reglamentario 679 de 1994 se encargó de regular los aspectos concernientes a las coberturas, cuantías y extensiones de las garantías que deben expedirse para la ejecución de los contratos estatales, sin embargo, como se ha mencionado, las Entidades Públicas tienen la obligación de efectuar estudios previos en los cuales deberán analizar los riesgos específicos para cada contratación y en consecuencia el nivel y extensión de los riesgos que deben ser amparados por el contratista, así las cosas, para este análisis, el servidor público que desarrolle dicha labor, tendrá en cuenta las coberturas que se exigen obliga-

---

*especie de competencia general para la expedición de actos administrativos, cualquiera fuese la esfera de actuación de la administración, con fundamento en el “privilegio de la decisión previa” que adquiere, por este camino una dimensión tal que desvirtúa la institución contractual y desconoce la competencia legal.*

(...) No se puede olvidar que la competencia de los funcionarios - al contrario de lo que ocurre con la capacidad de los particulares que es regla general -, es de carácter excepcional y, por lo mismo, requiere de consagración expresa, como se desprende de los arts. 6 Y 122 de la C.P., de modo que no existe competencia sin consagración legal, pues, en principio en nuestro ordenamiento jurídico están proscritas las competencias implícitas”.

toriamente en cada tipo de contrato, según el decreto referido y adicionalmente podrá exigir el amparo de otros riesgos no obligatorios o aumentar las coberturas, según lo considere necesario para respaldar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones contractuales en razón de la celebración, la ejecución y la liquidación de los contratos estatales.

Para saber los riesgos, coberturas y vigencias necesarias para la contratación estatal y cómo opera la declaratoria de siniestro en cada uno de los amparos, efectuaremos un análisis de cada uno de ellos:

**a. Garantía de seriedad de la oferta:** No hace parte propiamente de la garantía única, por ello no se pueden aplicar las excepciones propias de ésta como son la irrevocabilidad y la imposibilidad de terminación por no pago de la prima, por eso, las entidades públicas comúnmente exigen en sus pliegos de condiciones y especificaciones o términos de referencia la prueba del pago de la prima; tampoco se requiere un acto que apruebe la póliza; una vez hechas las anteriores salvedades, decimos que la garantía de seriedad de la propuesta es una exigencia que se hace a los proponentes para que garanticen la seriedad de sus ofrecimientos; estipulada expresamente en el numeral 19 del Artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

Cabe aclarar que aquellas personas que sin justa causa se abstengan de suscribir un contrato estatal adjudicado, quedarán inhabilitadas en adelante para celebrar contratos con entidades estatales, según el literal e) del Artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

De conformidad con el Artículo 16 del Decreto 679 de 1994, el valor asegurado no podrá ser inferior al 10% del valor de la propuesta o del presupuesto oficial, y será obligatoria en todos los casos en que se haga invitación pública.

En los casos de concesión de espacio de televisión, la garantía ascenderá al 1.5% del valor total del espacio.

Las siguientes coberturas son propias de la garantía única.

**b. Buen manejo y correcta inversión del anticipo:** En atención a lo dispuesto por el párrafo del Artículo 40 de la Ley 80 de 1993, las entidades públicas podrán pactar la entrega de anticipos, siempre que dicho monto no exceda el 50% del valor total del contrato, adicionalmente, el Artículo 7 del Decreto 2170 de 2002, exige que se manejen dichos fondos en una cuenta separada a nombre del contratista y la entidad, y que los rendimientos financieros que se produzcan pertenecerán al tesoro público, requisito obligatorio en aquellos contratos que

superen el 50% de la menor cuantía atendiendo los topes de contratación de la respectiva entidad, acorde con su presupuesto anual.

Aunque el Consejo de Estado ha aceptado que se declare el siniestro por medio de una acto administrativo, en virtud de la facultad de autotutela, considero, dado que no existe norma que indique cómo se declara o que autorice a la Administración, que se debe acudir a lo estipulado por el Código de Comercio, en sus Artículos 1077 y 1080, esto es, presentar una reclamación, la cual deberá responder la aseguradora dentro del mes siguiente, en caso de objetarla, se deberá acudir ante el juez del contrato (administrativo), para que declare la ocurrencia del siniestro, esta se podrá determinar con el acta de liquidación final del contrato, que será el momento en el cual, se logre saber, si los dineros entregados fueron o no utilizados en la ejecución del contrato.

Éste amparo, deberá ser equivalente al ciento por ciento (100%) del monto que el contratista reciba a título de anticipo o pago anticipado para la ejecución del contrato.

**c. Estabilidad de la obra, calidad del bien o servicio suministrado, provisión de repuestos y accesorios, correcto funcionamiento de los equipos:** Todas estas son garantías que deben ser exigidas al contratista y verificadas para la liquidación del contrato, momento en el cual se solicitará la extensión o ampliación de las mismas.

Deberán cubrir cuando menos el lapso en que de acuerdo con el contrato y la legislación civil o comercial, el contratista deba responder por la garantía presunta o por vicios ocultos.

La garantía de estabilidad de la obra no podrá ser inferior a 5 años.

Al igual que el anterior, el Consejo de Estado ha aceptado que se declare por medio de acto administrativo, con el agravante que se permite hacerlo, aún después de terminado el contrato, es lo que sucede por ejemplo, con las fallas en la estabilidad de la obra o deficiencia en los bienes y servicios,<sup>40</sup> que generalmente se presentan luego de terminado y liquidado el contrato, caso en cual, no podrá acudir a la liquidación del contrato para definir la cuantía del siniestro; es por ello

40 BENAVIDES, José Luis, Ob. Cit. Menciona: "A la luz del numeral 4 (del Artículo 68 del Código Contencioso Administrativo), las entidades pueden declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro mediante la liquidación unilateral del contrato, su caducidad o su terminación unilateral. Por el contrario, carecen de dicha potestad frente a otros eventos, como la garantía de estabilidad de la obra o calidad de los servicios, cuyo siniestro ocurre normalmente después de la liquidación del contrato".

que cuando haya concluido la relación contractual, se debe acudir a lo estipulado en los Artículos 1077 y 1080 del Código de Comercio.

**d. Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones:** Al igual que las anteriores, también debe ser exigida al contratista y verificada al momento de la liquidación del contrato; es obligatoria en todos los contratos de prestación de servicios y de obra, siempre que el contratista emplee terceras personas para el cumplimiento de sus obligaciones.

El valor de este amparo será como mínimo el 5% del valor total del contrato y deberá extenderse por el término de vigencia del contrato y 3 años más.

En este evento, la administración tampoco cuenta con la facultad para hacer un pronunciamiento, respecto del siniestro y su cuantía, dado que, corresponderá al juez laboral declarar si el contratista incumplió sus obligaciones laborales y que por ello, la Entidad Pública deba responder solidariamente, caso en el cual sí se configuraría el siniestro.

**e. Cumplimiento:** Por medio de esta cobertura, las entidades estatales se amparan por los eventuales perjuicios que se deriven del incumplimiento imputable al contratista de la ejecución de las obligaciones emanadas del contrato; también incluirá el cumplimiento de las obligaciones de transferencia de conocimientos y de tecnología, cuando en el contrato estatal se hayan previsto tales obligaciones.

En los contratos en los cuales se encuentra estipulada la cláusula excepcional de caducidad y en todo caso en los cuales es obligatorio y por tanto se entiende pactada,<sup>41</sup> el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista que afecte de manera grave la ejecución del contrato y que pueda llevar a su paralización; conllevará la declaratoria de caducidad la cual será constitutiva del siniestro de incumplimiento, es más, el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 señaló: “*La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento*”; en este caso, el contratista quedará inhabilitado para celebrar cualquier contrato con la administración pública, según el literal c) del Artículo 8 de la Ley 80 de 1993. Se configura el siniestro de este amparo, con la declaratoria de caducidad del contrato.

Este amparo, cubre el valor de las multas y cláusulas penales,<sup>42</sup> tanto así que su monto no podrá ser inferior al establecido para la cláusula penal pecuniaria ni al 10% del valor del contrato.

41 Colombia. Ver numeral 2 del Artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

42 ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés Eloy, Ob. Cit. Tomo 2, página 24: “Por el contrario, sanciones de carácter contractual y por lo tanto sustraídas a los caracteres de penales o de policía, podrían ser asegurables por

En este sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado en Sentencia 5253 del 22 de noviembre de 1989, con ponencia del doctor Carlos Betancur Jaramillo, se ha pronunciado de la siguiente manera:

*“Este amparo comprende las multas y el valor de la cláusula penal pecuniaria que se haga efectiva. (...)*

*En suma. El pago de las multas y de la cláusula penal están garantizados con la póliza de cumplimiento, como también lo están las demás obligaciones que resulten a cargo del contratista en el acto de liquidación o en la condena judicial por perjuicios”.*

En cuanto a la facultad que tienen las Entidades Públicas de imponer multas o sanciones, actualmente, el Consejo de Estado considera que la Administración no tiene competencia para ello y por tanto debe acudir al juez administrativo para que las declare, posición que nos sirve incluso de fundamento para atacar la validez de los actos administrativos que por fuera de las cláusulas exorbitantes, declaran la ocurrencia de algún siniestro en la ejecución de un contrato estatal; tal Corporación el 20 de octubre de 2005, con ponencia del Doctor Germán Rodríguez Villamizar, expediente 14579, consideró:

*“Según se observa, ni en ésta, ni en ninguna otra disposición de la misma Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto 222, incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado.*

*No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998 y del 20 de junio de 2002, pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducir las en*

---

no estar incluidas en la prohibición del artículo 1055. Entre estas estarían las multas o la cláusula penal o las arras confirmatorias que suelen pactarse en los contratos estatales o entre particulares; no obstante existen razones para considerar que el aseguramiento a este tipo de sanciones, a menos que se encuentre autorizado expresamente por la ley, sería contradictorio con el carácter indemnizatorio del seguro de daños”.

el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente”. (*Negrilla fuera de texto*).

Finalmente, se puede decir que todas las coberturas de la garantía única deben extenderse hasta la liquidación del contrato que se garantiza, así mismo, que en los contratos de obra y en aquellos en que la administración considere necesario, se exige una garantía adicional que es la de responsabilidad civil frente a terceros derivada de la ejecución del contrato, sin embargo, ello se hace a través de un amparo autónomo contenido en una póliza anexa, diferente de la garantía única.

## **12. MÉRITO EJECUTIVO DE LA GARANTÍA ÚNICA Y COMPETENCIA PARA ADELANTAR PROCESOS EJECUTIVOS**

La Ley 105 de 1927, fue la primera en consagrar el carácter ejecutivo de la póliza de seguro, dicha estipulación, se tomó como sanción para las aseguradoras, ante la falta de objeción seria y fundada de las reclamaciones que se le formulaban; de modo que, en el campo del proceso ejecutivo, corresponderá a la aseguradora-demandada, probar la inexistencia de la obligación, es decir, tendrá la carga de la prueba, contrario a lo que sucede en los procesos ordinarios, en los cuales el asegurado-demandante, corre con dicha carga.

### **TÍTULO EJECUTIVO**

Para el caso de los seguros, incluyendo el de cumplimiento, la póliza se constituye en el documento por excelencia para probar la existencia y condiciones del contrato, siendo importante aclarar que de acuerdo con lo estipulado por las normas del Código de Comercio, la póliza no requiere la suscripción por parte del asegurado y/o tomador, en tanto que la expresión de voluntad, que da cuenta de la bilateralidad de la relación contractual, y que para el caso, consiste en la manifestación de la voluntad hecha por el tomador-contratista, se materializa a través de los documentos accesorios a la póliza.<sup>43</sup>

En este sentido, la póliza será uno de los principales elementos que fundamentan el título ejecutivo en la ejecución de seguros de cumplimiento; sin embargo, dado que se trata de un título complejo, se requiere de otros elementos para que se encuentre debidamente conformado y se proceda a la ejecución, así, la póliza deberá estar acompañada del contrato estatal, dado que en él están

43 Véase, GÓMEZ DUQUE, Carlos Esteban “Mérito ejecutivo de la póliza en el seguro de cumplimiento y competencia para adelantar procesos ejecutivos en el seguro de cumplimiento”, trabajo de grado, para optar por el título de especialista en Responsabilidad Civil y Seguros, Universidad EAFIT, 2007.



contenidas las prestaciones u obligaciones que se garantizan, finalmente, ha de aportarse el acto administrativo que declara la ocurrencia del siniestro o la reclamación efectuada a la aseguradora, sin que de ella se hubiese obtenido respuesta seria y fundada.

El Consejo de Estado, en reiteradas providencias ha consagrado los requisitos necesarios del título ejecutivo, una de esas sentencias, menciona:

*“Entonces, resulta claro en estos eventos que el contrato estatal junto con la póliza única de seguro de cumplimiento y las resoluciones mediante las cuales se declaró el siniestro y se impuso la multa al contratista, conforman el título ejecutivo complejo, pues contienen una obligación clara, expresa y actualmente exigible”.*<sup>44</sup>

## COMPETENCIA

Cómo vimos, el Artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, consagra la facultad de ejecutar coactivamente (jurisdicción coactiva) los contratos, las pólizas de seguro y demás garantías que se presten los contratistas; sin embargo, el Artículo 75 de la Ley 80 de 1993, aplicando el principio según el cual, el juez de la acción, debe ser el mismo de la ejecución, y para evitar que la Administración siguiera siendo juez y parte en estos asuntos,<sup>45</sup> dispuso que:

*“Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa”.*

En virtud de dicha norma, el Consejo de Estado, consideró, que la Ley 80 de 1993, reformó parcialmente el Artículo 68 del C.C.A., derogando tácitamente su numeral 4, en tanto aquella normativa, es de carácter especial, pues regula directamente el Estatuto de Contratación de la Administración Pública, además de ser posterior.

Así pues, según lo establece el Artículo 75 de la Ley 80 de 1993 y considerando que la garantía única es un contrato accesorio al contrato estatal que garantiza, será el juez administrativo el competente para tramitar los procesos ejecutivos y el resto que se originen en virtud de los contratos estatales.

44 Colombia. Sentencia del 11 de diciembre de 2002, radicado 22511, Consejera Ponente María Elena Giraldo Gómez.

45 BENAVIDES, José Luis, Ob. Cit., pág. 313, menciona: “La jurisprudencia indica entonces que aunque la entidad contratante pueda proferir actos contractuales unilaterales no los puede ejecutar de oficio y, al igual que los particulares, ha de acudir al poder judicial para obtener su ejecución, con lo cual ha dejado de ser juez y parte en este aspecto”.

## EXCEPCIONES DENTRO DEL PROCESO EJECUTIVO

Actualmente, el Consejo de Estado considera que dentro del proceso ejecutivo que se adelante en virtud del seguro de cumplimiento, no es posible proponer excepciones diferentes a las consagradas para los procesos ejecutivos en general, según lo dispone el Numeral 2 del Artículo 509 del Código de Procedimiento Civil;<sup>46</sup> sin embargo, anteriormente, esa Corporación, consideraba que con la expedición de la Ley 80 de 1993, efectivamente se podían proponer excepciones diferentes, principalmente aquellas tendientes a debatir la validez del acto administrativo que declara la ocurrencia del siniestro, siempre y cuando ella se presentara dentro de los 4 meses siguientes a su expedición, según lo dispone el Artículo 136 del C.C.A, en cuanto a la caducidad de las acciones, su principal fundamento era que el juez administrativo es el mismo que conoce de la legalidad de dichos actos y de su ejecución; así por ejemplo, en sentencia del 13 de septiembre de 2001, expediente 17952, se mencionó:

*“Es por lo mismo que la jurisdicción ordinaria en los procesos de ejecución no conocía de las excepciones de validez del “acto administrativo o del contrato” del Estado, salvo que tratándose de éste último tuviera la naturaleza jurídica de privado de la Administración y no contuviera cláusula de caducidad. Pero esta división del conocimiento judicial desapareció con el advenimiento de la ley 80 de 1993 porque, por regla general, la jurisdicción de lo contencioso administrativa es juez del acto administrativo y del contrato, estos que a su vez son documentos que integran con otros, el título ejecutivo contractual estatal.*

*Si una persona, pública o privada - natural o jurídica - tiene a su cargo una deuda derivada de un contrato Estatal de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativa, reconocida en un acto administrativo o en un contrato o con otros documentos, si considera que cualquiera de estos actos jurídicos no es válido puede ejercitar, dentro del término de caducidad, la acción ordinaria.*

*Si la misma persona no ha demandado esos actos por la vía ordinaria, y es demandada por vía de ejecución, siempre que no haya caducado figurativamente la acción ordinaria, puede proponer como excepción de mérito de invalidez de esos actos en el proceso de ejecución.*

*Si la misma persona fue demandada ejecutivamente, después de que accionó por la vía ordinaria contra la presunción de validez del acto o contrato, que integran con otros*

46 Colombia. Dicha norma establece: “2. Cuando el título ejecutivo consista en una sentencia o un laudo de condena, o en otra providencia, que conlleve ejecución, sólo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción, o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia; la de nulidad en los casos que contemplan los numerales 7º y 9º del artículo 140, y de la pérdida de la cosa que se debida. En este evento no podrán proponerse excepciones previas ni aún por la vía de reposición”.

*documentos el título de ejecución, puede proponer también en el proceso ejecutivo como excepciones, entre otros, la nulidad del acto administrativo con el cual integra título ejecutivo, y si triunfa en esa proposición de nulidad, la sentencia en firme del ejecutivo que declara la prosperidad de la excepción de nulidad, podrá darla a conocer en el juicio ordinario para que con base en ella se declare probado el hecho exceptivo de cosa juzgada, respecto de la pretensión de nulidad (art. 512 C.P.C).” (Negrillas fuera de texto)*

La posición de dicha Corporación cambió radicalmente luego de la sentencia proferida el 27 de julio de 2005, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio, expediente 23565, en la cual se indicó que para declarar la nulidad de un acto administrativo que servía de fundamento al título ejecutivo, como el que declara el incumplimiento contractual, se debe adelantar un proceso ordinario, dicha jurisprudencia, menciona:

*“La Sala recoge esta tesis, para en cambio señalar mayoritariamente, que dentro de los procesos ejecutivos en los cuales el título de recaudo ejecutivo esté constituido por un acto administrativo, sólo es posible proponer como excepciones, las de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos ocurridos con posterioridad a la expedición del acto administrativo; la de indebida representación de las partes o por falta de notificación en legal forma de personas determinadas, o por falta de emplazamiento en legal forma de las personas indeterminadas que deban ser citadas como partes y la de pérdida de la cosa debida, con la advertencia de que tampoco procede la proposición de excepciones previas, conforme a la modificación que al inciso 2° del artículo 509 del C. P. Civil, introdujo la Ley 794 de 2003.*

*El cambio en el pensamiento de la Sala, se sustenta en las siguientes consideraciones:*

*En el trámite de los procesos ejecutivos ante esta jurisdicción, se aplica el Código de Procedimiento Civil, por remisión en los términos del artículo 267 del C. C. A., ante la falta de normativa sobre el tema en el Código Contencioso Administrativo, además de que la ley 446 de 1.998, al modificar el artículo 87 del C. C. Administrativo, expresamente dispuso en relación con el trámite a seguir para los procesos ejecutivos, que este sería aquel de mayor cuantía regulado en el C. de P. Civil.*

*En materia de excepciones de mérito dentro del proceso ejecutivo, el artículo 509 del C. de P. Civil, establece para cuando el título ejecutivo consista en una sentencia o un laudo de condena, o en otra providencia que conlleve ejecución, que sólo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia; la de nulidad en los casos que contemplan los numerales 7° y 9° del artículo 140, y la de pérdida de la cosa debida.*

*Para cuando el título ejecutivo esté constituido por una sentencia, laudo de condena o providencia que conlleve ejecución, la norma proscribe, dentro de ese proceso, cualquier discusión sobre la legalidad del título, circunscribiendo las alegaciones por la vía de las excepciones, sólo a los sucesos posteriores al nacimiento del título, y a partir de los cuales se pueda concluir que la obligación está satisfecha, se ha extinguido, se ha novado, o ha perdido su exigibilidad.*

*El acto administrativo, una vez en firme, tiene la calidad de providencia que conlleva ejecución; tal carácter le ha sido expresamente atribuido por el legislador, que en el artículo 64 del C. C. A., expresamente dispone:*

*“Carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos. Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados.*

*Mientras que el artículo 66 del mismo código, reitera la noción de que el acto administrativo conlleva ejecución, cuando expresamente establece los casos en los cuales pierden su fuerza ejecutoria, así:*

**“Pérdida de fuerza ejecutoria. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:**

- 1. Por suspensión provisional*
- 2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.*
- 3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.*
- 4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.*
- 5. Cuando pierden su vigencia”.*

*Por fuera de los eventos expresamente señalados en esa norma, el acto administrativo es una providencia que conlleva ejecución, la cual puede lograrse en veces directamente por parte de la administración, como sucede en los términos del artículo 68 *ibidem* para cuando se dispone de jurisdicción coactiva; o de lo contrario, ante la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa, de acuerdo a la atribución de competencia realizada por el legislador.*

*A su vez en los artículos 85 y 87 del C. C. Administrativo, el legislador ha establecido las acciones que permiten la revisión de legalidad del acto administrativo que contiene un título ejecutivo, esto es, la de nulidad y restablecimiento del derecho y la relativa a contro-*

*versias contractuales, ambas tramitadas a través del proceso ordinario tal como lo manda el artículo 206 ídem.*

*También previó el legislador los términos para intentar tales acciones, sin que el mismo supere dos años, como quiera que para la primera señaló uno de cuatro meses contados a partir del día siguiente a la notificación, comunicación, publicación o ejecución del acto, mientras que para la segunda señaló un plazo de dos años, contados desde diferentes momentos, según que se trate de contrato sometido o no a liquidación.*

**Al permitirse el cuestionamiento de legalidad del acto administrativo presentado como recaudo ejecutivo, a través de la proposición de excepciones dentro del proceso ejecutivo, fundadas en hechos sucedidos con anterioridad a la expedición del acto administrativo, se está desconociendo de un lado la naturaleza de providencia que conlleva ejecución que el artículo 64 del C. C. Administrativo, le otorga al acto administrativo, y de otro, se vulnera el debido proceso, como quiera que se surte la revisión de legalidad del acto administrativo ante un juez diferente a aquel establecido por el Legislador para el efecto, esto es ante el juez de la ejecución y no ante el ordinario que fue al que se atribuyó competencia por el Legislador para realizar tal enjuiciamiento, además de que se le da a la revisión de legalidad un trámite diferente al señalado para el efecto por el legislador, y se desconocen los términos que también el legislador previó para la formulación del juicio de legalidad.**

*Igualmente el trámite de excepciones que discutan la legalidad del título de recaudo ejecutivo, desnaturaliza el proceso ejecutivo que sólo busca obtener coercitivamente del deudor, el pago a favor del acreedor, de una obligación sobre cuya claridad, expresión y exigibilidad, no existe duda alguna. El trámite de excepciones en el proceso ejecutivo no permite convertirlo en un proceso ordinario, en el cual se discuta la legalidad del título.*

*Para cuando existen dudas sobre la legalidad del título el legislador previó su cuestionamiento a través del juicio ordinario que corresponde y la suspensión del proceso ejecutivo por prejudicialidad, conforme lo indica el artículo 170 numeral 2° del C. P. Civil, norma que dispone:*

*“El juez decretará la suspensión del proceso:*

*(..)*

*2. Cuando la sentencia que deba dictarse en un proceso, dependa de lo que deba decidirse en otro proceso civil que verse sobre cuestión que no sea precedente resolver en el primero, o de un acto administrativo de alcance particular cuya nulidad esté pendiente del resultado de un proceso contencioso administrativo, salvo lo dispuesto en los Códigos Civil y de Comercio y en cualquier otra ley.*

*No obstante, el proceso ejecutivo no se suspenderá porque exista un proceso ordinario iniciado antes o después de aquel, que verse sobre la validez o la autenticidad del título*

*ejecutivo, si en éste es procedente alegar los mismos hechos como excepción.” (Negrillas por fuera del texto)*

Una vez más, vemos las consecuencias de la facultad de autotutela de la Administración, por fuera de las facultades reconocidas expresamente por la ley, para declarar unilateralmente el incumplimiento contractual y la declaratoria de siniestro; razón por la cual, cuando existan fundamentos para desvirtuar la validez del acto administrativo que sirve de título ejecutivo, además de iniciar la defensa en el proceso ejecutivo, el contratista y/o la aseguradora, deberán iniciar la respectiva demanda de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de los 4 meses siguientes a la ejecutoria del acto administrativo, de manera que sirva para suspender el proceso ejecutivo, por prejudicialidad, conforme lo dispone el Artículo 170 Numeral 2° del Código de Procedimiento Civil.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ACOLDESE – FASECOLDA, *Jurisprudencia de Seguros Tomo II Consejo de Estado 1971 – 2001 Corte Suprema de Justicia 2000 – 2001*, Primera Edición, Bogotá, 2002.

BENAVIDES, José Luis, *El Contrato Estatal. Entre el Derecho público y el Derecho privado*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

DÍAZ-GRANADOS ORTÍZ Juan Manuel, *Los seguros en el nuevo régimen de contratación administrativa*, Segunda Edición. Ed. Rosaristas, Bogotá, 1995.

GALINDO CUBIDES Hernando, *El Seguro de Fianza (Póliza de Cumplimiento)*, artículo publicado en *Seguros, Temas esenciales*, recopilación hecha por la Universidad de la Sabana, Ecoe ediciones Ltda., Bogotá, 2005.

GÓMEZ DUQUE, Carlos Esteban “Mérito ejecutivo de la póliza en el seguro de cumplimiento y competencia para adelantar procesos ejecutivos en el seguro de cumplimiento”, trabajo de grado, para optar por el título de especialista en Responsabilidad Civil y Seguros, Universidad EAFIT, 2007

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Comentarios al contrato de seguro*, 4ª Edición, Dupre Editores, Bogotá, 2004.

ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés Eloy, *Lecciones de derecho de seguros N° 1. Cuestiones generales y caracteres del contrato*, 1ª Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

-----, *Lecciones de derecho de seguros N° 2. Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato*, 1ª Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

-----, *Lecciones de derecho de seguros N° 3. Las obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro*, 1ª Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

VELÁSQUEZ GIL Catalina - VELÁSQUEZ GÓMEZ Iván, *Responsabilidad contractual y extracontractual del Estado*, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín, 2005.

# LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE A LA INMUNIDAD DIPLOMÁTICA

**Alejandro Torres Peña<sup>1</sup>**

## **COTENIDO:**

1. La inmunidad diplomática y sus alcances
2. El derecho diplomático no es apto para reparar a las víctimas
3. Los seguros de responsabilidad civil no son suficientes para reparar el daño
4. El estado colombiano como responsable
5. El hecho del legislador como daño especial que genera responsabilidad
6. Conclusión

## **1. LA INMUNIDAD DIPLOMÁTICA Y SUS ALCANCES**

La inmunidad de jurisdicción es la facultad que se le otorga al agente diplomático extranjero de no ser sujeto de una causa judicial en el Estado en el que se encuentre ejerciendo su labor diplomática; esto es, que no está obligado a intervenir dentro de la actuación de la jurisdicción como demandado y ni aún como testigo. Este principio de Derecho Internacional, aunque de vieja data, ha sido recopilado en la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas, que al respecto ha establecido en su Art. 31 que:

1. El agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor. Gozará también de inmunidad de su jurisdicción civil y administrativa, excepto si se trata:

---

<sup>1</sup> Abogado Universidad Autónoma de Colombia. Docente Derecho Constitucional y Derecho Penal Politécnico Suramericano.



a. De una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que el agente diplomático los posea por cuenta del Estado acreditante para los fines de la Misión.

b. De una acción sucesoria en la que el agente diplomático figure, a título privado y no en nombre del Estado acreditante, como ejecutor testamentario, administrador, heredero o legatario.

c. De una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente diplomático en el Estado receptor, fuera de sus funciones oficiales.

2. El agente diplomático no está obligado a testificar.

3. El agente diplomático no podrá ser objeto de ninguna medida de ejecución salvo en los casos previstos en los incisos a., b. y c. del párrafo 1 de éste Art. y con tal que no sufra menoscabo la inviolabilidad de su persona o de su residencia.

4. La inmunidad de jurisdicción de un agente diplomático en el Estado receptor no le exime de la jurisdicción del Estado acreditante.

La institución de la inmunidad de jurisdicción ha sido adoptada por los Estados como el medio más eficaz de proteger a los agentes diplomáticos y consulares en el país donde cumplen su misión *“de una manera absoluta por cualquier acto realizado o no en el ejercicio de sus funciones”*,<sup>2</sup> ya que, como lo ha expresado la Corte Internacional de Justicia de La Haya, *“la inmunidad de jurisdicción no es un beneficio personal, es decir, un privilegio concedido in tuitu personae, sino que se concede por razones funcionales, es decir, para asegurar el efectivo cumplimiento de sus funciones pour le compte de su propio Estado. Estas funciones son de tal naturaleza que, durante el período en el que ocupe su cargo, no se podrá diferenciar entre sus actos de carácter oficial y los de ámbito privado, por lo que la inmunidad se hará extensiva a ambas”*.<sup>3</sup>

Este tratamiento especial tiene el fin de que los agentes diplomáticos extranjeros no sean estorbados ni violentados dentro del Estado receptor, justificándose este tratamiento en la calidad de representantes de países extranjeros que deben asimilarse a la extensión de su propio Jefe de Estado, entendiéndose por

2 QUEL LÓPEZ, F. Javier. “Los privilegios e inmunidades de los agentes diplomáticos en el derecho internacional y en la práctica española”. Editorial Civitas. Pág. 205

3 Cfr. Arrêt du 14 Février 2002, Affaire relative au mandat d’arrêt du 11 d’avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique), I.C.J. Reports 2002, p. 19, pár. 53.

consiguiente que violentar su inmunidad se puede llegar a considerar “igual que el arresto del soberano mismo”.<sup>4</sup>

Así, en consecuencia, el tratamiento especial otorgado al agente diplomático debe entenderse también como una restricción negativa de parte del Estado receptor, el cual ve limitada su capacidad de administrar justicia cuando la Convención de Viena, al otorgarle al agente diplomático el *jus revocandi dumum*, le prohíbe enjuiciar penal, civil o administrativamente a un miembro de la misión diplomática extranjera.

El Estado colombiano, consciente de la necesidad de respaldar lo hecho por la comunidad internacional en la Convención de Viena de 1961, y estando de acuerdo con lo proclamado en su preámbulo cuando se enuncia que “una Convención Internacional sobre relaciones, privilegios e inmunidades diplomáticos contribuirá al desarrollo de las relaciones amistosas entre las naciones” ha acogido dentro de su ordenamiento jurídico interno el texto de dicha Convención a través de la ley 6ª de 1972, aprobatoria de este tratado internacional, volviéndose por consecuencia la figura de la inmunidad de jurisdicción de los agentes diplomáticos un principio del Derecho Internacional acogido por Colombia, ya que, además de que ha sido practicado internacionalmente desde hace cientos de años y de haberse recogido en una Convención Internacional de la cual el Estado colombiano hace parte al haberla firmado y ratificado a través de la mencionada ley, la Constitución Política de 1991 proclama en su artículo 9º que el Estado colombiano en sus relaciones exteriores se fundamenta “en el reconocimiento de los principios de derecho internacional aceptados por Colombia”.

Por lo tanto se puede llegar a afirmar que la institución de la inmunidad diplomática goza de soporte constitucional haciéndola perfectamente válida dentro del ordenamiento jurídico colombiano, por esto es que el Consejo de Estado ha manifestado que “la inmunidad de jurisdicción es un principio general de derecho internacional que tiene respaldo en el art. 9 de la Carta Política, que se funda en los principios de soberanía e independencia expresado en el aforismo *par in parem non habet imperium*”.<sup>5</sup> La justificación del tratamiento que le da la normatividad colombiana a las distintas clases de inmunidades diplomáticas, derivada del Art. 9º constitucional, se encuentra, según la Corte Constitucional, en “los principios y valores que tales

4 DEÁK, Francis. “Órganos del Estado en sus relaciones exteriores: Inmunidades y privilegios del Estado y sus órganos” en “Manual de Derecho Internacional Público”. Fondo de Cultura Económica. Pág. 387.

5 Colombia. Consejo de Estado., 19, X, 2000, exp.13945; actor: Elvira Luzardo de Parada y otros; demandado: la Nación-Ministerio de Relaciones Exteriores; aclaración de voto del consejero Ricardo Hoyos Duque.

*concesiones procuran, tales como la defensa de la integridad y autonomía de los organismos internacionales, en el ejercicio de las funciones encomendadas por los Estados que, de manera autónoma y soberana, se constituyen en parte de las convenciones que los crean”.*<sup>6</sup>

Todo lo anterior indica que la figura de la inmunidad diplomática, como ventaja para las personas cobijadas con este fuero y como desventaja para el Estado receptor de no poder perseguirlos judicialmente mediante sus propios procedimientos, no solo está justificada en Colombia por medio de la ley 6ª de 1972, sino que la propia Constitución Política le da el rango de principio del Derecho Internacional, tal como lo expresa la ley y la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Tal protección se explica igualmente en la necesidad de proteger la buena salud de las relaciones internacionales con los demás Estados y Organismos Internacionales, protegiendo a sus agentes diplomáticos en su calidad de representantes de Jefes de Estado extranjeros, con todo el honor y el respeto que esto conlleva.

En suma, los alcances que tiene dentro de la legislación internacional y colombiana la figura de la inmunidad diplomática son:

1. El fuero especial que gozan ciertas personas dentro del territorio del Estado, que les permite escapar de la aplicación de la ley penal, civil y administrativa, aunque debe entenderse que la inmunidad no significa dejar de cumplir la ley, solamente se refiere esta figura a los procesos judiciales en los cuales no pueden estar obligados a intervenir los agentes diplomáticos.

2. La consecuente limitación del Estado receptor de aplicar sus procedimientos judiciales en busca de impartir justicia, todo al tener como restricción a su poder soberano de ejercer el derecho de perseguir a los posibles infractores de la ley la adopción como ley de la República (en el caso colombiano) de la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas.

3. La aparente impunidad sobre los casos específicos en que los agentes diplomáticos incurran en responsabilidad civil al causarle daño a personas individualmente consideradas al ejecutar actos que tengan la capacidad de dañar, sin consideración a que estén ligados a su actividad diplomática o no, generando en consecuencia una aparente ausencia de reparación a las víctimas al no poder ser enjuiciadas estas personas en el Estado colombiano en virtud a la inmunidad de jurisdicción de la que gozan.

6 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-137 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

En estos casos se ha visto como han sucedido múltiples situaciones en las cuales agentes diplomáticos extranjeros han causado daños a ciudadanos colombianos a través de hechos que muchas veces ni siquiera están ligados con su labor diplomática en Colombia; los ejemplos más claros están ligados a accidentes de tránsito en los cuales funcionarios amparados con la inmunidad diplomática ocasionan perjuicios materiales y morales a personas colombianas cuando, o bien chocan sus automóviles (algunas veces con cierto grado de imprudencia de por medio) o atropellan con ellos a personas que transitaban por la calle.

El problema para las víctimas surge cuando, al acudir a la jurisdicción nacional con el fin de reclamar la reparación del daño causado por el agente diplomático amparado por la inmunidad de jurisdicción, se encuentran con la limitación de no poder demandarlo, ya que la ley colombiana, avalada por el Art. 9º constitucional, cubre al diplomático sujeto al fuero de la inmunidad de jurisdicción, con la lógica consecuencia de que el agente no tiene por qué responder ante la autoridad judicial nacional y mucho menos reparar el daño que ha causado y que genera responsabilidad civil, porque, como lo explica la jurisprudencia del Consejo de Estado *“La aplicación del texto normativo en el sentido de conferir la inmunidad conduce a un enfrentamiento de derechos reconocidos por el ordenamiento colombiano; de un lado la condición del diplomático que goza de inmunidad para ante los jueces colombianos y de otro lado el derecho que tienen todos los residentes en Colombia para accionar ante sus jueces naturales para que se respeten sus derechos, se les proteja o se les garantice conforme al derecho positivo vigente, y demandar y ser demandados”*.<sup>7</sup>

## **2. EL DERECHO DIPLOMÁTICO NO ES APTO PARA REPARAR A LAS VÍCTIMAS**

Cuando la víctima busca entonces el instrumento legal para hacer efectivo su derecho a ser indemnizado, se encuentra con que el Derecho Diplomático ofrece soluciones poco prácticas y a la larga altamente desaconsejables, todo porque el Art. 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, en lo atinente a la responsabilidad del agente diplomático, solo se limita a establecer que *“La inmunidad de jurisdicción de un agente diplomático en el Estado receptor no le exime de la jurisdicción del Estado acreditante”*. Por consiguiente se puede concluir que el camino que les queda a las personas que han sufrido perjuicios por el actuar

<sup>7</sup> Colombia. Consejo de Estado. 25, VIII, 1998, exp. IJ-001; actor: Vitelvina Rojas Robles; demandado: la Nación-Ministerio de Relaciones Exteriores.

del diplomático amparado con la inmunidad de jurisdicción es el de acudir a los tribunales del país al cual pertenece el agente.

La inconveniencia de este recurso se puede notar claramente, ya que se le estaría imponiendo a las víctimas la pesada carga económica de demandar en el extranjero la reparación del daño sufrido, teniendo la obligación de sufragar gastos de viajes, traducciones y legalizaciones, abogados y costos judiciales, gastos que como es sabido no les garantiza a los demandantes la prosperidad de sus pretensiones, todo porque, además de lo anotado, este medio *“puede presentar dificultades derivadas del derecho interno del Estado acreditante, como podrían ser o la incompetencia de esos tribunales para conocer de la acción o el no reconocimiento en el derecho interno de la figura jurídica en cuestión (...)”*.<sup>8</sup>

Aunado a esto, el Estado al cual pertenece la víctima por sí mismo solo puede intervenir, en los casos en que un agente diplomático extranjero incurra en hechos que generen responsabilidad civil y penal si es el caso, comunicando al Estado acreditante que este agente es persona *non grata*, con lo cual se procederá con el retiro de este funcionario, o llegar al extremo de romper relaciones diplomáticas con el Estado acreditante.

Como se ve, dentro del Derecho Diplomático no se considera a las personas que sufrieron perjuicios por las acciones de los agentes diplomáticos que generaron responsabilidad civil, y mucho menos establece mecanismos de reparación a los daños que se les ha infringido por la actitud de una persona amparada por inmunidad diplomática. Si el único medio del cual pueden echar mano los perjudicados es el de acudir a los jueces del país del diplomático amparado sin que el Estado colombiano pueda coadyuvar en su demanda y someterse a todos los inconvenientes arriba referidos, todavía persiste la ausencia de reparación, ya que la legislación internacional no ha tenido en cuenta el alcance negativo de la figura de la inmunidad diplomática, dejando desamparados a los que fueron víctimas de actos ejecutados por funcionarios amparados y que no responderán ante la jurisdicción nacional.

Esta consecuencia negativa de la inmunidad diplomática, que le da en principio un tratamiento injusto a los que sufrieron daños derivados de un hecho que genera responsabilidad civil, quebranta a todas luces principios establecidos en la Constitución Política, aun sabiendo que la figura de la inmunidad diplomática no es inconstitucional, por estar amparada en el Art. 9º de la Carta. La falta de

8 PÉREZ DE CUELLAR, Javier. “Manual de Derecho Diplomático”. Fondo de Cultura Económica. Pág. 101.

reparación a las víctimas atentaría contra lo establecido en el Art. 2º cuando se enuncia que *“Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades (...)”* y en el Art. 229 cuando se establece que *“Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia”*.

Entonces, cuando en la misma Constitución existe el deber del Estado para con las personas de protegerlas y de garantizarles el acceso a la justicia, es necesaria una solución que llene el vacío normativo de la ausencia de un efectivo resarcimiento de los perjuicios derivados de actos que generan responsabilidad civil cometidos por funcionarios extranjeros amparados por inmunidad diplomática.

Si, por consiguiente, el análisis de esta figura solo tuviera en cuenta este aspecto del ordenamiento jurídico, se estaría acudiendo a un caso de ausencia de reparación y de un perjuicio a las víctimas totalmente injusto y contrario a derecho, ya que se estaría dejando de cumplir lo prescrito por la Constitución Política en su Art. 229, en el cual se garantiza a todas las personas el derecho de acceder a la justicia, entendiendo esto como el derecho a ser reparados por el daño ilícito que sufrieron.

### **3. LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL NO SON SUFICIENTES PARA REPARAR EL DAÑO**

Otra alternativa a la que en principio puede acudir el afectado por la acción de una gente diplomático amparado con inmunidad de jurisdicción es el uso del seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual, que toman las misiones diplomáticas con el fin de proteger sus bienes dentro del Estado receptor. El argumento de hacer efectivo el seguro por parte del afectado para reparar el daño ha sido esgrimido con el fin de librar de responsabilidad al funcionario diplomático que causó el daño, todo porque esa es al fin y al cabo la finalidad del contrato de seguro, aun si haya sido tomado por la misión diplomática o por el particular que se vio involucrado negativamente en el hecho.

Lo que no es de recibo por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado es el argumento de que el acudir al seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual sea un requisito obligatorio para los afectados que quieran ser reparados en su perjuicio, ya que *“esa circunstancia, en condiciones normales, en manera alguna, de conformidad con el régimen jurídico aplicable en materia de seguros, implica que el*

*asegurado frente a tales riesgos, pueda invocar la existencia del contrato de seguro para exonerarse de la responsabilidad que pueda caberle frente a la víctima que experimenta el perjuicio”<sup>9</sup>*

El argumento expuesto por el Consejo de Estado es el que la víctima del perjuicio dentro del contrato de seguro es apenas un tercero que nunca intervino en la suscripción del acuerdo y que no se encuentra sujeta a las estipulaciones y cláusulas del mismo. El amparo de responsabilidad civil es una garantía al patrimonio del tomador y no debe tomarse como un liberador de responsabilidad en la que pueda incurrir el tomador, tal circunstancia no la permite ni siquiera la propia Convención de Viena de 1961.

Lo que sí se permite respecto a los contratos de seguros es la alternativa que tiene la persona que se vio perjudicada de escoger si opta voluntariamente por vincular o no al asegurador para que este le compense el daño sufrido por el hecho del diplomático amparado con inmunidad de jurisdicción.

#### **4. EL ESTADO COLOMBIANO COMO RESPONSABLE**

La única solución que se puede encontrar para equilibrar las cargas generadas por la actitud del agente diplomático amparado con inmunidad de jurisdicción es cambiar el esquema de la responsabilidad civil, en la que se toma como hecho generador del daño la actuación del funcionario extranjero que desplegó una conducta tal que produjo a la víctima un detrimento patrimonial y moral que no tenía el deber jurídico de soportar, el daño que se toma como el cambio negativo en la situación personal de la víctima que deriva en una situación inferior que aquella que tenía antes del hecho del funcionario, y la relación de causalidad que se prueba con la situación que fue ese y solo ese acto del diplomático amparado con inmunidad de jurisdicción el que tuvo la aptitud de causar el menoscabo patrimonial y moral.

Dentro del esquema arriba referido, para que exista una verdadera reparación integral se hace necesario tomar como hecho generador del daño no la actuación del agente diplomático extranjero (todo porque la figura de la inmunidad de jurisdicción le permite eludir a la aplicación del derecho dejando de indemnizar), sino el hecho del Estado colombiano que, dentro de la gestión de sus relaciones internacionales, al firmar y ratificar mediante la Ley 6ª de 1972 la institución de

9 Colombia. Consejo de Estado. 8, IX, 1998, exp. IJ-002; actor: Leonor Judith Fandiño de Tarazona; demandado: la Nación-Ministerio de Relaciones Exteriores.

la inmunidad diplomática contenida en la Convención de Viena de 1961, privó a las víctimas de perseguir al diplomático extranjero con el fin de que repare el perjuicio que causó.

Entonces, es el hecho del Estado al promulgar la ley el que se debe tomar como el generador del daño, ya que, a pesar de que Colombia siempre ha sido consciente de sus obligaciones internacionales respetando el Derecho Internacional, y de que la actividad legal es una atribución soberana del Estado dentro de sus fronteras y que por lógica es una facultad totalmente lícita, la actitud de promulgar la ley 6ª de 1972 tuvo como consecuencia el proteger a ciertas personas dentro del país para que no tengan que acudir ante la jurisdicción privando a los que sufran daño con la actitud irresponsable de diplomáticos extranjeros de ejercer el derecho de acceder a la justicia, contrariando a lo que se estipula en el Art. 229 constitucional.

Esto hace por consecuencia que el Estado colombiano sea responsable por el daño que padecieron las víctimas por hechos de funcionarios amparados con inmunidad diplomática, derivado esto de la titularidad exclusiva que tiene el Estado de gestionar las relaciones internacionales y de promulgar las leyes de la República, actividades totalmente lícitas y necesarias, es un hecho que, al sentir del Consejo de Estado *“aunque derivado de un obrar legítimo, como que la existencia de la inmunidad de jurisdicción y el mantenimiento de relaciones internacionales es una actividad lícita y no contraria a derecho, amén de necesaria para los pueblos civilizados, pero que puede, por contera, generar consecuencias nocivas o dañosas para los habitantes del territorio colombiano que, desde luego, constituirían en sacrificio anormal que ninguna razón de equidad ni de justicia puede avalar, y que los particulares no tienen el deber jurídico de soportar”*.<sup>10</sup>

Ahora bien, siendo el Estado colombiano el único titular de las relaciones internacionales, el ejercicio de esta actividad lo debe hacer con el objetivo de salvaguardar lo más posible sus intereses y los de sus ciudadanos, consecuente con este principio negocia y firma los distintos convenios y tratados internacionales con los demás Estados y con organismos internacionales. Asimismo como se protege en sus relaciones internacionales el interés general de los ciudadanos colombianos, su labor de realizar acuerdos internacionales y de ratificarlos mediante leyes de la República puede llegar a producir perjuicios individuales cuyas consecuencias, según el Consejo de Estado, debe asumir.

10 Colombia. Consejo de Estado. 8, IX, 1998, exp. IJ-002; actor: Leonor Judith Fandiño de Tarazona. Ob. Cit.



Es el Estado entonces el que, por el hecho de colocarle esta traba a los perjudicados por hechos cometidos por personas protegidas por inmunidad diplomática y no dejar que en consecuencia los causantes directos del daño asuman su responsabilidad civil, debe ser el llamado a reparar los daños causados por las personas que protege a través de la ley 6ª de 1972, aprobatoria de la ya referida Convención de Viena de 1961.

## **5. EL HECHO DEL LEGISLADOR COMO DAÑO ESPECIAL QUE GENERA RESPONSABILIDAD**

El Estado, dentro de su poder soberano y con el fin de asegurar la libertad, el orden y la justicia dentro de sus fronteras, posee el derecho exclusivo de promulgar normas jurídicas de obligatorio cumplimiento por parte de sus habitantes; la razón de la estricta observación de las normas jurídicas no es otra que la protección del interés general y el máximo beneficio posible de la colectividad, además de brindar seguridad jurídica a todas las actuaciones de los particulares y del Estado mismo.

Pero dentro del beneficio que se le puede reportar a la ciudadanía en general, la actividad legislativa puede causar perjuicios individuales que sufren ciertas personas o grupos de personas individualmente a raíz de los efectos de la promulgación de una ley en específico, que pueden llegar a afectarles patrimonialmente sin que haya de por medio alguna actividad ilícita por parte de dichas personas. Dentro de estos casos se puede citar como ejemplo las leyes que imponen monopolios a favor del Estado, que privan a ciertos individuos de ejercer las actividades económicas que practicaban antes de producirse la ley.

Sobre estas situaciones la solución era la de proclamar la irresponsabilidad del Estado, con la consecuente ausencia de obligación de reparar los perjuicios sufridos por los afectados por la actividad legislativa, ya que la expedición de leyes se consideraba un acto estrictamente soberano que no podía ser contestado por nadie en absoluto. Pero la figura de la irresponsabilidad del Estado desaparece cuando el Consejo de Estado francés, mediante los casos de "*La Fleurette*" y "*Cacheteux et Desmont*", reconoce que, según el principio de la igualdad ante las cargas públicas, si se sufrió un daño perfectamente reconocible el Estado debía responder al causar un perjuicio particular mediante la expedición de una ley en beneficio general, decidiendo entonces que se trataba de un caso de responsabilidad extracontractual de carácter legislativo.

Por lo tanto, al reconocerse que el Estado debe responder por la expedición de leyes que puedan llegar a causar perjuicios individuales que tienen el poder de romper el equilibrio de las cargas públicas a cargo de los ciudadanos, se puede abrir paso a una efectiva reparación de los daños sufridos por las víctimas de hechos cometidos por funcionarios protegidos con inmunidad diplomática que en principio no tenían una solución efectiva.

El Estado responde, entonces, porque dentro de su ejercicio legítimo de expedir leyes y sin desplegar una conducta ilícita, produce a través de los efectos de la norma que promulga un perjuicio que no encuadra dentro de los daños generales que puede causar, sino que este deterioro que produce se encuentra dentro de la figura denominada *daño especial*, en el cual “*se compromete la responsabilidad patrimonial de la administración pública cuando esta, en ejercicio de sus competencias y obrando dentro del marco de las disposiciones legales, causa con su actuación un perjuicio de naturaleza especial y anormal a un administrado, (...)*”.<sup>11</sup> Pero este daño especial no puede alegarse sino cuando el perjuicio sufrido por la víctima derivado del hecho del legislador sea absolutamente desproporcionado, desigual y que sobre él no exista justificación para que deba soportarlo. La actividad legislativa entonces, a pesar de ser lícita y bien intencionada, causa un daño sobre el cual no tiene el derecho de hacerlo y por consecuencia lógica los ciudadanos no tienen la obligación de soportar.

Por consiguiente el caso de la responsabilidad civil frente a la inmunidad diplomática no se debe analizar desde el punto de vista de un hecho ilícito por parte del Estado al permitirse que en Colombia tenga plena validez esta figura, todo porque, como ya se ha visto, la actividad legislativa es un hecho a todas luces lícito y que el Estado tiene el pleno derecho a ejercer, sumado a esto que, en el caso de la ley 6ª de 1972, el Estado promulgó esta norma en cumplimiento de otro derecho que le compete exclusivamente, cual es el de la gestión de las relaciones internacionales, con el deber de que esta labor debe propender por el bien de la Nación ante el mundo; obedeciendo a esto Colombia acepta dentro de su territorio que exista la figura de la inmunidad diplomática, con el fin de que los agentes diplomáticos extranjeros ejerzan sin presiones su labor, y esperando recíprocamente que nuestros funcionarios reciban el mismo tratamiento en el exterior.

11 TAMAYO JARAMILLO, Javier. “La Responsabilidad del Estado”. Temis. Pág. 5.

El caso que nos compete debe entonces estudiarse desde la perspectiva del daño sufrido por las víctimas ocasionado por el actuar del agente amparado por inmunidad diplomática, para llegar a la conclusión que, si este perjuicio excede a lo que los ciudadanos deben soportar y a lo que el Estado tiene el derecho de causar a través de su actividad legislativa, se debe reparar con el fin de garantizar el principio del equilibrio de las cargas públicas. Al respecto se debe entender que las cargas públicas que se deben soportar en este caso las constituyen los convenios y tratados internacionales firmados y ratificados por Colombia, que le imponen tanto al Estado como a los particulares ciertas obligaciones que se deben observar con el fin de que prevalezca el derecho y la justicia (en este caso el respeto a la figura de la inmunidad diplomática), el asunto es que cuando a raíz de esta carga a soportar se causa un daño de tal naturaleza (el daño especial) y que es tan perjudicial que sería completamente injusto que la víctima deba soportarlo, allí es donde se rompe el principio y se debe responder civilmente para que se equilibren otra vez las cargas públicas, y como el acto generador del perjuicio es el hecho del legislador, el Estado es el llamado a reparar porque, en caso de que subsistiera la irresponsabilidad del Estado, esta situación iría en contra del principio del equilibrio de las cargas públicas.

El Estado igualmente responde porque, al sentir del Consejo de Estado, “no puede soslayarse la circunstancia trascendental, de que la disciplina de las relaciones internacionales debe respetar en todo momento los principios y valores consagrados en la Constitución, los cuales no podrían desconocerse, so pretexto de tales relaciones internacionales”.<sup>12</sup> Si el perjuicio sufrido por la víctima es una carga que no debía soportar, el incumplimiento de los preceptos constitucionales es un agravante de la situación, ya que no se puede dejar de considerar que el cumplimiento de las normas internacionales a las que el Estado colombiano se ha obligado a observar con el fin de preservar el correcto funcionamiento de su política exterior, no está nunca por encima de la Constitución Política, que establece en su Art. 229 el derecho al acceso a la justicia, además que, respecto a la responsabilidad del Estado, enuncia en el Art. 90 que el Estado colombiano está obligado a responder “por los daños antijurídicos que le sean imputables”, independientemente si fue a través de actos lícitos o ilícitos, por esto es que a pesar del carácter legal, necesario y justo de la gestión de las relaciones internacionales, si esto causa daño, deberá responder el Estado colombiano, sin tener en cuenta las intenciones, solo el perjuicio ilícito.

<sup>12</sup> Consejo de Estado. 8, IX, 1998, exp. IJ-002, Ob. Cit.

## CONCLUSIÓN

No debe entenderse entonces que la figura de la inmunidad diplomática deba eliminarse del ordenamiento jurídico colombiano por los abusos que pueden llegar a cometerse por parte de los funcionarios amparados por esta institución del Derecho Diplomático, su existencia es necesaria a fin que los agentes diplomáticos extranjeros puedan representar bien a sus Estados, beneficiando de paso a Colombia en sus relaciones internacionales.

Por tanto la labor del Consejo de Estado ha sido la de llenar el vacío jurídico en el cual no se tenía en cuenta a las personas que sufrían daños antijurídicos derivados de un hecho producido por un funcionario extranjero que goza de inmunidad diplomática, decidiendo en virtud al principio del daño especial que es el Estado, por el hecho del legislador, el que debe responder por darles a ciertas personas la facultad de eludir el poder de la justicia interna, dejando sin una aparente compensación a los que pudieran verse perjudicados por actos cometidos por estos individuos.

Es el Estado colombiano entonces el que se “subroga” el lugar del agente diplomático y repara los daños a los perjudicados, independientemente de la actitud que pueda llegar a tomar hacia el Estado al cual pertenezca el agente diplomático amparado que haya cometido el hecho generador de responsabilidad civil.



# **LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS EN LAS ACCIONES DE INFRACCIÓN A LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL: UNA REVISIÓN CRÍTICA DEL CASO COLOMBIANO FRENTE A LOS RETOS DE LA GLOBALIZACIÓN<sup>1</sup>**

**Luis Felipe Botero Aristizábal<sup>2</sup>**

## **CONTENIDO:**

1. Los derechos de propiedad intelectual
2. Algunas reflexiones preliminares sobre la responsabilidad patrimonial y la lesión a las cosas inmateriales
3. Las normas internacionales sobre indemnización de perjuicios por infracción a los derechos de propiedad intelectual en derecho colombiano
4. La jurisprudencia nacional
5. Nuestras conclusiones frente al futuro. Unas notas finales sobre el TLC

---

1 Por: BOTERO ARISTIZÁBAL, Luis Felipe. Ponencia presentada en el III Congreso Nacional de Propiedad Intelectual y su impacto económico. Universidad Externado de Colombia, octubre de 2006.

2 Docente Universidad del Rosario. Especialista en Derecho administrativo de la misma Universidad. Autor de las obras “Acción Popular y nulidad de actos administrativos” y “Responsabilidad patrimonial del legislador”, publicado por Legis. Miembro del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado

*“Es hoy un truismo decir que el comercio es esencialmente internacional que, como un resultado del sorprendente crecimiento de la industria y la gran multiplicación y desarrollo de los medios de comunicación en las últimas dos o tres generaciones, la unidad del mundo es real; y que ningún país en el mundo moderno puede esperar satisfacer y proteger adecuadamente los intereses de su gente sin asegurar para ellos su protección en los otros países. Esto es más cierto en relación con los múltiples aspectos de la actividad industrial y comercial que se encuentran en la propiedad industrial”.*

Esta sugestiva propuesta, de innegable vigencia, no corresponde al último artículo de la revista de propiedad intelectual. Fue escrita en el año 1930 por el profesor americano Stephen Ladas en su maravilloso libro sobre la protección internacional de la propiedad industrial.<sup>3</sup> Dentro del núcleo de esta cita gravita una consideración sustancial: la protección de los intereses de los ciudadanos de un país sólo es real cuando aquel puede garantizarles sus derechos en todos los lugares en donde su comercio se extienda.

La validez y utilidad de esta reflexión cobra para nuestro país una mayor importancia con su incorporación irreversible en los cauces de la economía globalizada. En el campo de la propiedad intelectual los desafíos son mayores, pues sólo un sistema fuerte de protección de este tipo de propiedad permitirá asegurar los intereses de los colombianos en este nuevo panorama: las ideas son el capital que permitirá desarrollarnos y definirán nuestras verdaderas posibilidades de competir.

Pues bien, un sistema de responsabilidad patrimonial que resulte eficaz para la protección de los derechos de propiedad intelectual es sólo uno de los temas que debe afrontar este desafío pero, sin duda, su ausencia o defectuosa regulación, impedirán que sigamos el curso hacia el desarrollo social y económico.

El presente escrito pretende revisar críticamente si nuestras instituciones de responsabilidad están diseñadas para un sistema de propiedad intelectual inserto en un mercado globalizado. Para tal efecto, se hará un breve repaso de los “derechos de propiedad intelectual” que serán analizados en este ensayo (1), se revisarán las normas internacionales, vigentes en derecho colombiano, sobre indemnización de perjuicios por infracción a estos derechos (2), se presentarán algunos casos de la jurisprudencia nacional (3) y, finalmente, nuestras conclusiones (4).

3 LADAS, Stephen. The International Protection of Industrial Property. Cambridge: Harvard University Press, 1930 p.4. (Traducción libre del autor)

## 1. LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Para nosotros y así parecen validarlo varios instrumentos internacionales,<sup>4</sup> la

Constitución colombiana<sup>5</sup> y la doctrina más autorizada,<sup>6</sup> la expresión “derechos de propiedad intelectual” es comprensiva de los denominados derechos de autor y de los derechos de propiedad industrial, entre otros.

El hilo conector que permitiría agrupar estos derechos en un mismo conjunto es la condición de ser derechos que recaen sobre objetos inmateriales -o incorporales según la terminología de nuestro Código Civil-<sup>7</sup>. Con acertada precisión,

4 En el artículo 2 del Convenio de Estocolmo de 1967, se precisa que la propiedad intelectual comprende: “a las obras literarias, artísticas, científicas; a las interpretaciones de los artistas intérpretes y a las ejecuciones, a los fonogramas y a las emisiones de radiodifusión; a las invenciones en todos los campos de la actividad humana; a las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como a los nombres y denominaciones comerciales; a la protección contra la competencia desleal y todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico.” Por su parte, en el Anexo 1C: Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, del Tratado GATT (ADPIC), bajo la parte II, se señalan las normas relativas a la existencia, alcance y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual, dentro de los cuales se encuentran los derechos de autor y los derechos de propiedad industrial. En el texto definitivo aún no aprobado por el Congreso de Colombia del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos de América y Colombia (versión agosto de 2006), bajo el capítulo dieciséis denominado “derechos de propiedad intelectual” se regulan los derechos de propiedad industrial y los derechos de autor, entre otros.

5 Colombia. Constitución Política, artículo 150: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 24. Regular el régimen de propiedad industrial, patentes y marcas y las otras formas de propiedad intelectual.” (Negrilla fuera de texto)

6 LIPSZYC, Delia. Derechos de autor y derechos conexos. Buenos Aires: Ediciones UNESCO, 1993 p. 12: “El tradicional agrupamiento del derecho de autor con la propiedad industrial en el campo doctrinal y en el de la enseñanza se encuentra bien arraigado. Bajo esa rúbrica común –derechos de propiedad intelectual- se hace referencia a un amplio espectro de derechos de distinta naturaleza.” RENGIFO, Ernesto. Propiedad Intelectual: El moderno derecho de autor. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 24: “(...) la propiedad intelectual es una disciplina normativa que protege las creaciones intelectuales provenientes de un esfuerzo, trabajo o destreza humanos, dignos de reconocimiento jurídico. De tal calidad participan las obras literarias y artísticas, los inventos y los signos distintivos mercantiles. No sin razón ha establecido el artículo 671 del Código Civil “que las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores. Esta especie de propiedad se regirá por leyes especiales.” (...) El intento de unidad bajo un régimen especial de propiedad tanto para las producciones del talento como del ingenio es evidente y éstas ameritan, por tanto, un estudio y análisis conjunto”.

7 Colombia. Código Civil, artículo 653: “Los bienes consisten en cosas corporales o incorporales. (...) Las



BIONDI clasifica dentro de las cosas incorpóreas aquellas que denomina obras del ingenio:

*Toda creación intelectual en cualquier campo (literario, artístico, científico, técnico) es considerada como bien. Tales creaciones son bienes inmateriales, ya que la creación, como idea, puede tener existencia independientemente del medio material que la transmite y la hace perceptible a los demás.*<sup>8</sup>

En igual sentido, el profesor colombiano METKE MÉNDEZ afirma lo siguiente:

*La propiedad industrial pertenece a una categoría de derechos subjetivos más amplia, que la doctrina denomina derechos intelectuales, cuya característica primordial radica en que su objeto está constituido por bienes inmateriales. Se entiende por tales los que no tienen una existencia sensible, sino que consisten en un concepto ideal y son fruto de la creación intelectual. Son ejemplo de este tipo de bienes inmateriales las obras literarias, las obras artísticas, las invenciones industriales, los diseños y los signos distintivos.*<sup>9</sup>

El que estos derechos compartan esta nota esencial de inmaterialidad –sin que ello signifique su asimilación total– justifica metodológicamente su análisis en conjunto desde el punto de vista de la responsabilidad patrimonial, obviamente sustentados también en el tratamiento común que se les viene dando en los diversos instrumentos internacionales, por lo menos, en lo que a acciones por infracciones se refiere.

## 2. ALGUNAS REFLEXIONES PRELIMINARES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y LA LESIÓN A LAS COSAS INMATERIALES

La apertura científica que empieza a dominar el escenario de la responsabilidad patrimonial en este siglo, nos permite reconocer que el paradigma de los sistemas jurídicos afines al derecho continental europeo según el cual, la responsabilidad patrimonial sólo cumple una función indemnizatoria, está siendo ampliamente superado.<sup>10</sup>

---

incorpóreas, las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas”.

8 BIONDI, Biondo. Los bienes. Barcelona: Bosch 1961, p.79. En igual sentido, ALESSANDRI, Arturo. Los bienes y los derechos reales. Santiago: Imprenta Universal 1987 p.10.

9 METKE MÉNDEZ, Ricardo. Lecciones de Propiedad Industrial. Bogotá: Baker & McKenzie 2001, p.20

10 Posiblemente por el influjo de algunas instituciones del derecho anglosajón, en donde ha sido tradicional reconocerle al derecho de daños funciones más allá de la indemnizatoria, como el apaciguamiento, justicia, disuasión, compensación y socialización de las pérdidas (*appeasement, justice, deterrence, compensation and loss spreading*). Ver, MARKESINIS, B.S y DEKIN, S.F. Tort Law. Oxford: Oxford University Press 1999, 36 y ss. También, CODERCH, Pablo Salvador y CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa. Prevenir y Castigar. Madrid: Mariela Pons 1997, p.101. Los autores le asignan a la responsabilidad patrimonial las siguientes funciones:

Cuando se integran los elementos estructurantes de la responsabilidad patrimonial (factor de atribución, nexo causal y daño) se considera que una persona tiene derecho a ser indemnizada. Dentro de esta simple ecuación pueden hallarse razones que justifican la indemnización considerando no sólo el interés de la víctima; así, es común encontrar en las legislaciones más modernas la asignación de diversas funciones a la responsabilidad, distintas de la indemnización, como cuando a ésta se le reconoce una función preventiva v.gr. daño contingente,<sup>11</sup> o disuasiva y sancionatoria v.gr. daños punitivos.<sup>12</sup>

Así mismo, es pacífico sostener hoy en día que la indemnización de perjuicios es sólo uno de los modos de la reparación,<sup>13</sup> no sólo porque se tenga también la alternativa de la satisfacción *in natura* del interés de la víctima, sino porque muchas veces ese interés lesionado sólo resulta reparado mediante la imposición de obligaciones diferentes a la de pagar una suma de dinero v.gr. publicar una información correctiva, decir la verdad, pedir perdón, publicar la sentencia etc.

En todo caso, el *quid* de la responsabilidad en el derecho contemporáneo gravita sobre la idea de la reparación de un perjuicio ocasionado al interés de una persona. Para efectos de la propiedad intelectual, ese interés tutelado recae en un objeto inmaterial que, a su turno, satisface diversas necesidades (intelectuales, comerciales, artísticas, espirituales etc.).

En el ámbito del fenómeno de daños, la reparación de los derechos o intereses que recaen sobre bienes inmateriales parece ser –por obvias razones sensoriales– más compleja que la reparación de daños a bienes materiales. En este último evento, advertir el alcance y efecto del daño o lesión, en principio, se logra con

---

demarcatoria, compensatoria, distributiva, preventiva, satisfactiva. En igual sentido, ALPA, Guido. Nuevo Tratado de Responsabilidad Civil. Lima: Jurista Editores 2006, p.197 y ss.

11 La función del daño contingente es eminentemente preventiva, esto es, se considera que la mejor forma de tutela de un derecho, consiste en evitar que la lesión o daño se materialice. Ello implica un riguroso análisis causal que permita concluir, con certeza, que la no intervención dentro de un determinado fenómeno fatalmente conducirá a que el daño pase de ser contingente a necesario (cierto). Ejemplo de este término se encuentra en la Ley 472 de 1998 que consagra la acción popular para la protección de derechos colectivos.

12 La función del daño punitivo es castigar conductas altamente nocivas para el desarrollo social v.gr. conductas dolosas o gravemente culposas o comportamientos descuidados ante eventos que pueden comprometer la existencia o vida de las personas. Una de sus particularidades es que el daño punitivo no tiene que estar relacionado con el daño material efectivamente sufrido por la víctima, de hecho, puede ocurrir que no se produzca ningún daño material o moral, pero por la gravedad de la conducta del agente de daños se justifique disuadir socialmente para que la conducta reprochada no se repita y, para ello, se castiga severamente a quien lo desplegó.

13 DE CUPIS, Adriano. El Daño. Barcelona: Bosch 1975, p.747

una “inspección” del mismo bien v.gr. el daño a una termoeléctrica por una pieza defectuosa puede ser identificado con un alto grado de precisión con la revisión técnica *in situ* de un especialista.

Con los bienes inmateriales no parece acontecer lo mismo. Constatar el daño con algún grado de precisión e identificación es más complejo. No hay forma de explicar sensorialmente la afectación a una idea.<sup>14</sup> Piénsese, por ejemplo, en qué consiste el daño material sufrido por el autor de una obra que a pesar de estar en el comercio no ha sido adquirida por nadie y que es copiada masivamente por otro, sin su autorización, con el único fin de donarla en distintos circuitos comerciales. No basta una “inspección” sensorial y técnica que nos permita precisar el grado de la lesión al objeto inmaterial. Si a ello añadimos que la participación de un sujeto en el mercado está conectada a un entramado de relaciones económicas variables cuyo desciframiento sólo puede ser obra de un especialista financiero o de mercados, apreciamos al romper la mayor complejidad para identificar exactamente el efecto económico nocivo de la violación.

Huelga anotar desde ya, que el carácter inmaterial del bien sobre el que recae la propiedad intelectual no significa en manera alguna que su reparación se haga únicamente a través de los denominados daños inmateriales (o extrapatrimoniales) como el daño moral. Es evidente que la lesión a un bien inmaterial puede tener repercusiones en el ámbito patrimonial. Así, por ejemplo, en la violación a los derechos morales de autor se ha dicho:

*El daño que puede derivar de la lesión de un derecho moral puede tener carácter patrimonial o moral. Existirá un daño patrimonial en los casos de violación de la paternidad de la obra o de divulgación in consentida, cuando este hecho tenga consecuencias sobre la notoriedad y fama del autor, así como en los casos de alteración o mutilación de la integridad de la obra que supone un perjuicio al honor y a la reputación del autor, cuando tal perjuicio tiene incidencia sobre la vida económica de la obra alterada o sobre las restantes obras de autor, depreciando el valor patrimonial de las mismas (daño patrimonial indirecto). En cambio, existirá un daño moral cuando la lesión de un derecho moral no tenga repercusiones sobre el patrimonio del autor.<sup>15</sup>*

14 Con ello no se quiere decir que los derechos de propiedad intelectual no sean susceptibles de valoración. Se han diseñado varios métodos, entre los más usados están “el de ingresos”, “el de costos” y “el de mercado”. Para una sucinta explicación de estas formas de valoración, Ver: WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. *Secrets of Intellectual Property*. Geneva: International Trade Centre UNCTAD/WTO 2004 p.143.

15 MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual. *El daño moral contractual en la ley de propiedad intelectual*. Madrid: Tecnos 1996 p. 55.

Por tanto, se concluye, la indemnización de perjuicios por la lesión a un derecho de propiedad intelectual comprende tanto los daños materiales (daño emergente y lucro cesante) como los inmateriales (daños morales).

Sin perjuicio de aceptar esta conclusión como cierta, es frecuente encontrar casos en donde la demostración del daño cierto y directo de un derecho de propiedad industrial es imposible o altamente costoso.<sup>16</sup> No son extrañas las decisiones judiciales en las que se acreditan lesiones comprobadas a tales derechos, pero que no acceden a condenar a la reparación de perjuicios pues no fue posible cuantificar o precisar el daño.

En otros casos se presenta el denominado “daño irreparable” (*irreparable injury*),<sup>17</sup> en donde la compensación económica se muestra como insuficiente o inadecuada para garantizar la supervivencia del derecho de propiedad intelectual.

Ahora bien, si la indemnización por infracción a un derecho de propiedad intelectual comprende toda la tipología de daños y, en principio, las reglas de la responsabilidad patrimonial serían las mismas que las del derecho civil, no se justificaría entonces que los especialistas en los temas de propiedad intelectual se ocupen de revisar este tema. Es así como muchos autores consideran que el tema de la indemnización de perjuicios en materia de propiedad intelectual no es verdaderamente importante<sup>18</sup> y ello se constata, entre otras, con las escasísimas aportaciones doctrinales en los sistemas latinoamericanos.

Como se desprende del introito de este escrito, nuestro sentir es completamente diferente. Si bien hoy en día parece no existir suficiente materia prima que permita que estos conflictos se presenten masivamente en nuestro mercado; por mérito de la globalización, habrá una transición entre el típico problema de piratería y de daño anónimo, para dar paso a enfrentamiento entre grandes empresas que pretendan conquistar el mercado andino. Cuando ello ocurra, habrá que recoger la posición de los autores que le restan importancia a la materia de

16 ODDI, Samuel A. Product Simulation: From Tort to Intellectual Property. En: The Trademark Reporter, New York: Official journal of the International Trademark Association, 1998, Vol.88, March-April, 1998 No. 2 p.118: “As property goes, intellectual property is among the most expensive to enforce. (...) the prosecution before the PTO may involve substantial expense, e.g., proof of secondary meaning or an inter parts opposition or cancellation proceedings. Trademark litigation can be quite costly, in particular if expert testimony is introduced and surveys are undertaken e.g. on the issue of genericness or likelihood of confusion”.

17 McCARTHY, J. Thomas. McCarthy on Trademarks and Unfair Competition. West Group, V.4, 2004 p. 30-70: Irreparable significa que la “compensación dineraria no será una adecuada compensación después de la infracción.” (Traducción libre del autor)

18 Algunos lo hacen expresamente, otros simplemente se ocupan del tema tangencialmente. PACHÓN MUÑOZ, Manuel. Manual de Derechos de Autor. Bogotá: Temis 1988 p.139

daños en la propiedad intelectual, para lo cual bastaría dar un repaso al derecho americano y las cuantías indemnizatorias que allí han sido impuestas<sup>19</sup> e igualmente despertará el interés de las aseguradoras que se obliguen a cubrir el riesgo de violaciones a los derechos de propiedad intelectual.<sup>20</sup>

Es en este entorno que deben ser juzgadas las normas que a continuación se comentan.

### **3. Las normas internacionales<sup>21</sup> sobre indemnización de perjuicios por infracción a los derechos de propiedad intelectual en derecho Colombiano**

Si como lo señalamos en párrafos anteriores, nuestro objeto de estudio comporta el análisis conjunto del fenómeno de daños en los derechos de propiedad intelectual, con énfasis en su protección internacional, debemos acudir primero a las normas que tienen como objeto regular las relaciones comerciales internacionales.

En dicho análisis encontramos el Anexo 1C del GATT<sup>22</sup> (acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio), también conocido como ADPIC<sup>23</sup> o TRIPS. Vale la pena recordar que dos importantes principios orientan esta normativa. El primero, la cláusula de trato nacional,

19 PARR, Russell. Intellectual Property Infringement Damages. A Litigation Support Handbook. Somerset: John Wiley & Sons Inc. 1993, p. 7: “Big awards (...) *Polaroid v Eastman Kodak* (\$873.2 million), *Smith v. Hughes* (\$204.8 million), *3M v Johnson & Johnson* (\$107.3 million) (...)” También, AHARONIAN, Gregory. Patent/copyright infringement lawsuits/licensing awards: “Major League Baseball v Fox Television (\$2,500 million), *NCAA Basketball v CBS* (\$1,725 million), *Karlin Technology v Medtronics* (\$1,350 million) (...)” Estos tres casos pueden corresponder a conciliaciones para evitar la decisión judicial. En: <http://www.patentingart.com/economic/awards.htm> (Visitada por última vez el 19 de octubre de 2006)

20 Como análisis introductorio de este problema, puede verse GRAFF, Christopher. Insurance Coverage of Trademark Infringement Claims: The contradiction among the courts, and the ramifications for trademark attorneys. En: *The Trademark Reporter*, New York: Official journal of the International Trademark Association, 1999, Vol.89, November-December, 1999 No. 6 p.939

21 En nuestra exposición, la denominación normas internacionales, salvo se diga lo contrario, se refiere a los tratados internacionales y a las normas del derecho de la integración andina.

22 Declarado exequible mediante sentencia C-137 de 1995.

23 El ADPIC fue incorporado en la legislación colombiana mediante la Ley 170 de 1994, fue ratificado el 31 de marzo de 1995 y empezó a regir en el país el 1 de enero de 2000, por virtud de lo dispuesto en sus numerales 1 y 2 de su artículo 65.

según la cual tanto nacionales como extranjeros deben recibir un mismo tratamiento por parte del Estado. El segundo, el de la nación más favorecida, según el cual un país que crea una ventaja especial a otro, debe hacer lo mismo con todos los demás. En punto a la reparación de perjuicios, entonces, no puede haber tratos discriminatorios entre nacionales y extranjeros y las ventajas concedidas a una Nación o a sus miembros (v.gr. una inmunidad) deben ser extendidas a las demás.

Sobre los derechos de propiedad intelectual, este instrumento internacional incluye unas normas sobre la indemnización de los perjuicios derivados de su infracción:

*Artículo 45: Perjuicios 1. Las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar al infractor que pague al titular del derecho un resarcimiento adecuado para compensar el daño que éste haya sufrido debido a una infracción de su derecho de propiedad intelectual, causada por un infractor que, sabiéndolo o teniendo motivos razonables para saberlo, haya desarrollado una actividad infractora.*

*2. Las autoridades judiciales estarán asimismo facultadas para ordenar al infractor que pague los gastos del titular del derecho, que pueden incluir los honorarios de los abogados que sean procedentes. Cuando así proceda, los Miembros podrán facultar a las autoridades judiciales para que concedan reparación por concepto de beneficios y/o resarcimiento por perjuicios reconocidos previamente, aun cuando el infractor, no sabiéndolo o no teniendo motivos razonables para saberlo, haya desarrollado una actividad infractora.*

*Artículo 48: Indemnización al demandado 1. Las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar a una parte a cuya instancia se hayan adoptado medidas y que haya abusado del procedimiento de observancia que indemnice adecuadamente a la parte a que se haya impuesto indebidamente una obligación o una restricción, por el daño sufrido a causa de tal abuso. Las autoridades judiciales estarán asimismo facultadas para ordenar al demandante que pague los gastos del demandado, que pueden incluir los honorarios de los abogados que sean procedentes. 2. En relación con la administración de cualquier legislación relativa a la protección o a la observancia de los derechos de propiedad intelectual, los Miembros eximirán tanto a las autoridades como a los funcionarios públicos de las responsabilidades que darían lugar a medidas correctoras adecuadas sólo en el caso de actuaciones llevadas a cabo o proyectadas de buena fe para la administración de dicha legislación.*

De estas dos normas se pueden extraer las siguientes conclusiones preliminares:

a. Como parte de la defensa de los derechos de propiedad intelectual ante una infracción, su titular tiene un remedio indemnizatorio. Ese remedio puede ser aplicado indistintamente a los derechos de autor y a los derechos de propiedad industrial.

b. El objeto del resarcimiento es compensar adecuadamente el daño sufrido por la infracción. Dicha compensación incluye los honorarios de abogado y los gastos del proceso.

c. Debe existir una relación de causalidad entre el daño y la infracción al derecho de propiedad intelectual.

d. La infracción del derecho de propiedad intelectual es el factor de atribución que permite trasladar las consecuencias económicas de la lesión al infractor, para que no sean soportadas por el titular del derecho.

e. La infracción del derecho, en principio, supone un juicio de reproche a la conducta del infractor, por tanto, la responsabilidad sería subjetiva. Lo será en su modalidad dolosa cuando el infractor sabe y es consciente de la infracción que comete. Será culposa, cuando tiene motivos razonables para saberlo y, sin embargo, actúa en violación del derecho de propiedad intelectual. Ahora bien, la segunda oración del numeral segundo del art. 45 consagra dos ideas que amplían el espectro de la responsabilidad, pero impuestas facultativamente a los países miembros, (i) la responsabilidad objetiva del infractor que actúa de buena fe y que sin embargo debe reparar el daño y, (ii) la posibilidad de consagrar regímenes de presunción de daño (*pre-established damages*) o que abarquen los beneficios obtenidos por el infractor.<sup>24</sup>

f. Si bien la norma no señala expresamente la carga de la prueba de estos elementos (daño, nexo causal, infracción), en principio, la misma recae en el demandante titular del derecho que se dice infringido.

24 En la página de la OMC, en los comentarios al TRIPS (ADPIC) se explica el tema así: "(...) In appropriate cases, the courts may be authorized to order recovery of profits and/or payment of pre-established damages even where the infringer acted in good faith." En: [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/trips\\_e/intel2b\\_e.htm#civiland](http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/intel2b_e.htm#civiland). Visitada por última vez el 19 de octubre de 2006. El texto en inglés del Anexo 1C parece más claro: "In appropriate cases, Members may authorize the judicial authorities to order recovery of profits and/or payment of pre-established damages even where the infringer did not knowingly, or with reasonable grounds to know, engage in infringing activity".

g. Sobre el artículo 45 y su cumplimiento por los países latinoamericanos se ha dicho que si bien algunas Naciones expresamente contemplan la acción resarcitoria por infracción e incluso contemplan normas sobre la extensión y presunción del daño, la obligación de reparar tiene su fuente originaria en el derecho común bajo el principio de que quien comete un daño, dolosa o culposamente, debe repararlo:

*103. Aunque muchas de las legislaciones sobre derecho de autor y derechos conexos de los países de América Latina que han sido consultadas, prevén la acción resarcitoria (en algunas de ellas indicando los parámetros que deben tomarse en cuenta para el cálculo de los daños o fijando un monto “mínimo” por el cual en cualquier caso debe condenarse al infractor, salvo que se pruebe un daño mayor en el caso concreto), es evidente que la obligación de indemnizar al perjudicado por los daños y perjuicios causados deriva de las normas del derecho común por las cuales quien (sic) intención, imprudencia, negligencia o impericia cause un daño a otro, debe repararlo.*

*104. Así las cosas, no creemos que pueda haber alguna legislación en los países del área que deba considerarse en mora con el ADPIC, por lo que se refiere a la obligación de resarcir por los daños causados con la conducta infractora, aunque sea por aplicación de las normas generales de los códigos civiles en materia de responsabilidad por hecho ilícito.<sup>25</sup>*

Como complemento, el artículo 48 prevé una indemnización a favor del demandado que ha sido víctima de las medidas “abusivas” adoptadas por el titular de un derecho de propiedad intelectual, cuando se demuestra que no ha existido infracción. En otras palabras, no todo fracaso de la acción de infracción conlleva una reparación de los derechos del demandado; ello sólo procederá cuando se demuestren que las medidas fueron abusivas, esto es, que se ejercieron en contra de la finalidad para lo cual se concibieron v.gr. como cuando se solicita una

---

25 ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. El acuerdo sobre los ADPIC y los tratados de la OMPI sobre derecho de autor (TODA/WCT) y sobre interpretación o ejecución y fonogramas (TOIEF/WPPT) (La adaptación de las legislaciones nacionales y la experiencia en los países latinoamericanos). XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho De Autor y Derechos Conexos Para Países De América Latina: “El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital”. Organizado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) conjuntamente con la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) de España y el Ministerio de Industria y Comercio de la República del Paraguay (Asunción, 7 a 11 de noviembre de 2005) En: [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi\\_sgae\\_da\\_asu\\_05/ompi\\_sgae\\_da\\_asu\\_05\\_1.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_sgae_da_asu_05/ompi_sgae_da_asu_05_1.pdf). (Visitada por última vez el 19 de octubre de 2006)



medida cautelar de decomiso para bloquear un producto a sabiendas de que no hay infracción.

Sin ánimo de romper la metodología impuesta, pasamos ahora a revisar otras normas internacionales que se refieren a la materia de la indemnización de perjuicios, distinguiendo las de la propiedad industrial (2.1), de aquellas sobre derechos de autor (2.2).

### 3.1 Las normas específicas sobre propiedad industrial

Respecto de las normas internacionales sobre propiedad industrial que han sido adoptadas por Colombia, no hay ninguna que se refiera al tema de la responsabilidad patrimonial por infracción a estos derechos, salvo la contenida en el Anexo 1C del GATT –citada anteriormente- y la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones. No parece un accidente que ésta última sea la más importante hoy en día sobre la indemnización de perjuicios por infracción a la propiedad industrial.

En la Decisión 486 se pretendió regular de manera comprensiva los derechos de propiedad industrial, así como el tema de la reparación de los perjuicios sufridos por su infracción. Con ello, la normatividad andina evolucionó frente a Decisiones anteriores en donde el tema era prácticamente inexistente.<sup>26</sup> En la Decisión 486 se encuentran las siguientes disposiciones:

En el artículo 172<sup>27</sup> se contempla la autonomía de la acción de daños y perjuicios “conforme a la legislación interna” respecto de la acción de anulación de un

26 La Decisión 344 de 1993 sólo se refirió en su artículo 51 a la acción de “daños y perjuicios” que tiene el titular de la patente “contra quien, sin el consentimiento de dicho titular, hubiere explotado el proceso o producto patentado, cuando dicha explotación se hubiese realizado después de la fecha de publicación de la solicitud de patente.”

27 Decisión 486 de 2000, artículo 172: “La autoridad nacional competente decretará de oficio o a solicitud de cualquier persona y en cualquier momento, la nulidad absoluta de un registro de marca cuando se hubiese concedido en contravención con lo dispuesto en los artículos 134 primer párrafo y 135. La autoridad nacional competente decretará de oficio o a solicitud de cualquier persona, la nulidad relativa de un registro de marca cuando se hubiese concedido en contravención de lo dispuesto en el artículo 136 o cuando éste se hubiera efectuado de mala fe. Esta acción prescribirá a los cinco años contados desde la fecha de concesión del registro impugnado. Las acciones precedentes no afectarán las que pudieran corresponder por daños y perjuicios conforme a la legislación interna. (...)”

registro marcario. El artículo 232<sup>28</sup> se refiere también a la independencia de la acción de daños y perjuicios “conforme al derecho común” por el uso no autorizado de signo distintivo notoriamente conocido.

Por su parte, el artículo 237<sup>29</sup> señala la posibilidad que tiene quien ejerce la acción reivindicatoria de una patente, una marca o un diseño industrial para incluir una pretensión de reparación de perjuicios “si la legislación interna del País miembro lo permite.” A su turno, el artículo 239<sup>30</sup> contempla la acción de reparación que tiene el titular de una patente o modelo de utilidad por el uso no autorizado durante el período comprendido entre la fecha en que adquiera carácter público y pueda ser consultada la solicitud respectiva y la fecha de concesión de la patente. En este artículo 239 se dispuso además lo siguiente:

*El resarcimiento sólo procederá con respecto a la materia cubierta por la patente concedida, y se calculará en función de la explotación efectivamente realizada por el demandado durante el período mencionado.*

28 Decisión 486 de 2000, artículo 232: “La acción contra un uso no autorizado de un signo distintivo notoriamente conocido prescribirá a los cinco años contados desde la fecha en que el titular del signo tuvo conocimiento de tal uso, salvo que éste se hubiese iniciado de mala fe, en cuyo caso no prescribirá la acción. Esta acción no afectará la que pudiera corresponder por daños y perjuicios conforme al derecho común”.

29 Decisión 486 de 2000, artículo 237: “Cuando una patente o un registro de diseño industrial se hubiese solicitado u obtenido por quien no tenía derecho a obtenerlo, o en perjuicio de otra persona que también tuviese tal derecho, la persona afectada podrá reivindicarlo ante la autoridad nacional competente pidiendo que le sea transferida la solicitud en trámite o el derecho concedido, o que se le reconozca como cosolicitante o cotitular del derecho. Cuando un registro de marca se hubiese solicitado u obtenido en perjuicio de otra persona que también tuviese tal derecho, la persona afectada podrá reivindicarlo ante la autoridad nacional competente pidiendo que se le reconozca como cosolicitante o cotitular del derecho. Si la legislación interna del País Miembro lo permite, en la misma acción de reivindicación podrá demandarse la indemnización de daños y perjuicios (...)”

30 Decisión 486 de 2000, artículo 239: “El titular de una patente tendrá derecho a ejercer acción judicial por daños y perjuicios por el uso no autorizado de la invención o del modelo de utilidad durante el período comprendido entre la fecha en que adquiera carácter público y pueda ser consultada la solicitud respectiva y la fecha de concesión de la patente. El resarcimiento sólo procederá con respecto a la materia cubierta por la patente concedida, y se calculará en función de la explotación efectivamente realizada por el demandado durante el período mencionado”.

En nuestra opinión, esta norma constituye un hito para nuestro sistema de responsabilidad patrimonial, enquistado en la tradicional función indemnizatoria. Cuando la reparación puede consistir en la asignación de un daño calculado ya no en función del daño directo, personal y cierto de la víctima, sino en el beneficio obtenido por el infractor-demandado, claramente se está asignando a la responsabilidad una función disuasoria y sancionatoria de la conducta del infractor.

En efecto, el beneficio obtenido por el infractor no es propiamente un daño al patrimonio del titular del derecho de propiedad industrial porque no corresponde ni a un daño emergente ni a un lucro cesante. Si el daño emergente son todas las pérdidas o erogaciones que debe hacer la víctima como consecuencia del hecho ilícito y el lucro cesante es la ganancia o provecho que deja de obtenerse por efecto del hecho ilícito, el beneficio del agente de daños no representa ni un gasto que debe hacer el titular del derecho lesionado ni tampoco una ganancia dejada de obtener, ya que no existe una equivalencia entre el comportamiento económico del infractor con el comportamiento del titular del derecho infringido.<sup>31</sup> Ello ha dado paso a que se sugiera que el pago de los beneficios obtenidos por el infractor al titular del derecho violado corresponde a la teoría del enriquecimiento sin causa.<sup>32</sup>

Pero sin duda alguna, las normas más destacadas sobre indemnización de perjuicios por infracción de los derechos de propiedad industrial se encuentran en los artículos 241 y 243. En el primero, se establece como una facultad del titular de una patente, solicitar “*la indemnización de daños y perjuicios*”.<sup>33</sup> Más adelante, el

31 Supongamos que el infractor (I) vende un bien (X) en el comercio que lesiona el derecho de propiedad intelectual de (Z). Lo normal es que I venda X a un menor precio que Z (para hacer más atractivo al consumidor el bien X, se lo debe ofrecer a un menor precio que el “original”). Así las cosas, la ganancia que obtendría Z sería diferente de la ganancia que obtendría I, no sólo por vender X a un precio diferente sino porque la estructura de costos de Z e I también diferirán por regla general. Estas dos variables, precio de venta de X y estructura de costos de Z e I, a efectos de señalar cuál es la utilidad neta (U), implicará un resultado que podemos representar así: UZ es diferente de la UI. Si ello es así, no puede concluirse que la utilidad que obtendría I, en desarrollo del acto infractor, sería el beneficio que hubiera obtenido Z de no haber existido la violación a su derecho.

32 ODDI, Samuel A. Ob Cit. p. 159: “The second view of awarding the infringer’s profits is that this serves as an equitable remedy to prevent the unjust enrichment of the infringer.” En nuestra opinión, la teoría del enriquecimiento sin causa no podría ser acogida en derecho colombiano, ya que uno de sus requisitos, el enriquecimiento correlativo frente al empobrecimiento de la otra parte, ha sido caracterizado como igualdad cuantitativa lo que, como se explicó, es casi imposible que se presente en el caso de la infracción al derecho de propiedad, esto es, sería un milagro que coincidieran la utilidad del infractor con la pérdida del titular del derecho.

33 Decisión 486 de 2000, artículo 241: “*El demandante o denunciante podrá solicitar a la autoridad nacional competente que se ordenen, entre otras, una o más de las siguientes medidas: (...) b) la indemnización de daños y perjuicios (...)*”

artículo 243 se encarga de relacionar unos criterios no taxativos “*para efectos de calcular la indemnización*” por infracción de un derecho de propiedad industrial. La norma en comento indica lo siguiente:

*Artículo 243.- Para efectos de calcular la indemnización de daños y perjuicios se tomará en cuenta, entre otros, los criterios siguientes:*

*a. el daño emergente y el lucro cesante sufrido por el titular del derecho como consecuencia de la infracción;*

*b. el monto de los beneficios obtenidos por el infractor como resultado de los actos de infracción; o,*

*c. el precio que el infractor habría pagado por concepto de una licencia contractual, teniendo en cuenta el valor comercial del derecho infringido y las licencias contractuales que ya se hubieran concedido.*

De este breve recuento de la Decisión 486 pueden extraerse las siguientes conclusiones preliminares:

(a) En la mayoría de las acciones de “daños y perjuicios” que la Decisión 486 menciona, su regulación se dejó a la legislación interna de cada País Miembro. En otras palabras, la referencia a dicha acción fue simplemente para destacar que tal remedio existe. En este detalle aparentemente menor se encuentra el que puede ser el primer gran defecto de nuestro sistema de tutela a los derechos de propiedad industrial: desconocemos si la legislación de los otros países miembros son lo suficientemente efectivos para proteger los intereses de nuestros compatriotas.

(b) Con tal posición se perdió la oportunidad de crear un verdadero sistema de responsabilidad unificado. Las diferencias de tratamiento pueden resultar en Países altamente deficientes en su sistema de responsabilidad, echando al traste con la eficacia general de las disposiciones andinas en esta materia.

(c) La Decisión andina sólo se ocupó de la reparación de los daños materiales. En efecto, las referencias del artículo 243 sólo mencionan el daño emergente y el lucro cesante, la utilidad obtenida por el infractor y el valor de una licencia, dejando a un lado la mención a los daños morales que en estas materias cumplen un importante papel. Esta omisión –que no significa exclusión del daño moral en este tipo de indemnizaciones– resulta dañina, pues lo propio es que el legislador no sólo se consagre el daño moral para que este se entienda indemnizable sino especialmente, su valoración y los criterios que debe tener el Juez para ponderarlo.

(d) No es suficientemente claro dentro del precepto normativo si los criterios de cuantificación del daño son concurrentes o excluyentes. Sin embargo, consideramos que el mencionado en el literal a) puede concurrir con los señalados en los literales b) o c), pero no tendría sentido que concurrieran los tres. Tampoco resulta lógico pensar que los señalados en los literales b) y c) puedan concurrir, pues se estaría indemnizando dos veces por el mismo daño. En efecto, cuando se reconoce el monto de los beneficios obtenidos por el infractor como resultado de los actos de infracción; debe excluirse el precio que el infractor habría pagado por concepto de una licencia contractual, ya que si asume ésta última debe entenderse que tuvo un derecho temporal a los beneficios obtenidos.<sup>34</sup>

(e) Como en el caso del artículo 239, la reparación puede consistir en la asignación de un daño calculado ya no en función del daño directo, personal y cierto de la víctima, sino en el beneficio obtenido por el infractor-demandado.

(f) Finalmente, se infiere que debe existir una relación de causalidad entre el daño y la infracción al derecho de propiedad industrial.

### 3.2. Las normas sobre derechos de autor

En materia internacional, ni el Tratado Constitutivo de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI,<sup>35</sup> ni la Convención Universal sobre Derechos de Autor<sup>36</sup>, ni el Convenio de Berna,<sup>37</sup> ni la Convención de Roma,<sup>38</sup> ni el Tratado sobre el Registro Internacional de Obras Audiovisuales,<sup>39</sup> ni el Convenio para la Protección de los productores de Fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus Fonogramas,<sup>40</sup> ni el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas,<sup>41</sup> ni el Tratado de la OMPI sobre derecho de autor,<sup>42</sup>

34 Sin que ello signifique legitimar para el pasado o para el futuro la acción del infractor, ni siquiera la concesión de una licencia obligatoria. Ver, BERCOVITZ, Rodrigo (coordinador). Manual de Propiedad Intelectual. Valencia: Tirant Lo Blanch 2001 p.269

35 Aprobado por la Ley 46 de 1979

36 Aprobado por la Ley 48 de 1975

37 Aprobado por la Ley 33 de 1987

38 Aprobado por la Ley 48 de 1975

39 Aprobado por la Ley 26 de 1992

40 Aprobado por la Ley 23 de 1992

41 Aprobado por la Ley 545 de 1999

42 Aprobado por la Ley 565 de 2000. Puede discutirse si su artículo 14 tácitamente se está refiriendo al compromiso que deben cumplir los países que son parte del Tratado a crear un sistema eficaz y disuasivo –que incluiría la reparación de daños- cuando se presentan acciones infractoras. Dice el mencionado artículo: “1)

contienen normas específicas sobre la indemnización de perjuicios por infracción a este tipo de derechos.

Por su parte, en la Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina sobre derechos de autor, sólo se encuentra la siguiente referencia a la reparación de perjuicios:

*Artículo 57.- La autoridad nacional competente, podrá asimismo ordenar lo siguiente: a) El pago al titular del derecho infringido de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho;*

De este precepto se destacan las siguientes conclusiones:

(a) La indemnización de perjuicios por violación del derecho de autor no es obligatoria. Como está la norma, se ha dejado a la autoridad competente de cada País Miembro la facultad o no de ordenar tal medida.

(b) Sólo el titular del derecho de autor es legitimado para obtener la reparación del perjuicio.

(c) La indemnización debe ser adecuada frente al “daño y perjuicio sufridos”

(d) Debe existir una relación de causalidad entre la infracción al derecho de autor y el daño cuya reparación se solicita.

(e) Por exclusión, las legislaciones internas pueden ocuparse de la cuantificación del daño que puede ser reparado

#### **4. La jurisprudencia nacional**

El atraso que vivimos en nuestro sistema de responsabilidad patrimonial tristemente se refleja también en las contadísimas decisiones judiciales sobre el tema de reparación de perjuicios por infracción a los derechos de propiedad intelectual. Ello por supuesto es imputable al sistema mismo, a la debilidad administrativa de nuestra Rama Judicial y no a que estemos frente a un mercado transparente. Todos sabemos que las infracciones pululan pero no las reparaciones.

*Las Partes Contratantes se comprometen a adoptar, de conformidad con sus sistemas jurídicos, las medidas necesarias para asegurar la aplicación del presente Tratado. 2) Las Partes Contratantes se asegurarán de que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos, que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos a que se refiere el presente Tratado, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones”.*

El horizonte no es más prometedor cuando el contenido mismo de las decisiones judiciales no es el más profundo en el análisis de la materia. Veamos algunos casos:

#### 4.1. En derechos de autor

Desafortunadamente los ejemplos que traemos ponen a nuestro Estado como infractor de derechos de autor, lo que ha resultado en condenas por parte de la jurisdicción contencioso administrativa. Los tres casos se refieren a la violación de derechos de autor por parte de la administración postal. En el primero,<sup>43</sup> se condenó a la Administración Postal Nacional, por violar la Ley 23 de 1982 en su artículo 30, en relación con el trabajo ejecutado por los señores Luis Eduardo Cuartas Galvis y Ricardo Aurelio Bernal Morales, por el boceto, diseño y arte de una estampilla, ordenada por ella en el mes de abril de 1983, para la conmemoración de los doscientos años de la fundación del Colegio Compañía de María la Enseñanza. Así fue la condena:

*Confirmase la sentencia de octubre 28 de 1987 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con la sola modificación de que la condena no será la equivalente en pesos a doscientos gramos oro (200) sino de cuatrocientos (400) para cada uno de los demandantes. La certificación de equivalencia la dará el Banco de la República a la ejecutoria del fallo. Se entiende esta condena en concreto.*

La justificación de la reparación del daño moral dada por el Consejo de Estado resulta bien importante y sería deseable que se convirtiera en la guía de las reflexiones sobre la indemnización de este tipo de daños. En la parte motiva de la sentencia dijo lo siguiente como fundamento de la condena por 400 gramos oro:

*La Sala no comparte la condena hecha por el Tribunal, ya que la considera baja. Doscientos gramos oro, en su equivalencia en pesos, no alcanza a ser un adecuado resarcimiento para el daño sufrido. Este puede considerarse restablecido con una condena equivalente a los 400 gramos oro para cada uno. No puede olvidarse que la omisión del nombre del autor en una emisión postal le resta oportunidades futuras a éste, no sólo desde el punto de vista comercial sino de prestigio.*

43 Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del treinta y uno de enero de mil novecientos ochenta y nueve. Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 5284. Indemnizaciones. Actor: Luis Eduardo Cuartas Galvis.

En el segundo,<sup>44</sup> se trató de una emisión postal conmemorativa del centenario del nacimiento de Federico Lleras Acosta en la que se reprodujo, como motivo, parte del retrato pintado por el maestro Sergio Sierra Doval del profesor Lleras Acosta. Se demostró que ni la Administración Postal obtuvo ni solicitó autorización para reproducir dicha obra en las estampillas citadas. En cuanto al daño se indemnizó así:

*Por concepto de perjuicios morales el equivalente a 500 gramos oro; equivalencia que certificará el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de este fallo. Esta condena se entiende en concreto; y por concepto de perjuicios materiales, en abstracto, lo que se liquide en forma incidental (artículo 137 del C. de P.C.) y con sujeción a las pautas dadas en la parte motiva. Incidente que deberá formularse en el término de dos meses, contados a partir de la ejecutoria de este fallo.*

De la anterior decisión ha de rescatarse la reparación concurrente del daño material y al daño moral.

Por su parte, el máximo tribunal de lo contencioso señaló los siguientes criterios para la reparación material (cuya cuantía no pudimos establecer por no tener acceso a la condena en concreto):

*En la futura liquidación deberán tenerse en cuenta, entre otras, las siguientes pautas:*

*a) El valor histórico de la condena por perjuicios materiales no pasará de dos millones de pesos.*

*b) Pericialmente deberá determinarse el monto de los perjuicios que sufrió el maestro Sierra con la utilización, no autorizada de su obra en la emisión de la estampilla.*

*c) El valor histórico que se determine deberá actualizarse con apoyo en los índices de precios al consumidor*

Desconocemos la razón por la cual se adoptó este límite indemnizatorio de dos millones de pesos, pero como idea representa un ejemplo negativo frente a la intención de obtener una reparación integral.

En el tercer caso,<sup>45</sup> similar a los anteriores, se condenó a ADPOSTAL por poner al servicio una emisión postal conmemorativa del centenario del nacimiento de

44 Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de marzo 18) de 1991. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo. Referencia: Expediente No. 3060.-Indemnizaciones.- Actor: Francisco Eladio Gómez (Agente Oficioso De Sergio Sierra Doval).

45 Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Terce-



Porfirio Barba Jacob en la que se reprodujo, sin la autorización del autor, una obra pintada por el señor George Franklin del poeta Porfirio Barba Jacob. La condena por daños fue impuesta así:

*Condénase a la Administración Postal Nacional, Adpostal, a pagar a George J. Franklin, por concepto de los perjuicios que se le ocasionaron, actualizados hasta la fecha, la suma de diecisiete millones seiscientos noventa y un mil trescientos seis pesos (\$17.691.306.00) moneda corriente.*

Esta cifra fue obtenida de la siguiente manera:

*La Sala para efecto de liquidar la condena no valora el dictamen que obra a los folios 76 - 79 del C. 1, ya que sus estimativos resultan muy altos, pues al hacerlos no se tuvo en cuenta, pese a ser de público conocimiento, que las estampillas no se venden el mismo día de su emisión e incluso que por regla general su colocación demanda largo tiempo.*

*Para obtener el quantum de la indemnización, se tendrá en cuenta que el valor del millón de estampillas emitidas fue de \$9.070.000.00 y que de ellos le correspondería al actor el 20%, es decir, \$1.814.000.00.*

*A falta de prueba en contrario, se parte de que las estampillas fueron vendidas en su totalidad entre la fecha de emisión y la de presentación de la demanda y en consecuencia se estima que desde esta última fecha el actor tenía derecho a recibir la suma así liquidada*

Respecto a esta decisión se extraña la condena por perjuicios morales (aunque ello puede ser imputable a la formulación de la demanda) y no se advierte qué motivó la benevolencia en el cálculo del daño material al calcular la reparación sólo a partir de la presentación de la demanda.

## **4.2. En derechos de propiedad industrial**

Resulta una tarea imposible encontrar decisiones judiciales en nuestra jurisdicción civil que se hubiesen referido a la reparación de perjuicios por infracción a los derechos de propiedad industrial. Ello denota, entre otras, que la acción civil de protección de estos derechos no es la más socorrida. En nuestro ordenamiento jurídico, las reparaciones del daño son propias de ser ejercidas dentro de la acción penal.

---

ra. Sentencia de once de marzo de mil novecientos noventa y seis. Consejero Ponente: Doctor Juan De Dios Montes Hernández. Referencia: Expediente Número 8968. Actor: George J. Franklin. Demandado: Administración Postal Nacional.

En el primer caso, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Descongestión<sup>46</sup> condenó a una persona por usurpación de una marca de un medicamento. En cuanto al daño material, el funcionario judicial dijo:

*Aunque en la demanda de parte civil se señala como monto de los daños materiales, la suma de cien millones de pesos, el mismo apoderado, reconoce que no se encuentra determinado el monto y requiere la designación de un perito para avaluar los perjuicios, situación que no aconteció; ahora bien, como quiera que los perjuicios materiales deben probarse (artículo 97 Código Penal), se tendrán en cuenta las facturas obrantes en el proceso de las que se deduce que el procesado vendía el producto XXX a \$19.100 aunque al Hospital Lorencita Villegas de Santos le hacía un descuento, en razón a la cantidad de medicina que le suministraba, dada su condición de proveedor, por lo que se tendrá como valor unitario de cada medicina el señalado en precedencia y, por ende, se tendrán como perjuicios materiales los acreditados dentro del expediente.*

Respecto de los daños morales estos fueron negados porque, en opinión del juez, las personas jurídicas como la afectada es un ente del “*que no se puede afirmar que sufrió deterioro anímico, síquico o emocional a causa de la infracción penal*”.

En otro asunto reciente de usurpación de marcas, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal,<sup>47</sup> revocó la condena en perjuicios otorgada por el juez de primera instancia, porque no se demostró la existencia de perjuicios morales y materiales a pesar de estar acreditada la infracción:

*En este particular asunto, teniendo en cuenta que ni los perjuicios materiales ni los morales fueron demostrados, improcedente resulta una condena en tal sentido y menos aún en las condiciones en que la impuso el funcionario a quo esto es “... indemnización de perjuicios de toda índole...”, pues como se viene advirtiendo, debe hacerse precisión de cada uno de los elementos que configuran el perjuicio, esto es, material, moral, objetivado, subjetivado etc.*

En un caso similar, el mismo Tribunal<sup>48</sup> volvió a adoptar la medida absolutoria de los daños causados a la víctima de una usurpación marcaria comprobada:

*La Sala se abstendrá de condenar en perjuicios a XX porque los mismos no fueron demostrados a pesar que hayan sido tasados en veinte millones de pesos por la parte civil.*

De las anteriores providencias se concluye el celo con que se juzga la reparación de perjuicios en la jurisdicción penal. A pesar de existir una condena penal y

46 Colombia. Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Descongestión. Sentencia del 18 de agosto de 2006

47 Colombia. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, sentencia del 9 de agosto de 2006. Radicación: 11001 31 04039 2002 00485 01. Magistrado Ponente: Javier Armando Fletscher

48 Colombia. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, sentencia del 11 de enero de 2006. Radicación: 110013104052200100290 01. Magistrado Ponente: Martha Lucía Tamayo.

una parte civil que reclamaba una reparación, ésta no fue concedida. Con el nuevo sistema penal tal tipo de decisiones serán más comunes ya que el juez penal no podría decretar pruebas de oficio para cuantificar el perjuicio.<sup>49</sup>

## 5. Nuestras conclusiones frente al futuro. Unas notas finales sobre el TLC

### 5.1 El futuro

Es un verdadero contraste comparar las normas internacionales sobre reparación de perjuicios por la infracción de derechos de propiedad intelectual y el comportamiento jurisprudencial y legislativo<sup>50</sup> colombiano frente al tema.

Parecería que nuestro ordenamiento jurídico, al que no puede calificársele de sistema, por la dispersión e inconsistencia normativa sobre la materia de la propiedad intelectual, no está preparado para los retos propios de la globalización.

Existen serias deficiencias en cuanto a las funciones que la responsabilidad patrimonial podría cumplir en nuestro sistema de protección de los derechos de propiedad intelectual, particularmente en la denominada función disuasiva y sancionatoria que, como lo muestran los instrumentos internacionales citados, han demostrado ser una de las formas más socorridas para tutelar este tipo de derechos.

Igualmente, las diversas formas de reparación por violación a estos derechos que se encuentran en otros sistemas y que han probado su eficacia,<sup>51</sup> no han sido

49 Colombia. Ley 906 de 2004, capítulo IV.

50 En el ordenamiento interno, se encuentran tímidas referencias. Así, en la Ley 44 de 1993 se señaló: “Artículo 57.- Para la tasación de los perjuicios materiales causados por el hecho, se tendrá en cuenta: 1. El valor comercial de los ejemplares producidos o reproducidos sin autorización. 2. El valor que hubiere percibido el titular del derecho de haber autorizado su explotación 3. El lapso durante el cual se efectuó la explotación ilícita”.

51 En el derecho americano, como lo explica McCARTHY, se reconocen las siguientes formas de cuantificación del perjuicio –en casos de infracción marcaria y competencia desleal-: “(1) An award to plaintiff measured by defendant’s profits, either as a way of measuring plaintiff’s loss or under an unjust enrichment theory; (2) An award to plaintiff measured by its actual business damages and losses caused by the wrong; (3) An award to the plaintiff measured by its own loss of profits caused by the wrong; (4) An award to plaintiff of punitive damages in addition to actual damages, for the purposes of punishing defendant; and (5) An award to plaintiff of reasonable attorney’s fees incurred in prosecution (...) In a given case, a court may award one or more, or none, of the five types of recovery to the plaintiff.” (McCARTHY, J. Thomas. Ob. Cit. p.30-84.2)

acogidas en Colombia. En principio, no existe todavía en nuestro derecho normas generales sobre el daño punitivo.<sup>52</sup>

El daño preestablecido<sup>53</sup> y, más grave aún, el reconocimiento de los daños morales está sometido al vaivén del diverso tratamiento que tiene el tema en la jurisdicción ordinaria y en la jurisdicción contencioso administrativa.

Por supuesto que incluir una normativa que aclare estos temas no garantiza absolutamente nada sino se moderniza y agiliza nuestro procedimiento civil. De hecho, el sistema de responsabilidad patrimonial sería inconsistente –como lo es hoy en día- si estos tipos de protección “especial” sólo fueran aplicables para

52 Colombia. Lo que, en principio, no tendría ninguna objeción constitucional. Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa): “[el legislador] al definir el alcance de la ‘reparación integral’ puede determinar cuáles daños deben ser tenidos en cuenta, y en esa medida incluir como parte de la reparación integral los daños materiales directos, el lucro cesante, las oportunidades perdidas, así como los perjuicios morales, tales como el dolor o el miedo sufridos por las víctimas, los perjuicios estéticos o los daños a la reputación de las personas, o también los llamados **daños punitivos**, dentro de límites razonables. Puede también el legislador fijar reglas especiales para su cuantificación y criterios para reducir los riesgos de arbitrariedad del juez. Estos criterios pueden ser de diverso tipo. Por ejemplo, pueden consistir en parámetros que orienten al juez, en límites variables para ciertos perjuicios en razón a lo probado dentro del proceso para otra clase de perjuicios, o en topes fijos razonables y proporcionados.” (Negrilla fuera de texto)

53 La Coalición Anti-Piratería recomendó a la Unión Europea –y así fue acogido- para ajustar su normatividad al ADPIC, la consagración de las normas sobre daños preestablecidos: “**Article 17** –. To fulfill its obligations under the WTO TRIPs Agreement, the EU must implement civil remedies that deter and prevent piracy. As drafted by the Commission, Article 17 – which includes actual and multiple damages (already available in some Member States) – is an important first step in this regard. We encourage the Council to build upon Article 17 rather than to weaken it. First, consistent with EP amendment 38 and with the norm EU-wide, it is necessary to delete “the knowledge requirement” for actual damages in Article 17 (1) of the Italian Presidency working document. Right holders should further have the ability to recover all profits from the infringements; infringers should not benefit from their misdeeds. Finally, we support the EP amendments introducing pre-established damages. Pre-established damages, which are contemplated under TRIPs and which exist in some non-EU countries, permit the judge to assess the loss to an injured right holder on broad, equitable principles, based on a monetary range between a reasonable minimum and a reasonable maximum, set by each Member State in accordance with its national conditions. This ensures that right holders have a remedy even where their losses are difficult or impossible to quantify. Pre-established damages also reduce costs for all parties, by allowing the judge to assess a fair award of compensation by a quick, nontechnical procedure. In this regard, pre-established damages are an especially important measure for SMEs.” En:[http://www.gesac.org/eng/positions/download/Anti-PiracyCoalitionPaper-12january04\\_FINAL.pdf](http://www.gesac.org/eng/positions/download/Anti-PiracyCoalitionPaper-12january04_FINAL.pdf). (Visitada por última vez el 23 de octubre de 2006)

tutelar los derechos de propiedad intelectual que, si bien son importantes, no lo son más que la vida, la integridad y el honor de las personas, en donde este tipo de remedios son aún inaccesibles.

Debe cuestionarse también que la reparación de perjuicios tenga un tratamiento disímil dependiendo de la jurisdicción que afronte el problema. Como vimos, en la jurisdicción penal el juez estaría impedido de cuantificar el perjuicio mediante pruebas oficiosas, mientras que en la civil sería una obligación decretarlas.<sup>54</sup>

Hemos de concluir también que un sistema fuerte de responsabilidad patrimonial puede prestarse para abusos por parte de los titulares de derechos de propiedad intelectual<sup>55</sup> y, por lo tanto, deben adoptarse medidas –como en el ADPIC– para sancionar evitar tales comportamientos.

## 5. 2. EL TLC

Para Colombia, los retos de la internacionalización de la economía serán mayores de aprobarse el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América. En el capítulo de propiedad intelectual se “crea” todo un sistema novedoso y extraño para nuestra tradición jurídica de protección para los derechos de propiedad intelectual, del cual podemos destacar lo siguiente:

1. En el numeral 7 de la sección 16.11 del Capítulo 16 se consagra el que debe ser el marco indemnizatorio por infracción de un derecho de propiedad intelectual. En este artículo, en línea con el ADPIC y particularmente con la normativa americana de protección de los derechos marcarios y de propiedad intelectual, se consagra como daño indemnizable los beneficios obtenidos por el infractor:

*(a) en los procedimientos judiciales civiles, las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar al infractor que le pague al titular del derecho:(i) una indemnización adecuada para compensar al titular del derecho por los daños sufridos como resultado de la infracción; y (ii) por lo menos en el caso de infracciones al derecho del autor o derechos conexos, y en el caso de falsificación de marcas, las ganancias obtenidas por el infractor imputables a la infracción y que no fueran tomadas en cuenta al calcular el monto de la*

54 Colombia. Código de Procedimiento Civil, artículo 307: “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”. Por su parte, el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) señala: “Artículo 361. Prohibición de pruebas de oficio. En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio.”

55 CORREA, Carlos. Acuerdo TRIPs. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina 1996 p. 199.

*indemnización a que se refiere la cláusula (i);(b) al determinar el monto de la indemnización por una infracción a los derechos de propiedad intelectual, las autoridades judiciales considerarán, inter alia, el valor del bien o servicio infringido, de acuerdo con el precio al detalle sugerido u otra medida de valor legítima presentada por el titular del derecho.*

2. Se obliga a las partes a tener un sistema de daños preestablecidos en la legislación, que faciliten la reparación del perjuicio sufrido por la lesión a un derecho marcario y a los derechos de propiedad intelectual. Se reitera que este sistema debe tener una función que disuada a los infractores, por lo que un daño preestablecido en función de una suma fija o que resulte inferior a los beneficios obtenidos por el infractor no debería ser admisible:

*8. En los procedimientos judiciales civiles, cada Parte, al menos con respecto a la infracción a los derechos de autor y derechos conexos, y falsificación de marcas, establecerá o mantendrá indemnizaciones preestablecidas, las cuales deberán estar disponibles a elección del titular del derecho como una alternativa a la indemnización basada en los daños reales. Dichas indemnizaciones preestablecidas estarán previstas por la legislación interna y determinadas por las autoridades judiciales, tomando en cuenta los objetivos del sistema de propiedad intelectual, en una cantidad suficiente para compensar al titular del derecho por el daño causado por la infracción y que se constituyan en disuasorios frente a futuras infracciones.*

3. Los costos de abogado son parte del daño que debe ser indemnizado, hipótesis que debería aplicarse en todo proceso judicial, más allá de las costas judiciales y de las agencias en derecho:

*9. Cada parte dispondrá que sus autoridades judiciales, salvo en circunstancias excepcionales, estarán facultadas para ordenar, a la conclusión del proceso judicial civil respecto a infracciones a los derechos de autor o derechos conexos e infracción de marcas, que la parte perdedora le pague a la parte ganadora las costas procesales y los honorarios razonables de los abogados.*

4. Se consagra a favor de la víctima el derecho alternativo de reparación por el daño efectivamente probado o por el tasado en la ley. La idea que orienta este sistema es no sólo reparar integralmente el perjuicio sufrido, sino reprimir y, por tanto, disuadir a que se cometan actos de infracción:

*15. Cada Parte dispondrá recursos civiles para los actos descritos en los Artículos 16.7.4 y 16.7.5. Los recursos civiles disponibles deberán incluir, al menos: (a) medidas provisionales, incluyendo el decomiso de dispositivos y productos supuestamente involucrados en una actividad prohibida; (b) la oportunidad para el titular del derecho de poder elegir entre la indemnización basada en daños reales (más cualquier ganancia imputable a la actividad prohibida que no se tomó en cuenta al calcular dicha indemnización) o indemnizaciones*

*preestablecidas como dispuesto en el párrafo 8; (c) el pago de las costas y gastos procesales y honorarios razonables de abogados por la parte involucrada en la conducta prohibida al titular de derecho que resulte vencedor a la conclusión de los procedimientos judiciales civiles; y (d) la destrucción de dispositivos y productos que se ha determinado que están involucrados en la actividad prohibida, a la discreción de las autoridades judiciales, según lo establecido en los subpárrafos (a) y (b) del párrafo 11.*

Así las cosas, es necesario que reaccionemos pronto legislativa y judicialmente para que tengamos un sistema de daños coherente y que, además, resulte efectivo en contra de los violadores a los derechos de propiedad intelectual, con miras a crear una cultura de capitalización de las ideas del cual podamos derivar una riqueza hasta ahora totalmente inexplorada.

# Responsabilidad Civil y del Estado

No. 22  
Octubre  
de 2007

• LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL

*Paulina González Vergara  
Hugo A. Cárdenas Villarreal*

• LA PROHIBICIÓN DE OPCIÓN ENTRE  
RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y  
EXTRA CONTRACTUAL EN  
EL CASO CÁRDENAS LALINDE

*Obdulio Velásquez Posada*

• REFLEXIONES PROCESALES SOBRE  
LA ACCIÓN DIRECTA EN EL SEGURO  
DE RESPONSABILIDAD CIVIL

*María Cecilia Mesa Calle*

• OBJECIONES PLANTEADAS A LA APLICACIÓN  
DE LA FIGURA DEL DAÑO PUNITIVO O SANCIÓN  
CIVIL EN EL DERECHO COLOMBIANO

*Jesús Alberto Buitrago Duque*

• LA TUTELA DEL CONSUMIDOR Y  
EL MERCADO FINANCIERO EN EL PERÚ:  
A PROPÓSITO DE LAS RECIENTES  
PROPUESTAS LEGISLATIVAS

*Olenka Woolcott*



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





# LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL<sup>1</sup>

**Paulina González Vergara<sup>2</sup> &  
Hugo A. Cárdenas Villarreal<sup>3</sup>**

*En esta ponencia se postula la necesidad de prueba del daño moral,  
como una exigencia ineludible de principios procesales y sustantivos fundamentales.  
Se desarrollan los aspectos principales  
de los que se cree ha de ser una teoría funcional de la prueba del daño moral.*

## **CONTENIDO:**

La exigencia probatoria: ¿debe probarse el daño moral?

Teoría de la prueba del daño moral: un intento de sistematización

Conclusiones

Bibliografía

Sin desmerecer el hecho de que la literatura jurídica nacional empieza a ser extensa en relación al problema del daño moral, en lo que atañe específicamente a su prueba, los estudios son escasos y por lo general,

carentes del tratamiento sistemático que el problema amerita.<sup>4</sup> Por ello, y atendiendo a que el problema de la prueba del daño moral ha sido identificado

1 El presente trabajo corresponde a la versión escrita de la ponencia presentada en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Olmué, 2006) por los profesores Paulina González Vergara (Profesora de Argumentación Jurídica. Universidad Católica del Norte, Chile. Becaria MECESUP) y Hugo A. Cárdenas Villarreal (Profesor de Responsabilidad Civil. Universidad Andrés Bello, Chile).

2 Profesora de Argumentación Jurídica. Universidad Católica del Norte, Chile.

3 Profesor de Responsabilidad Civil. Universidad Andrés Bello, Chile.

4 Si bien la gran mayoría de las obras nacionales que tratan la responsabilidad civil, se refieren a la prueba del daño, y dentro de éste a la prueba del daño moral, más allá de unos pocos comentarios de sentencias, no existen estudios específicos sobre esta materia. Aunque en el derecho comparado a grandes rasgos se repite el panorama, en la doctrina argentina pueden verse, MOSSET ITURRASPE, Jorge y NOVELLINO, Norberto, "La prueba en el proceso de daños", en AA. VV., *Derecho de Daños*, tercera parte, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 2000; ARAZI, Roland, "Prueba del daño moral", en *Revista de Derecho de Daños*, n° 6, (1999); AGOGLIA, María, BORAGINA, Carlos y MEZA, Jorge, en *Revista de Derecho de Daños*, n° 4, (1999); IRIBARNE,

por autorizada doctrina como uno de los extremos pendientes de la teoría general de la responsabilidad civil,<sup>5</sup> hemos encontrado oportuno intentar una primera aproximación al que sin duda, es uno de los tópicos más complejos y difíciles que dicha teoría presenta en la actualidad.

La dificultad de la prueba del daño moral viene dada principalmente por el hecho de que el mismo afecta a bienes jurídicos extrapatrimoniales, y porque es casi imposible hacer una valoración económica de dicho daño, cuando en ella no intervengan módulos de valoración objetivos, fijos y aisladamente considerados. En el desarrollo de este trabajo, por evidentes razones de espacio, nos centraremos en la primera de esas dificultades, abordando, las dos posiciones que tradicionalmente se han sostenido respecto de la prueba del daño moral (I); para luego, partiendo de la tesis afirmativa, analizar los que creemos son los principales aspectos de una teoría general de la prueba del daño moral (II). Se analizarán en esta segunda parte, los principios que fundamentan la exigencia de la prueba del daño moral (A), y los que consideramos deben ser los presupuestos de la prueba del mismo (B). Por último, se expondrán a modo de conclusiones algunas de las reflexiones y comentarios que el trabajo nos haya provocado (III).

Adviértase, que metodológicamente, el desarrollo de la exposición se encuentra centrado en el análisis de un grupo de sentencias que consideramos paradigmáticas para el estudio del tema; y aunque pueda objetarse a dicho método, la falta de uniformidad tristemente característica de nuestra jurisprudencia, creemos imprescindible su uso, pues solo desde esta perspectiva de análisis podremos cotejar los aciertos y desaciertos de nuestra magistratura y —a través de la discusión y el diálogo—, contribuir de alguna manera a la consolidación de las más justas y correctas doctrinas jurisprudenciales.

## I. LA EXIGENCIA PROBATORIA: ¿DEBE PROBARSE EL DAÑO MORAL?

Tradicionalmente han sido dos las posturas que ha mantenido la jurisprudencia nacional en lo que a la prueba del daño moral se refiere. Así, por un lado, nos encontramos con la más antigua en el tiempo y —ya un poco trasnochada doctri-

Héctor, "La prueba en el juicio de daños a la persona", en *Revista de Derecho de Daños*, Nº 4, (1999).

5 FUEYO LANERI, Fernando, *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, cap. II, (La resarcibilidad del daño moral como tutela de los bienes y derechos de la personalidad), Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1990, p. 53 y ss.; DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen., *El daño moral*, t. 1 y 2, (reimp. 1º edición), Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 682 y ss. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 163 y ss.

na—, de que el daño moral no requiere de prueba; por otro, con la moderna tesis que defiende que el daño moral, al igual que cualquier otro tipo de daño, debe ser probado por quien pretenda su reparación. Veremos seguidamente, como ambas posturas antagónicas conviven en las doctrinas de nuestros tribunales de justicia, sin que de momento podamos hablar de un firme y constante pronunciamiento a favor de una de ellas.

### **A. La tesis negativa: el daño moral no requiere de prueba**

Tanto la doctrina como la jurisprudencia más clásica de nuestro país han sostenido que el daño moral, a diferencia de lo que sucede con el daño material, no necesita de ninguna clase de prueba.<sup>6</sup> En el tiempo, esta tesis clásica ha encontrado dos vías diferentes de desarrollo jurisprudencial que, con alguna variación en su enunciado, han conducido a la misma solución práctica:

La primera de las referidas vías, fundamenta la falta de exigencia probatoria en la *especial naturaleza*, es decir, en el carácter *espiritual y subjetivo* del daño extrapatrimonial; lo que haría no sólo innecesario, sino imposible la acreditación de su existencia.<sup>7</sup> En palabras de nuestras Cortes, “*El daño moral es de índole netamente subjetiva y su fundamento se centra en la propia naturaleza afectiva del ser humano, de manera que puede decirse que tal daño se produce siempre en un hecho externo que afecta la integridad moral del individuo y por lo tanto la apreciación de éste debe considerarse entregada al juez, pues dada su índole es inconcuso que no puede ni requiere ser acreditado*”.<sup>8</sup>

Como puede verse, la jurisprudencia partiendo y tomando como base de su argumentación un concepto “*primitivo*” de daño moral (lo identifica con el dolor subjetivo), llega a la conclusión de que se trataría de una materia entregada completamente al arbitrio de los jueces del fondo. Estos, determinarían su existencia y monto de manera discrecional, sin necesidad de fundamentar sus decisiones en la materia, y sin que exista la posibilidad de que tales decisiones sean revisadas por los tribunales superiores.

Más recientemente, una segunda vía jurisprudencial, que en principio exigiría la prueba del daño moral, llevará en la práctica a la misma solución que la ante-

6 Un amplio seguimiento a través de la jurisprudencia de esta vía puede verse en, DÍEZ SCHWERTER, José Luis, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, reimp. 2002; y en VICARI, Alejandro y UGARTE, Eduardo, *Edición del curso de responsabilidad civil extracontractual del profesor Enrique Barros Burie*, Tesis de Licenciatura, Universidad de Chile, Santiago, 1999, p. 117 y ss.

7 DOMÍNGUEZ H., C., *Ob. Cit.*, p. 682.

8 *RDJ*, T. LXXXI, Sec. 2º, 1984 p. 121

rior.<sup>9</sup> Se afirmará así, que si el daño moral puede ser definido como la violación de un derecho extrapatrimonial, la mera prueba de la transgresión del derecho, conllevaría la prueba de la existencia del daño. En palabras de la Corte, se entenderá el daño moral “... como la lesión o agravio, efectuado culpable o dolosamente, de un derecho subjetivo de carácter inmaterial o inherente a la persona humana y que es imputable a otro hombre. Se sigue de este concepto, como consecuencia necesaria, que la demostración de la trasgresión o agravio del derecho subjetivo importa, al mismo tiempo, la prueba de la existencia del daño moral. Por consiguiente, en el concepto y naturaleza del daño, resultan indiferentes las repercusiones de orden psíquico que el agravio originaría en el individuo que lo sufre. Sea que se exprese en dolor, sufrimiento, aflicción, incomodidad u otras penalidades”.<sup>10</sup> (El destacado es nuestro).

Nótese que puede hablarse de una nueva versión de la teoría clásica, pues si bien la utilización de un concepto más técnico de daño moral (lesión a los derechos extrapatrimoniales) nos ayuda a resolver ciertos casos límite en que la utilización del concepto primigenio (*pretium doloris*) nos arrojaría resultados injustos (piénsese en los casos del inconsciente o el demente),<sup>11</sup> ello no puede hacerse de cualquier manera; y mucho menos, desentendiéndose por completo de los efectos de esa transgresión.<sup>12</sup> Y es que, como dice DIEZ-PICAZO,<sup>13</sup> si bien la lesión de un derecho ajeno puede constituir un presupuesto de los deberes de indemnizar cuando el daño se ha producido, el daño, siendo algo distinto, no ha de quedar embebido en la sola lesión del derecho, puesto que su indemnización exige siempre como presupuesto su existencia.

Como corolario debe decirse, que en sus dos versiones, la tesis que niega la exigencia probatoria del daño moral ha merecido la crítica de la doctrina especializada ya que, a pesar de que resulta innegable que la naturaleza del daño moral hace extremadamente compleja su acreditación, la exigencia de prueba arranca de principios sustanciales y procesales que sostienen y fundamentan el moderno Estado de Derecho. Nótese además, que eliminar la exigencia probatoria equivale a desplazar la atención de la reparación del perjuicio a la conducta dañosa; lo que

9 En este mismo sentido, CORRAL, H., Ob. Cit., p. 165-166.

10 *RDJ*, T. LXXXII, Sec. 2ª, 1985, p. 6.

11 Cfr. CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo, “Daño moral: algunas notas para su delimitación”, comentario de jurisprudencia, en *Jurisprudencia al Día*, año 1, Nº 4, Ed. Lexis Nexis, Santiago, pp. 42 -45 (2006).

12 Cuestión distinta sería afirmar, que tal transgresión, una vez probada, pudiera constituir un indicio a partir del cual el juez pueda legítimamente presumir la existencia del daño moral. Como se verá más adelante, las consecuencias de una u otra afirmación tienen importantes diferencias (Ver, II. B. 1).

13 DIEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 328.

en última instancia exalta la función punitiva que, al menos entre nosotros, se pretende excluida del sistema de responsabilidad civil.<sup>14</sup> Por último, y aunque resulte obvio, no está de más repetir, que la ausencia de exigencia probatoria es tierra fértil para el nacimiento de condenas arbitrarias (v.gr. por daños inexistentes o a montos no razonables), y potencia la disparidad de las decisiones judiciales: en fin, un golpe a la justicia y a la seguridad jurídica.<sup>15</sup>

## **B. La tesis positiva: el daño moral debe probarse**

Desde hace algunos años, con innegable influencia de la doctrina, ha comenzado a tener mayor peso en nuestra jurisprudencia, una nueva línea interpretativa que defiende la necesidad de que los perjuicios morales deben ser efectivamente acreditados en el proceso judicial, por quien los invoca. Así, la Corte de Santiago ha mantenido, que en *“...relación con la acción de resarcimiento por daño moral que ha intentado el ofendido por el delito, preciso es tener en cuenta que todo daño debe probarse, sea patrimonial o extrapatrimonial. En efecto sobre la prueba del daño moral rigen las reglas generales, por lo que se requiere que el actor pruebe la verdad de sus proposiciones, esto es, que sufrió un daño cierto o real, sin que pueda darse por establecido o priori el agravio, su entidad y magnitud y las consecuencias que de él se han derivado”*.<sup>16</sup>

Como no puede ser de otra manera, entendemos que esta es la tesis a potenciar y la que debe cimentar en adelante cualquier intento de sistematización de la materia, pues como ya adelantamos más arriba y profundizaremos más abajo, la exigencia probatoria arranca de principios sustantivos y procesales que fundamentan el Estado de Derecho. Además, el hecho de que dicha doctrina sea todavía incipiente y coexista con la contraria, constituye la coyuntura en la cual cobra sentido concentrar los esfuerzos en desarrollar una teoría general de la prueba del daño moral.

14 Lo que decimos puede verse claramente en otros países, donde la función punitiva de la condena por daño moral es abiertamente reconocida. Un inmejorable ejemplo de lo que decimos lo constituye una sentencia Brasileña que en lo que nos interesa dice, “Os danos morais, que independem de prova, devem ser fixados em valor suficiente para inibir novas conductas lesivas...” (1º TACSP-4ª C.-Ap.618306-4- Rel. Carlos Bittar-J.18.10.1995; Sentencia citada por STOCO, Rui, *Tratado de responsabilidade civil*, 6ª ed. Ed. Revista Dos Tribunais, Sao Pablo, 2004, p. 1697).

15 DOMÍNGUEZ H., C., “Aspectos modernos de la reparación por daño moral. Contraste entre el derecho chileno y el derecho comparado”, En *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte (Sede Coquimbo) 1999, p. 36 y ss.

16 Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 30 de mayo de 2001, Rol Nº 25.892-2001, en *La Semana Jurídica*, (materia penal), semana del 13 al 19 de agosto de 2001. En este mismo sentido, Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 24 de junio de 1997, *Cj*, nº 204, p.141; y más recientemente Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de marzo de 2006, Rol. 3141-2003.

Dicha teoría, tomando como centro un concepto funcional de esta clase de perjuicios,<sup>17</sup> debe partir por explicitar los principios que le sirven de sustento y, desde allí, desarrollar los distintos presupuestos que la componen, de cara a mejorar la justa reparación de este tipo de perjuicios.

## II. TEORÍA DE LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL: UN INTENTO DE SISTEMATIZACIÓN

Ciertamente resultaría temerario intentar aquí, darle cabal forma a una teoría de la prueba del daño moral, sin embargo, en adelante intentaremos un acercamiento a algunas de los principios y postulados que puedan servir para relacionar de mejor manera, los fenómenos que giran en torno a la prueba del daño extrapatrimonial. En este apartado veremos entonces de manera consecutiva, los principios que de forma general, fundamentan la exigencia de prueba del daño moral (A); y los presupuestos o requisitos que se deben cumplir para dar por acreditado el mismo en sus distintas categorías (B).

### A. Principios que fundamentan la exigencia de prueba del daño moral

1. **El principio del debido proceso:**<sup>18</sup> el derecho a una sentencia motivada y el derecho a defensa. La garantía del debido proceso se encuentra consagrada en nuestra Carta Fundamental, como el derecho a un justo y racional procedimiento y conlleva el deber de la motivación de las decisiones de autoridad, especialmen-

<sup>17</sup> Los conceptos funcionales son aquellos que son contruidos desde la función que están llamados a cumplir dentro del sistema jurídico en el cual se insertan. Un concepto funcional de daño moral se sustenta en primer lugar en su carácter de garantía, en cuanto categoría orientada a la protección integral de la persona (tanto en sus aspectos patrimoniales como extrapatrimoniales). Desde esta perspectiva, un concepto de daño moral concebido únicamente como *pretium doloris* resulta insuficiente. Por cuanto por ejemplo, no protege a individuos cuya capacidad de comprensión intelectual no existe (víctima inconsciente o en estado de coma) los cuales no pueden experimentar sentimientos de dolor; como tampoco protege, a aquellos en que dicha capacidad no se encuentra madura o se presenta disminuida (menores o deficientes mentales), y que por lo mismo, pudieren hasta disfrutar del agravio. Lo anterior, sin desconocer su utilidad inicial respecto a la admisibilidad de esta clase de perjuicios y de aquella que mantiene en tanto se le considere como uno, de entre otros varios, tipos o clases de daño moral. Respecto a los conceptos funcionales, LARENZ, Kart, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2ª ed., Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 2001, p. 473 y ss.

<sup>18</sup> Sobre este tema, GOZAINI, Osvaldo Alfredo, "El debido proceso en la actualidad"; HOYOS, Arturo, "El debido proceso en el sistema jurídico de Panamá"; y, MORA MORA, Luis Paulino, "Las garantías del procesado como parte del debido proceso", todos en *I Congreso Panameño de Derecho Procesal*, pp. 351-366, 307-328 y 329-349, respectivamente (2004).

te, de las resoluciones judiciales. De esta forma, el juez debe exteriorizar en la sentencia las razones que justifican su decisión, no bastando su mera enumeración sino que debe expresar de manera clara y precisa los razonamientos —tanto de hecho como de derecho— que la fundamentan; de modo que sea posible la reconstrucción de tales razonamientos (exigencia constitucional que se encuentra recogida y concretada en los artículos 170 N° 4° del CPC y el artículo 342 c. y d., del NCPP).

Como garantía contra la arbitrariedad judicial, la motivación de las sentencias no sólo debe ser entendida desde una perspectiva formal (explicitación de los motivos o razones que han determinado la respectiva decisión), sino fundamentalmente, desde un punto de vista material (corrección de las razones aducidas). Para el tema que nos ocupa, ello no sólo implica que deben ser correctas las conclusiones jurídicas a las cuales se arribe, sino que las mismas deben estar precedidas por una correcta determinación de los hechos, realizada a partir de los antecedentes que conforman el proceso.

En términos generales, el juez debe atenerse al fundamentar la sentencia a los hechos alegados por las partes y respecto de los cuales se haya rendido prueba.<sup>19</sup> A este respecto nuestros tribunales han señalado que, *“En las sentencias judiciales generalmente olvidan fundar la reparación de daño moral o extrapatrimonial, limitándose lisa y llanamente a expresar una cifra por ese concepto, como lo hace precisamente la sentencia recurrida en estos autos. Tal vez se cree que la discrecionalidad en la fijación del monto respectivo, y la aplicación de un concepto indeterminado como es la equidad, permitirían eximirse del deber de convicción que pesa sobre todo juzgador, en cualquier materia que sea, y que, por lo demás, está reiterado en los números 5° y 6° del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal”*.<sup>20</sup>

Además debe tenerse en cuenta, que el derecho al debido proceso también contempla el derecho a defensa, derecho que en materia probatoria implica, a su vez, la posibilidad de presentar pruebas de descargo. En consecuencia, el derecho al debido proceso, en sus dos acepciones aludidas (en tanto derecho a una sentencia motivada y derecho a defensa), exige necesariamente la rendición de prueba sobre cualquiera de los extremos que se pretenda reparar: la prueba del daño moral se constituye así en una garantía en contra de la arbitrariedad judicial.

19 En general, salvo aquellos casos excepcionales de iniciativa probatoria del juez, y respecto de hechos que no requieren prueba (v.gr. hechos notorios y reconocidos por la parte contraria).

20 GT, T. 46, p. 93.



**2. Principio de la reparación integral del daño: la zona límite entre la función reparadora y la pretendida función punitiva de la responsabilidad civil.** Si bien este principio se entiende orientado a permitir la reparación de toda clase de perjuicios, la afirmación del mismo no debe llevar —como pretende alguna jurisprudencia—, a relajar la exigencia probatoria pues, del mismo deviene también como condición necesaria, que aquello que se pretende reparar resulte probado. Otra cosa supondría utilizar la institución punitivamente, y aunque no resulta pacífico sostener que la responsabilidad civil tiene únicamente una función reparadora, el daño sigue constituyendo un presupuesto indispensable de la obligación de indemnizar perjuicios.<sup>21</sup>

Por lo dicho, si hablamos de responsabilidad civil, y por ende, de la obligación de indemnizar el menoscabo sufrido, aun cuando pudiera considerarse lícito asignarle una función punitiva a la responsabilidad civil, dicha función deberá ser necesariamente accesoria, y en ningún caso desprendida de la existencia del perjuicio. Sobre el carácter fundamental del daño nuestra jurisprudencia ha señalado que “... la ley atiende al individuo que sufre cuando es lesionado en sus intereses materiales y morales; del conjunto de preceptos que rigen las indemnizaciones provenientes del daño, se desprende que su procedencia supone la existencia de un perjuicio, menoscabo, disminución, o pérdida para quien lo experimenta o sufre, y la obligación de indemnizarlo para el que lo produce como consecuencia de un delito o cuasidelito” (el destacado es nuestro).<sup>22</sup>

En esta línea de principio, ya sea para justificar la concesión de un monto menor al solicitado o derechamente, para rebajar condenas impuestas por tribunales inferiores, algunos fallos han comenzado a aplicar explícitamente el enriquecimiento sin causa como límite para la fijación del monto de la indemnización por daño moral.<sup>23</sup> Así se dicho, que “El monto del daño de la indemnización de perjuicios debe regularse prudencialmente, cuidando que la suma fijada se limite a compensar el daño sin llegar a constituir un enriquecimiento sin causa”.<sup>24</sup>

21 Sobre el rol jurídico del daño, DIEZ S., J. L., Ob. Cit., p. 25 y ss.

22 RDJ, T. LXV, Sec. 4º, 1968, p. 323.

23 Como veremos más adelante al tratar los presupuestos, creemos que el monto solicitado por la parte demandante constituye un límite objetivo a la indemnización que puede ser concedida, y en consecuencia, si bien puede ser admitida una rebaja del monto demandado, en ningún caso, podrá el tribunal conceder una suma superior so pena de incurrir en el vicio de *ultra petita*. Y por ende, abrir la posibilidad de que la sentencia sea anulada en casación.

24 RDJ, T. LXXIX, Sec. 4º, 1982, p. 123. Sentencia en la cual la Corte de Apelaciones de Santiago rebaja la indemnización concedida por daño moral por el tribunal de prime-

Como puede desprenderse de lo señalado, la acreditación del daño se constituye en requisito o condición principal para la procedencia de la correspondiente acción de daños y perjuicios: así como no hay responsabilidad sin daño, no hay acción sin interés. Lo dicho fue además corroborado por la Corte Suprema cuando entendió, *“Que, al no estar acreditado los perjuicios reclamados ni la necesaria relación causal entre el acto que se impugnó y el presunto daño reclamado, no ha nacido para el actor el derecho a ser resarcido ni la obligación de la demandada de responder por la actuación imputada”*.<sup>25-26.</sup>

En síntesis, la exaltación del principio de reparación integral en relación con la función reparadora que se le reconoce a la responsabilidad civil, no solo no puede servir para relajar la exigencia probatoria; sino que muy por el contrario, se constituye en fundamento ineludible de la exigencia de prueba del daño moral.

## **B.- Presupuestos de la prueba del daño moral.**

Al momento de pensar en los presupuestos o elementos fundamentales de una teoría de la prueba del daño moral debemos buscar las respuestas a las siguientes preguntas: ¿Qué se debe probar? ¿Quién debe probar? y ¿Cómo debe probar? Desde el punto de vista procesal, la primera de estas preguntas nos introduce al tema del concepto del daño moral; la segunda, nos introduce en el tema de la carga de la prueba; y la tercera, aunque muy ligada con la primera, nos lleva al problema de la idoneidad de las pruebas. Veámoslos uno por uno.

ra instancia, en una causa por el delito de lesiones.

25 Sentencia de Corte Suprema de fecha 09 de noviembre de 2004. Rol N° 228-03.

26 Chile. En este mismo sentido, *“Que en el caso sub-lite, la actora no probó de forma fehaciente los hechos fundantes de la responsabilidad extracontractual que invoca en su demanda, ni el daño moral mismo, según lo razonado precedentemente”* Sentencia de fecha 28 de julio de 2004, causa Rol n° 7249-99. También debe tenerse presente que la falta de prueba del daño moral tiene un efecto expansivo respecto de otros requisitos de la responsabilidad civil, por cuanto difícilmente podrá establecerse relación de causalidad alguna respecto de un daño que no ha sido acreditado. Así, se ha fallado que *“tampoco se ha probado en autos la concurrencia de daño moral, no siendo suficiente, a juicio del tribunal, su mera invocación, pues, incluso en su determinación, deben existir elementos objetivos que permitan relacionar el “sufrimiento” de quien lo alega, con los hechos que lo motivan, a fin de establecer la relación de causalidad correspondiente, elementos que, como se observa, no han sido debidamente acreditados”* Sentencia del Tribunal de Letras de Arica, de fecha 03 de julio de 2001. Rol N° 23.809-00.

**1. El problema del concepto del daño moral: ¿Qué debe probarse cuando se alega daño moral?** Evidentemente, cuando nos disponemos a desentrañar los aspectos probatorios del daño moral, nuestra atención se dirige en primer lugar al concepto, pues, solamente una vez delimitado éste, vislumbraremos a qué hechos debemos dirigir la prueba y cuáles son, de entre los medios permitidos, los más idóneos para conseguir nuestro objetivo. En nuestro ámbito, a pesar de que el concepto primogénito de daño moral sigue muy arraigado, la doctrina y la jurisprudencia empiezan a dar cabida a un concepto amplio de daño moral, donde además del tradicional *pretium doloris*, encuentran acomodo otras categorías como la lesión a derechos o bienes de la personalidad, u otras más modernos, como el perjuicio estético o la pérdida de la chance.<sup>27</sup>

La utilización de un concepto amplio de daño moral, a efectos probatorios, lleva aparejada la necesidad de que el mismo sea subdividido en distintas categorías. Y es que, haciendo categorías o subtipos, no solo podremos abstraer con precisión aquello que se está reparando, sino que nos será más fácil identificar quiénes tienen la legitimación activa para reclamar y, por tanto, quienes deben acreditar la existencia del daño. El desarrollo del principio de reparación integral del daño, conlleva pues la exigencia metodológica de hacer una tipología que oriente y determine la reparación del daño moral: ¡he aquí la primera y más importante tarea pendiente dentro de la teoría del daño moral!

**2. El problema de la carga de la prueba: ¿Quién debe probar el daño moral?** En línea de principio, la prueba de la existencia y extensión de los perjuicios corresponde a quien los alega, es decir, a la víctima o acreedor (artículo 1698 del CC.), a menos que la propia ley establezca lo contrario.<sup>28</sup> Respecto de nuestro particular objeto, si bien no se puede afirmar que la ley establezca presunciones, partiendo del análisis de nuestra jurisprudencia se puede establecer para efectos de distribución de la carga de la prueba, que se manejan dos tipos de daños morales: por un lado, aquellos cuya existencia puede presumirse; y por otro, aquellos cuya existencia debe ser acreditada mediante pruebas distintas a la de presunciones o no sólo por éstas. Es lo que se desprende de algunos fallos como el emitido

27 Puede verse, con citas de doctrina y jurisprudencia nacional, CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo y GONZÁLEZ VERGARA, Paulina, "Notas sobre el daño moral: concepto, prueba y evaluación en una reciente sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago", nota a fallo, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, año 12, Nº 2, Coquimbo, pp. 181-189 (2005)

28 Lo cual en nuestro sistema sólo se produce en materia de responsabilidad contractual en el caso de los intereses de obligaciones dinerarias (artículo 1545 del CC.) y de la cláusula penal (artículo 1535 del CC.).

por el Tribunal de Letras de Antofagasta cuando sostuvo que, *“Por último, no está de más hacer presente, en cuanto a la prueba del daño moral que a pesar de que tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria coinciden en señalar que el daño moral no requiere prueba, que sólo basta que la víctima acredite la lesión de un bien personal para que se infiera el daño; en este caso, que se trata de daños a una cosa corporal, no se puede presumir de ello el daño moral, entendido como “el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física, en sus sentimientos o afectos o en su calidad de vida”. Ciertamente que otro tipo de lesiones a la integridad física o síquica permiten inferir el daño moral, pero en el caso de autos debió ser acreditado en cuanto a su existencia...”*<sup>29</sup>

En general, la doctrina no cuestiona la aplicación de este tipo de prueba respecto de la acreditación del daño moral,<sup>30</sup> lo que nos parece acertado ya que su uso es perfectamente lícito siempre y cuando, las circunstancias que sirven de base a la presunción de los daños estén debidamente acreditadas

en el proceso, y se admita en todo caso la prueba en contrario.<sup>31</sup> La tarea pendiente a este respecto, es el desarrollo de la tipología de daños morales que

29 Chile. Sentencia del Tribunal de Letras de Antofagasta, de fecha 31 de julio de 2002, Rol N° 39.010-01.

30 Sobre la admisibilidad y requisitos de la prueba de presunciones en esta materia, por todos, CORRAL T., H., Ob. Cit., p. 167. FUEYO LANERI, F., Ob. Cit., p. 107. Sobre todo, se recalca el que las presunciones deben fundarse sobre hechos probados. Cuestión fundamental, pues de lo contrario se trataría no de una presunción sino de una mera ficción. Figura que sólo es admisible cuando es dispuesta en casos excepcionales por el legislador, y aún en ellos, su legitimidad es ampliamente discutida.

31 En esta materia, creemos que es útil llamar la atención sobre dos aspectos desarrollados por el derecho comparado latinoamericano, el del principio de las cargas probatorias dinámicas y el de la diferenciación entre presunciones legales e indicios como base de las presunciones judiciales. Ambos, escasamente desarrollados en nuestro medio. En virtud del principio de las cargas probatorias dinámicas, *“le incumbe la carga probatoria a quien por las circunstancias del caso y sin que interese que se desempeñe como actora o demandada se encuentre en mejores condiciones para producir la probanza respectiva”*, de modo que *“corresponderán mayores cargas a quien dispone de mejores posibilidades en razón a la posesión de medios idóneos de prueba”* (por ejemplo quien está *“en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas”*). Derecho Argentino, Sentencia de Juzgado Civil 74, Exp. N° 453/96, caratulado *“Quantín Norberto Julio c/Benedetti Jorge Enrique”*. Buenos Aires, abril de 2006. Principio que en cooperación con el de reparación integral, podrían justificar la posibilidad de aplicación de presunciones judiciales en determinados casos. Como aquellos de responsabilidad médica, en los cuales claramente el paciente se encuentre en una situación más desfavorable para, por ejemplo, acreditar la anormalidad del daño. En cuanto al segundo de tales as-

pueden ser presumidos y aquellos que no, a partir de la determinación de ciertos grupos de casos que permitan la aplicación de estas dos categorías de daños de una manera más uniforme y transparente, y que reduzca además la arbitrariedad que su utilización no fundamentada podría ocasionar.<sup>32</sup> Sirvan como ejemplo de estos tipos, el caso del daño moral indirecto o por rebote, y el caso de la prueba del daño moral por incumplimiento de contrato:

Respecto del primer tipo se puede entender, *que la mera relación de parentesco puede constituir indicio de daño moral respecto de parientes próximos*. Nuestros tribunales suelen inferir el daño moral a partir de la sola demostración de la relación de parentesco, argumentando que *“la naturaleza humana es propensa a sufrir por la pérdida de sus deudos más cercanos”*,<sup>33</sup> o que *“...el daño moral consiste en el dolor, pesar*

---

pectos, y luego de afirmar el principio según el cual, el juez no puede legítimamente eximir de prueba los hechos alegados por las partes, salvo que el legislador se lo imponga. La importancia de hacer la distinción entre las presunciones legales y los indicios que pueden servir de base a presunciones judiciales, radica en que las primeras deben aplicarse toda vez que aparezcan demostrados los hechos que les sirven de fundamento; por el contrario, en el caso de los indicios, una vez acreditados los hechos que los constituyen, *“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”*. Derecho Venezolano, Sentencia N° 2812 del 02/02/06. Ponente: Alier Hernández Enríquez. Actor: Blanca María Guevara Escobar y otros. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo., sección tercera, resolución que también establece, que *“... el juez no está autorizado para eximir de prueba los hechos alegados por las partes, como fundamento de sus pretensiones y defensas, salvo que el legislador se lo imponga. De allí la importancia de establecer claramente la diferencia entre las presunciones legales y aquéllas que elabora el juez con fundamento en hechos debidamente probados en el proceso, dando lugar a la construcción de indicios, medio probatorio regulado por nuestra legislación procesal civil. Por esta razón, la doctrina ha precisado que las presunciones no constituyen medios de prueba, dado que, al ser establecidas por el legislador, implican realmente que determinados hechos están exentos de demostración”*.

32 A este respecto, la sentencia citada entrega dos pautas que podrían servir de fundamento a la determinación de algunos de los aludidos grupos de casos. Primero, daños morales que pueden ser inferidos a partir de ciertas lesiones a la integridad física o psíquica; y segundo, daños morales que, en cuanto son consecuencia de la afectación de cosas corporales, deben ser acreditados en el proceso mediante la aportación de pruebas directas.

33 RDJ, T. LXIII, Sec. 4ª, 1966, p. 129.

*o sufrimiento que significa la muerte de su hijo y las lesiones graves de su hija, lo que basta para demostrarlo, la relación familiar entre ellos, acreditado con los certificados respectivos, quedando al sentenciador su apreciación pecuniaria”* (el destacado es nuestro).<sup>34</sup>

La postura recién transcrita ha sido criticada por alguna doctrina, sosteniendo en su lugar, que debe acreditarse además la relación afectiva en que se fundamentaría el daño moral invocado. Compartimos dicha crítica respecto de sus aplicaciones jurisprudenciales más radicales (aquellas que no admiten prueba en contrario y que han dado lugar a indemnizaciones respecto de parientes cuya enemistad o descuido con la víctima directa han sido acreditados); sin embargo, discrepamos en la medida en que creemos, que la aplicación de las reglas de la experiencia, permite legítimamente presumir de la sola relación de parentesco una relación afectiva que justifica la existencia del respectivo daño moral. Lo anterior encontrará aplicación siempre y cuando —claro está—, no existan en el proceso antecedentes que

impidan la aplicación de tales reglas de experiencia.<sup>35</sup>

Respecto del segundo tipo (daño moral derivado de contrato) se puede sustentar, *que por regla general el solo incumplimiento de un contrato no puede ser con-*

<sup>34</sup> RDJ, T. LXV, Sec. 4<sup>a</sup>, 1969, p. 21.

<sup>35</sup> Al respecto, volvemos a citar jurisprudencia venezolana en la cual se expresan estas cuestiones con toda corrección, explicitación que no se encuentra presente en nuestra jurisprudencia. “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.” Sentencia citada precedentemente (nota n<sup>o</sup> 28). Respecto a antecedentes que impidan la aplicación de una presunción en estos casos, nuestros tribunales han señalado que, “El demandado civil no ha demostrado que entre la demandante y sus padres fallecidos en el accidente, existieran malas relaciones u otra situación análoga que justificara la carencia de afecto entre ellos.” RDJ, T. LXXX, Sec. 1<sup>o</sup>, 1983, p. 128.

*siderado indicio de daño moral.* Teniendo por superada la discusión en torno a su aceptación en vía contractual, nuestros tribunales han comenzado a desarrollar una línea jurisprudencial que luego de afirmar su carácter excepcional, sostiene que no basta la sola demostración del incumplimiento contractual para tenerlo por acreditado. Se ha dicho así que, “... *para que exista daño moral, derivado de responsabilidad contractual, no es suficiente que se deje de cumplir el contrato... No es posible establecer que por el solo incumplimiento de un contrato se derive dolor y aflicción susceptibles de ser indemnizados por vía de daño moral...*” (El destacado es nuestro).<sup>36</sup>

Aunque hemos citado este caso simplemente con una intención ejemplificadora, efectivamente su inclusión resulta pertinente pues sirve para reiterar dos posiciones. La primera es que a efectos de la responsabilidad civil el mero incumplimiento contractual no solo no produce daño moral sino ningún tipo de daño, pues estos deben ser siempre probados; y la segunda, que debido a la naturaleza de las prestaciones comprometidas, hay algunos tipos de contratos cuyo incumplimiento podría llegar a ser considerado indiciario de daño moral (v.gr. el caso del contrato médico).

**3. El problema de los medios probatorios idóneos y el problema de la apreciación de la prueba rendida: ¿Cómo han de probarse los daños morales?** Quizás el aspecto clave a resolver en lo que se relaciona con la prueba de los daños morales tiene que ver con la técnica o procedimiento que la misma requiere, de ahí que como tercer presupuesto de una teoría de la prueba del daño moral debe requerirse, que la misma ha de ser pertinente y útil: respecto de las partes, ellas tendrán que presentar aquellas que correspondan; respecto del juez, éste solo deberá aceptar y otorgar valor a aquellas que tengan eficacia probatoria.

**3.1. El problema de los medios probatorios idóneos: la prueba aducida debe ser pertinente y útil.**<sup>37</sup> La idea de que las partes deben rendir una prueba capaz de producir en el juez la convicción necesaria, para que éste dé por acreditado los hechos constitutivos del daño moral que se alega (por ello se dice pertinente y útil) resulta sencillamente incontrovertible; de allí que se hable de medios probatorios idóneos. Empero, y como ya adelantamos, a esta finalidad no sirve una delimitación demasiado amplia del objeto de la prueba (el daño moral); por lo que

<sup>36</sup> Un comentario del fallo citado puede verse en CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo, “De la extensión de la reparación del daño moral derivado de contrato”, en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 31 n° 2, pp. 379-387 (2004). Cfr. también, RODRÍGUEZ G., Pablo, *Responsabilidad contractual*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1999 p. 252 y ss.

<sup>37</sup> Sobre este tema puede verse en el derecho español, GESTO A., Blanca, *La pertinencia y utilidad de las pruebas*, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1991.

se hará necesario o bien restringir el concepto, o bien, introducir dentro del mismo, las distintas categorías que de manera cristalina, revelen aquellos extremos sobre los que debe recaer la prueba (el objeto de la misma).

Así las cosas, las subcategorías o tipos de daño moral, nos arrojarán los hechos constitutivos o, en su caso (piénsese en la prueba de presunciones a que aludimos más arriba), los hechos fundantes del daño moral, en relación a los cuales determinaremos los medios de prueba más idóneos, es decir, aquellos que causen más convicción en el juez. Unos ejemplos servirán para explicarnos: en caso de que utilicemos el *pretium doloris* como una subcategoría, el hecho constitutivo será la aflicción espiritual, pena, etc. experimentada por la víctima; y los medios de prueba más idóneos serán la prueba pericial (informes médicos), la declaración de la víctima y la declaración de testigos. En caso de que utilicemos la subcategoría del daño estético, el hecho que habrá de probarse será la alteración objetiva de la imagen física de la víctima; siendo entonces pruebas especialmente idóneas, la presentación de fotografías anteriores y posteriores al hecho dañoso, la inspección personal del tribunal y el informe pericial.<sup>38</sup>

**3.2. El problema de la apreciación de la prueba rendida: el sistema de la persuasión racional.** En materia civil, el juez se debe sujetar a los medios de prueba establecidos por el legislador, pero valorándolos conforme a la convicción que se forme de los hechos, debiendo en todo caso, explicitar en la sentencia las razones que justifican su valoración: los jueces se encuentran regidos así por el llamado sistema de la “*persuasión racional*”.<sup>39</sup> En dicho sistema, la ley regula extremos que dicen

38 A este respecto, se ha fallado en sentido negativo que “... *con relación al daño moral no puede estimarse seriamente que podría estar acreditado con el informe de fojas x, que concluye que el demandante sufrió lesiones explicables por accidente de tránsito, clínicamente leves y que sanará salvo complicaciones en 10 o 12 días con igual tiempo de incapacidad. La indemnización por daño moral debe basarse en un sufrimiento efectivo, consecuencia de un acto doloso o imprudente, como ser verse físicamente imposibilitado, disminuido o defectuoso, como secuela de tal acto*” (el destacado es nuestro). *RDJ*, T. LXXVIII, Sec. 2º, 1981, p. 36. Por otra parte, ahora en sentido positivo se ha sostenido que “*la declaración del médico, la ficha clínica y demás antecedentes del tratamiento médico son contestes en cuanto al sufrimiento soportado y a la afección psicológica del autor*”; por consiguiente son antecedentes pertinentes y útiles para la acreditación del respectivo daño moral. *GJ*, T. 205, p. 174.

39 En este mismo sentido, PAILLAS, Enrique, *Estudios de derecho probatorio*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 30. En contra, la doctrina mayoritaria entiende que en nuestro sistema, la prueba legal o tasada constituye el régimen general de valoración de la prueba. Este sistema en todo caso, se reconoce se encuentra en franca retirada debido a las numerosas materias en que el legislador confiere a los tribunales la facultad de apreciar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. Sobre el tema véase recientemente



relación con la determinación de los medios probatorios, con su admisibilidad, con las causas de tachas de los testigos, y con la forma en que ha de rendirse la prueba.<sup>40</sup>

Aun considerando que la tantas veces resaltada naturaleza compleja del perjuicio moral, se traduce en una mayor dificultad probatoria, en ningún caso viene a variar la regla general en materia de valoración de la prueba (“*persuasión racional*”), situando al juzgador dentro del sistema del “*íntimo convencimiento*”,<sup>41</sup> lo que parece ser afirmado por quienes sostienen que la prueba del daño moral es una materia entregada a la discrecionalidad del juez. Por ello, creemos procedente el recurso de casación en la forma respecto de la determinación del daño moral (“*vicio de inmotivación*”), cuando el juez no expresa en forma clara y precisa los razonamientos de hecho que lo llevan a rechazar o a dar por probado el daño moral (señalamiento de pruebas admitidas y su correspondiente valoración).

Antes de finalizar, y aun cuando como señalamos al introducir estas notas, la cuestión de la evaluación excede el propósito de nuestro trabajo, no queremos dejar de hacer una breve referencia a dos principios que deben ser tenidos en cuenta en esta materia. Y es que, si bien no es posible hacer una valoración exacta de dicho daño, la misma debe, en todo caso, cimentarse en los antecedentes que se encuentren en el proceso.

**El principio de la apreciación subjetiva de la medida de la reparación.** Al revisar la medida de la reparación cabe utilizar dos criterios. Uno de ellos será objetivo, e implicará que el valor de la indemnización se fijará de acuerdo al valor de mercado del bien lesionado; el otro subjetivo, e implicará que la reparación tendrá como objeto el valor específico que el bien tuviese para el concreto perjudicado (de su específico interés en terminología de DE CUPIS; o del daño propio, en la de YZQUIERDO).<sup>42</sup> Dado que el daño moral es una categoría de suyo subjetiva y la finalidad de la responsabilidad civil es la reparación de la víctima,

---

te GONZÁLEZ CASTILLO, Joel, “La fundamentación de la sentencias y la sana crítica”, en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 33 N° 1, pp. 93-107 (2006).

40 *Ibidem*. p. 23.

41 Aquel sistema de valoración de la prueba, en el cual la determinación de los hechos se encuentra entregada por entero a la conciencia del juez, el cual no está obligado por ninguna prueba legal, entendiéndose que puede escoger las fuentes de su convicción fuera de los medios legales y por otra parte, no se encuentra obligado a fundamentar sus sentencias. PAILLAS, E., *Ob. Cit.*, p. 21.

42 DE CUPIS, A., *El daño*, (trad. española de la 2ª ed. italiana por Ángel Martínez), Ed. Bosch, Barcelona, 1975, pp. 344. YZQUIERDO T., M., *Sistema...*, *Ob. Cit.*, p. 144). Sobre el tema puede verse también, NAVIERA ZARRA, Maita, *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2006, pp. 197 y ss.

creemos, que con “*ciertos límites*”, ha de ser el criterio subjetivo el que ayude a determinar la indemnización.

**El principio procesal de congruencia como límite de la reparación.** En nuestro Derecho, al igual que en el derecho comparado, se han desarrollado una serie de pautas o criterios que el juez ha de considerar en la determinación de la correspondiente indemnización.<sup>43</sup> Nuestros tribunales suelen enumerar algunos de tales criterios para luego simplemente señalar casi como una fórmula de estilo que, *conforme al mérito de autos*, se fija la correspondiente indemnización en una determinada cantidad.<sup>44</sup>

Lo dicho, además de no contribuir de manera efectiva en la valoración, no supone una justificación suficiente, y por tanto, constituye la violación de uno de los principios fundamentales de la prueba ya mencionados.<sup>45</sup> Entiéndase, que si lo buscado es reducir efectivamente la arbitrariedad, de modo tal que la determinación del monto de la indemnización sea más transparente y fundamentada, no basta el señalamiento sin más de los criterios o pautas tomados en consideración, agregando que todos ellos fueron *ponderados* por el tribunal para arribar a su decisión. Por tanto, como petición de principio, se ha de explicitar el modo en que se ha efectuado tal operación, partiendo por señalar el *peso específico o relevancia* (este es el sentido fundamental de ponderar) de cada uno de tales criterios en la determinación de la indemnización, aduciendo además las razones que se han tenido para ello.

Sin perjuicio de que se puedan introducir otros parámetros, entendemos de suma importancia la aplicación del principio de congruencia en al menos dos

43 Las pautas o criterios generalmente mencionados como aquellos que deben regir la reparación del daño moral, son las siguientes: a) La reparación integral del daño; b) Evitar las indemnizaciones en globo y procurar una evaluación separada y fundamentada de cada una de las partidas de la indemnización; c) Creación de tablas o baremos para daños morales que permiten al juez un parámetro para fijar la indemnización; d) Consideraciones de carácter macro y macroeconómicas, es decir, el grado de desarrollo económico del país y la situación particular de la víctima y de la persona obligada; y e) Publicaciones periódicas de las indemnizaciones judiciales, con lo cual se consigue obtener una información estadística que en cierto modo sirva para uniformar las decisiones en casos semejantes.

44 “Por lo dicho, sólo resulta ajustado a la prudencia y equidad, regular de manera razonable y equitativa el monto actual de la expresada indemnización compensatoria, apreciando para ello, también en forma prudencial, todos los datos legalmente concurrentes sobre el carácter y extensión del daño con arreglo al mérito probatorio aceptable que arroja el proceso, acerca del hecho mismo, sus consecuencias en la víctima y las circunstancias personales de ésta, sin perjuicio –naturalmente- de establecer, además una justa compensación por el disvalor de la moneda hasta que se verifique el pago de la suma que se dirá” (el destacado es nuestro). GJ, T. 50, p. 108.

45 Ver supra., II, A, 1: El principio al debido proceso (motivación de la sentencia/derecho a defensa).

sentidos, y cuya infracción creemos podría justificar la anulación casacional la sentencia por defectos en la evaluación del daño moral:

a) *Lo solicitado en la demanda es el límite máximo de la indemnización.* Nuestra Corte Suprema ha estimado que no existe vicio de *ultra petita* respecto de lo fallado por el tribunal *ad quo* cuando se otorga una cantidad superior a la demandada.<sup>46</sup> A nuestro parecer la alta magistratura incurre en un error palmario, pues como se sabe, la justicia civil es una justicia rogada. Ciertamente, en virtud del principio de congruencia, el tribunal se encuentra constreñido por el monto solicitado por el ofendido (lo que constituye su pretensión), de manera que dicho monto se constituye en el tope máximo de la indemnización que puede ser concedida.<sup>47</sup> Aunque no podemos detenernos en ello, baste dejar sentado aquí, que entendemos, que en casos como el descrito se configuraría el aludido vicio de *ultra petita*, y por ende, sería procedente la impugnación de la sentencia a través del recurso de casación en la forma.

b) *Ponderación de los criterios de evaluación fundamentada en antecedentes objetivos.* Otra manifestación del principio de congruencia está constituida por la exigencia de que la evaluación se fundamente en antecedentes objetivos, en el sentido de que el juez no sólo debe explicitar los criterios de evaluación utilizados, sino además, debe ponderarlos a partir de los antecedentes que se encuentren presentes en el proceso y respecto de los cuales se haya rendido prueba.<sup>48</sup> A este respecto, y aparte de la ya aludida posibilidad de anulación formal por falta de motivación, pensamos que en aquellos casos en que tales criterios se encuentran positivados,<sup>49</sup> y la evaluación realizada por el tribunal sea manifiestamente desproporcionada, sería procedente el recurso de casación en el fondo por infracción a la norma que los recoge.

46 DIEZ S., J. L., Ob. Cit., p. 272.

47 En este mismo sentido, en el derecho español, NAVEIRA Z., M., Ob. Cit., p. 215-216.

48 Cfr. DOMÍNGUEZ H., Carmen, "El daño moral en Chile. Contornos y problemas", Temas de responsabilidad civil, en *Revista Anales Derecho UC*, N° 1, agosto de 2006, p. 327.

49 Como es el caso de la llamada Ley Auge (N° 19.966 D.O. 03/09/03), en cuyo artículo 41 establece que: "La indemnización por daño moral será fijada por el juez considerando la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado con el daño producido, atendiendo su edad y condiciones físicas".

### III. Conclusiones

Hoy en día podemos empezar a dar por superados, los influjos de aquella filosofía ilustrada que concebía al hombre como un sujeto racional titular de bienes de carácter material. En su evolución, el derecho civil ha ido descubriendo y construyendo el rostro de su nuevo sujeto, el rostro de la persona, del hombre de carne y hueso, que poseedor de bienes materiales y morales, sufre y padece: el código no le habla más al “*corazón de los propietarios*”;<sup>50</sup> el código habla ahora al corazón de las personas. Ninguna duda cabe, que fueron precisamente instituciones como el daño moral las que comandaron, y a la vez recibieron esa integración conceptual que sufrió el sujeto de derecho. Sin embargo, esa evolución no puede darse aún por concluida ni mucho menos, abandonarse a su suerte, pues mientras no afinemos las técnicas jurídicas que nos permitan articular con igualdad de trato, y finalmente hacer efectiva esta nueva concepción en los casos concretos, nada se habrá hecho.

Es en este contexto, en el que el desarrollo de una teoría tópica y funcional que regule satisfactoriamente la prueba del daño moral se hace impostergable. Dicha teoría, si bien no debe despreciar los aportes de nuestra jurisprudencia en la materia, debe buscar su racionalización, acomodando y dirigiendo su regulación a los principios que han de sustentarla. En términos generales, y nos remitimos aquí al cuerpo de este escrito, en la construcción de esta teoría deviene indispensable la realización de subcategorías o subtipos de daños morales. Lo recién dicho, inicialmente nos permitirá distinguir aquellos supuestos de daños morales que pueden ser acreditados mediante prueba de presunciones, de aquellos que no. Respecto de estos últimos, se podrá entonces, precisar los hechos que han de ser considerados constitutivos de los mismos para, conforme a ellos, determinar las pruebas más idóneas para lograr su acreditación.

Quede por último subrayado, que en éste como en ningún otro tema, la vinculación del precedente se constituye en condición necesaria para que la formulación de los aludidos grupos de casos presente alguna utilidad. A los fervientes defensores de una mal entendida “*independencia judicial*” solo resta decir, que en nuestro sistema jurídico la vinculación al precedente deviene exigencia del derecho a un justo y racional procedimiento, y de la igualdad ante la ley que a todos se nos supone: como prescribe nuestro texto constitucional, “*ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*”.

50 GROSSI, Paolo. *Mitología jurídica de la modernidad*, Ed. Trotta, Madrid, 2003, p. 83.

## Bibliografía

- AGOGLIA, María, BORAGINA, Carlos y MEZA, Jorge, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 4 (1999).

- ARAZI, Roland, “Prueba del daño moral”, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 6 (1999).

- CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo, “De la extensión de la reparación del daño moral derivado de contrato”, en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 31 N° 2, pp. 379-387 (2004).

- ----- y GONZÁLEZ VERGARA, Paulina, “Notas sobre el daño moral: concepto, prueba y evaluación en una reciente sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago”, nota a fallo, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, año 12, N° 2, Coquimbo, pp. 181-189. (2005).

- -----, “Daño moral: algunas notas para su delimitación”, comentario de jurisprudencia, en *Jurisprudencia al Día*, año 1, N° 4, Ed. Lexis Nexis, Santiago, pp. 42-45 (2006)

- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

- DE CUPIS, A., *El daño*, (trad. española de la 2ª ed. italiana por Ángel Martínez), Ed. Bosch, Barcelona, 1975.

- DIEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, Ed. Civitas, Madrid, 1999.

- DÍEZ SCHWERTER, José Luis, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, reimp. 2002.

- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, “Aspectos modernos de la reparación por daño moral. Contraste entre el derecho chileno y el derecho comparado”, En *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte (Sede Coquimbo) (1999).

- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *El daño moral*, t. 1 y 2, (reimp. 1ª edición), Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

- -----, “El daño moral en Chile. Contornos y problemas”, Temas de responsabilidad civil, en *Revista Anales Derecho UC*, n° 1 (2006).

- FUEYO LANERI, Fernando, *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, cap. II, (La resarcibilidad del daño moral como tutela de los bienes y derechos de la personalidad), Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1990.

- GESTO A., Blanca, *La pertinencia y utilidad de las pruebas*, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1991.

- GONZÁLEZ CASTILLO, Joel, “La fundamentación de la sentencias y la sana crítica”, en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 33 N° 1, pp. 93-107 (2006).

- GOZAINI, Osvaldo Alfredo, “El debido proceso en la actualidad”; en *I Congreso Panameño de Derecho Procesal*, pp. 351-366 (2004).

- GROSSI, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, Ed. Trotta, Madrid, 2003.

- HOYOS, Arturo, “El debido proceso en el sistema jurídico de Panamá” en el *Congreso Panameño de Derecho Procesal*, pp. 307-328 (2004).

- IRIBARNE, Héctor, “La prueba en el juicio de daños a la persona”, en *Revista de Derecho de Daños*, n° 4, (1999).

- LARENZ, Kart, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2ª ed., Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 2001.

- MORA MORA, Luis Paulino, “Las garantías del procesado como parte del debido proceso”, todos en *I Congreso Panameño de Derecho Procesal*, pp. 329-349 (2004).

- MOSSET ITURRASPE, Jorge y NOVELLINO, Norberto, “La prueba en el proceso de daños”, en AA. VV., *Derecho de Daños*, tercera parte, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 2000.

- NAVIERA ZARRA, Maita, *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2006.

- RODRÍGUEZ G., Pablo, *Responsabilidad contractual*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1999.

- STOCO, Rui, *Tratado de responsabilidade civil*, 6ª ed. Ed. Revista Dos Tribunais, Sao Paulo, 2004.

- VICARI, Alejandro y UGARTE, Eduardo, *Edición del curso de responsabilidad civil extracontractual del profesor Enrique Barros Burie*, Tesis de Licenciatura, Universidad de Chile, Santiago, 1999.

# LA PROHIBICIÓN DE OPCIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL EN EL CASO CÁRDENAS LALINDE

Obdulio Velásquez Posada<sup>1</sup>

## CONTENIDO:

El caso Cárdenas Lalinde

Concepto y alcance de la prohibición de opción

La acción civil debe corresponder a la naturaleza de los daños

La prohibición de opción a la luz de la Constitución

Conclusión

La denominada *prohibición de opción* es de aquellas instituciones de la responsabilidad civil que ofrece mayor ocasión de confusión en su aplicación práctica. Ya los Hermanos Mazeaud en este sentido habían señalado que “*pocas cuestiones son tan discutidas y tan oscuras. En otro aspecto, hay pocas que estén tan mal planteadas como ella. Siembra confusión el nombre mismo con que se designa, por tradición, el problema*”.<sup>1</sup>

Aunque a primera vista en nuestro derecho pareciera que es un tema suficientemente estudiado y decantado,<sup>2</sup> una sentencia de la Corte Suprema de Justicia,

---

1 Obdulio Velásquez es Miembro del IARCE; profesor de responsabilidad civil. Dirige la línea de investigación de responsabilidad civil y del Estado del Grupo de Investigación de derecho privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Sabana clasificado A por Colciencias. Rector de la Universidad de La Sabana. Correo: [obdulio.velasquez@unisabana.edu.co](mailto:obdulio.velasquez@unisabana.edu.co)

MAZEAUD Henri y León y TUNC, André. *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y cuasidelictual*, traducción de la 5ª edición por Luís Alcalá-Zamora y Castillo, t 1-I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, p 251.

2 El problema ha sido planteado profundamente y extensión el Tratadista Javier Tamayo Jaramillo cfr. TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*, tomo I, LEGIS, Bogotá, 2007, p 125 y ss.



Sala de Casación Civil del 18 de octubre de 2005 pone de nuevo el tema sobre el debate académico al permitir que la viuda de un paciente fallecido en una clínica reclame en una misma demanda los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales causados tanto al fallecido como a la cónyuge sobreviviente.<sup>3</sup>

El fallo mencionado fue acusado de haber dado al traste la inveterada tradición de la *prohibición de opción*. El propósito del presente artículo es pues, de una parte defender la sentencia de la Corte y rebatir el argumento de que con ese fallo se abolió la *prohibición de opción* en Colombia. Por el contrario pretendemos demostrar que la sentencia hace claridad al debate al establecer correctamente los términos del problema y dar la solución que nos parece la más acertada a la llamada *prohibición de opción*.

## I. EL CASO CÁRDENAS LALINDE

Para abordar toda la problemática de la *prohibición de opción* y otros fenómenos conexos tomemos un caso fallado por nuestra Corte Suprema de Justicia en el 2005. El caso “*Cárdenas Lalinde*” es el de un paciente de edad avanzada que al terminar un examen médico- TAC tomografía de senos paranasales - manifestó encontrarse en buen estado y al levantarse de la camilla y dar unos pocos pasos sufrió un mareo, cayendo al piso, lo que le produjo severas lesiones que lo llevaron días después a la muerte.<sup>4</sup>

La viuda presentó demanda contra la clínica. La litis se centró en los siguientes términos: “*Como diáfananamente se advierte, la demandante reclama, de un lado, para la sucesión de Cárdenas Lalinde (iure hereditatis), la indemnización del perjuicio moral que su esposo padeció al verse postrado e impedido por causa del accidente, así como los sufrimientos y dolores que lo acongojaron hasta su fallecimiento, y de otro, para sí (iure proprio), el perjuicio que personalmente sufrió por causa del fallecimiento de aquél*”.<sup>5</sup>

El debate tanto en el tribunal como en la Corte se basó en la obligación de seguridad de la clínica para con su paciente y en la valoración probatoria de los hechos de la demanda, esto es, si la clínica faltó o no a su deber contractual (obligación de la naturaleza del contrato) de seguridad para con su paciente.

3 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente, No. 14.491, del 18 de octubre de 2005. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. Publicada en Jurisprudencia y Doctrina Diciembre de 2005.

4 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Ob. Cit.

5 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Ob. Cit.

El Magistrado del Tribunal Superior de Pereira, Dr. Gonzalo Flórez Moreno en columna del periódico especializado *Ámbito Jurídico* de la editorial LEGIS titulada “*Un sorpresivo viraje de la Corte Suprema*”<sup>6</sup> se quejó que en este caso la Corte Suprema había dado inusitado giro jurisprudencial al reconocer que la viuda de *Cárdenas Lalinde* había podido acumular la demanda en un mismo proceso para ejercer la acción de responsabilidad contractual y extracontractual y con este sorpresivo viraje la Corte se había “llevado de calle una sólida y bien fundada tradición de doctrina y jurisprudencia sobre el tema”<sup>7</sup> se había desconocido la tradicional *prohibición de opción* que ha sido columna en la tradición de la responsabilidad civil.

El Articulista acusó a la Corte de haber cambiado *la prohibición de opción* y con esto haber generado gran inseguridad jurídica y romper con la tradición jurisprudencial en esta materia sin causa razonable. Con respeto y en aras del sano debate académico sentamos nuestra discrepancia con el columnista por las razones que se exponen a lo largo de este escrito.

Para centrar los términos del debate jurídico es necesario distinguir en primer lugar el concepto y alcance de la denominada *prohibición de opción* y la diferencia con otros fenómenos y principios conexos aplicables en la reparación de daños causados a las víctimas fallecidas y sus herederos.

## II. CONCEPTO Y ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN DE OPCIÓN

417

Aunque ambos tipos de responsabilidad civil, la contractual y la extracontractual, participan de los mismos elementos básicos: hecho dañoso, perjuicio y nexo causal entre aquél y éste, tienen diferencias que es preciso señalar, pues tiene implicaciones procesales importantes cada tipo de responsabilidad. Los principios del derecho civil y del procedimiento civil prohíben al perjudicado solicitar, al juez aplicar, la indemnización de perjuicios de un mismo daño, invocando al tiempo las normas de la responsabilidad civil contractual y de la extracontractual, cuando se trata de asuntos entre las mismas partes. La raíz de tal prohibición se encuentra en que un perjuicio, no puede tener-en principio- al mismo tiempo dos fuentes por un lado la inejecución de un contrato válido y, al propio tiempo, ser de origen extracontractual.<sup>8</sup>

6 FLÓREZ MORENO, Gonzalo. Un sorpresivo viraje de la Corte Suprema *Ámbito Jurídico*, Legis, año IX, No 198 del 3 al 23 de abril, p 17.

7 Colombia. Corte Suprema de Justicia Ob. Cit.

8 TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*, tomo I, LEGIS, Bogotá, 2007, p 136.

Con la prohibición se pretende evitar que en un momento dado se fusionen o confundan las dos instituciones, dando lugar a que ante un daño causado por la inexecución de un contrato, el perjudicado invocara términos de prescripción, carga de la prueba, etc., propios de la responsabilidad extracontractual, porque en un momento determinado le conviniese a sus intereses; es decir, que el perjudicado no tiene la opción de escoger el tipo de responsabilidad, ella está determinada por los hechos.

Esta prohibición denominada por la doctrina tradicionalmente como *prohibición de opción* es formulada,<sup>9</sup> de modo sintético por los Mazeaud de la siguiente manera: “En esta ocasión se encuentran reunidos los requisitos necesarios para que sea contractual la responsabilidad.

La víctima sufre por el incumplimiento de un contrato que ha celebrado. Por lo tanto, tiene la posibilidad de situarse en el terreno contractual. Pero prefiere acogerse a las reglas delictuales. ¿Tiene derecho a ello? ¿Está en libertad para elegir entre la acción delictual y la acción contractual?; ¿dispone de una opción?<sup>10</sup>

Permitir que el acreedor pueda prescindir del contrato y perseguir la responsabilidad del deudor conforme a las normas de la responsabilidad extracontractual sería entrar a desconocer la fuerza obligatoria del contrato y, aún más, sería desconocer aquellas cláusulas en que las partes pudieran haber eximido o limitado la responsabilidad del deudor. “*La Corte estima propicia la ocasión para reiterar su posición jurisprudencial en torno a las diferencias que, en la esfera jurídica patria, al amparo de la codificación del derecho privado, existen entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual, frente a las cuales es necesario destacar que, con respecto al ejercicio de la acción, éstas se distinguen, pues “la contractual sólo está en cabeza de quienes tomaron parte en el acuerdo o de sus causahabientes, que por la misma razón no pueden demandar por fuera de esa relación jurídica preexistente la indemnización del daño causado por la inexecución de las obligaciones acordadas, relación material ésta en la que ninguna injerencia tienen los terceros, quienes por el contrario sólo son titulares de acción de responsabilidad nacida de hecho ilícito, de la que también se pueden servir los*

9 La prohibición de opción en términos del jurista LARENZ: “el crédito por indemnización de daños, ya se base en infracción de contrato o acto ilícito, en cuanto su contenido sea el mismo, es un solo crédito con varios fundamentos o causas, pero que sólo una vez puede ser cumplido, sólo una vez reclamado judicialmente y sólo una vez cedido” citado por SANTOS BRIZ, Jaime. Ob. Cit. Pág.160.

10 MAZEAUD, Henri y León, y TUNC, Andrés. Ob. Cit. Pág. 263. TAMAYO JARAMILLO, Javier, plantea el problema en los siguientes términos: “entre las mismas partes y para cobrar un mismo daño, ¿la víctima podrá invocar contra el demandado, indistintamente, bien sea la responsabilidad civil contractual, bien la responsabilidad civil extracontractual? TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. Cit. tomo I, p 136.

*herederos del contratante afectado por el incumplimiento del acuerdo, cuando la culpa en que incurre el deudor les acarrea un daño personal”(Sentencia del 19 de abril de 1993, G.J. CCXXII, pág. 404)”.*<sup>11</sup>

Cabe recordar que nuestro código civil permite que las partes modifiquen las normas sobre responsabilidad contractual haciendo que el deudor tenga una responsabilidad menor e, incluso, eximiéndolo de responsabilidad.<sup>12</sup>

Para una clara comprensión del problema de la *prohibición de opción* es preciso señalar que éste es frecuentemente confundido, aún por sentencias de la misma Corte Suprema,<sup>13</sup> con otros fenómenos conexos, a saber: A) prohibición de cobrar dos veces el mismo daño; B) Prohibición de hacer un híbrido con las dos responsabilidades; C) La prohibición especial de acumular en el mismo proceso la acción contractual de pasajero fallecido en la ejecución del contrato de transporte y la extracontractual de los herederos por los daños causados a ellos por la muerte del pasajero prescrita en el art. 1006 del C.Co.; D) La demanda por un mismo daño a un responsable contractual y a otro tercero por la extracontractual

### **A. Prohibición de cobrar dos veces el mismo daño**

Hay un principio general del derecho que prohíbe cobrar dos veces un mismo daño que se debe tutelar en todo proceso de responsabilidad civil, que consulta la lógica y la justicia. Quién ha sufrido un daño causado por un tercero quien debe repararlo a la luz del derecho vigente, tiene el derecho a solicitar que se le indemnice ese daño en forma integral, cualquiera sea su naturaleza, patrimonial

11 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral, sentencia de septiembre 9 de 2000, expediente 5602, M.P Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

12 TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. Cit. tomo II, p 551 y ss.

13 Como señalamos en algunas ocasiones la Corte ha confundido algunos conceptos con la prohibición de opción, así por ejemplo en la sentencia de mayo 30 de 1980, la Corte Suprema de Justicia le concedía al pasajero lesionado la alternativa de demandar por responsabilidad contractual o por la extracontractual, este criterio no se compadece con el texto legal y no ha sido reiterado. En 1993 corrige el error sentado en 1980 y declara: “En cambio, tratándose del fallecimiento del pasajero en desarrollo de la ejecución de un contrato de transporte, la mencionada codificación no limitó dicha hipótesis a las reglas generales de la transmisión *mortis causa* de las acciones contractuales, que permitieran a sus causahabientes la reclamación de la correspondiente responsabilidad contractual por el fallecimiento del causante, contratante original, con fundamento en los artículos 993, 998 y 822 del Código de Comercio en armonía con el artículo 1008 del Código Civil; sino que, por el contrario, determinó consagrar una regulación especial que, reiterando la existencia de la responsabilidad contractual, transmitida su acción *mortis causa*, también permite la posibilidad del surgimiento de una responsabilidad extracontractual, en favor directo de los herederos, fundada en la muerte del pasajero; con la salvedad de que son incompatibles su reclamación acumulativa, pero en cambio factible su reclamación separada y sucesiva”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 abril de 1993. M.P. Pedro Lafont Pianetta.

o extrapatrimonial. Para lo anterior el derecho le concede una acción de responsabilidad civil, que será contractual o extracontractual dependiendo de la naturaleza de los hechos.<sup>14</sup>

La acción de responsabilidad civil es una acción para el cobro de perjuicios. Es contractual cuando los daños se causan por el incumplimiento de obligaciones nacidas de un contrato válido (obligaciones de la esencia, de la naturaleza o accidentales), y es extracontractual cuando no habiendo relación contractual entre las partes, el daño se ha causado por violación del principio general *nemin laedere* de que nadie puede causar daño a otro y en caso tal debe indemnizarlo (arts. 2341 al 2360 de Código Civil).

### **B. Prohibición de conformar un híbrido con las dos responsabilidades**

Las diferencias de origen de la responsabilidad contractual y la extracontractual implican un régimen jurídico específico en el Código Civil para cada una de ellas. En consecuencia no se pueda pretender en la demanda o en la sentencia, mezclar instituciones de una y otra clase de responsabilidad para estructurar el proceso de responsabilidad civil. Así por ejemplo sería absurdo aplicar en un mismo caso las prescripciones de la responsabilidad extracontractual y las normas de la mora, propias de la materia contractual; o acudir a las formas de responsabilidad objetiva extracontractual y determinar la competencia del juez aplicando los factores de jurisdicción y competencia de los contratos. Incluso este híbrido no se puede hacer en las hipótesis en que se acepta como excepción la prohibición de opción.

### **C. Prohibición de acumulación de acciones del pasajero fallecido y sus herederos del art.1006 del C. de Comercio**

El otro fenómeno jurídico que se debe distinguir es la prohibición que el código de comercio (art. 1006 C.Co.) establece en el caso del contrato de transporte para el caso de pasajeros fallecidos.<sup>15</sup> En esta hipótesis legal se prohíbe a los herederos de un pasajero fallecido el acumular simultáneamente en un mismo proceso la acción contractual y la extracontractual de que son titulares. No obstante

14 Cfr. TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. Cit. Tomo I, p 161 y ss.

15 Colombia. Art. 1006. C.Co Los herederos del pasajero fallecido a consecuencia de un accidente que ocurra durante la ejecución del contrato de transporte, no podrán ejercitar acumulativamente la acción contractual transmitida por su causante y la extracontractual derivada del perjuicio que personalmente les haya inferido su muerte; pero podrán intentarlas separada o sucesivamente”.

el legislador permite que cada acción, la hereditaria contractual y la personal extracontractual sean ejercidas en procesos separados o sucesivos.

Algunos han visto en esta prohibición la consagración legal de la comentada prohibición de opción, pero realmente es un fenómeno diferente. Al legislador comercial no le pareció sana la economía procesal y prefirió que el cobro de daños causados al pasajero fallecido y a sus herederos se tramitara por procesos diferentes y nunca en una sola demanda. La verdad y esto es criticable, no hay razón lógica ni de equidad para tal prohibición, pero mientras subsista el adefesio legal, es menester respetarlo en los casos que involucren el contrato de transporte. Otra cosa diferente y ese es error común, que algunos quieren aplicar extensivamente esta prohibición a todas las situaciones legales en que cónyuge e hijos sobrevivientes tienen en su cabeza radicadas las dos acciones la contractual y extracontractual para el cobro de perjuicios causados a ellos y a su padre o madre fallecidos.

En conclusión la prohibición de acumular simultáneamente en un mismo proceso la acción contractual del pasajero fallecido y la extracontractual de los herederos está circunscrita únicamente al contrato de transporte. En otros casos como el contrato de servicios médicos no hay norma que lo prohíba, por lo que se aplican los principios generales de acumulación de acciones del art. 82 del C.P.C.

#### **D. Demanda por un mismo daño contra un responsable contractual y a otro tercero por la extracontractual**

421

Algunos manifiestan que existe esta prohibición, pero no es correcto. Eso sí se puede hacer; piénsese por ejemplo si un organizador de espectáculos contrata a un famoso artista para una gira en una ciudad. Toda la campaña publicitaria, arrendamiento escenarios, equipos, etc. se hacen a expensas del empresario que invierte este dinero para el evento. Un tercero lesiona al artista y por lo mismo este se excusa y no cumple el contrato al empresario. Nada impide que el empresario demande por daños al artista por el incumplimiento del contrato- acción personal de responsabilidad contractual- y al tercero en acción personal de responsabilidad extracontractual por los daños sufridos al lesionar al artista y no poder sacar adelante su evento. En todo caso no podrá obtener doble indemnización por el mismo daño.

### **III. LA ACCIÓN CIVIL DEBE CORRESPONDER A LA NATURALEZA DE LOS DAÑOS**

Otro principio que se deriva consecuentemente de la prohibición de cobrar dos veces el mismo daño está el de que los demandantes deben incoar la acción de responsabilidad propia que les corresponde a la naturaleza de los daños causados. Los daños causados a la víctima fallecida por incumplimiento de las obligaciones del contrato de prestación de servicios médicos, por ejemplo se deben cobrar, en consecuencia, en ejercicio de una acción contractual. No pueden entonces *optar* por la vía extracontractual por considerarla más favorable a sus intereses. De ahí el nombre de *prohibición de opción*; es decir, que el perjudicado no tiene la opción de escoger el tipo de responsabilidad, pues ella está determinada por los hechos.

### **1. Daños causados a la víctima-fallecida y parte del contrato y a sus herederos**

El problema de la *prohibición de opción* cobra especial interés con la muerte de una persona que causa daños a la víctima directa y a sus herederos. Esos daños que son diferentes y causados a perjudicados diferentes, generan acciones de responsabilidad diferentes.

Cuando la víctima directa ha sufrido unos daños específicos la ley le concede una acción propia a la naturaleza de los hechos en que estos daños se producen para la reparación de los perjuicios. Como lamentablemente la víctima ha fallecido y él no puede ejercer sus derechos, su acción de responsabilidad pasa, en las mismas condiciones y términos a los herederos. Los herederos, entonces, son titulares de la acción hereditaria, para la reparación de los perjuicios causados al fallecido. Si obtienen la reparación de los perjuicios ese dinero entra a la masa herencial del causante para cubrir las acreencias que terceros tengan contra la sucesión y el remanente, si lo hay, será repartido entre herederos y legatarios en proporción a sus derechos legítimos. Es lo que la Corte recordó en la sentencia comentada: *“Como el paciente falleció sin haber reclamado tal indemnización, transmitió ese derecho a sus herederos, en este caso su cónyuge...quien pide para su sucesión. No advierte esta Sala reparo alguno respecto de la posibilidad de transmitir tal derecho”*.<sup>16</sup>

La acción hereditaria será contractual o extracontractual atendiendo a la naturaleza de los hechos. Si la víctima tenía un contrato con el responsable de los daños, entonces la acción es contractual y ejercida por los herederos, se denomina

16 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente, No. 14.491, del 18 de octubre de 2005. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. Publicada en Jurisprudencia y Doctrina Diciembre de 2005.

*acción hereditaria contractual*, es el caso de los pasajeros fallecidos, o los pacientes fallecidos por incumplimiento de un contrato de prestación de servicios de salud.

Si la víctima no tenía ninguna relación contractual con el responsable de los hechos, entonces la acción es extracontractual y ejercida en su nombre por los herederos para el cobro de los daños causados a la víctima directa, se denomina *acción hereditaria extracontractual*, sería el caso del peatón fallecido en accidente de tránsito.

Así entonces los herederos de una víctima fallecida son titulares de dos acciones: 1ª la acción hereditaria, que puede ser contractual o extracontractual y 2ª una acción personal de responsabilidad extracontractual para el cobro de los perjuicios sufridos por ellos. Aquí se precisa una distinción: Una cosa es ser titular de una acción y otra muy diferente el modo como se ejerce cada acción.

## 2. La acumulación de acciones

En principio cuando un demandante es titular de varias acciones contra un mismo demandado, el *modo de ejercer* esas acciones que la ley le permite es a través de la llamada *acumulación de demandas o acumulación de acciones* en un mismo proceso, para ser decididas por el mismo juez usando el mismo procedimiento (art. 82 C.P.C.). La pregunta que surge es si este principio general se aplica o no cuando un demandante es a la vez titular de una acción de responsabilidad civil hereditaria contractual- para el cobro de los perjuicios causados a la víctima fallecida- y otra acción personal de responsabilidad extracontractual- para el cobro de los perjuicios directos sufridos por los herederos por los mismos hechos y contra los mismos demandados-.

La regla general es que las dos acciones se pueden incoar en un mismo proceso, Tanto si son contractuales como extracontractuales.<sup>17</sup> Ahora bien, aquí viene el punto en que generalmente se presenta la confusión. Como los herederos de la víctima fallecida pueden ejercer dos acciones: la heredada del fallecido para el

17 Colombia. "Art. 82 -Decreto 2282 de 1989, modificación 34, El artículo 82 quedará así: "Acumulación de pretensiones. El demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, aunque no sean conexas, siempre que concurren los siguientes requisitos:

Que el juez sea competente para conocer de todas; sin embargo podrá acumularse pretensiones de menor cuantía a otras de mayor cuantía.

Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.

Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento (...).

También podrán formularse en una demanda pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados, siempre que aquellos provengan de la misma causa, o versen sobre el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia, o deban servirse específicamente de unas mismas pruebas, aunque sea diferente el interés de unos y otros..."



cobro de los perjuicios causados a él y la acción extracontractual para el cobro de los perjuicios causados a ellos, la pregunta es **si pueden en un mismo proceso tramitar las dos demandas**. La razón para que la ley lo permita es que tienen un trámite procesal similar; el proceso lo integran las mismas partes, mismos demandantes, mismos demandados; hay pruebas comunes, etc. Los principios del derecho procesal en estos casos, permiten, no obligan, por economía procesal, tramitar estas dos demandas en un mismo proceso, es lo que se denomina *acumulación de acciones*.

La lógica siempre recomienda este trámite común. No obstante en este caso, el derecho es exigente para que en este proceso común de ambas acciones no se violen otros principios de lógica y equidad como sería que se aprovechara la acumulación de acciones diferentes en cabeza de los herederos, la hereditaria y la personal extracontractual, para cobrar dos veces un mismo daño. Esto en sana lógica y en derecho es un despropósito que siempre se ha de evitar. Cuando por falta de técnica procesal el demandante invocando en su demanda la acción contractual pide la indemnización por daños causados a la esposa e hijos, vg. el daño moral sufrido por ellos, está incurriendo en una típica violación de la prohibición de opción y su acción está condenada a fracasar, pues no puedo invocar el incumplimiento de obligaciones contractuales para con la víctima fallecida y pedir con base en esto, los daños causados al cónyuge e hijos sobrevivientes. Si reclama los perjuicios causados a cónyuge e hijos debe señalar claramente en la demanda que lo hace en ejercicio de la acción propia que es la extracontractual.

Claro está que en esa misma demanda pueden acumular otra acción y pedir que el demandado también pague los daños causados a la víctima fallecida- insistimos que son diferentes a los causados a su cónyuge e hijos sobrevivientes- en ejercicio de la acción de responsabilidad civil contractual que la víctima hubiera ejercido en caso de haber sobrevivido y que ahora en su nombre o de la sucesión la ejercen los herederos como continuadores jurídicos del fallecido.

Precisamente en ese sentido es el caso *Cárdenas Lalinde* atrás comentado. Al casar la sentencia proferida el 14 de marzo de 2000, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, y revocar la correspondiente del Civil del Circuito, la Corte condenó a la sociedad demandada a pagar a la sucesión del paciente fallecido la suma de ocho millones de pesos (\$8.000.000.) M/CTE., por concepto de *“los perjuicios morales que éste padeció”* y que son en ejercicio de la acción contractual que se ejerció en el proceso por la viuda.

En punto de los perjuicios personales reclamados extracontractualmente por la demandante, la Corte condenó a la sociedad demandada a cancelar a la viuda del paciente fallecido, “*la cantidad de quince millones de pesos (\$15.000.000) M/CTE., como indemnización por los perjuicios morales que le fueron causados directamente en los hechos aquí debatidos.*”<sup>18</sup> (Sin resaltar el original). La Corte igualmente reconoció a la viuda el lucro cesante sufrido por ella con la muerte de su esposo y desestimó el daño emergente por falta de prueba válida en el proceso.

Como se ve, si los herederos saben precisar en la demanda la acción que ejercen y los daños que cobran en ejercicio de cada acción, no hay ninguna razón para que no puedan ejercer ambas acciones en un mismo proceso judicial. La Corte en tono clarificador se adelanta a las posibles críticas, infundadas, de que está permitiendo la opción, que como hemos dicho está prohibida:

*“Y no, advierte la Corte, hay que decirlo sin ambages, que esa acumulación de pretensiones violente las reglas procesales que regulan la materia y, mucho menos, las sustanciales que gobiernan la responsabilidad civil. No estas últimas porque si bien los hechos que soportan ambas reclamaciones fueron los mismos, los daños no lo son; la demandante está cobrando dos perjuicios distintos mediante sendas “acciones” de las cuales es titular; tampoco ha confundido el objeto de cada pretensión, toda vez que contractualmente está cobrando el perjuicio sufrido por su causante y extracontractualmente el personal. Por lo demás, no se advierte que en asuntos como el de esta especie exista norma que impida esa modalidad de acumulación de pretensiones ni ella repulsa las prescripciones del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil que regulan la materia.”<sup>19</sup>*  
(Sin subrayar el Original)

Lo que las partes y el juez deben vigilar celosamente es que no se utilice esta acumulación de pretensiones para que se violen tres principios que son inquebrantables: 1º que los demandantes no estén por esta vía cobrando dos veces el mismo daño y 2º que no estén cobrando daños que se cobran por la vía contractual ejerciendo la extracontractual o viceversa y 3º Hacer un híbrido producto de la mezcla de las dos acciones. En el segundo caso se estaría violando el principio que **prohíbe la opción** que la jurisprudencia y doctrina han sentado como principio de la responsabilidad civil. Es cierto y así debe seguir siendo, que los demandantes no pueden escoger a su antojo o capricho el tipo de acción para el cobro de unos perjuicios. No pueden cobrar daños causados por incumplimiento de obligaciones contractuales por la vía extracontractual, porque ésta en un mo-

18 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente, No. 14.491, del 18 de octubre de 2005. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. Publicada en Jurisprudencia y Doctrina Diciembre de 2005

19 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente, No. 14.491. Ob. Cit.

mento determinado les parezca más favorable por su régimen probatorio, carga de la prueba, prescripciones, etc. Los daños causados por regla general solo se pueden cobrar por en ejercicio de la acción civil de responsabilidad, contractual o extracontractual, atendiendo a la naturaleza de los hechos y no sometidos a la potestad de los demandantes.<sup>20</sup>

La prohibición de opción, que consiste en que ninguna perjudicado puede escoger el tipo de acción de responsabilidad civil para el cobro de sus perjuicios exige que se ha de ejercer acción civil que corresponda atendiendo al tipo de daño que va a cobrar: si propios, siempre la acción personal, si daños causados a la víctima fallecida, será siempre hereditaria

Por la naturaleza del proceso civil, nuestra legislación exige al juez que la sentencia sea congruente con las pretensiones de la demanda y los hechos, de modo que si se invocare una pretensión de condena con fundamento en una responsabilidad contractual y en el proceso no resultaren probados todos los supuestos de ella, el juez ha de absolver al demandado, así se acrediten los supuestos de una responsabilidad Aquiliana y ésta no haya sido invocada como pretensión dentro de la demanda.

*“Art. 305. C.P.C.- Modificado. Decreto 2282 de 1989, Art. 1o. Núm. 135. Congruencias. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.*

*No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta”.*

#### **IV. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE LA PROHIBICIÓN DE OPCIÓN**

Aunque de manera estricta no son excepción a la prohibición, la doctrina señala casos en los que sí puede haber facultad para el perjudicado de escoger entre la vía contractual o extracontractual porque de modo simultáneo hay una fuente aquiliana y otra contractual

Señala García Valdecasa como supuestos de hecho necesarios para que pueda hablarse de *conurrencia de acciones* de resarcimiento y consiguiente derecho del perjudicado a optar por cualquiera de ellas los siguientes:

<sup>20</sup> Este principio general tiene reconocidas excepciones: 1º incumplimiento del contrato que es a su vez delito penal y los casos de terceros sub-adquirentes en la acción que tienen contra el productor o vendedor inicial.

“Que el hecho causante del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro, es decir, violación de un deber con abstracción de la obligación contractual que se daría aunque ésta no hubiese existido. Se excluyen aquellos hechos acaecidos *con ocasión* de la ejecución de una obligación contractual, pero no dentro o en el marco de ella. Por ejemplo el pinto, que aprovecha su estancia en su lugar de trabajo para sustraer objetos de propiedad de quien le contrató.

El perjudicado por efecto de la doble infracción (contractual y delictual) ha de ser la misma persona, es decir, el acreedor contractual. Porque si el incumplimiento del contrato causa daño también a un tercero extraño a la relación contractual, entonces se acumularán dos responsabilidades sobre el deudor: la contractual frente al otro contratante y la delictual frente al tercero, y la posibilidad de una opción queda entonces descartada.

Por último, es también necesario que la doble infracción haya sido cometida por la misma persona, el deudor contractual, porque si en la producción del daño ha colaborado un tercero extraño al contrato, el perjudicado podrá dirigirse, contra los dos, si bien no podrá obtener dos veces la reparación del mismo daño”.<sup>21</sup>

En aplicación de estos principios que permiten la opción por vía excepcional, encontramos por caso los siguientes: incumplimiento del contrato que es a su vez delito penal y los casos de terceros subadquirentes en la acción que tienen contra el productor o vendedor inicial. Veámoslos

### **A. Incumplimiento del contrato tipificado como delito penal**

Cuando la conducta del causante del daño es simultáneamente una acción tipificada por el ordenamiento legal como delito y constituye un incumplimiento de una obligación nacida de un contrato, la doctrina ha entendido que en esta hipótesis, sí puede el perjudicado optar entre una u otra responsabilidad. La razón es lógica, ya que se dan por un lado todos los presupuestos de la responsabilidad contractual (el daño ha sido causado por una parte a otra por incumplimiento de alguna (s) de las obligaciones del contrato válidamente celebrado.) Tal es caso por ejemplo del arrendatario que dolosamente incendia la cosa dada en arriendo. Esa conducta es delito (acción de responsabilidad civil extracontractual) y a la vez constituye incumplimiento de obligaciones específicas nacidas del contrato.<sup>22</sup>

21 Citado por SANTOS BRIZ, Jaime. Ob. Cit. Pág. 102 y ss.

22 TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. Cit. Tomo I, p 139.

## **B. Acción del subadquirente contra el deudor inicial.**

Cuando en una cadena contractual, un tercer adquirente de una cosa sufre daños por la cosa adquirida tiene en primer lugar la acción contractual contra la contraparte por haberle incumplido la obligación, pero como él no tiene vínculo contractual con la primera persona su acción es aquilina. El típico caso se da en el caso de los consumidores frente a los productores. Muchas veces el consumidor final tiene la acción contractual contra el vendedor, de quien adquirió la cosa, pero puede también reclamar contra el fabricante con quien no tiene en estricto sentido un vínculo contractual

En sentencia C 1141 de 2000 La Corte Constitucional declaró exequible el artículo 11 del Estatuto del Consumidor (Decreto 3466 de 1982) en el que de modo expreso se consagra la facultad del subadquirente de demandar al productor o fabricante en ejercicio de la acción contractual por productos defectuosos. En aplicación de este criterio, la Corte Suprema de Justicia recientemente concedió acción contractual a un agricultor contra el productor de semillas que no germinaron, con fundamento en la obligación de garantía que tiene todo fabricante o productor con el consumidor a la luz de Estatuto del Consumidor y de artículo 78 de la Constitución.<sup>23</sup>

## **IV. LA PROHIBICIÓN DE OPCIÓN A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN**

Como mencionamos anteriormente el demandante debe precisar muy bien que acción de responsabilidad civil invoca para cobrar sus perjuicios pues un error en la técnica de la demanda puede llevar al fracaso con las pretensiones.

No obstante es importante advertir que a la luz de nuestra constitución (art 228) que establece el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimiento los jueces deben evitar en la medida de lo posible desechar las pretensiones de reparación por sujetarse a rigorismos civilistas de corte decimonónico. En este sentido es significativo el fallo de la Corte suprema de justicia en el que reconoció que un pasajero herido en un accidente de tránsito y quién había invocado equivocadamente en su demanda las normas de la responsabilidad extracontractual sí tenía derecho a la reparación por vía contractual haciendo una interpretación de la demanda y con fundamento en los hechos del accidente.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Colombia. Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia No. 23162 de 7 de febrero de 2007, M.P., César Julio Valencia Copete.

<sup>24</sup> Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 31 de octubre de 2001, expediente No. 5906.

La Corte casó la sentencia del Tribunal que había rechazado las pretensiones del demandante porque “*se equivocó al plantearlas dentro del ámbito de la responsabilidad civil extracontractual pese a que ésta difiere sustancialmente de la de tipo contractual, pertinente para el asunto*”.<sup>25</sup>

La Corte recordó que el objeto de los procedimientos es hacer efectivos los derechos reconocidos por la ley sustancial, de acuerdo con el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil y el artículo 228 de la Constitución Política, que consagra como principios explícitos de la administración de justicia en Colombia, la prevalencia del derecho sustancial y el derecho a una tutela judicial efectiva.

Expuso la Corte que la demanda debe “*examinarse no insularmente, sino armonizándola con sus razones fácticas y jurídicas*” y que son los hechos los que delimitan la causa petendi y hacen parte de la elaboración de la congruencia de la sentencia.<sup>26</sup>

Pide la Corte a los jueces aplicar la constitución y las leyes adecuadas al caso concreto, así las invocaciones de derecho hechas por las partes sean erradas, pues “*el juez está compelido a aplicar la norma correcta,<sup>27</sup> haya sido o no denunciada por la parte*” y concluye la sentencia:

*No obstante que en ninguna parte del texto del libelo introductorio se bautizó o se le puso nombre a las pretensiones formuladas, sino que simplemente se pusieron a consideración del fallador los hechos antes mencionados, los cuales sin ningún esfuerzo muestran que las pretensiones tienen su génesis en el incumplimiento del contrato de transporte por parte de la empresa demandada.*

*Es más, aún en el evento de una denominación incorrecta, dicha circunstancia no tenía por qué repercutir en el tratamiento jurídico del caso, puesto que corresponde al juzgador y no a los litigantes, definir el derecho en conflicto: jura novit curia”.<sup>28</sup>*

## VI. CONCLUSIÓN

En conclusión podemos afirmar:

1º El principio de la *prohibición de opción* sigue vigente en nuestro derecho, pues no pueden los demandantes escoger entre la responsabilidad contractual

25 Ibídem.

26 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Ob. Cit.

27 Es la misma tesis sostenida por TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. Cit. tomo I p. 146-147.

28 Ibídem.

o extracontractual para el cobro de sus perjuicios. La acción de responsabilidad civil está determinada por la naturaleza de los hechos y relación entre las partes.

2º Sigue vigente el principio de que no se puede cobrar dos veces el mismo daño y en tercer lugar, sí se puede acumular en un mismo proceso la acción hereditaria contractual y la personal extracontractual para el cobro de los respectivos daños causados a la víctima fallecida y a sus respectivos sucesores, siempre y cuando se guarden los siguientes criterios: a) la demanda se haga en forma técnica que permita dilucidar con claridad que no se está violando el principio de prohibición de opción, esto es cobrando perjuicios que corresponden a la acción contractual invocando la acción civil de responsabilidad extracontractual o viceversa, b) que las partes no cobran dos veces un mismo perjuicio y c) que no se trate de un contrato transporte, pues en este caso subsiste la anacrónica restricción del art. 1006 del C.Co. que la prohíbe; En este caso solo queda hacer las dos demandas simultáneas o de forma sucesiva, en las que no resta decir, tampoco se podrán cobrar dos veces un mismo daño ni invocar equivocadamente la acción de responsabilidad civil correspondiente.

3º) El artículo 228 de la Constitución Política que establece la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal debe jugar un mayor papel en la aplicación de la responsabilidad civil y en muchos casos permitirá al juez interpretar la demanda y corregir errores de derecho que planteen las partes al no invocar la acción civil de responsabilidad en que fundan sus pretensiones resarcitorias.

Como 4ª Conclusión hemos de afirmar que en el caso *Cárdenas Lalinde* la Corte no dio Sorpresivo viraje a la aplicación del principio de *prohibición de opción* ni el fallo se ha “llevado de calle una sólida y bien fundada tradición doctrinaria y jurisprudencial”.<sup>29</sup> Por el contrario éste caso reitera jurisprudencia en la materia y está dentro los criterios mayoritarios de la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera.

Como se ve el tema de *la prohibición de opción* por su carácter técnico puede resultar complejo, pero ninguno operador del derecho puede marginarse de conocerlo en profundidad y saberlo distinguir de fenómenos conexos.

29 FLÓREZ MORENO, Gonzalo. *Un sorpresivo viraje de la Corte Suprema* Ámbito Jurídico, LEGIS, año IX, No 198 del 3 al 23 de abril, p 17.

# REFLEXIONES PROCESALES SOBRE LA ACCIÓN DIRECTA EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

**María Cecilia Mesa Calle<sup>1</sup>**

## **CONTENIDO:**

La pretensión de la víctima o damnificado ante los jueces civiles, en ejercicio de la acción directa contra el asegurador.

Elementos de la pretensión de la víctima contra el civilmente responsable con base en la responsabilidad civil.

La Ley 45 de 1990, mediante la cual se expidieron normas en materia de intermediación financiera y de la actividad aseguradora, modificó igualmente algunas disposiciones del Código de Comercio relacionadas con el seguro de responsabilidad. Como novedad, el artículo 87 de la citada ley legitimó a la víctima para formular directamente en contra del asegurador su pretensión de indemnización, con base en el seguro de responsabilidad que ampare al causante del daño cuando éste ostente la calidad de asegurado, con lo cual quedó modificado lo dispuesto por el artículo 1133 del Código de Comercio, que prohibía expresamente la acción directa. La norma actual, dispone: *“En el seguro de responsabilidad civil los damnificados tienen acción directa contra el asegurador. Para acreditar su derecho contra el asegurador de acuerdo con el artículo 1077, la víctima en ejercicio de la acción directa podrá*

*en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador”*.<sup>2</sup>

1 Abogada Universidad Autónoma Latinoamericana. Especialista en Derecho Procesal U.P.B., Docente de la Universidad Autónoma Latinoamericana y Universidad CES de Medellín.

2 Colombia. Sentencia C.S. de J., Sala Civil y Agraria, 29 de junio de 2007, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Ref: Exp. N° 11001-31-03-009-1998-04690-01. “ (...) *Procurando estar a tono con las nuevas realidades sociales y económicas de la vida moderna, caracterizadas, en gran medida, por un estado de cosas generador de situaciones de riesgo potencial para los asociados y, por tanto, de nuevas circunstancias que comprometen la responsabilidad civil, el legislador de 1990 estimó necesario realizar sustantivas reformas, entre otras mate-*



El artículo 1127 del Código de Comercio, modificado por el artículo 84 de la comentada Ley 45 de 1990, señaló la naturaleza jurídica del seguro de responsabilidad civil, al establecer que: *“El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado.*

*Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055”.*

Se tiene, en consecuencia, que el seguro de responsabilidad pasó de proteger exclusivamente el patrimonio del asegurado, titular del interés asegurable, para constituirse en un seguro a favor de terceros. Mediante el seguro de responsabilidad, el asegurado, por un lado, persigue proteger su patrimonio de cualquier disminución o deterioro con motivo de determinada responsabilidad en que incurra, pero de otro lado, la víctima se convierte en la beneficiaria del seguro, y como tal, la ley le concede acción directa en contra del asegurador.

La legitimación de la víctima para demandar directamente al asegurador con base en la existencia de un seguro de responsabilidad vigente para la fecha del hecho que da base a la reclamación, y las formalidades y presupuestos necesarios para su efectividad, son temas que aún suscitan discusiones y polémicas de naturaleza procesal, no obstante la vigencia de la norma por más de tres lustros.

Las diferencias de criterios, y los cuestionamientos relacionados con el ejercicio de la acción directa se pueden conciliar correlacionando los postulados de la *Teoría General del Proceso* con las normas del Código de Comercio que regulan el contrato de seguro y, en especial, con la parte final del artículo 1133 de la obra citada, pues se advierte la opción que el legislador dejó abierta a la víctima de

---

*rias, a la aseguración y, particularmente, al seguro de daños, en torno del cual, en el artículo 84 de la ley 45 del citado año, modificadorio del precitado artículo 1127 del estatuto mercantil, consagró que esta clase de seguros “impone al asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley”; que “tiene como propósito el resarcimiento de la víctima” y que ésta, “en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado”. Adicionalmente, el artículo 87 de la misma ley, que transformó el sentido del también mencionado artículo 1133 ibídem, previó que “En el seguro de responsabilidad civil los damnificados tienen acción directa contra el asegurador”.*

integrar o no un litisconsorcio facultativo o voluntario por pasiva, acumulando, en una misma demanda, sus pretensiones en contra del asegurador y del responsable del daño, en atención a lo cual siempre tendrá la carga de *demostrar* la responsabilidad del asegurado. No es otro el sentido de la norma, cuando dispone: “(...) *Para acreditar su derecho contra el asegurador de acuerdo con el artículo 1077, la víctima en ejercicio de la acción directa podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador*”.

La citada disposición merece los siguientes comentarios. En primer lugar, indica que no se requiere que la víctima haya demostrado previamente la responsabilidad del asegurado en otro proceso como requisito de procedibilidad para ejercitar la acción directa contra el asegurador. En segundo lugar, la víctima tampoco tiene la carga procesal de señalar conjuntamente al asegurador y asegurado como litisconsortes necesarios por pasiva, pues la norma no lo exige, y la relación jurídica sustancial subyacente entre ellos en virtud del contrato de seguro no lo presupone, pues así como estos sujetos pueden tener el interés común de defenderse de las pretensiones del damnificado, también pueden tener intereses en conflicto, originados en el propio contrato de seguro, circunstancia que permite concluir que no se les podrá atribuir la calidad de litisconsortes necesarios. Este aserto se justifica aún más, cuando se verifica que asegurador y asegurado no son siquiera deudores solidarios de la víctima, pues la obligación que eventualmente surge para cada uno de ellos encuentra su fuente en el contrato y en la ley, respectivamente, sin que exista disposición contractual ni legal que acredite que su obligación es solidaria.

Obviamente, la sentencia que se pronuncie en el proceso en que el asegurador es señalado como demandado exclusivo, no le será oponible al asegurado, pues no siendo codemandado en virtud de la acumulación subjetiva de pretensiones, los efectos interpartes de la cosa juzgada sólo vincularían a la víctima y al asegurador, quedando a salvo los derechos del asegurado.

Con la convicción de que la víctima está legitimada en la causa para formular su pretensión exclusivamente en contra del asegurador, sin que deba integrar un litisconsorcio necesario por pasiva con el civilmente responsable del daño - opinión contraria a la de ilustres juristas -,<sup>3</sup> este análisis tiene el propósito de demos-

3 JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. La Acción Directa en el Seguro Voluntario de Responsabilidad Civil y en el Seguro Obligatorio de Automóviles. Revista Ibero- Latinoamericana de Seguros, núm. 8, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, pág. 149. “No se concibe, por lo menos en sana lógica, que pueda condenarse al asegurador sin que previamente se haya establecido la responsabilidad del asegurado.

trar la validez de la tesis, partiendo de un estudio predominantemente procesal, para lo cual se consideran las alternativas de demandar exclusivamente al asegurador, y la posibilidad de optar por la acumulación subjetiva de pretensiones, demandando en un mismo proceso al civilmente responsable y al asegurador, integrando un litisconsorcio facultativo pasivo, con las consecuencias jurídico procesales de una y otra opción.

## 1. LA PRETENSIÓN DE LA VÍCTIMA O DAMNIFICADO ANTE LOS JUECES CIVILES, EN EJERCICIO DE LA ACCIÓN DIRECTA CONTRA EL ASEGURADOR.

El legislador le concedió *acción directa* a la víctima o damnificado contra el asegurador. El término *acción directa*, impropriamente utilizado por el legislador desde la óptica de la Teoría General del Proceso,<sup>4</sup> se refiere es a la posibilidad de que la víctima, en ejercicio del derecho de acción, formule *pretensión*<sup>5</sup> o reclamo fundado directamente en contra de asegurador cuando exista un seguro de responsabilidad.

En consecuencia, tratándose de la *pretensión de la víctima contra el asegurador*, resulta forzoso desentrañar tanto la naturaleza de la pretensión de la víctima como los elementos que la conforman.

### 1.1 Naturaleza procesal de la pretensión de la víctima contra el asegurador

Con relación a la naturaleza de la pretensión, la Teoría General del Proceso clasifica las pretensiones en consideración a la clase de pronunciamiento pretendido, coincidiendo, a su vez, con los tipos de procesos que tienen la misma denominación.

La pretensiones, y por ende, los procesos, pueden ser *cognoscitivos o declarativos, ejecutivos, y precautelativos*, según el pronunciamiento que correlativamente se espera del juez en la sentencia. Las pretensiones declarativas se subdividen, a

---

Sabido es que en un Estado de derecho no es posible realizar un reproche de responsabilidad, es decir responsabilizar a una determinada persona, sin que se le haya oído y vencido en juicio”.

4 QUINTERO, Beatriz, PRIETO, Eugenio. *Teoría general del proceso*, Tercera Edición, Editorial Temis, 2000, pág. 255 “La doctrina moderna en general, y pese a los matices de importancia que le concedan, acepta la distinción entre los conceptos de pretensión y de acción y en los modernos códigos procesales, tanto civiles como penales, se alude expresamente al término pretensión, como el acto de reclamo concreto (recuérdese, la pretensión es siempre un reclamo), a la par que de acción, como de derecho abstracto”.

5 AGUDELO RAMÍREZ, Martín. *Introducción al estudio del derecho procesal*. Señal Editora, Medellín, 2000, Pág. 245. “No consiste en un mero reclamo o petición, sino en un acto jurídico unilateral fundado en el derecho de acción, que delimita generalmente el marco del *thema decidendum*”.

su vez, en pretensiones *declarativas puras*, *declarativas constitutivas* y *declarativas de condena*. Las primeras, las *declarativas puras*, son pretensiones que buscan que el juez declare la existencia o inexistencia de un derecho o relación jurídica, “*sin que se trate de imponer al demandado ninguna responsabilidad, ni de alegar incumplimiento (...)*”.<sup>6</sup> Estas pretensiones, de tener éxito en el proceso, dan lugar a sentencias que satisfacen la pretensión del demandante con la sola sentencia, sin necesidad de acudir a otro tipo de procesos o trámites adicionales para lograr la efectividad de la misma. Es el caso de la declaración de filiación extramatrimonial o declaración de pertenencia, cuyas sentencias sólo deben ser inscritas en el registro público correspondiente para que el demandante vea satisfecha su pretensión.

La pretensión *declarativa constitutiva*, persigue la modificación o extinción de relaciones jurídicas preexistentes, como sucede con el divorcio o la separación de bienes. La efectividad de estas sentencias tiene lugar con la anotación de la sentencia en el correspondiente registro civil de matrimonio. Sin embargo, este tipo de pretensiones declarativas constitutivas, puede presentar una modalidad mixta, como ocurre con la pretensión de restitución de inmueble arrendado, mediante la cual se verifica en el proceso la existencia de una causal que configura la terminación del contrato de arrendamiento y se condena al demandado a restituir el bien al arrendador. El demandante verá cumplidas sus expectativas con la entrega del bien, que podrá verificarse voluntariamente por el demandado o, en su defecto, a través de la diligencia de entrega.

Por último, las *pretensiones declarativas de condena*, tienen el propósito de imponer al demandado en la sentencia una obligación de dar, de pagar sumas de dinero, hacer o no hacer. Si la prestación no es satisfecha voluntariamente por la parte demandada, dan lugar a un posterior proceso de ejecución con base en la sentencia como título ejecutivo. “*Tiene lugar cuando una parte pretende frente a la otra, que ésta reconozca la existencia de un derecho de la primera, quede obligada por él y lo satisfaga, o que quede sujeta a las consecuencias del incumplimiento de una obligación suya y se le imponga la consecuente responsabilidad (...) Toda sentencia de condena sirve de título ejecutivo, pues no se concibe una que imponga la prestación o sanción, sin que pueda hacerse cumplir*”.<sup>7</sup>

Las pretensiones *declarativas puras*, *constitutivas* y *de condena*, son todas pretensiones principales y autónomas. Su prosperidad depende de la exitosa prueba de los supuestos de hecho de la norma y no del éxito de otra pretensión diferente.

6 CHIOVENDA, Giuseppe. Principios de Derecho Procesal Civil, Madrid, 1922, T. I, Págs. 155-165.

7 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General del Proceso, Tercera edición revisada y corregida, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004, pág. 163.

La anterior ilustración permite colegir, sin mayor dificultad, que la naturaleza de la pretensión de la víctima en contra del asegurador, es *declarativa de condena*, pues lo que satisface a la víctima es el pago de la suma asegurada consignada en la póliza, o por lo menos, la suma que logre demostrar como *cuantía de su pérdida*, y sólo hasta el límite asegurado, según se trate *daños a bienes de terceros, muerte o lesiones, incapacidad permanente o temporal, etc.*, de acuerdo con el caso. La víctima persigue que se condene al asegurador a pagarle la indemnización prevista en la póliza de responsabilidad, como beneficiario de la misma. De no cumplir el asegurador con el pago de la condena impuesta, la víctima tendrá la alternativa de iniciar posteriormente un proceso ejecutivo para lograr la tutela jurisdiccional efectiva.

Situación similar se presenta en los procesos de responsabilidad civil, cuando la víctima pretende indemnización contra el causante del daño o los terceros civilmente responsables. Existe el error frecuente de formular demanda solicitando, como objeto de la pretensión principal, *que se declare a X civilmente responsable, y que, como consecuencia de dicha declaración, se le condene a indemnizar al demandante*, planteando impropriamente como consecencial una pretensión que tiene el carácter de principal. La declaración que satisface a la víctima es la de condena. La responsabilidad se constituye en el supuesto fáctico de la pretensión y no en su objeto. La responsabilidad debe ser alegada y demostrada con el objeto de que el juez pueda proferir condena a indemnizar, quedando, así, satisfecha la pretensión del demandante.<sup>8</sup>

En el evento en que el damnificado opte por acumular subjetivamente pretensiones en un solo proceso en contra del civilmente responsable y en contra del asegurador (en ejercicio de la acción directa), estará acumulando dos pretensiones declarativas de condena principales y autónomas, cada una diferenciable de la otra por sus elementos estructurales, como se verá más adelante.

De ahí que en virtud del ejercicio de la acción directa de la víctima en contra del asegurador, no sea necesario probar previamente en otro proceso la responsabilidad del asegurado, ni integrar el contradictorio conformando un litisconsorcio necesario por pasiva entre asegurador y asegurado, máxime

---

8 QUINTERO DE PRIETO, Beatriz, *Teoría Básica de la Indemnización, Manual de Responsabilidad Civil*, Editorial Leyer, 2000, pág. 43. "Se entiende por elementos de la responsabilidad, aquellas circunstancias o condiciones de existencia normalmente necesarias y suficientes para configurar el nacimiento, en un caso dado, de la obligación de reparar, que es la base de la responsabilidad".

cuando la sentencia que se profiera no necesariamente será uniforme para ambos, en los términos del artículo 51 del Código de Procedimiento Civil.<sup>9</sup> Es más: entre asegurado y asegurador, no se conforma siquiera un litisconsorcio cuasinesesario que pueda dar lugar a la intervención litisconsorcial del asegurado en el proceso que se adelanta contra el asegurador, en los términos del inciso 3º del artículo 52 del Código de Procedimiento Civil, pues los efectos jurídicos de la sentencia no se extenderían al asegurado. No existe solidaridad entre asegurador y asegurado, toda vez que la ley no la ha previsto para estos sujetos de derecho, y, contractualmente, la estructura y diseño del seguro no permite pacto en este sentido. Estas afirmaciones resultan más comprensibles al analizar los elementos de las pretensiones aludidas.

Si la víctima opta por señalar como codemandados en un mismo proceso al asegurado, con ocasión de su responsabilidad civil, y al asegurador, con fundamento en la póliza de responsabilidad civil que ampara al asegurado, en ejercicio de la acción directa, podrá hacerlo ya que se reúnen los presupuestos del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil para la acumulación objetiva (*juez competente, trámite, pretensiones no excluyentes*) y subjetiva de pretensiones,<sup>10</sup> pues el artículo 1133 del Código de Comercio lo permite, conformándose un litisconsorcio facultativo por pasiva.

## 1.2 Elementos de la pretensión de la víctima contra el asegurador en ejercicio de la acción directa

Constituyen elementos de toda pretensión, *el subjetivo, el causal y el objetivo*. En lo concerniente específicamente a la pretensión de la víctima contra el asegurador, sus elementos son los siguientes:

### 1.2.1. Sujetos de la pretensión

Igual que en cualquier pretensión, el elemento subjetivo es plural, conformado por el *sujeto supraordenado* o juez competente; *sujeto activo*, demandante o pretensor; y *el sujeto pasivo*, personificado por el demandado o parte resistente.

9 Colombia. Art. 51 CPC. “Cuando la cuestión litigiosa haya de resolverse de manera uniforme para todos los litisconsortes, los recursos y en general las actuaciones de cada cual favorecerá a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio sólo tendrán eficacia si emanan de todos”.

10 Colombia. Art. 82, inciso 3º del CPC: “También podrán formularse en una demanda pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados, siempre que aquéllas provengan de la misma causa, o versen sobre el mismo objeto, o se hallen entre sí en una relación de dependencia, o deban servirse específicamente de unas mismas pruebas, aunque sea diferente el interés de unos y otros”.

*Sujeto Supraordenado.* Tratándose de la pretensión de la víctima dirigida contra el asegurador, el competente será el *juez civil*, de acuerdo con la naturaleza y la cuantía de la misma, pues se trata de un asunto contencioso que puede ser de mínima, menor o mayor cuantía, lo que determina la competencia del juez civil municipal en única o primera instancia, o del juez civil del circuito en primera instancia, aplicando lo dispuesto por los artículos 12, 14, numeral 1º, 15, numeral 1º y 16, numeral 1º, del Código de Procedimiento Civil, concordado con el artículo 20, numerales 1 y 2, de la misma codificación.

Aplicando el factor territorial, es forzoso hacer las siguientes precisiones:

a) Si el asegurador es señalado como único demandado, será competente el juez civil municipal o del circuito del *domicilio principal de la sociedad, o de la sucursal o agencia*, a prevención, cuando el asunto se encuentre vinculado a una de estas últimas, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 7º del artículo 23 del CPC. Esta afirmación se explica en cuanto que la demanda se fundamenta en la existencia del contrato de seguro de responsabilidad, sin que interese el tipo de responsabilidad que deba ser demostrada. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto por el artículo 46 del Decreto 2651 de 1991, adoptado como legislación permanente por la Ley 446 de 1998, que dispone, “*En los procesos contra una sociedad, además de la competencia indicada en el numeral 7º del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, es competente a prevención el juez del domicilio del representante legal de aquella*”.

b) Si el demandante decide acumular subjetivamente pretensiones contra el asegurador y el civilmente responsable, la competencia territorial se amplía en atención a lo prescrito por el numeral 3º del artículo 23 del CPC, con base en lo cual será competente el *juez civil municipal o del circuito del domicilio de cualquiera de los demandados, a elección del demandante*.

c) Si se acumulan subjetivamente pretensiones en contra del asegurador y del civilmente responsable, con base en la responsabilidad civil extracontractual, el fuero concurrente se abre a otra posibilidad adicional, por virtud de lo dispuesto por el numeral 8º del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, según el cual, “*En los procesos por responsabilidad extracontractual, será también competente el juez que corresponda al lugar donde ocurrió el hecho*”.

*Sujeto activo.* De conformidad con los textos de los artículos 1127 y 1133 del Código de Comercio, el beneficiario del seguro de responsabilidad, y, en consecuencia, el legitimado en la causa para pretender directamente en contra el ase-

gurador, es la víctima o el damnificado que haya derivado *perjuicios patrimoniales* causados por el asegurado, con ocasión de determinada responsabilidad.

La norma no distingue entre víctimas directas o víctimas de rebote. Se trata de cualquier persona, natural o jurídica, o sus causahabientes que hayan sido objeto de un daño o perjuicio, incluido el asegurador en ejercicio del derecho de subrogación que le confiere el artículo 1096 del Código de Comercio, cuando se coloca en la posición de la víctima indemnizada por él, para reclamar la indemnización de otro asegurador.

La norma contempla una calificación para conceder legitimación a la víctima que haya derivado *perjuicios patrimoniales* del hecho externo imputable al asegurado, lo que conlleva la coexistencia de determinada responsabilidad (contractual, extracontractual, profesional, etc.) y un seguro de responsabilidad que la ampare. En consecuencia, la víctima que haya derivado sólo perjuicios de orden extrapatrimonial como perjuicios morales, o perjuicios de la vida de relación, o perjuicios estéticos, no tendría acción directa en contra del asegurador por no estar legitimada en la causa. Reitero que se analiza la pretensión cuando la víctima elige, como beneficiario del seguro de responsabilidad, no acumular pretensiones en contra del civilmente responsable, sea asegurado o no, pues en caso de acumular subjetivamente pretensiones en contra de este último, sus posibilidades, así como su legitimación, se amplían, lo que se analizará más adelante.

*Sujeto pasivo.* El llamado a resistir la pretensión de la víctima en virtud de la acción directa consagrada por el artículo 1133 del Código de Comercio, es *el asegurador*, como parte que es de un contrato de seguro de responsabilidad cuya obligación condicional es la de indemnizar los perjuicios patrimoniales que haya causado el asegurado con motivo de determinada responsabilidad.

### **1.2.2. Causa de la Pretensión**

Toda pretensión tiene su fundamento o causa en los acontecimientos que dan lugar a ella y en los fundamentos jurídicos que la respaldan. Es así como la causa de la pretensión se manifiesta mediante dos facetas que se complementan entre sí: la *causa fáctica* y la *causa jurídica*. La primera se configura por aquél conjunto de hechos que deben ser alegados y demostrados con el fin de que la pretensión tenga éxito. Se trata del cúmulo de supuestos de hecho que necesariamente deben ser demostrados por el pretensor, en orden a que el juez pueda estimar su pretensión en la sentencia de fondo.



La víctima, como sujeto activo de la pretensión contra el asegurador, tiene la carga procesal de alegar y probar los siguientes hechos:

*La calidad de víctima.* La normatividad sobre el seguro de responsabilidad, no define el concepto de víctima, razón por la cual se trata así a todo sujeto de derecho que haya derivado perjuicios directos o indirectos del hecho dañoso o de la omisión que haya lesionado un bien jurídico suyo de orden patrimonial. Como se explicó anteriormente, la única condición que legitima a la víctima para ejercitar la acción directa, consiste en que el asegurado responsable le haya causado perjuicios de orden patrimonial.

La existencia de un contrato de seguro de responsabilidad (contractual, extracontractual, profesional, etc.), vigente para la fecha del hecho que da origen a la reclamación, y cuyo asegurado es señalado como el civilmente responsable. No obstante ser el contrato de seguro consensual, su prueba tiene tarifa legal, pues sólo puede ser demostrado *por escrito o por confesión*, de conformidad con el artículo 1046 del Código de Comercio. Por *escrito*, se entiende la póliza. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia han coincidido en afirmar que puede tratarse de cualquier escrito que contenga la identidad de las partes y los elementos esenciales del contrato de seguro, en la forma establecida por el artículo 1045 del C. de Co.: *interés asegurable, riesgo asegurable, la prima o el precio del seguro y la obligación condicional del asegurador.*<sup>11 12</sup>

La responsabilidad del asegurado (contractual, extracontractual, profesional, etc., sin perjuicio de las presunciones de responsabilidad a que haya lugar o la responsabilidad objetiva de que se trate), lo que presupone la demostración de los elementos que la conforman: *el hecho, la culpa, el daño y el nexa causal.*

La ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio, concordado con el artículo 1133 de la obra citada. El *siniestro*, es el hecho externo que da origen a la reclamación de la vícti-

11 ORDÓÑEZ O., Andrés E., Lecciones de derecho de seguros N<sup>o</sup>. 1. Cuestiones generales y caracteres del contrato. Universidad Externado de Colombia. "A mi manera de ver no hay duda de que tal como está redactada la ley, el sentido correcto de la misma es que debe existir un documento en el que consten, por lo menos, como se dijo anteriormente, la identidad de las partes y los elementos esenciales del contrato de seguro, y dentro del cual se haya acreditado además el consentimiento recíproco de las partes."

12 Colombia. Sentencia del 16 de noviembre de 2005, C.S. de J., Sala Civil y Agraria, M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno, Expediente 09539-01 de 2005: " (...) El escrito puede ser denominado póliza, cuyo original incluso está obligado el asegurador a entregar al tomador, "con fines exclusivamente probatorios", como lo señala el mismo artículo 1046, u otro cualquiera con tal de que sea lo suficientemente idóneo para deducir el acuerdo de voluntades y los elementos esenciales del mismo, sin los cuales "el contrato de seguro no producirá efecto alguno", como lo previene el artículo 1045 del Código de Comercio, y que permite constatar, como apenas es natural, quiénes son los sujetos contratantes, el objeto, la cobertura, la vigencia y la prima pactada, entre los más connotados".

ma, amparado por el seguro de responsabilidad. La *cuantía de la pérdida*, aspecto exigente, hace relación no sólo al hecho de haber resultado perjudicado patrimonialmente a raíz de la ocurrencia del siniestro, sino a la demostración de la cuantía de dicho perjuicio, estableciendo concretamente el monto real del daño emergente y lucro cesante en cualquiera de sus modalidades.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 1128 del Código de Comercio, la víctima tiene la posibilidad de acumular objetivamente en contra del asegurador, la pretensión de condena a pagar, aun en exceso de la suma asegurada, el valor cancelado por los *costos del proceso*. De ser el caso, tendrá la carga de afirmar cuáles han sido los costos en que ha incurrido con ocasión del proceso (no se refiere a costas del proceso), y deberá demostrarlos oportunamente con pruebas idóneas.<sup>13</sup>

Complementa la *causa fáctica de la pretensión*, la *causa jurídica*, la que se materializa en todos los fundamentos de derecho que soportan jurídicamente la reclamación. En este sentido, la víctima invocará el conjunto de normas legales que la habilitan para pretender directamente contra el asegurador y las normas que regulan el contrato de seguro, en especial, el seguro de responsabilidad civil. La misma previsión tendrá con relación a las normas, jurisprudencia y doctrina que fundamentan el tipo de responsabilidad que debe demostrar en cabeza del asegurado.

### 1.2.3. El objeto de la pretensión

Constituye la reclamación concreta del actor. Es la declaración que se pide al juez efectuar en la sentencia, plasmando la consecuencia jurídica de la norma en la cual se tipifica la conducta o la obligación que da lugar a ella. Es la tutela jurídica impetrada.<sup>14</sup>

Como se estableció anteriormente, el objeto de la pretensión principal de la víctima contra el asegurador, es declarativa de condena: De conformidad con el artículo 1127 del Código de Comercio, “*El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley (...)*.” Por ende, el querer de la víctima va encaminado a que en la sentencia se condene al asegurador a indemnizar los perjuicios patrimoniales que le haya

13 DÍAZ GRANADOS, Juan Manuel. El Seguro de Responsabilidad. Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, Págs. 266 a 269. “Los gastos también cobijan los generados por las audiencias de conciliación de carácter extrajudicial.” (...) “En la práctica, es posible establecer sublímites de los gastos, obviamente con una orientación hacia la razonabilidad de los mismos, también involucrar acuerdos previos de las tarifas y honorarios que resultarían aplicables”.

14 MESA CALLE, María Cecilia. Derecho Procesal Civil Parte General. Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 2004, Pág. 266.

causado el asegurado en los términos del contrato de seguro, y hasta el límite del valor asegurado, pretensión que deberá prosperar cuando la víctima logra demostrar dentro del proceso los supuestos de hecho de la pretensión: *su calidad de víctima, la existencia de un contrato de seguro de responsabilidad, la responsabilidad del asegurado, la ocurrencia del siniestro y los perjuicios patrimoniales y su cuantía.*

Podrá acumularse objetivamente a la pretensión de condena a la aseguradora, la de pagar los costos del proceso, en los términos del artículo 1128 del Código de Comercio.

Quedan así explicitados los elementos estructurales de la pretensión de la víctima en contra del asegurador, verificándose que únicamente es necesario demostrar la responsabilidad del asegurado sin que sea necesaria su vinculación material al proceso como codemandado. Sin embargo, el demandante siempre gozará de la opción de vincularlo, acumulando subjetivamente pretensiones, pues en muchas ocasiones la cobertura de la póliza de responsabilidad civil no será suficiente para satisfacer a la víctima, quien querrá que el causante del daño y los demás terceros civilmente responsables, paguen el exceso que no cubra el asegurador.

## **2. ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN DE LA VÍCTIMA CONTRA EL CIVILMENTE RESPONSABLE CON BASE EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL.**

Este análisis se hace de manera general y sucinta, ya que el tema central de estudio no lo exige. Igualmente, se hace sin consideración a que la víctima opte o no por acumular la acción directa contra el asegurador, pues, en cualquier caso, los elementos estructurales de una y otra pretensión no varían. Tendrá que considerarse en cada uno de los siguientes elementos, la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad que se alega.

### **2.1 Sujetos de la pretensión**

El elemento subjetivo se configura, así:

El *sujeto supraordenado o juez competente* es el juez civil municipal en única o en primera instancia o civil del circuito en primera instancia, pues se trata de un asunto de naturaleza civil y contencioso sujeto a cuantía, en aplicación de lo dispuesto por los artículos 12; y los numerales 1º de los artículos 14, 15, y 16; 19; y 20, numerales 1y 2, del Código de Procedimiento Civil.

De conformidad con el factor territorial, se presenta un fuero concurrente, ya que será competente, a elección del demandante, el juez del domicilio del demandado, si es persona natural o del domicilio principal de la sociedad (como se explicó anteriormente); o de cualquiera de los demandados, si son dos o más, o el juez del lugar donde ocurrieron los hechos, si se trata de un proceso de responsabilidad civil extracontractual, de conformidad con los artículos 23 numerales 1, 2, 3, 7 CPC.

*Sujeto activo*, es la víctima, directa o de rebote, que haya derivado perjuicios de cualquier naturaleza del hecho dañoso o de la inejecución del contrato, que pueden comprender daño emergente, lucro cesante, perjuicio moral, perjuicio de vida de relación, perjuicio estético, etc., esto es, perjuicios patrimoniales o extrapatrimoniales.

*Sujeto pasivo*, será el deudor o contratante incumplido o el causante del daño; también, los terceros civilmente responsables o sus causahabientes. Al analizar este elemento, el demandante deberá evaluar aspectos como la solidaridad y la posibilidad de conformar un litisconsorcio facultativo por pasiva.

## 2.2 Causa de la Pretensión

Como se explicó antes, la causa de la pretensión es *fáctica y jurídica*. En la pretensión de responsabilidad civil, la causa fáctica está determinada por todos aquellos hechos u omisiones que dan origen a la misma y deben ser aducidos y demostrados satisfactoriamente por el demandante, con el fin de que el juez pueda estimar su pretensión en la sentencia. En consecuencia, el actor debe alegar *el hecho u omisión dañoso (contractual o extracontractual), la culpa (si la responsabilidad es subjetiva), el daño (naturaleza, características, cuantía), nexo de causalidad, calidad en que se cita al demandado (autor directo, tercero civilmente responsable, etc.)*.

Mediante la causa jurídica, se plantean concisamente todos los fundamentos jurídicos de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, según el caso: normas legales, jurisprudencia y doctrina.

## 2.3 El objeto de la pretensión

Se trata de una pretensión declarativa de condena. La víctima verá satisfecha su pretensión con la condena a indemnizar los daños patrimoniales y extrapatrimoniales que el juez le imponga a la parte demandada en la sentencia y, lógicamente, su posterior pago por el deudor.

Se encuentran así establecidos los elementos de la pretensión de responsabilidad civil. Puede confirmarse que la pretensión de la víctima en contra del asegurador y la pretensión de la víctima en contra del responsable del daño, no son pretensiones idénticas, aunque gozan de elementos comunes, lo que permite su acumulación en una sola demanda, como se explicó anteriormente. ¿Qué ventajas o desventajas puede traer a la víctima la decisión de demandar conjunta o separadamente al asegurador y asegurado responsable, y qué consecuencias procesales se derivan de dicha decisión? Este interrogante merece los siguientes comentarios:

La demanda directa contra el asegurador sin vinculación del asegurado, es una opción que se justifica cuando la víctima analiza la existencia de un contrato de seguro de responsabilidad como su única posibilidad de obtener una indemnización efectiva, aunque no siempre satisfactoria, pues no serán pocos los casos en los cuales el civilmente responsable no tendrá otros medios para responder patrimonialmente por el daño causado.

En este evento, las aspiraciones de la víctima se verán limitadas por los términos del contrato de seguro y la legislación que rige la materia, así:

1. La redacción del artículo 1127 del Código de Comercio, que establece que la víctima puede pretender contra el asegurador la indemnización de los *perjuicios patrimoniales* causados por el asegurado responsable del daño. En este orden de ideas, la víctima no podría aspirar a la indemnización de perjuicios extrapatrimoniales cuando no reclame contra el asegurado. Aquí, el seguro estaría cumpliendo una de sus funciones: la indemnizatoria a favor del beneficiario víctima en los términos de la ley, pero no la de proteger el patrimonio del asegurado.

Si la víctima decide demandar conjuntamente al asegurado y al asegurador en una misma demanda, el asegurado siempre tendrá la carga procesal de llamar en garantía al asegurador para que el seguro cumpla, además de la función reparatoria de la víctima, la función de protección de su propio patrimonio, pues no puede perderse de vista que el interés asegurable que le asiste al asegurado en el contrato de seguro de responsabilidad es evitar cualquier disminución patrimonial a causa de las indemnizaciones que deba asumir.

Sea que se demande al asegurado en el mismo proceso en que se demanda al asegurador, o en otro proceso independiente, anterior, simultáneo o posterior, el asegurado deberá llamar en garantía al asegurador, invocando el derecho contractual que le asiste de pretender de éste el *reembolso total o parcial del pago que*

*tuviere que hacer con ocasión de la sentencia.*<sup>15</sup> El llamamiento en garantía contiene la *pretensión revérsica* del asegurado en contra del asegurador, y es el instrumento procesal de que dispone el asegurado para que se le reconozcan las prestaciones a que tiene derecho. Es ese el sentido de la parte final del artículo 1127 del Código de Comercio, que trata de la naturaleza jurídica del seguro de responsabilidad, cuando expresa: “(...) *y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado*” (subrayas fuera del texto).

Si el asegurado omite formular el llamamiento en garantía, corre el grave riesgo de perder el derecho a que el asegurador le reembolse total o parcialmente cualquier pago efectuado por virtud de una condena a favor de la víctima, pues el término de prescripción que corre en su contra será de dos años, contado a partir de la fecha en que la víctima le formule su reclamación judicial o extrajudicialmente, afirmación que tiene sustento jurídico en los artículos 1081 y 1131 del Código de Comercio.

2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1044 del Código de Comercio, *salvo estipulación en contrario, el asegurador podrá oponer al beneficiario las excepciones que hubiere podido alegar contra el tomador o el asegurado, en casos de ser éstos distintos de aquél*. En consecuencia, no es necesario que el asegurado sea parte en el proceso para que el asegurador demandado pueda oponerle a la víctima demandante todas las excepciones que hubiera podido alegarle al asegurado, como por ejemplo, la terminación automática del contrato de seguro por no pago oportuno de la prima, riesgos no asumidos, exclusiones legales y contractuales, límites o valores asegurados, deducibles, etc.

3. La sentencia que se pronuncie en este proceso tiene efectos interpartes, y vincula únicamente a la víctima y al asegurador, dentro de los límites de los elementos estructurales de la pretensión aducida (sujetos, causa y objeto). En otras palabras, los efectos de la cosa juzgada sólo los cobijan a ellos. En consecuencia, la víctima, de optar por la alternativa que se analiza, siempre conservará el derecho de reclamar posteriormente en contra del asegurado responsable, en otro proceso, pretendiendo conceptos no cubiertos por la póliza de responsabilidad en la sentencia proferida. Naturalmente, los actos procesales, y entre ellos, especialmente las pruebas practicadas en el proceso adelantado en ejercicio de

15 Colombia. Art. 57 CPC. “Quien tenga derecho legal o contractual de exigir de 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”.

la acción directa, podrán ser invocados como medios de prueba para que obren en el proceso contra el asegurado responsable, siguiendo las previsiones que garantizan el derecho de contradicción del demandado, como la consignada por el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil en lo referente a la ratificación de testimonios rendidos en el proceso original, y lo previsto por el artículo 254 de la misma obra, concerniente al valor probatorio de las copias.

De presentarse esta situación, el asegurado demandado tendrá igualmente la carga de llamar en garantía al asegurador para plantearle su pretensión revérsica en protección de su patrimonio, no obstante haber éste último respondido a la víctima en virtud de la acción directa, pues como se ha afirmado, la relación sustancial existente entre asegurador y asegurado no fue analizada en el proceso primigenio, sin perjuicio de las excepciones que pueda formular el asegurador en este segundo proceso.

La demanda directa en contra del asegurador con vinculación del asegurado, es una alternativa más práctica, y hace honor al principio de la economía procesal. Facilita que en un solo proceso se resuelvan distintas pretensiones acumuladas, pero conexas entre sí: la de la víctima en contra del responsable (asegurado o no), la de la víctima en contra del asegurador, y la del asegurado responsable en contra de su asegurador. Esta decisión amplía las posibilidades de la víctima de ser indemnizada integralmente y garantiza la plena efectividad del seguro de responsabilidad, pues se estará amparando al asegurado en la protección de su patrimonio, y se estará indemnizando a la víctima, funciones del seguro de responsabilidad, que se verán satisfechas en un solo proceso.

Queda demostrado, entonces, que el asegurador y el asegurado no son litisconsortes necesarios por virtud del ejercicio de la acción directa de la víctima consagrada por el artículo 1133 del Código de Comercio, pues como quedó establecido, el problema no es procesal ni sustantivo, sino práctico y de economía procesal, por lo cual la víctima evaluará, según su caso, la conveniencia o no de demandar conjunta o separadamente al asegurado responsable y al asegurador.

# OBJECIONES PLANTEADAS A LA APLICACIÓN DE LA FIGURA DEL DAÑO PUNITIVO O SANCIÓN CIVIL EN EL DERECHO COLOMBIANO

**Jesús Alberto Buitrago Duque<sup>1</sup>**

Publicado en “El Daño Punitivo en la Responsabilidad Civil”,  
Jesús Alberto Buitrago Duque, Pereira (Colombia), 2007.

## CONTENIDO:

Presentación del tema

La operatividad residual y extrema del derecho penal

Influencia de los modelos socio – económicos en la concepción de los fundamentos y funciones de la responsabilidad civil

Los espejismos o “*aparentes objeciones*” a la sanción civil o el “*daño punitivo*”

## 1. PRESENTACIÓN DEL TEMA

Un estudio sobre daños punitivos no puede dejar de hacer un análisis detenido y concienzudo de las más importantes objeciones que un sector de la doctrina le hace a dicha institución. Es por ello que en el presente capítulo nos referiremos a las más importantes críticas, para lo cual realizaremos una tarea previa con-

---

1 Magíster en Derecho, programa en Responsabilidad Contractual y Extracontractual Civil y del Estado de la Universidad Externado de Colombia Especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible de la Universidad Externado de Colombia. Abogado litigante y profesor universitario de las materias Responsabilidad Civil, Hermenéutica Jurídica y Obligaciones, estuvo vinculado a las Universidades: Fundación Universitaria del Área Andina, Universidad Tecnológica de Pereira y Universidad Libre de Colombia Seccional Pereira. Miembro Fundador y Presidente del Instituto Risaraldense de Responsabilidad Civil y del Estado. Conferencista en diversos diplomados y Especializaciones de Conciliación, Arbitraje y Responsabilidad Civil.



sistente en establecer dos premisas fundamentales que servirán para el estudio de los ataques que regularmente se le hacen a los daños punitivos; ellos son: la concepción funcional del derecho penal y la influencia de los modelos socio-económicos en la noción de los fundamentos y funciones de la responsabilidad civil. En nuestro criterio una definición clara de estos dos aspectos, despojados de apasionamientos y argumentos etéreos, establecido claramente el papel del derecho penal contemporáneo, permitirá despejar muchas dudas respecto de la viabilidad o no de la sanción civil en el derecho continental.

Precedidos de esa labor nos referiremos expresamente a cada una de las objeciones, las más relevantes y autorizadas, sus implicaciones y al por qué no alcanzan a socavar la prosperidad de nuestra tesis afirmativa de la institución.

## 2. LA OPERATIVIDAD RESIDUAL Y EXTREMA DEL DERECHO PENAL

Es viable y lógico admitir que, desde el Derecho Civil, mediante la imposición de sanciones civiles, se procure disuadir a los potenciales infractores de las obligaciones contractuales o legales, sin ser atendible la aparente dualidad o conflicto con el Derecho Penal. Aquí estaríamos considerando la cada vez mayor tendencia a recurrir sólo al derecho penal cuando la gravedad de la falta amerita la intervención del Estado, mediante el ejercicio de la acción penal. En ese orden de ideas, cada vez la aplicabilidad del derecho penal se aleja, de manera proporcional, surge un gran campo de acción a la responsabilidad civil para actuar y no dejar que aquellas conductas que atentan contra intereses legítimos, se queden en la impunidad por efecto de la declinación en la aplicación de la sanción delictual.

Hoy por hoy, son muchos los casos en los cuales se propinan daños, sin que las respectivas conductas alcancen la connotación de punibles. Puede ocurrir, por ello, que un delito civil no llegue a configurar delito penal,<sup>2</sup> entre otras cosas, por aquello de que la conducta tiene que estar debidamente descrita por el legislador. Al faltar este requisito de tipicidad, *nullu crimen, nulla poena sine lege* y

2 “Pero puede ocurrir que la responsabilidad resulte solamente de un *delito civil* y que este no llegue a configurar un delito penal. Porque, reiteramos, existen muchos actos *perjudiciales e intencionales* que a pesar de ocasionar perjuicio a alguien, no están previstos ni sancionados por la ley criminal y por lo tanto no tipifican ningún ilícito penal. No obstante, son fuente de *responsabilidad civil* y obligan a su autor a *reparar el daño*. Tales actos, como ha quedado claro, son los que se conocen en la doctrina como *delitos civiles* y que dan lugar a la responsabilidad civil *delictual*. (Molestias de vecindad; injuria grave o cualquiera de los otros hechos que enumera el art. 1266 del C. C. como causales de desheredamiento, cuando no lleguen a tipificar un ilícito penal; el dolo y la violencia contractuales, cuando solamente estructuran el vicio del consentimiento...).” TAMAYO LOMBANA, Alberto. *La Responsabilidad Civil Extracontractual y la Contractual*. Bogotá, Doctrina y Ley, 2005, pp. 30 a 32.

aun existiendo dolo y daño a un tercero, ello no bastaría para considerar la existencia de una conducta punible, si precisamente carece del requisito de tipicidad. Sin embargo, esto no significa que la conducta no sea merecedora de reproche legal; valga el ejemplo de la “*estafa*”, que no llega a tipificarse por no haber sido utilizado un medio idóneo para lograr el engaño. Pero a pesar de ello, la conducta reprochable habría servido para despojar de un bien a la víctima. Por esta vía, serían muchos los casos que ilustrarían el tema y en los cuales el Derecho Penal no tendría injerencia, en virtud a la tendencia de la intervención mínima del mismo. Sin olvidar, acaso, que la tipificación de conductas como punibles, no siempre obedece a criterios claros y coherentes de política criminal, pues entre ires y venires, el legislador recoge y desecha teorías y rumbos, tal como describe la Corte en las siguientes líneas recogidas por BERNAL PULIDO:

A través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, el Estado tipifica las conductas prohibidas y fija las condignas sanciones (...) y en este quehacer histórico acoge y abandona distintas y sucesivas filosofías punitivas, que pueden ser más o menos drásticas, según el propio legislador lo considere políticamente necesario y conveniente, por lo cual dentro de ciertos límites son posibles entonces diferentes desarrollos de la política criminal.<sup>3</sup>

El antecedente más relevante de la intervención mínima del derecho penal lo encontramos en la prohibición de imponer prisión por deudas, sentido que en general se conserva con algunas excepciones, tales como: la prisión por deudas alimentarias y fiscales. Estas últimas se abren paso, poco a poco como política fiscal; y en general la prohibición de penas privativas de la libertad por incumplimiento de obligaciones de carácter enteramente civil.<sup>4</sup> Tendencia que se confirma con la política de aumentar el número de delitos en los que el Estado no puede adelantar la persecución penal de oficio y prueba de ello es el contenido del artículo 74 de la Ley 906 de 2004, del Código de Procedimiento Penal, donde se dispone un listado de 36 delitos expresos, sin olvidar todos aquellos que no tienen prevista la pena privativa de la libertad, pero que si exigen querrela.<sup>5</sup>

3 Colombia. Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-609 de 1996. M. P.: Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz, y C-581 de 2001, M. P.: Jaime Araujo Rentarías. Citado por BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 118.

4 Artículo XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

5 Inducción o ayuda al suicidio, lesiones personales sin secuelas que produjeren incapacidad para trabajar o enfermedad sin exceder de sesenta días, lesiones personales con deformidad física transitoria, lesiones personales con perturbación funcional transitoria, parto o aborto preterintencional, lesiones personales culposas, omisión de socorro, violación a la libertad religiosa, injuria, calumnia, injuria y calumnia indirecta, injuria por vías de hecho, injurias recíprocas, violencia intrafamiliar, maltrato mediante restric-

Así mismo y con el ánimo de seguir ilustrando el problema, el artículo 34 del Código Penal introdujo en nuestro ordenamiento la posibilidad de prescindir de la imposición de la sanción penal en los casos de delitos culposos, o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta hayan alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad.

De otra parte, la entrada en vigencia en nuestro país del Sistema Penal Acusatorio estableció una excepción al principio de legalidad por medio del cual se permite al Estado suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en aplicación del principio de oportunidad,<sup>6</sup> según las diecisiete hipótesis establecidas en el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal. Este principio fue justificado en la exposición de motivos en los siguientes términos:

Así pues, para informar una regulación equilibrada del principio de oportunidad se ha tenido en cuenta elementos como la readecuación social del hecho, la ínfima importancia, la culpabilidad disminuida, la retribución natural (pérdida de un hijo con el que se tiene relación de afecto actual en un siniestro provocado por culpa del imputado) o la revaluación del interés público en la persecución de la conducta; además de la posibilidad de prescindir de la persecución en un hecho de menor importancia, para aplicar los mayores esfuerzos a otros más graves; o la posibilidad de suspender el proceso o la pena para someter a prueba al imputado o acusado.<sup>7</sup>

En general, se aprecia la constante contemporánea de contener al Derecho Penal, exigiendo que el legislador recurra a él como última instancia. Por otra parte, esta doctrina subraya que el sistema jurídico, en su conjunto, cuenta con otros mecanismos de protección, como el de la coerción civil. Por lo tanto, a medida

---

ción a la libertad física, inasistencia alimentaria, malversación y dilapidación de los bienes de familiares, hurto simple cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta salarios mínimos mensuales legales vigentes, alteración, desfiguración y suplantación de marcas de ganado, estafa cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta salarios mínimos mensuales legales vigentes, emisión y transferencia ilegal de cheques, abuso de confianza, aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito, alzamiento de bienes, disposición de bien propio gravado con prenda, defraudación de fluidos, acceso ilegal de los servicios de telecomunicaciones, malversación y dilapidación de bienes, usurpación de tierras, usurpación de aguas, invasión de tierras o edificios, perturbación de la posesión sobre inmuebles, daño en bien ajeno, usura y recargo de ventas a plazo, falsa autoacusación, infidelidad a los deberes profesionales.

6 Colombia. Artículo 66 de la Ley 906 de 2004.

7 Colombia. Exposición de motivos, proyecto de Ley Estatutaria 1/2003, Cámara, Gaceta del Congreso No. 339, jul. 23/2003; p. 61 en Nuevo Código de Procedimiento Penal, eruditos prácticos, Legis, 2005, p. 217, consecutivo interno 6721.

que la aplicabilidad del derecho penal se restringe, de manera inversamente proporcional, se amplían los casos y el ámbito de operancia del sistema jurídico en conjunto, para proteger y promover el equilibrio que debe imperar en las relaciones intersociales. Es aquí cuando entra en juego la redefinición de las funciones de la responsabilidad civil, en virtud de que ésta buscaría proveer al sistema de adecuados mecanismos de protección y regulación de la conducta social. Así lo propone la doctrina penal:

[...] se considera que se trata de una función de extrema instancia y por lo mismo debe ser siempre *ultima ratio*(57) (Corte Constitucional, sentencia C-237 de 1997), lo cual significa que el legislador debe reservarse el uso punitivo como medida de extrema necesidad, o sea cuando sean insuficientes otros medios de contención de acciones penalmente indeseables con que cuenta el ordenamiento jurídico (58)(SAINZ CANTERO, Derecho Penal, p. 36; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Derecho Penal Fundamental, Tomo I, p. 26).<sup>8</sup>

El profesor GÓMEZ LÓPEZ sostiene que los mecanismos de protección de la sociedad no pueden buscarse, por un motivo de desesperación y como primera opción, en el Derecho Penal. Para ello el mismo ordenamiento cuenta con alternativas igualmente válidas, que es necesario tener presentes:

Dado que el derecho punitivo protege las bases de la vida social, el sistema jurídico como una totalidad posee diversos medios de protección, desde la educación, los mecanismos de coerción civil, policivos, fiscales, disciplinarios, por lo mismo el legislador penal debe acudir al derecho penal, como último mecanismo de protección. Así mismo sólo debe ocuparse de la protección de bienes jurídicos más esenciales para el individuo y la vida social, dejando al resto del sistema jurídico la tutela de otros derechos menos vitales.<sup>9</sup>

Igual tesis es expuesta por el profesor IBÁÑEZ, Augusto desde lo que él denomina *principio del derecho penal mínimo*,<sup>10</sup> en cuya propuesta cabe resaltar las siguientes aristas: a) El principio del carácter fragmentario, b) el derecho penal como última *ratio*, c) el derecho penal es subsidiario, accesorio y actúa de manera residual, y d) el principio de la mínima intervención o de la no intervención. Tales

8 GÓMEZ, Jesús Orlando. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General, Tomo I, Bogotá, Doctrina y Ley, 2001, p. 100.

9 *Ibidem.*, p. 101.

10 IBÁÑEZ, Augusto I. *Apuntes de Derecho Penal*. Parte general. 2ª ed., Bogotá, Gustavo Ibáñez, 1998, pp. 142 y s. s.

principios recabarían sobre la tendencia que he venido exponiendo, sin olvidar, por supuesto, lo que el profesor IBÁÑEZ subraya:

El derecho penal no enerva la posibilidad de aplicar otra clase de derecho (civil, comercial, administrativo).

La ilicitud es de diferente orden: el enriquecimiento sin causa; el incumplimiento de la obligación civil, de familia, mercantil; el despido injustificado de un trabajador, etc., son evidencias de la conducta antijurídica (ilegalismos) desde la amplia visión del derecho, no obstante, los cuales de resolver la contienda, no son, no deberían ser, entregadas al derecho penal. Sólo ante el ilícito meramente penal se enerva esta forma de reacción social formal. De manera que es el Derecho penal absolutamente residual.<sup>11</sup>

FERRAJOLI, Luigi, uno de los más reconocidos filósofos del derecho penal contemporáneo, considera al derecho penal como la última *ratio*, en la medida en que se deben combatir las verdaderas causas de las disfunciones sociales no resueltas, es decir, que gran parte de la actual criminalidad económica y administrativa reside en el carácter oculto e incontrolado de la democracia y falta de transparencia de los poderes públicos y privados.<sup>12</sup> La intervención del Derecho Penal, siguiendo a FERRAJOLI, resulta más costosa que el conjunto de delitos cometidos y así lo explica:

La seguridad y libertad de cada uno están en efecto amenazadas no sólo por los delitos, sino también, y a menudo en medida aún mayor, por las penas excesivas y despóticas, por los arrestos y procesos sumarios, por controles arbitrarios y omnipresentes de la policía, en una palabra, por ese conjunto de intervenciones que se conoce por el nombre de “justicia penal” y que en la historia de la humanidad quizá ha costado más dolores e injusticias que el conjunto de delitos cometidos.<sup>13</sup>

Al compartir esta Tesis y desde la responsabilidad civil, en principio, se debe procurar que las condenas civiles, por vía de la sanción civil, provean a la sociedad de medidas idóneas de protección y disuasión, de tal modo que sólo en casos extremos dicha función la cumpla el derecho penal, por la vocación estigmatizante y por incidir directamente sobre la libertad personal, lo que justificaría que su utilización se haga sólo en casos excepcionales.

11 IBÁÑEZ, Augusto I. Ob. Cit. p. 144.

12 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho Penal y Razón, Teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta, 1995, pp. 342 a 344.

13 *Ibidem.*, p. 344.

Así, el principio de la última *ratio* ha permitido que la doctrina proponga como excepcional la intervención del derecho penal, sólo en unos casos: “1) *se lesione o pongan en peligro gravemente*, 2) *bienes indispensables para la convivencia social* y 3) *cuando las restantes ramas del ordenamiento resulten insuficientes para asegurar la tutela de los intereses en juego*”.<sup>14</sup>

Por tales motivos, la responsabilidad civil no puede seguir siendo ajena a dicha tendencia y mucho menos puede dejar pasar por alto que son muchas las conductas que, no siendo objeto del derecho penal, deben ser modificadas desde su competencia. Por lo tanto, su labor no puede seguir siendo la restringida misión de restablecer patrimonios económicos alterados.

Ahora bien, la situación actual es totalmente contraria a lo expuesto hasta aquí. Para algunos tratadistas el derecho penal es la disciplina llamada a corregir las conductas desviadas y por eso aquí se desarrolla óptimamente la función sancionatoria, con miras a la protección de la sociedad. Considerar que al derecho penal le interesan todas las conductas dañosas y que aun interesándole es un campo idóneo para imponer la sanción, deviene una afirmación que parte de análisis descontextualizados. La amenaza de la sanción penal no persuade a los victimarios, en el caso excepcional de ser descubiertos, advirtiéndose que ante la falta de persuasión del derecho penal, la posibilidad de una sanción económica adquiere mayor carácter y pertinencia. De ahí que comparta el criterio expuesto por BARRETO MORENO, quien pone en entre dicho que la separación del derecho penal del civil constituya un adelanto del derecho: “*Lo que es discutible, más aún cuando la modernidad muestra que el temor por la sanción económica es inclusive más disuasivo que las consecuencias penales (privación de la libertad), hipótesis que cobra más relevancia debido al anonimato de ciertos riesgos creados y de las personas jurídicas*”.<sup>15</sup>

Si bien es cierto que en alguna época se consideró al Derecho Penal como el mecanismo adecuado para sancionar, también lo es que dicha circunstancia se ha modificado drásticamente, en especial, por las críticas que para entonces se le hacían al poder de intervención penal. Prueba de ello es que para los años cuarenta se consideraba que el Derecho Penal vivía en una creación constante de delitos, con el subsecuente debilitamiento de las sanciones civiles, de manera que debía recurrirse cada vez más a las sanciones penales, a lo que se replicaba

14 RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. *Responsabilidad civil*. Tomo II, Medellín, Arete & Dike & Universidad Escuela Libre de Derecho, 2001, p. 277.

15 BARRETO MORENO, Antonio Alejandro. *La función de la Responsabilidad Civil en Colombia en el marco de las acciones populares y de grupo*. Tesis de Maestría, Bogotá, Uniandes, 2004, p. 56.

por varios inconvenientes, entre ellos, el inadecuado uso de la fuerza pública en los terrenos del derecho privado. Esta situación hoy es diferente, como ya ha sido expuesto. Me permitiré ilustrar la situación con las observaciones de RIPERT, Georges:

*En nuestra época se advierte un movimiento muy preciso en tal sentido y el debilitamiento de las sanciones civiles ha hecho indispensable recurrir a las sanciones penales. Podría decirse que la historia del delito es una creación incesante. Para no citar sino ejemplos relativos a las obligaciones civiles, en estos últimos años ha sido preciso erigir en delito la enajenación de un mueble hipotecado o empeñado, el no pago de alimentos o bebidas consumidas, el transporte por mar o en vehículo sin pagar el precio del pasaje, la especulación en la venta de mercancías o en la fijación del precio de los alquileres, la negativa a satisfacer una pensión alimenticia. El legislador ha sancionado asimismo la negativa a someterse a la ley fiscal y ha establecido penas contra los que, por falta de declaración, no permiten la vigilancia de sus rentas por el fisco.*

(...)

Esta intervención presenta sin embargo graves inconvenientes. El empleo constante de la fuerza pública en el dominio de las relaciones privadas echa sobre el Estado una carga que no puede sobrellevar a contentamiento general; tiene, además, el defecto de aclimatar la idea de que sólo la intervención de la fuerza pública es respetable, y finalmente no podría ejercerse sin arbitrariedad, como ciertamente se ha visto en la represión de la especulación.<sup>16</sup>

Es justo anotar que a partir del siglo XIII se observa una continua “despenalización” del Derecho Privado. No obstante, esta tendencia era complementada con la tipificación de un número cada vez mayor de conductas delictivas.<sup>17</sup> Pero la tendencia hoy se ha ubicado en el extremo pendular, es decir, un Derecho Penal concebido como la última ratio, fenómeno que, en aras de la armonía, exige que el Derecho Privado recoja lo que el Derecho Penal no atiende, de suerte que la franja gris,<sup>18</sup> en la cual se mueven los habilidosos, no se convierta en un océano fecundo de abusos sin sanción.

16 RIPERT, Georges. *La Regla Moral en las Obligaciones* (Trad. Hernando Devis Echandía). Bogotá, La Gran Colombia, 1946, pp. 261 a 263.

17 NAVIA, Felipe, *Del Daño Moral al Daño Fisiológico ¿Una evolución real?* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 96 a 97.

18 Traigo al tema las siguientes observaciones: “Bien que muchas conductas puedan admitir el concurso – ideal o real – de varios tipos, no obstante lo cual, tampoco es raro, que las acciones del agente dañador, se queden a mitad de camino entre dos o más figuras, sin que en definitiva, puedan ser objeto de PUNICIÓN.” BIGLIERI, Alberto, MAGRI, Eduardo y TARABORRELI, Alejandro. *Responsabilidad Civil Prevención del Daño; multa civil y tutela inhibitoria*. XIII Conferencia Nacional de Abogados (Jujuy, abril 2000). “Las multas civiles: análisis económico de la cuestión y su constitucionalidad”, Universidad Nacional de Lomas de Zamora. En [www.Legislaw.com.ar/doctri/admi.htm](http://www.Legislaw.com.ar/doctri/admi.htm)

Al Derecho Penal no le interesa hoy atender todas las conductas dañosas<sup>19</sup> y se entiende que no resultaba idóneo para proteger a la sociedad de la cantidad de anomalías que afectan los derechos de las personas. No obstante la variación del fenómeno jurídico, nos hemos quedado con la interpretación consecuente de la pasada tendencia, es decir, hoy presenciamos una realidad jurídico-sociológica diferente, pero seguimos solucionando los conflictos con la realidad del pasado y es por eso que se sigue afirmando, como valor de principio, que las penas quedaron desterradas del campo específico del Derecho Privado.

Ante la inflación de los diversos tipos penales y el abuso en el ejercicio del Derecho Penal, con la ya cuestionable concepción de que todos los problemas, incluidos los sociales, podían ser solucionados mediante la represión penal, de in-

---

19 “Hay que felicitarse de que el Código penal haya suprimido la incriminación de la *emisión de cheques en descuento*, que prescindía de eventuales aspectos defraudatorios o falsarios para proteger al cheque por su sola condición de medio de pago, castigando la emisión de cheque sin provisión *cualquiera que fuera la finalidad de la emisión* (art. 563 bis b del Código derogado). De esta protección penal se había dicho que era inútil, disfuncional y contraria a la Constitución, y que no se sabe por qué extraño apego tan perturbadora figura de delito hace que resulte imposible, no ya conseguir que desaparezca del Código, sino, incluso, ajustarla a mínimos de razonabilidad (10). Suficiente protección es la dispensada por el art. 109.3 de la Ley Cambiaria y del Cheque, que establece una sanción del 10 por ciento del importe no cubierto, además del pago de la suma indicada en el cheque y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Lo mismo cabe decir de la *usura*, cuya penalización (art. 542) constituía un clásico ejemplo de norma en blanco, como lo demuestra la sentencia de 9 de octubre de 1984 (R.A.J. 4818), que llega a decir, sin paliativos, que debe entenderse por préstamo usuario, para los efectos penales, aquel que se encuentra comprendido dentro de la ley civil que regula esta ilicitud contractual (la Ley de 23 de julio de 1998, de Represión de la Usura – la llamada Ley Azcárate-. Acaso habría sido mejor dejar de la protección penal solamente los préstamos objetivamente usuarios, esto es, lo que se celebran, con pleno y válido consentimiento del prestatario, a un interés excesivo, para dejar que su solución fuera la simple nulidad contractual, y continuar incriminando la usura subjetiva, en la que existía un manifiesto abuso de situaciones de necesidad o de impericia. En cualquier caso, como ya dijera el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Código penal de 1992, las infracciones de la disciplina mercantil han de encontrar mejor solución con una enérgica inspección bancaria o con una adecuada regulación de las condiciones generales de la contratación.” YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*. Madrid, Dykinson, 2001, pp. 31 y 32.



mediato se hicieron escuchar las voces de los humanistas y defensores en procura del establecimiento de garantías procesales y sustanciales. Era evidente que la efectividad del Derecho Penal había sido fuertemente debilitada por el abuso de recurrir, cada mañana, a esa rama para solucionar las protestas sociales, laborales o para fortalecer las flaquezas en la educación y la formación de los seres sociales. Como contrarrespuesta a esta situación, surgieron corrientes garantistas que hicieron perder fuerza a un Derecho Penal que hoy por hoy ni siquiera protege a la sociedad de graves conductas que ponen en peligro la armonía social.<sup>20</sup>

El desconocimiento de la realidad jurídica actual permite que en algunos sectores se recurra al Derecho Penal como artificio para solucionar conflictos íconos de los *punitive damages*, por lo que se pretende una legitimación para criticar el instituto de las sanciones civiles. Por esta vía, PRIETO PANTALEÓN propone:

(...) supóngase que se demostrase que algunas compañías fabricantes de cigarrillos añadieron al tabaco ciertas sustancias que incrementaban su poder adictivo, ocultando dolosamente dicho proceder a los fumadores. Yo siempre he pensado que la respuesta jurídica más lógica a esa conducta sería encarcelar algunos años a los administradores de dichas compañías cuando la conducta se realizó, y decomisarles hasta el último dólar con que personalmente se hubieran lucrado a consecuencia de su delictiva actuación; pero, a lo que parece, la respuesta que se impone es hacer a los enfermos por fumar (no a los que lo dejaron a tiempo) o a sus familiares mucho más ricos de lo que nunca habrían sido si aquéllos no hubiesen fumado, y hacer muchísimo más ricos a sus abogados, a costa de los hoy accionistas de las referidas compañías cuando la conducta se realizó, y, finalmente, a costa de quienes siguen fumando o de quienes viven del cultivo del tabaco. (...).<sup>21</sup>

Resulta ingenuo seguir pensando que lo propuesto por el profesor Pantaleón pudiera llegar a suceder. Quisiera demostrar, apoyado en MAGRI y TARABORRELI,

20 “Y entendemos que las MULTAS CIVILES bien podrían operar como paliativo, ya que no es posible desconocer que un excesivo garantismo en materia de procedimiento penal, ha contribuido a consolidar muchas de las paradójales ineficiencias que afectan al sistema penal argentino, el que nos pone de cara en la actualidad, a un presente de ribetes al menos preocupantes: la EXISTENCIA DE UNA LLAMATIVA IMPUNIDAD PARA LOS “AUTORES DE DELITOS”. *Responsabilidad civil prevención del daño; multa civil y tutela inhibitoria* -“Las multas civiles: análisis económico de la cuestión y su constitucionalidad”. Ob. Cit.

21 PRIETO PANTALEÓN Fernando. *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el nuevo milenio* (Juan Antonio Moreno Martínez, Coordinador). Madrid, Dykinson, 2000, p. 442.

la artificiosidad del planteamiento con otro ejemplo en el que se desmonta la pretendida eficacia del Derecho Penal en estos temas:

*Si en vez del remanido caso del Chevrolet Malibu el defecto de fabricación hubiese sido detectado en el diseño -digamos- del Ford Falcón, (vendido durante casi 30 años en nuestro país). En las mismas circunstancias. Vicio detectado originariamente por un estudio en el departamento central de ingeniería de la Ford -supongamos que en el año 1959 por Robert MacNamara y sus colaboradores- ocultado dolorosamente a raíz del costo que involucraría retirar el modelo de circulación. Costo por definición siempre mayor al que hubiese importado el afrontar las indemnizaciones. A esto agréguese el que la falla siniestramente disimulada durante años no hubiera sido reconocida si no a instancia de reclamaciones judiciales por daños, hasta la década del noventa.*

Apliquemos el Derecho Penal.

¿Sobre quién?

¿Sería viable pedir la extradición de Robert MacNamara? ¿La de Lee Laccocca (presidente de la Ford en ese momento)? ¿La de Henry Ford Tercero? Recordemos que no es sencillo extraditar a personas acusadas de crímenes de guerra o delito de lesa humanidad...

¿Derecho Penal sobre quién?

¿Sobre los directivos de la Ford en la Argentina?

¿Cuáles, los de entonces? ¿Los actuales? ¿Aun si no hubieran tenido conocimiento de la maniobra? ¿Y si hubieran fallecido...? <sup>22</sup>

Me pregunto: ¿Qué es preferible: la alta probabilidad de imponer una sanción económica o la cada vez más remota posibilidad de imponer como sanción una pena privativa de la libertad? Esa es la encrucijada en la que se encuentra nuestro sistema de derecho, que sigue teorizando, evadiendo las soluciones reales y materiales, en detrimento de la confianza que los hombres pierden frente a sus instituciones. Si por décadas el Derecho Penal y Administrativo no han podido resolver todas las disfunciones, ¿por qué seguir aferrados a unas prescripciones que se desmoronan en el ámbito de los hechos concretos? Dejemos pues al Derecho Penal la solución de los grandes problemas y carguemos a la responsabilidad civil de todo aquello que se queda por fuera del Derecho Penal y que sean, por extensión, las víctimas las que colaboren con el aparato judicial en la búsqueda

22 “Acerca de los Punitive Damages. Análisis Económico del Instituto”. Ob. Cit.

da de una política de prevención, mediante las acciones de responsabilidad civil, incentivadas por la sanción económica que deberá soportar el demandado.

Los que en el país del Norte atacan la figura de la sanción civil o *punitive damages*, por lo general, tienen intereses ocultos y uno de ellos sería marchitar la institución. Quiero ilustrar esta situación con las siguientes observaciones:

Esto, -en lo que hace al cumplimiento de algunas de sus funciones-, no hace más que detonar un proceso de retroalimentación, un *feed-back*, fruto del cual la efectividad tanto del derecho penal como del administrativo cada vez será menor. En homenaje a ello sostiene que junto a los que inocentemente creen contribuir al mejoramiento del orden jurídico a través de la consagración de los *punitives damages*, se alinean otros -los de enorme poder financiero-, quienes pretenden lentamente la derogación, siquiera tácita -por anquilosamiento-, y su reemplazo por un conjunto de leyes del derecho privado que determine penas pecuniarias en vez de las privativas de la libertad.<sup>23</sup>

La comunidad exige soluciones materiales y no sólo formales, para evitar así controles difusos. Lo que se busca es no tener que recurrir expresamente al represivo Derecho Penal y otorgar a la comunidad, al mismo tiempo, verdaderas soluciones con énfasis en la prevención. He aquí una dogmática de la prevención: antes que la curación se exige cambiar el paradigma de la reparación por el de la disuasión, es decir, una visión más global, humanista y realista de los casos y problemas que se desprenden de las realidades de los sujetos sociales. A este respecto, recojo la propuesta del profesor RIVERA LLANO:

¿No será acaso entonces que estas innegables constataciones, obliguen a replantear, en un auténtico Estado social de bienestar, el contenido de toda auténtica política de seguridad social (holista), enunciada en la norma programática del artículo 48 de la C. N. colombiana? ¿No será que, acaso, dicho Estado, debe reformular su política criminal, orientada, como lo viene haciendo, bajo una limitación del derecho penal como instrumento de control social directo, para colocar, en cambio, el énfasis, en los controles difusos, fortaleciendo las políticas preventivas; en los planes y programas de seguridad ciudadana y de apoyo a las víctimas, más allá de los limitados márgenes consagrados en el artículo 11 del C.P.P. (protección de víctimas y testigos), para proyectarla a una dimensión más globalizante, humanista,

---

23 *Ibíd.*

realista, cuando de esta manera, las reales condiciones para una mayor homeostasis (equilibrio) social en la salud mental de sus habitantes?<sup>24</sup>

Los expertos, ya no civilistas, sino los propios penalistas aconsejan que el efecto intimidatorio no hay que buscarlo sólo a través del Derecho Penal y que para ello se debe recurrir a otras instancias de control social. Podrían considerarse algunos factores económicos y sociales que prestarían mayor utilidad a la comunidad. Esto permitiría que el Derecho Penal retomara su sendero,<sup>25</sup> puesto que las normas penales, en sí mismas, no son suficientes: “y paradójicamente demasiado débiles para mantener el sistema de valores sobre el que descansa una sociedad (...) de aquí se deduce que la norma penal solo puede tener eficacia motivadora si va acompañada en la misma dirección por otras instancias sociales motivadoras”.<sup>26</sup>

Insisten los civilistas sobre esa teoría, como lo evidencia la Dra. Mónica RODRÍGUEZ, al adherirse a lo planteado por el profesor STARCK, lo cual hace en los siguientes términos: “*En ese orden de ideas, nos adherimos completamente a la posición de STARCK para quien el derecho civil complementa al derecho penal puesto que el segundo no puede cumplir totalmente con sus tareas de represión y prevención de comportamientos indeseables*”.<sup>27</sup>

Espero haber respondido a las voces críticas de las sanciones civiles y dejar sentada una posición, que ampliaré más adelante, con respecto a la objeción fundada en la prevalencia del Derecho Penal o, para resaltar el problema con otras palabras, dualidad con el Derecho Civil respecto del poder disuasivo que debe tener la responsabilidad civil.

### **3. INFLUENCIA DE LOS MODELOS SOCIOECONÓMICOS EN LA CONCEPCIÓN DE LOS FUNDAMENTOS Y FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.**

Siendo el derecho más que un producto cultural un *fenómeno social*, al decir de DE SOUSA SANTOS, Boaventura, “*sobre el cual han incidido siglos de producción intelectual que se han cristalizado en la edad moderna a través de la filosofía, la dogmática*

24 RIVERA LLANO, Abelardo. *La victimología*. Bogotá, Jurídica Radar, 1997, pp. 207 a 208.

25 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*. Bogotá, Temis, 2004, pp. 121 a 125.

26 *Ibídem*. pp. 27 a 28.

27 RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Mónica. *La función punitiva de la responsabilidad civil*. Tesis de grado. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 161 - 162; en la misma dirección se pronuncia en sus conclusiones, p. 230.

*jurídica y la historia*”,<sup>28</sup> no podrían perderse de vista las diferentes discusiones sobre la función que juega el derecho en las relaciones sociales desde una perspectiva sociológica,<sup>29</sup> es decir, de qué manera las condiciones y estructuras sociales sobre las que actúa el derecho se articulan con el mismo. Las discusiones sobre la finalidad del derecho siempre han girado alrededor de dos polos opuestos, según la perspectiva y forma con que se aprecie el fenómeno. Las diferentes corrientes ideológicas han concebido el derecho de diversas maneras, sin desconocer el notable aporte de la escuela sociológica impulsada por SAVIGNY a mediados del XIX, a los métodos de interpretación del derecho bajo el modelo lógico subjetivo.<sup>30</sup> DE SOUSA, Boaventura es una de esas figuras intelectuales que concibe el derecho como una “*variable dependiente de la sociedad en la cual el derecho se limita a seguir e incorporar los valores sociales y los patrones de conducta espontánea y paulatinamente constituidas en la sociedad*”.<sup>31</sup> BENTHAM, por su parte, concibe al derecho como una “*variable independiente que debe servir de promotor activo del cambio social tanto en los ámbitos materiales, como los culturales y mentales*”, sin desconocer la primera perspectiva y sin desechar la segunda, toda vez que la finalidad del derecho es la de “*permitir un desenvolvimiento ordenado de la vida social, asegurando sus condiciones y garantizando su propia existencia y perseverancia*”<sup>32</sup> o, en palabras de VALENCIA y ORTIZ, “la convivencia pacífica de los hombres que forman un pueblo”.<sup>33</sup> No puede ocultarse que el derecho refleja y debe ser espejo de las condiciones comúnmente aceptadas por la sociedad, pero al mismo tiempo deberá servir de regulador del colectivo social y aquí hago eco de lo propuesto por DE SOUSA, Boaventura.<sup>34</sup> Desde esta doble perspectiva, incluyente y necesaria por lo demás, puede concluirse que el derecho debe procurar la modificación de las

28 De la Mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad. Ob. Cit., p. 193.

29 Una perspectiva sociológica del derecho estudia las articulaciones del derecho con las condiciones y estructuras sociales en que actúa.

30 “SAVIGNY fue el principal propugnador de este método (llamado lógico). La interpretación – dice su autor – debe consistir en la “reconstrucción del pensamiento contenido en la ley”. Dicha reconstrucción se refiere al pensamiento del legislador que dictó la ley; en consecuencia, el intérprete debe “colocarse en el punto de vista del legislador, reproducir artificialmente sus operaciones y reconstruir la ley en su inteligencia”.

Este método, en cuanto afirma que lo decisivo es la voluntad del autor que dictó la ley, vale decir, que ha de indagarse lo que se quiso al elaborar un código, debe denominarse método *lógico subjetivo*.” VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil. Parte General y Personas*. T I., Bogotá, TEMIS, 2002, p. 113.

31 *Ibidem.*, p. 194.

32 BRECCIA, Humberto, BIGLIAZZI, Geri, Lina, NATOLI, Ugo y BUSNELLI, Francesco. *Derecho Civil*. T I, V I (Trad. Fernando Hinestrosa). Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 1.

33 *Derecho Civil. Parte General y Personas*. Ob. Cit., p. 12.

34 *Ibidem.*, p. 194.

conductas que afectan la satisfacción de las necesidades que llevan a la paz social y, por tanto, cuando el observatorio<sup>35</sup> advierte que las conductas de algunos de sus miembros, por lo general privilegiados, desvirtúan y ponen en peligro el interés colectivo, debe el derecho, como la advertía JOSSERAND, garantizar la protección de los débiles, que podría materializarse “*mediante medidas preventivas y medidas sancionatorias*”.<sup>36</sup> Y al mismo tiempo articular dispositivos que de manera automática actúen como autodefensa o mecanismo inmunológico, que proteja a la sociedad del efecto perverso de los actores nocivos.

Frente a este panorama nada alentador, la sanción civil tiene que desempeñar un papel reactivo trascendente, en la medida en que permita la supervivencia del derecho como elemento no de sumisión, sino de regulación y dinamizador de la integración social. De esta acción podrá derivarse la convivencia pacífica de los entes sociales y la relevancia, como consecuencia de lo enunciado, de que el derecho es más que un sistema de normas y un valor –la idea es de MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ-, es, ante todo, un *hecho*, un *instrumento de control* que dirige y regula el *comportamiento social*: “*Así gana una significación pragmática – yo diría sociológica y activa – valorable en términos de resultado, de eficacia, de utilidad*”.<sup>37</sup>

La visión anterior no es incompatible con un análisis económico del derecho, en la medida que al disuadirse al victimario en la reincidencia y por vía general a los potenciales “*dañadores*” de no causar “*daño*”, se lograría la reducción de los costos sociales de la convivencia. Desde esta línea, resulta incuestionable que la economía, en procura de eficiencia y utilidad común, requiere de mecanismos jurídicos que reduzcan los daños a su máxima expresión, sin pretender, desde luego, la eliminación total –por lo utópico que resulta dicha pretensión– del problema en sí. Lo que se persigue es promover la reducción de daños y especialmente de los dolosos y gravemente culposos. Es necesario, entonces, que el derecho nos otorgue herramientas idóneas para tal fin, y una de ellas –sin ser la única-, ha resultado ser la de las sanciones para los delitos civiles, que no simplemente se satisfagan con una visión “*patrimonialista*” del derecho. Lo que se busca también, en términos complementarios, es una visión sociológica del derecho que permita su fortalecimiento de cara a la sociedad.

35 El observatorio estaría ocupado por el legislador y ante su “miopía” sociológica, el juez; ambos auscultando al colectivo humano.

36 Citado por DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N. Messina. *La responsabilidad civil en la era tecnológica*. Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 2<sup>a</sup> ed., 1997, p. 99.

37 *Ibíd.* p. 212.

Es un hecho que ya hemos avanzado. Así, la culpa como fundamento exclusivo de responsabilidad civil obedecía no solo a un criterio judeocristiano moralizador, sino a criterios económicos de sistemas no evolucionados al servicio del capitalismo y la naciente industria. Otra es la cara del asunto. Un sistema de responsabilidad riguroso, que plantea como excepción la obligación de indemnizar el daño, supuestamente protege el capital de los inversionistas y garantiza la generación de empresa al reducir el riesgo. Me permito apoyarme en el Derecho Alemán para ilustrar mi idea:

La forma en que el Derecho de daños quedó codificado en el BGB, responde indiscutiblemente a la tradición pandectista y a una inteligencia más adecuada de los textos romanos. No hay, fuera de los casos de lesiones de derechos absolutos, una responsabilidad general por culpa, sino sólo por dolo.

Sería un error creer que la codificación alemana adoptó este sistema sólo porque representara, de forma teórica, la pureza pandectista. Los autores alemanes ponen de manifiesto cómo el designio que se persiguió con el sistema que finalmente se adoptó, era impedir que resultara extraordinariamente gravoso para el capitalismo, todavía incipiente en Alemania a finales del siglo, un sistema de responsabilidad que fuera especialmente riguroso.<sup>38</sup>

No son pocos los que siguen sosteniendo, aún en el siglo XXI, que la responsabilidad fundada en la culpa promueve la iniciativa privada y por tanto la inversión en la industria, la ciencia y la tecnología. Lo grave es que bajo este sofisma son muchas las víctimas que se quedan sin protección e indemnización. Para ilustrar este problema, recojo los argumentos de LE TOURNEAU Philippe en torno a los efectos sociales de la «teoría del riesgo»:

[...]B) Razones económicas. – La responsabilidad subjetiva, indisociable de la libertad, facilita el espíritu de iniciativa e impulsa la acción. Por el contrario, la teoría del riesgo incita a la inmovilidad, porque el hombre de acción está siempre motivado a tomar riesgos. Quien quiere evitar los riesgos no actuará jamás. Ese es uno de los peligros que corren actualmente ciertos países occidentales (entre ellos Francia), minados por el fantasma del “*riesgo cero*”.

Privilegiar la seguridad arruina la libertad de acción. Las consecuencias dañinas son evidentes. El inmovilismo y la inercia son económica y socialmente (des-

38 DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de daños*. Madrid, Civitas, 1999, p. 88.

empleo) ruinosos. Un Estado vivo deja a los individuos actuar libremente, con el mínimo de reglas y de controles indispensables con miras a garantizar el respeto del bien común: el liberalismo absoluto es peligroso.<sup>39</sup>

En la misma línea, pero con matices diferentes, el profesor TAMAYO JARAMILLO apela a la pobreza de los países para justificar la prevalencia de la culpa y el rechazo de una responsabilidad objetiva:

Ahora en su soberanía el legislador o los tribunales pueden hacer caso omiso de estos factores de tipo económico, estableciendo una responsabilidad objetiva, pese a la inexistencia del seguro. No se trata pues de una limitante de tipo lógico, sino de tipo económico. El problema es que en los países pobres, donde no existe el mecanismo del seguro obligatorio efectivo, muchas veces una persona queda en la absoluta pobreza porque su patrimonio debe ser entregado a otra igualmente pobre, en virtud de responsabilidades objetivas.

En consecuencia, mientras no existan mecanismos de tipo financiero que diluyan los riesgos económicos generados por la responsabilidad civil, esta encontrará un grave obstáculo en su camino hacia la objetivación.<sup>40</sup>

En una prueba más de su fidelidad a la culpa y buscando apoyado en autores como GUIDO CALABRESI, TAMAYO JARAMILLO da a entender que los factores de responsabilidad objetiva están ligados exclusivamente a factores económicos y que mientras no haya mecanismos de socialización, la culpa seguirá siendo el fundamento de responsabilidad.<sup>41</sup> Es un hecho que el autor olvida hacer énfasis en que CALABRESI es un acérrimo detractor del

sistema de la culpa, como en su momento lo expresé.<sup>42</sup> Pero para evitar cualquier duda sobre el tema, leamos una de sus aseveraciones:

39 LE TOURNEAU, Philippe. *La Responsabilidad Civil* (Trad. Javier Tamayo Jaramillo). Bogotá, LEGIS, 2004, pp. 30 a 31.

40 TAMAYO Jaramillo, Javier. *De La Responsabilidad Civil, De Los Perjuicios y su indemnización*. Tomo I, Santa Fe de Bogotá, TEMIS, 1999, p. 215.

41 *Ibíd.* P. 214.

42 Entre los muchos reproches habría que detenerse en el siguiente: “El sistema de responsabilidad por culpa, debido a que su preocupación primordial reside en hallar al eventual sujeto particular que puede evitar el coste, se olvida del que puede hacerlo habitualmente, con lo cual no considera en absoluto la oportunidad de dirigirse a los sujetos potencialmente idóneos para evitar los costes; como, por ejemplo, a los constructores de autopistas o a los fabricantes de neumáticos.” *El Coste de los Accidentes*,



HACIA UN NUEVO SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL (...) Esta lealtad abstracta viene reforzada por el hecho de que algunos de los cambios propuestos constituyen, a veces, una amenaza a ciertos intereses personales. No es casual que algunos entre los más fervientes admiradores de la justicia del sistema sean precisamente aquellos abogados que se enriquecen a costa de la ineficiencia del criterio de la culpa.<sup>43</sup>

El concepto de Culpa era quizá compatible con un sistema económico básico o primario, por ejemplo, el que era el vigente para la época de 1884, tiempo en el cual la culpa cobra mayor vigencia con la promulgación del Código Civil Francés, atribuido al emperador NAPOLEÓN. Sin embargo, el sistema económico actual es totalmente diferente. En palabras de ESTEVILL Pascal este criterio de culpa resulta deficitario para la situación económica y tecnológica del presente:

*La crisis de la construcción jurídica que representaba el derecho codificado, como única manera de reparar los perjuicios, estaba anunciada, y así había de ser, efectivamente, los elementos clásicos del derecho de daños estaban pensados para remediar aminoraciones propias de sistemas económicos no evolucionados.*<sup>44</sup>

Por esta misma línea son las ideas que GHERSI defiende.<sup>45</sup> A la luz de tales observaciones nuestro sistema está fundado, por lo visto, en un principio subjetivista

---

*Análisis Económico y Jurídico de la Responsabilidad Civil.* Ob. Cit., pp. 258 a 279.

43 CALABRESI, Guido. Ob. Cit. p. 311.

44 PASCAL ESTEVILL, Luis. *Hacia un nuevo concepto actual de Responsabilidad Civil.* T. I, Parte General. Barcelona, Bosch, 1989, p. 99.

45 "LA HISTORICIDAD DEL CÓDIGO CIVIL Y SUS REFORMULACIONES. En el derecho argentino y latinoamericano el esquema clásico de responsabilidad civil se consolidó sobre la base del Código de Napoleón y permaneció así hasta nuestros días.

Sin embargo, desde principios del siglo XX este tipo de régimen ha sido cuestionado desde las sofisticadas universidades norteamericanas por su falta de conexidad con el sistema económico en orden a la cuantificación del daño. En nuestro país sufre los primeros embates con los accidentes de trabajo, que generan la ley 9688, en 1904, y luego una nueva embestida con el fenómeno de la industrialización masiva, desde mediados de los años cuarenta, cuando comienza la desarticulación definitiva.

La insuficiencia de sus soluciones para la alta dañosidad que se registra en la sociedad desde mediados del siglo XX constituyó un dato de la realidad, resultado de la transformación del mundo. En la Argentina, el esquema clásico del libre albedrío, base y fundamento de la responsabilidad subjetiva del Código de Vélez, pasó a ser objeto teórico de conocimiento, y persistió sólo por la obsecuencia ideológica del *establishment*, que, temeroso veía a las corrientes que pugnaban por incorporar los factores objetivos, como enemigos acérrimos del sistema de libre mercado y, en definitiva, del sistema capitalista occidental y cristiano. (...)" GHERSI, Carlos Alberto. *Valuación económica del daño moral y psicológico.* Buenos Aires: Astrea, 2000, págs. 26 a 27

que sin mayores argumentos y análisis, toma partido por una línea a veces para no afectar los intereses de cierta clase, ya por temor al cambio, con la consecuente pérdida de poder por despojo de lo que ya estos mismos actores presumían. Es decir, nuestro sistema de responsabilidad civil se funda en la culpa, sin haberse planteado previamente la cuestión de funcionalidad y correspondencia económica con los fines del derecho.

En aras de suscitar el debate público, debe considerarse que una responsabilidad civil fundada en la culpa supone beneficio para el desarrollo industrial, la investigación científica o los desarrollos tecnológicos. Es importante que quien deba soportar los daños tenga conocimiento y participe de la toma de la decisión en procura de que las potenciales víctimas, por lo general sin poder material de representación, no queden desprotegidas por el hecho de que les corresponda asumir el coste de los daños que, de manera inexorable, traen consigo el maquinismo, la investigación científica y los desarrollos tecnológicos. El sistema debe, por tanto, analizar los impactos socio-económicos y prever mecanismos que mitiguen la carga trasladada a las víctimas. En este punto del debate, resulta elocuente lo dicho por el profesor CALABRESI, Guido en torno a los llamados «intereses ocultos»:

*Si consideramos que la ayuda al desarrollo industrial es una cosa que merece la pena, entonces lo mejor, es presentarla abiertamente, con el fin de que quien deba pagarla esté informado de la decisión. No es bueno, en cambio, encubrir el subsidio mediante sistemas que eximen a las actividades causantes de todo el coste de los accidentes, o de parte de él, imputándolo a grupos indeterminados, que carecen de poder de representación.<sup>46</sup>*

Se requiere de un análisis económico público y democrático para establecer cuáles son los criterios o fundamentos de la responsabilidad civil, según las funciones que de ella se conciben. De tal forma que se ponderen los mecanismos de asignación y traslación de los costes de los daños y, por este mecanismo, se evalúen los costos y beneficios de cada institución jurídica. Ello sin olvidar que hay algunos derechos o beneficios que no son valorables sólo por su aspecto económico sino además filosófico. Es pertinente señalar aquí la afirmación de TRAZEGNIES según la cual,

*Quizá podemos decir con Michelman que el análisis económico no es la solución a los problemas de la responsabilidad extracontractual, pero es un extraordinario “generador de hipótesis novedosas, ángulos todavía insospechados para tratar el problema, que deben ser*

---

46 CALABRESI, Guido. Ob. Cit., p. 49.

*articulados con los demás ángulos (incluyendo los clásicos), a fin de tener una mejor visión de conjunto...<sup>47</sup>*

El Análisis Económico del Derecho representado por CALABRESI, uno de sus más ilustres precursores, prevé que un estudio con tal contenido implica desvanecer varios mitos, entre ellos:

La convicción de que la sociedad está dispuesta a evitar los accidentes a cualquier precio.

La existencia de una ley económica inexorable que nos dice cuál es el modo justo de asignar las pérdidas que ocasionan los accidentes.

Crear que cuando los jueces y los críticos hablan de distribuir el riesgo de los accidentes tienen en mente algún fin o función específicos.

Tratar como axiomática la idea de que los accidentes deben soportarlos sólo la víctima o la parte que, en cierto sentido, habría producido el daño.<sup>48</sup>

Estos temas planteados como mitos y que resulta necesario develar, apuntan a lo novedoso de la propuesta de CALABRESI, en la medida en que anticipa que lo que aquí se propone exige un cambio radical de mentalidad, en virtud de que sería urgente rehacer toda la estructura jurídica contemporánea de la Responsabilidad Civil.

Para esta escuela -ya lo anticipé-, la culpa no resulta un método adecuado para prevenir los accidentes y mucho menos para determinar quién debe soportar los costes. No sobra advertir que el análisis económico del Derecho presenta varias tendencias o líneas, algunas más inflexibles que otras, donde lo diferencial gira alrededor del concepto de maximización del bienestar económico, que ha sido ampliamente criticado; concepto que pareciera olvidar que existen valores socio-culturales que no son objeto de valoración económica y que son de gran valía para la comunidad. Por ello se valora favorablemente que hoy existan nuevas tendencias que aceptan que debe existir un equilibrio entre las ciencias sociales y la económica, visiones integradas a través de un nuevo análisis económico del Derecho “comportamental”.<sup>49</sup>

47 DE TRAZEGNIEZ, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Bogotá, Temis, 1999, p. 46.

48 CALABRESI, Guido. *Ob. Cit.*, p 35.

49 “Como ya hemos señalado, las versiones más inflexibles del AED han sido criticadas de manera extensiva y persuasiva. En muchos lugares, Ronald Dworkin ha señalado que versiones del AED, como las de Posner, al resumir la justicia en términos de maximización de bienestar económico, resultan altamente peligrosas para la garantía de los derechos en una sociedad liberal y democrática. Sunstein ha atacado a Posner, a

Un enfoque comportamental del análisis económico del Derecho AED implica que los ordenamientos jurídicos y las decisiones judiciales deben partir del estudio de conductas reales y no hipotéticas, para pasar del campo de la especulación a la científicidad. Este criterio permitiría el proceso de verificación, sin desconocer, de hecho, que la doctrina identifica tres funciones que deben considerarse al estudiar los cometidos del Derecho, a saber: la función positiva, prescriptiva y normativa.

Una función positiva prevé los efectos que tendrá la norma o decisión sobre la conducta de las personas. La función prescriptiva establece el deber ser o la forma como puede ser utilizado el ordenamiento jurídico, para lograr los fines específicos de la conducta social e individual y la función normativa se refiere a la ponderación o priorización que se establezca de los fines del Derecho. Los beneficios de esta concepción tripartita,

*[...] permite formular explicaciones reales (empíricas y no hipotéticas) de la conducta de las personas en relación con las normas, con los contenidos y con las formas jurídicas (función positiva); modelos instrumentales para alcanzar fines deseados (función prescriptiva); y lo que es más importante en relación con el enfoque tradicional del AED, criterios para diferenciar entre dichos fines específicos y los fines del sistema jurídico (función normativa). Esto último permitiría replantear el fin predeterminado que asume el enfoque tradicional del AED, a saber, la maximización utilitarista del bienestar social.<sup>50</sup>*

---

su vez, por defender la conmensurabilidad total del Derecho. Para Sunstein, un AED tan rígido como el de Posner o Bork desconoce que hay áreas del Derecho (entre ellas los derechos fundamentales) inconmensurables, las cuales se escapan al cálculo de utilidades.

Sin embargo, las tendencias más recientes del AED parecen haber aprendido la lección dejada por la crítica. Así como Uprimy habla de visiones deontológicas “integradas”, es posible hablar actualmente de visiones consecuencialistas “integradas”, tales como la del AED “comportamental”. Este tipo de propuestas rescata la impronta que deben tener las ciencias sociales en el estudio del Derecho y en la adjudicación judicial, y dejan de lado las esquematizaciones violentas del Derecho como herramienta de la maximización del bienestar.” Everaldo Lamprea M (Profesor de Sociología Jurídica, Facultad de Derecho Universidad de los Andes), Estudiante de Derecho, Universidad de los Andes) - Doctrina, “*El rol del análisis económico del derecho y de las ciencias sociales en el debate sobre el derecho a la salud*” Revista Tutela, mes de diciembre de 2004, LEGIS, Bogotá, p. 2168 y ss.

50 Ob. Cit. pp. 2168 y ss.

Podemos concluir que el establecimiento del instituto de la responsabilidad civil no puede ser ajeno a los anhelos e ideales que alberga una sociedad democrática y que uno de dichos criterios debe ser el económico, sin olvidar que existen consideraciones axiológicas y lógicas<sup>51</sup> que no se pueden echar de menos y que su adopción debe ser un ejercicio racional democrático, en el cual todos los intereses de grupo o clase en tensión tengan la oportunidad de controvertir y proponer.

#### **4. LOS ESPEJISMOS O “APARENTES OBJECIONES” A LA SANCIÓN CIVIL O EL “DAÑO PUNITIVO”**

Son muchos los detractores de la sanción civil, que se apoyan en juicios retóricos, argumentativos y especulativos en torno a los fundamentos y funciones que atañen a la responsabilidad civil, cuando no es que tales juicios se convierten en reproches prácticos. Por esta línea se buscaría subrayar que la institución es improcedente e inconveniente. En esta sección demostraré cómo los juicios retóricos que buscan desacreditar la sanción civil no poseen suficiente peso lógico jurídico para desautorizar su uso.

Los reproches son de los más variados tintes. Uno de ellos es la pretendida ajenez de la figura en el Derecho Civil, basada en la dogmática afirmación de que a la responsabilidad civil le sobra con la función de resarcir. El profesor LLAMA POMBO enfatiza al respecto:

El Doctor Emilio Llamas Pombo comenzaba por destacar – en lo que es un punto en torno al que cierra filas toda la doctrina peninsular -, que la nota preventiva o punitiva es absolutamente ajena al derecho privado y en consecuencia al civil.”;<sup>52</sup> en dicha postura lo secunda, no pocos, entre ellos Roberto Valls, que como otros, consideran por el contrario que el mayor progreso que ha tenido el derecho de daños es precisamente haber superado la etapa de la sanción, veamos: “Es fundamental darse cuenta de que el derecho de daños, o el Derecho relativo a la responsabilidad civil, se prefiere llamar así, ha ido evolucionando claramente desde una concepción de castigo a una visión de reparación.”<sup>53</sup>

Para KAMADA, Luis, quien se detiene también a considerar la postura anterior, los detractores argumentan que las sanciones son extrañas al ordenamiento

51 *De la responsabilidad civil*. T. I, Bogotá, Temis, 1999, p. 213.

52 “*Acerca de los Punitive Damages. Análisis Económico del Instituto*”. Ob. Cit.

53 AAVV, Ponencias y coloquios en la Jornada sobre *Derecho de Daños*, Coor. Luis Ribó Durán, Roberto Valls Portell. *El Derecho de daños en la práctica actual*. Barcelona, Bosch, 1992, p. 70.

privado y que pertenecen al Derecho Público y con mayor énfasis al Derecho Penal.<sup>54</sup> Por otra parte, podría concluirse que: “la teoría de la pena privada no se armoniza con los principios que gobiernan e inspiran la responsabilidad civil en el Derecho moderno, ya opere en la esfera exclusivamente privada o lo haga compatibilizándose con la esfera pública al acompañar al hecho ilícito penal”.<sup>55</sup>

En una orilla más moderada, encontramos a los que no pueden desconocer que en nuestro ordenamiento la función sancionatoria no está ausente. Ahora bien, con respecto a los *punitives damages* -no es otra cosa que sanción civil-, se muestran renuentes por la aparente peligrosidad que entrañan, por considerar a éstos inadecuados para nuestro país, reconociendo, eso sí, que la doctrina nacional no se ha preocupado por estructurar una teoría que explique la razón de ser de las penas privadas.<sup>56</sup>

El escritor BARRETO MORENO propone presentar las críticas a la función punitiva, mediante la imposición de penas privadas, en cuatro categorías, a saber:

Violan al principio de reparación integral.

Es contraria a la evolución de la humanidad y del derecho.

Vulnera la separación jurisdiccional y sustancial entre el derecho civil y penal.

No ha dejado experiencias afortunadas en los ordenamientos que la acogen.<sup>57</sup>

Este reactivo panorama está lejos de desalentarnos, pues ello no indica que estemos condenados a claudicar. Si el *Common Law*, cuna de los *punitives damages*,

54 KAMADA, Luis. “Daños punitivos y la prevención del daño ambiental”. Poder judicial de la provincia de Jujuy, En [www.justiciajujuy.gov.ar](http://www.justiciajujuy.gov.ar).

55 GARCÍA LÓPEZ, Rafael. *Responsabilidad civil por daño moral*. Barcelona, Bosch, 1990, p. 111.

56 “Por último, y reconociéndolo como un punto espinoso del trabajo, porque detrás de todo estaban los *punitives damages* – figura criticada por su peligrosidad-, decido hablar de la función sancionatoria o punitiva de la responsabilidad, sin perjuicio de las cuestiones que se han dicho en cuanto a la función reparadora que parecen sancionatorias y a la disuasión que aquella puede ocasionar en cabeza de la comunidad en general. Pero más allá de retomar los *punitives* en el documento, adelanto que los considero inadecuados para nuestro medio, lo que no podría decir ciertamente de la función sancionatoria que entre nosotros es claramente aplicada bajo la forma de penas privadas, las cuales, por demás deambulan por el ordenamiento jurídico. No obstante los autores nacionales no se han detenido a estructurar una teoría general sobre dichas penas, quizás por un prejuicio, anclado a los estudiantes de derecho, que inadmite toda noción de pena en el orden civil. En consecuencia me resulta claro que, después de ese ejercicio, los *punitives* son una parte de la función sancionatoria, la cual tiene otra serie de expresiones en Colombia que, distinta de aquellos, la hacen presente y no podemos desconocer.” *La función de la Responsabilidad Civil en Colombia en el marco de las acciones populares y de grupo*. Ob. Cit., p. XV.

57 Ob. Cit. p. 64.

también cuenta con sus detractores e incluso con estudios financiados por la Exxon, cuyos fines ya son de por sí sospechosos,<sup>58</sup> cómo iba ser que en el Derecho continental se diera la excepción. Así lo comenta FLORES FERNÁNDEZ:

El Daño Punitivo plantea un grave peligro contra la privación arbitraria de la propiedad, debido a que las instrucciones al jurado normalmente otorgan al jurado amplia discreción para escoger los montos de la indemnización a ser reconocidas por este concepto y debido a que las pruebas de utilidades del demandado otorgan competencia para que el jurado utilice su fallo para expresar los prejuicios en contra de los grandes comerciantes.<sup>59</sup>

Otra crítica sobre la cual no se ha profundizado lo suficiente estriba en considerar que los *punitives damages*, al aumentar el tamaño del castigo incrementan la litigiosidad y, por tanto, aumentan los costos para la sociedad, por cuanto implicaría poner en funcionamiento la administración de justicia.<sup>60</sup>

Tal argumento, que puede ser cierto en menor escala, pero que a la postre no tiene mayor magnitud, en comparación con los beneficios que se reportan de la utilidad, como tendré la oportunidad de explicarlo en detalle, a propósito de las parecidas críticas que se le hacen al incentivo que se otorga en las acciones populares.

Tampoco parece tener éxito el argumento de la ajenidad y exogenidad de la recompensa, que significa agregar un *plus* a favor de la víctima, por vía de la sanción civil en la familia del Derecho continental, frente a la conocida paternidad romana. Así lo expone el profesor SARMIENTO PALACIOS:

58 “Quizá la suspicacia no sea una virtud para estos breves párrafos - que aspira a llenar un espacio relativamente técnico en nuestra disciplina -, no obstante lo cual, y a riesgo de lucir hasta falto de elegancia en el decir, es preciso agregar que muchas de las más excelsas monografías que en el ámbito internacional se han escrito acerca de *Punitive Damages*, han sido curiosamente financiadas para empresas como Exxon, circunstancia que como destaca Pablo Salvador Coderch, “... Sus autores se encargan de dejar clara en la primera página...” “*Acerca de los Punitive Damages. Análisis Económico del Instituto*”. Ob. Cit.

59 FLORES FERNÁNDEZ, José Gregorio. *Daño y Responsabilidad en Derecho Norteamericano*. Tesis de grado. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 174.

60 *An Economic Explanation of Punitive Damages*, by David Friedman. En [http://www.google.com/search?q=cache:w\\_l1M\\_1l17oJ:www.davidfriedman.com/Academic/Punitive/Punitive.html+punitive%20damages&hl=en&ie=UTF-8](http://www.google.com/search?q=cache:w_l1M_1l17oJ:www.davidfriedman.com/Academic/Punitive/Punitive.html+punitive%20damages&hl=en&ie=UTF-8). Nota: Este papel es basado en comentarios entregados a una reciente conferencia en los daños y perjuicios punitivos en la Universidad de Escuela de derecho de Alaba. Traducción libre., p. 10.

Ya en Roma, los interdictos y las acciones populares tuvieron arraigo, gracias a la recompensa individual (...). Lo que sí es cierto, aparte de falsos filantropismos, es que antaño, tanto como ahora, la mayor motivación para actuar en casos de perjuicios colectivos es la perspectiva de una recompensa; de otra manera es bastante improbable que alguien, para quien el perjuicio sufrido puede ser tan pobre que no compense siquiera los gastos del proceso, quiera enfrentar a una contraparte poderosa escudada precisamente en el ínfimo daño inferido –por separado – a cada una de las víctimas.<sup>61</sup>

Vientos a favor del instituto soplan en nuestro continente, como lo reseña el profesor SAUX al referirse al pronunciamiento de la Comisión 10ª de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en el mes de septiembre de 1999. SAUX propone la conveniencia de implementar las sanciones civiles en la nueva legislación, para sancionar graves conductas. Indica, además, que, por no tener el carácter de sanción penal, su imposición no requeriría del excesivo garantismo penal, de modo que bastaría con garantizar el debido proceso y la defensa en juicio.<sup>62</sup> Contrario a este presupuesto RODRÍGUEZ GONZÁLEZ afirma que al ser la pena privada una sanción al fin de cuentas, ello “*implica que no podría escapar a los principios que se han esbozado alrededor del derecho sancionador por excelencia que es del derecho penal*”.<sup>63</sup> Esta tesis no la comparto por el efecto nocivo que representa para la institución, por el excesivo garantismo que implica, puesto que no se justifica en un proceso civil por ser de naturaleza estrictamente económica y no afflictiva, como ocurre en el derecho penal.

Para muchos el instituto goza de buena salud constitucional, por no ser una pena disimulada en el proceso civil. Además, para garantizar su eficacia, su imposición no podría estar limitada por el garantismo penal,<sup>64</sup> diagnóstico que muy

61 SARMIENTO PALACIOS, Germán. *Las acciones populares en el derecho privado colombiano*. Bogotá, Banco de la República, 1988. Citado por Juliana Cano Nieto, Carolina Salazar Holguín en “*El incentivo de las acciones populares, ¿Mecanismo inconveniente o perverso?*” Revista Tutela, Bogotá, Legis, junio de 2004.

62 SAUX, Edgardo Ignacio. “*La tutela inhibitoria y la multa civil: dos modos de evitar la causación del daño en el proyecto del nuevo Código Civil Argentino*”. En alterini.org/tonline.htm.

63 La función punitiva de la responsabilidad civil, Ob. Cit., pp. 67 - 68

64 “ Si bien es cierto que un proceso en el que se discutiera la aplicación de MULTAS CIVILES, no estaría limitado por garantías típicamente inherentes al proceso penal (v. gr. Principio de personalidad de la pena, non bis in ídem, legalidad, prohibición de autoincriminación, etc.), no es menos cierto que el instituto a pesar de ello goza de buena salud en orden a su constitucionalidad, pues su aplicación no implica una SANCIÓN PENAL disimulada en un PROCESO CIVIL.



tímidamente es respaldado por nuestra Corte Constitucional al afirmar que: “*un límite fijo que responde tanto al interés de evitar la arbitrariedad y de proteger los derechos del procesado a la libertad y al debido proceso, como el interés de garantizar la reparación integral a las víctimas no parece inconstitucional*”.<sup>65</sup> Aquí estaba pronunciándose sobre el límite de los mil (1000) salarios mínimos por concepto de perjuicios morales en el proceso penal, pero agrega que el legislador puede establecer los daños punitivos dentro de límites razonables; criterios de razonabilidad y respeto al debido proceso que también son aplicables para orientar la labor de la jurisprudencia en desarrollo de la institución.

A continuación analizaré las críticas más relevantes que hace la doctrina que rechaza las sanciones civiles o *punitives damages*.

#### 4.1 Violación del principio de reparación integral de perjuicios

El principio según el cual la víctima tiene derecho a una indemnización integral de perjuicios plantea una limitante, aparentemente insalvable para nuestra tesis, consistente en que “*se debe indemnizar el daño, sólo el daño y nada más que el daño*”, y por lo tanto, “*el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, mas no puede superar ese límite*”.<sup>66</sup> Con vocación de principio se subraya que la “*obligación nacida del hecho ilícito no puede tener un*

---

Si la mera función PREVENTIVA o SANCIONATORIA existente en un instituto, bastara para que se le apliquen en materia procesal las garantías de orden penal, las mismas serían aconsejables entonces para reglar el procedimiento de muchas sanciones represivas extramatrimoniales, (por ejemplo: la pérdida de vocación hereditaria por indignidad (art. 3291 y 3296 de C. C.), la revocación de la donación por ingratitud (1858 C. C.), la pérdida de la patria potestad (art. 307 C.C.) entre otras) y patrimoniales (debería embretar todo proceso en el que la cuestión ventilada se relacionase con una cláusula penal).

Si tal disparate no se verifica en la práctica es por el sencillo hecho de que existen al menos dos errores que aún no han sido desterrados en el tratamiento de la materia: 1). No es cierto que la SANCIÓN es patrimonio exclusivo del Derecho Penal; 2) no es válido pretender que la SANCIÓN, concebida fuera de la órbita Penal, deba acarrear sobre sí, el “garantismo”(a veces excesivo) que ha ganado el corazón de la doctrina penal.” *Responsabilidad Civil Prevención del Daño; multa civil y tutela inhibitoria -“Las multas civiles: análisis económico de la cuestión y su constitucionalidad”*. Ob. Cit., p 13.

65 Colombia. Corte Constitucional, sentencia C-916-02, M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, 29 de octubre de 2002.

66 Colombia. Corte Constitucional, 20 de mayo de 1993, sentencia C-197. Citada por JUAN CARLOS HENAO, *El daño*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 45.

*contenido mayor que el daño resarcido, en lo que probablemente influyeron los teólogos morales con profundas raíces en la patristica*".<sup>67</sup>

Siguiendo las líneas tradicionales de la doctrina patrimonialista e individualista del daño, se sostiene que los *punitives damages* o sanciones civiles vulneran el principio porque: *"fomentan el enriquecimiento de la víctima y el empobrecimiento del responsable. La víctima se aprovecha de la falta del responsable, haciendo que el daño se convierta en un negocio que otorga dividendos"*.<sup>68</sup> Adicionalmente se considera que la proporción estricta entre el daño y la reparación elimina el elemento de penalidad que pudiera encontrarse en la reparación.<sup>69</sup>

No son pocos los que influenciados por la misma visión patrimonialista e individualista, consideran que la reparación se reduce a compensar las pérdidas económicas de la víctima. Si estas afirmaciones fueran aceptadas, cerraríamos el camino a nuestra tesis y de serlo nunca se hubiera abierto camino la indemnización de los perjuicios inmateriales, es decir ni siquiera se podría hoy hablar de la indemnización de los daños morales o el daño en vida de relación. Adicionalmente y en consecuencia dicha doctrina considera que en la tasación del daño no puede incidir el grado de culpabilidad del victimario, ni siquiera el eventual enriquecimiento obtenido a expensas de la víctima:

Por tanto, la función de compensación económica que la regla de la reparación integral del daño desarrolla, en términos generales permite considerar irrelevante para la determinación de la magnitud del resarcimiento del daño patrimonial, el grado de culpabilidad del responsable y el eventual enriquecimiento del mismo responsable, incluso si es mayor del perjuicio acarreado.<sup>70</sup>

Este es uno de los tantos mitos que se deben confrontar, pues si algo puede considerarse utópico es el asunto de la reparación integral y prueba de ello es que la doctrina plantea que la víctima debe quedar, luego de la reparación, en una situación igual o lo más cercana posible a la que disfrutaba antes del hecho dañoso. La doctrina lo sintetiza en los siguientes términos: *"Es decir, aunque el derecho genera la ficción según la cual la reparación supone que el daño se indemniza totalmente, en*

67 *Derecho de Daños*. Ob. Cit., p. 75.

68 La función de la Responsabilidad Civil en Colombia en el marco de las acciones populares y de grupo. Ob. Cit., p. 64.

69 PEIRANO FACIO, Jorge, *Responsabilidad Extracontractual*, Bogotá: TEMIS, 2004, p. 48

70 PINORI, Alexandra. "Principios generales y reglas del resarcimiento del daño". En Seminario Internacional de Responsabilidad Civil y del Estado, Presente y Futuro, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 32.

*términos subjetivos, la víctima puede cuestionar por este aspecto lo que a su favor se haya decidido en la sentencia*".<sup>71</sup> Esta escuela concluye que el carácter integral lo otorga la decisión judicial por el valor de cosa juzgada que la caracteriza. Considero que la ficción no se desvanece con la firmeza de la decisión judicial ante la fuerza de la realidad. Esto nos enseña que el daño no se logra borrar totalmente del mundo físico y en este mismo sentido recojo las apreciaciones de RODRÍGUEZ GONZÁLEZ cuando afirma que *"el gran problema práctico que presenta esta forma de reparación es que en un número elevado de casos, se hace imposible*".<sup>72</sup> Recuérdese que en el capítulo anterior procuro demostrar cómo, desde el criterio tradicional del daño, hay casos en que la víctima puede recibir más o recibir menos; de tal forma que se confirma la relatividad del principio de indemnización integral, porque *"desde el punto de vista de la víctima (DE CUPIS), prevenir es incomparablemente más beneficioso que reparar, singularmente teniendo en cuenta que la reparación integral tiende a ser más declarativa que real (ALTERINI)"*;<sup>73</sup> lo que desvirtúa el pretendido carácter absoluto que se propone y confirma su limitación, que a pesar de ser un derecho de carácter constitucional,<sup>74</sup> como lo ha dicho la propia Corte, confirma que no implica que se trate de un derecho absoluto y que, por tanto, admite limitaciones mediante una regulación legislativa, la misma que tiene varias finalidades constitucionales dentro del margen de configuración legislativa que le compete al Congreso.<sup>75</sup>

474 Pero ya que el concepto de *"daño indemnizable"* no es de naturaleza constitucional, la labor del legislador se debe orientar a su definición o redefinición y caracterización, en aras de garantizar las múltiples finalidades de la responsabilidad civil. Al respecto, retomemos lo dicho por la Corte Constitucional:

7.2. La Carta Política no precisa cuáles daños deben ser reparados, ni la forma en que deben ser cuantificados, para que se entiendan que ha habido una indemnización integral. Tampoco prohíbe que se indemnice cierto tipo de daños. Se limita a reconocer que las víctimas y perjudicadas por un hecho punible tienen derecho a la reparación, mediante *"la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito"* (artículo 250, numeral 1, C.P.).

71 El Daño, análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y francés. Ob. Cit. p. 50.

72 RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Mónica. *La función punitiva de la responsabilidad civil*. Tesis de grado. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 2

73 *"La tutela inhibitoria y la multa civil: dos modos de evitar la causación del daño en el proyecto del nuevo código civil argentino"*. Ob. Cit.

74 Colombia. Puede consultarse, entre otras, la Sentencia C-916 de 2002.

75 Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-916 de 2002, expediente D-4020, M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, 29 de octubre de 2002.

Por lo anterior el legislador, al definir el alcance de la “*Reparación Integral*” puede determinar cuáles daños deben ser tenidos en cuenta, y en esa medida incluir como parte de la reparación integral de los daños materiales directos, el lucro cesante, las oportunidades perdidas, así como los perjuicios morales, tales como el dolor o el miedo sufridos por las víctimas, los perjuicios estéticos o los daños a la reputación de las personas, o también los llamados daños punitivos, dentro de límites razonables. Puede también el legislador fijar reglas especiales para su cuantificación y criterios para reducir riesgos de arbitrariedad del juez. Estos criterios pueden ser de diverso tipo. Por ejemplo, pueden consistir en parámetros que orienten al juez, en límites variables para ciertos perjuicios en razón a lo probado dentro del proceso para otra clase de perjuicios, o en topes fijos razonables y proporcionados.<sup>76</sup>

Con base en lo expresado por la Corte y en aras de subrayar una conclusión, tendremos que decir que el principio de reparación integral resulta ser uno de los más subjetivos que existen y por ello su relatividad depende, en esencia, de la apreciación y conceptualización que se adopte sobre la definición de *daño* que, como veremos en el acápite 6 del presente documento, debe ser más global y colectiva, es decir, totalmente contraria a la tradicional y restrictiva visión patrimonialista e individualista (egocéntrica) que impregna a la doctrina civilista.

La perspectiva global que propongo se fundamenta en que hay conductas que causan un daño adicional, no estudiado y, por consiguiente, no indemnizado, referido al ataque al ordenamiento jurídico. Éste debe ser restablecido plenamente para evitar que el victimario conserve el beneficio económico, ya sea por el ingreso de bienes a su patrimonio o por el ahorro de gastos necesarios para evitar el menoscabo,<sup>77</sup> a lo cual se agrega el sentimiento de impotencia y desprotección que experimenta la víctima. Dicho daño sería totalmente distinto al ya reconocido daño moral y a la vida de relación, en la medida en que este sentimiento se exterioriza en una animadversión y desconfianza de la víctima frente al Estado y la sociedad. En tales condiciones no resulta ser un *plus* a favor de la víctima. Para comprender un tanto de dichas manifestaciones, la victimología ha empezado a estudiarlas como un fenómeno antropológico que afecta el tejido social y que encuentra como una de sus causas a la criminalidad masiva desde el abuso del poder. La doctrina lo hace expreso en los siguientes términos: “*Algunas de las*

76 C. C. C-916 de 2002. *Ibidem*.

77 Cfr. PIZARRO, Ramón Daniel y otros. *Derecho de Daños*, segunda parte. Buenos Aires, La Rocca, 1996, pág. 290.

*características esenciales de esta delincuencia son, precisamente, la enorme cifra negra; la entidad del daño; el número de víctimas que produce; el alto índice de impunidad y su aptitud para perjudicar la economía nacional e incluso para provocar la quiebra de la confianza en el sistema económico (...)*.<sup>78</sup> Desde esta óptica la pretendida reparación integral clásica no logra eliminar o borrar todo el daño causado si deja de lado esta variante del problema.

La indemnización de perjuicios, que por lo ya expuesto resulta ser insuficiente en el enunciado compensatorio, lo es más respecto del reproche de conductas antisociales, puesto que *“la mera indemnización de perjuicios, como compensación patrimonial, o la sanción de orden administrativo, no expresan de manera suficiente la estigmatización de las conductas antisociales que se tipifican como delitos”*.<sup>79</sup> Y un poco para replicar a los opositores de la institución, que ni siquiera la aceptan cuando el victimario recibe enriquecimiento a costa del daño propinado a la víctima, podría sostenerse que:

(...) el pago de una indemnización, como única consecuencia del reato, estimula la perniciosa praxis de franquear el usufructo de posiciones de poder sustentadas sobre la explotación ilícita de una actividad, gracias a la capacidad de asumir costos. En ese orden de ideas, la valoración ética de un modo de proceder termina por ser reemplazada por un cálculo de beneficios y costos ligados a cierta acción u omisión.<sup>80</sup>

Un buen sistema de responsabilidad civil no se debe preocupar exclusivamente por imponer al infractor la internalización de los costes de su actividad, ya que dicho cometido no se logra a plenitud y por ello resulta más eficaz propender por el cumplimiento del primer postulado de la responsabilidad civil, bajo una política de ética ciudadana: no causar daños y en esa dirección debe encaminar todas sus fuerzas y si algunos no logran cumplir con este principio, deberá procurar, de una forma subsidiaria, que todos los costes negativos de la actividad sean internalizados en su totalidad por el infractor.

Con acostumbrada magistralidad y contundencia el profesor DE CUPIS se opone a la pretendida objetividad del daño y a la posibilidad de indemnizarlo integralmente. El académico observa que la culpa puede tener relevancia para determinar el contenido del daño, al buscarse una represión jurídica y no simplemente natural del mismo, por interesar al derecho el concepto, más que el ontológico

78 *La victimología*. Ob. Cit., p. 183.

79 Colombia. Corte Constitucional, sentencia C-320/98, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, 30 de junio de 1998.

80 *Ibidem*.

el deontológico, por lo cual el legislador o la jurisprudencia pueden variar la entidad del daño, influenciados por factores como la equidad, que en algunos casos, por presencia del dolo o la culpa, se grave o agregue un *plus* al concepto de daño jurídico indemnizable, sin que con ello se franquee el concepto de indemnización integral:

Estas objeciones serían de peso si el daño se considerase tan sólo como un *quid facti*. Pero estando el daño integrado en la órbita de los fenómenos jurídicos y siendo su contenido determinado, como ya se ha expresado, con criterios autónomos, hay que admitir en consecuencia que el derecho objetivo así como puede configurar de su propia guisa la relación de causalidad puede, igualmente, arbitrar relevancia a la culpa para determinar el contenido del daño. Dicho de otra forma, se trata de establecer la entidad del daño que deba reprimirse jurídicamente, y no su entidad natural, por lo que es perfectamente comprensible que, del mismo modo que las exigencias de la equidad pueden diversificar la relación de causalidad de cómo se presentaría naturalmente, análogamente el legislador puede establecer requisitos que varíen la entidad referida acompañándola con la culpa.<sup>81</sup>

Por consiguiente, al estar dicha crítica fundada en que el daño indemnizable no corresponde a un concepto objetivo ontológico, por ser eminentemente “*una categoría ideológico –jurídica mutable conforme a las crisis del sistema económico y político global*”,<sup>82</sup> el criterio de indemnización debe ser de esa categoría, en la que elementos de disuasión y prevención tengan plena pertinencia y correspondencia.

Finalmente y habiendo demostrado en la primera parte de esta tesis que los dos sistemas comparten el principio de reparación integral, muy a pesar de la pretendida diferencia sostenida por la oposición –si al *Common Law* le resultan compatibles los *punitives damages*-, con este mismo razonamiento lo serían las sanciones civiles a nuestro sistema, por no existir el argumento propuesto de divergencia respecto del principio de reparación integral.

## **4.2 Violación del principio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”. No hay pena sin previa ley.**

La oposición a las sanciones civiles en el derecho colombiano cuenta con otro argumento según el cual se violaría el principio constitucional al no poder imponerse penas sin previa ley. Esta postura puede resumirse así:

81 *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil* (Trad. Ángel Martínez Carrión). Barcelona, Bosch, 1970, p. 303.

82 *Valuación económica del daño moral y psicológico*. Ob. Cit., p. 59.

4) Se estima como ilegítimo el empleo de la analogía cuando se trata de sanciones. Nuestro orden jurídico ha aceptado como regla fundamental el postulado que enseña que sin texto legal, claro y preciso no puede existir sanción. Postulado que tiene vigencia no solo en el derecho penal (*nulla poena sine lege*), sino también en el derecho civil. Todo se reduce a saber qué debe entenderse por sanción en esta última rama del derecho. En general, es sanción civil todo perjuicio o menoscabo que, independientemente de su querer de voluntad, deba sufrir una de las partes contratantes. Así, la nulidad de un contrato constituye una sanción, pues al ser anulado la parte beneficiada se priva de los resultados pretendidos; igualmente son sanciones civiles el cumplimiento que por vía ejecutiva debe realizar un deudor y la obligación de reparar el daño (responsabilidad civil).<sup>83</sup>

Lo anterior se presentaría como causa de creer que la imposición de las sanciones civiles al ser sanciones de tipo penal, resultaría inconstitucional en un proceso civil, porque el demandado no tendría la posibilidad de beneficiarse de las garantías típicas del proceso penal, tales como: rechazo a la autoincriminación o el beneficio de la duda, con lo cual se violarían garantías constitucionales.<sup>84</sup> Apoyado en DOBBS DAN, PIZARRO infiere que “*más que la abolición de los daños punitivos, lo que el sistema estadounidense necesita es un proceso que asegure mejores posibilidades de defensa al demandado en estos casos*”.<sup>85</sup>

Argumentan los que rechazan la posibilidad de imponer sanciones civiles que, en efecto, la “punición” de algunos delitos se entorpece frente a ciertos inconvenientes. Uno de los más graves sería “*la ausencia de normas que permitan imponer sanciones civiles en tales supuestos y que regulen el destino de la pena*”.<sup>86</sup> Por este camino el profesor DÍEZ-PICAZO hace una descripción sobre las razones de oposición al instituto en la doctrina española con base en las premisas de CASALS M. Martín, las cuales podríamos sintetizar de la siguiente manera:

Razones constitucionales; porque al tratarse de una pena debe darse en un proceso que garantice los derechos de *nullum crimen, nulla poena sine lege, non bis ídem* y presunción de inocencia.

83 Derecho Civil, Parte General y Personas. Ob. Cit., pp. 170 y 171.

84 *Ibidem.*, p. 311.

85 DOBBS, Dan B., *Remedies...*, cot., p. 20, n. 3, comentado por PIZARRO, Ramón. *Daños Punitivos*, en AA. VV., *Derecho de daños* (2ª parte), Buenos Aires, La Rocca, 1996, p. 312.

86 *Ibidem.* p. 290.

Razones de derecho privado; fundamentalmente respecto de la solidaridad de las empresas y patronos por los hechos de sus empleados y la grave situación patrimonial que ello les acarrearía, y

Riesgo para la libertad de información; por acciones contra medios de comunicación y el aumento de la multiplicidad de procesos que pueden llevarlos a la ruina.<sup>87</sup>

No obstante que la descripción demuestra una oposición a la figura, también expone cómo la legislación española de Protección al Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y la Propia Imagen, establece un antecedente importante de sanción civil o *punitive damages*, en el sentido de que introduce que la gravedad de la lesión es un criterio de valoración del daño moral:

*El autor citado, sin embargo, señala cómo en la indemnización por daños morales y en los criterios o parámetros establecidos por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y a la Propia Imagen, puede encontrarse, larvadamente, la figura de los daños punitivos sobre todo cuando el artículo 9.3 de dicha ley establece como criterio de valoración del daño moral la gravedad de la lesión efectivamente producida.*<sup>88</sup>

La verdad es que este reproche también se le hace a los *damages punitives* en el *Common Law*, es decir, la crítica no sólo se ha hecho respecto de la posibilidad de imponer las sanciones civiles en el derecho continental o *Civil Law*, sino en la cuna misma de la figura. No obstante, como lo evidencia PIZARRO al citar a DOBBS, en estas latitudes las cortes han rechazado la pretendida inconstitucionalidad, coadyuvadas por un amplio sector de la doctrina:

La doctrina dominante considera que tales objeciones no son decisivas y parte de una base cuestionable: las penas pecuniarias que se mandan pagar por concepto de daños punitivos no constituyen sanciones penales sino civiles y quedan, por lo tanto, al margen de las garantías de la décima enmienda.<sup>89</sup>

La cuestión, por lo visto, se resuelve determinando claramente cuál es la naturaleza de la sanción civil o daño punitivo; de tal suerte que si se considera que es una sanción penal, ni siquiera la discusión sería si se imponen en un proceso con todas las garantías propias del proceso penal (no autoincriminación, beneficio de la duda). Siendo así, no habría lugar a ese debate, porque de entrada es irrelevante ante la imposibilidad de imponer daños punitivos, en virtud de que

87 *Derecho de daños*. Ob. Cit., p. 46.

88 *Ibidem.*, p. 46.

89 *Daños Punitivos*, en AA. VV., *Derecho de daños* (2ª parte). Ob. Cit., p. 312.



se estaría violando la prohibición constitucional *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Si la misma crítica se le ha hecho a la institución en el *Common Law* resulta pertinente conocer los argumentos que la doctrina y las cortes han tenido para rechazar las objeciones:

Por no violarse el derecho de defensa al imponerse por un jurado seleccionado democráticamente luego de concluido el debate propio de cada juicio.

Por no violarse el derecho de defensa en consideración a la existencia de claros antecedentes sobre la procedencia y el sometimiento de las Cortes a los precedentes jurisprudenciales.

Por considerar que la prohibición se aplica sólo a estatutos criminales y no a civiles.

Ahora bien, me permitiré volver al caso Ford – Pinto. El siguiente pasaje ilustra la razón que tienen las Cortes para considerar que no se viola el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*:

La disputa de Ford de que el estatuto es inconstitucional ha sido rechazada repetidamente. El argumento de Ford de que sus derechos de proceso obligatorio fueron violados porque no tenía una “*advertencia justa*” de que su conducta lo haría responsable por indemnización punitiva bajo la sección 3294 del código civil ignora la larga línea de decisiones en este Estado, sosteniendo que las indemnizaciones punitivas son recuperables en un agravio no premeditado o no intencional, donde la conducta del defendido constituye un consciente descuido de la probabilidad de perjudicar a otros. La anterior disputa que la aplicación de la sección 3294 del código civil al caso instantáneo viola la *ex post facto* prohibición de la Constitución Federal, porque para el tiempo en que se diseñó el Pinto de 1972 Ford no tenía aviso de que su conducta podría ser castigada bajo la sección 3294 del código civil es igualmente no meritoria. Esa prohibición constitucional se extiende a estatutos criminales y penas, no a estatutos civiles. Además, por lo menos desde *Toole Vs. Richardson – Merell, Inc.*, [251 Cal. App.2d 689, 60 Cal. Rptr. 398 (1967)], debería haber quedado claro que el fabricante de un producto defectuoso y peligroso podría ser responsable por la indemnización punitiva si conscientemente expone a otros al peligro.<sup>90</sup>

90 ROBERTSON, David, POWERS, William Jr., y ANDERSON, David A. *Cases And Materials On Torts, American Casebook Series*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1989, p. 349.

Vamos por el camino de argumentar que los daños punitivos son sanciones de índole económica civil y que por tanto no le son aplicables las restricciones penales, sin que ello signifique el desconocimiento de las garantías genéricas del debido proceso que deben prevalecer en todas las actuaciones administrativas y judiciales, pues se comprende que no son exclusivas del proceso penal, como en su momento lo expusiera FLORES FERNÁNDEZ y cuyos planteamientos comparto a cabalidad:

El reconocimiento de una indemnización por daño punitivo en una acción de derechos civiles, bajo el método tradicional del *Common law*, no viola la octava ni la catorceava enmienda de la constitución americana, toda vez que la metodología aplicada de conformidad con el *Common law*, respeta el derecho fundamental constitucional al debido proceso.<sup>91</sup>

Es que las garantías del debido proceso no son exclusivas del derecho penal y, por tanto, el proceso civil en el cual se impongan los daños punitivos debe ir precedido de un proceso judicial, revestido de todas las garantías constitucionales, como ocurre hoy en cualquier proceso de responsabilidad civil; así, la preocupación de indefensión resulta infundada.<sup>92</sup>

No toda conducta que se cometa con dolo o culpa es sancionable penalmente, pues lo que determina que lo sea o no, es que ella esté previamente descrita en la ley penal. De ahí que la restricción sea aplicable sólo a los delitos penales y no a los civiles,<sup>93</sup> por aquello de que la acción penal es altamente estigmatizante y factible la potencialidad de terminar imponiendo restricciones a la libertad

91 *Daño y responsabilidad en derecho norteamericano*. Ob. Cit., p. 166.

92 En el mismo sentido consúltese el texto de Luis Kamada. *Daños punitivos y la prevención del medio ambiente*. Ob. Cit. “Así, se ha dicho que los daños punitivos comparten la naturaleza de las multas penales, pero no se imponen en un proceso que ofrezca las garantías suficientes de rango constitucional para su aplicación. No es posible coincidir con esta apreciación, habida cuenta de que todo dependerá de la forma de instrumentación que prevea el ordenamiento procesal pertinente. Es sobradamente conocido el hecho de que la preceptiva ritual debe compadecerse ideológica, axiológica y teleológicamente con la normativa constitucional que la inspira. Si nuestra Carta Magna ha privilegiado el derecho de defensa en juicio y al debido proceso, no es posible advertir la razón por la que deba temerse una presunta vulneración a las garantías constitucionales, en la medida en que el mecanismo procesal adoptado para dar cabida a los daños punitivos continúe siendo coherente con la orientación impuesta por la norma de jerarquía superior”.

93 ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De La Responsabilidad Extracontractual en el derecho civil*. Santiago de Chile, Ediar Editores Ltda., 1983, p. 18.

personal del infractor; lo que no sucede en el Derecho Civil, por lo cual en las aceras del Derecho privado no es necesario ni posible que la ley describa al dedillo las conductas que constituyen delito civil, a riesgo de convertirse en un sistema excesivamente casuístico, con los graves inconvenientes que ello implica. Lo aconsejable, en estos casos, son normas de carácter ejemplarizante e incluso genéricas, para no correr el riesgo de que ellas se transformen paulatinamente en vetustas, en línea con el vertiginoso desarrollo que la humanidad afronta. Un ejemplo de ello es lo que ha sucedido con múltiples normas de nuestro Código Civil, que han exigido que la jurisprudencia tenga que hacer esfuerzos, a veces contra *legem*, para poder resolver las necesidades de justicia social. Recuérdese lo que ha sucedido con la reinterpretación dada a los supuestos establecidos en el artículo 2356 y del cual la Corte de Oro se valió para establecer la responsabilidad objetiva por actividades peligrosas.

De este modo se sostiene que en el Derecho Civil la descripción de las conductas que tienen consecuencias sancionatorias civiles no puede circunscribirse dentro de los precisos y necesarios límites impuestos por la ley penal. Por el contrario, *“el campo y la escala de la culpa o negligencia son vastísimos, y no podrán encerrarse en las leyes, por muy minuciosas que sean. Cada caso deberá decidirse por las circunstancias particulares del hecho y las personas”*,<sup>94</sup> como lo aseverara PASCAL, Luis. Pero como trato de argumentar aún mejor el asunto aquí expuesto, me parece prudente recoger las conclusiones de SANTOS BRIZ:

1) El derecho penal mantiene en todo su rigor el principio *nullu crimen sine culpa*, principio que no puede decirse se mantenga, al menos en el sentido de la culpa, para el Derecho Civil. En todo caso puede afirmarse que la culpa civil evoluciona en tal forma que su socialización ha impuesto su existencia aun en supuestos de obrar el agente con toda diligencia exigible, porque su conducta es socialmente reprobada al suponer una actitud u orientación negativa frente a valores jurídicos ajenos. La declaración de culpabilidad es, no obstante, también ineludible en el Derecho Civil, para imponer la responsabilidad consiguiente (...).<sup>95</sup>

Por eso YZQUIERDO TOLSADA sostiene que el principio de tipicidad, como lo tiene establecido y entendido la dogmática penal, no es aplicable en los supuestos de responsabilidad civil, por inspirarse ésta en principios generales que dejan un amplísimo margen al juez civil para decidir cada caso, con el agravante de

94 Hacia un nuevo concepto actual de Responsabilidad Civil. Ob. Cit., p. 86.

95 SANTOS BRIZ, Jaime. *La Responsabilidad Civil*. Madrid, Montecorvo, 1993, p. 89.

que no está prohibida la analogía ni la interpretación extensiva.<sup>96</sup> En este mismo sentido TAMAYO LOMBANA precisa que:

*(...) el delito civil es apenas un acto perjudicial e intencional. En este campo no se requiere consagración, ni definición previa de la conducta por parte del legislador, como en materia penal (C. P. arts. 6º, 9º y 10).*

Por lo tanto, el Código Civil no enumera los hechos susceptibles de configurar un delito civil y comprometer la responsabilidad. Cualquier acto que ocasione perjuicio a otro puede constituir un delito civil y comprometer la responsabilidad civil de su autor.<sup>97</sup>

Finalmente, respecto a la preexistencia de ley civil que imponga la obligación de no causar daño, en nuestro criterio ella sí existe y si se falta a esa primordial obligación social, la norma dispone que se debe indemnizar el daño, incluido en él la sanción civil por vía del reconocimiento del principio de prevención y regulación de la conducta social, sin olvidar que en tal sanción se indemnizaría un daño consistente en la agresión grosera o gravemente culposa de los derechos subjetivos de la víctima, que no se puede ni debe dejar pasar por alto. Entonces sí existe ley que prohíba dañar, eso es lo que genéricamente está dispuesto en el artículo 2341 del Código Civil colombiano que obliga a indemnizar el daño causado, al tiempo que el artículo 2356 manda repararlo a tono con el artículo 16 de la Ley 448 de 1998, donde se ordena que dicha reparación sea integral, sin que el legislador haya excluido de allí algún concepto de daño; por el contrario, la normativa plantea una obligación genérica y no se olvide que en el restablecimiento del equilibrio se incluye el del Ordenamiento Jurídico, agredido por el dañador, según lo expuse en un capítulo anterior. Comparto, para este caso, los argumentos expuestos por el profesor GHERSI:

*La obligación de no dañar es el fundamento de la convivencia y representa este fenómeno universal a que aludimos, con un contenido particular para cada lugar y tiempo, y se manifiesta en la protección de la integridad del ser humano en toda su plenitud (como esencia del ser) y en la preservación de sus bienes y servicios como signo vital de su existencia. Ello, como hemos podido ver, con una formación concreta en nuestro derecho positivo.<sup>98</sup>*

La prueba de cómo esta corriente doctrinal empieza a tener influencia en nuestra jurisprudencia, esto es, cómo la prohibición de *nullum crimen, nulla poena*

96 Sistemas de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Ob. Cit., pp. 29 a 30.

97 La responsabilidad civil extracontractual y la contractual. Ob. Cit., pp. 30 a 32.

98 GHERSI, Carlos Alberto. *Reparación de Daños*. Buenos Aires, Universidad, 1992, pp. 184 y 185.

*sine lege* sólo tiene aplicación en el Derecho Penal, son las recientes decisiones adoptadas por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, del 10 de marzo de 2005.<sup>99</sup> Tales decisiones fueron reiteradas luego por la misma corporación al disponer que si bien es cierto que el artículo 16 del Decreto 3466 de 1982<sup>100</sup> no menciona a los proveedores o distribuidores como responsables frente a los consumidores -igual que sucede con el artículo 77 del Código de Comercio-, señala sí taxativamente al productor como responsable de las conductas en ellas descritas y las sanciones impuestas por violar ellos tales prescripciones. Esta corporación consideró que no se podía interpretar aisladamente el fenómeno y por eso atina al interpretar:

*(...) pero como lo advierte el a quo, si así se debieran interpretar, dicha normativa, tanto constitucional como de orden legal y reglamentario resultaría inocua su mayor parte, por cuanto el proveedor o distribuidor quedaría legitimado para realizar las mismas conductas que se reprochan en tales disposiciones como lesivas de tales derechos, es decir, incurrir, v. gr. en información o publicidad engañosa, o incurrir en propaganda de promociones o incentivos que no correspondan a la realidad, por el sólo hecho de que las disposiciones citadas, que proscriben conductas como esas, no los hacen responsables de las mismas.*

*(...)*

En conclusión, la Sala halla que los artículos aplicados en este caso, como son los artículos 14, 16, 31 y 32 del Decreto 3466 también son aplicables a quienes ofrecen productos y servicios, es decir, comerciantes o proveedores o distribuidores (...).<sup>101</sup>

Y aunque la misma corporación diga que en materia sancionatoria aplique el principio de taxatividad y trate de escapar a dicha crítica argumentando que recurrió a la interpretación extensiva y no a la analogía, lo cierto es que en busca de la eficacia y prevalencia de los derechos de los consumidores, terminó imponiendo sanciones económicas a un expendedor, aplicando, de esta manera, las disposiciones y obligaciones establecidas expresamente a los productores, bajo el entendido de que existía una obligación genérica contenida en el estatuto del consumidor.<sup>102</sup> Compartimos esta decisión e incluso el grueso de la

99 Consejera Ponente Dra. María Claudia Rojas Lasso.

100 Por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas, la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones.

101 Colombia. Consejo de Estado, Sección Primera, M. P. Dr. Rafael E. Ostau De Lafount Pianeta, 18 de agosto de 2005, radicación 25000232400020002000524-01, actor Grandes Superficies de Colombia S.A.

102 Al efecto dijo: "Es cierto que en materia sancionatoria rige el principio de la taxatividad en cuanto a la configuración de las conductas sancionables, esto es, en cuanto a todos sus elementos, siendo el sujeto

argumentación, salvo cuando se afirma que la corporación no aplicó la analogía para imponer una sanción a un sujeto que no estaba descrito en la norma como destinatario de ella, porque sí lo es, así se recurra al fetiche de la interpretación extensiva, llevados acaso por la influencia de no llamar las cosas por su nombre, quizá para evitar el debate que subyace en el fondo del caso, es decir, en cuanto a la procedencia o improcedencia de sanciones por vía analógica. En torno a este debate soy partidario de la tesis afirmativa mientras la sanción no sea delictual o penal como ampliamente lo he venido sustentado en mi trabajo. Es un hecho que se podría recurrir a la analogía para imponer las sanciones.

En un caso referido al tema del derecho del consumo, la misma reglamentación otorgaba acción indemnizatoria a favor de los consumidores sólo contra el expendedor o distribuidor, es decir, creaba una inmunidad a favor del productor o fabricante, a pesar de la claridad de la norma, y según la doctrina tradicional, al intérprete le estaría vedado interpretar. La Corte Constitucional, por el contrario, extendió la acción que tiene el consumidor a los productores en los siguientes términos:

Declarar EXEQUIBLES las expresiones acusadas de los artículos 11 y 29 (parciales) del Decreto 3466 de 1982, bajo el entendido de que el consumidor o usuario también puede exigir de manera directa del productor el cumplimiento de las garantías de calidad y el pago de los perjuicios por concepto de daños derivados de los productos y servicios defectuosos.<sup>103</sup>

Sobre este tema, presentaré ampliamente mi posición en el capítulo quinto, cuando explique lo que constituye el fundamento de la sanción civil y en especial, el principio general que defiende en mi trabajo.

---

activo uno de ellos, y que por lo mismo se halla proscrita la analogía para el efecto; pero en este caso no se trata de esta forma de interpretación normativa, sino de una interpretación sistemática, a la luz de la cual emerge de manera ostensible y necesaria, inclusive, para la eficacia de la normativa pertinente, que quien comercializa productos o servicios, también debe responder por conductas prohibidas o sancionadas por dichas normas en el desarrollo de la actividad de comercialización, pues vista esa normativa de manera concordada, también lo involucra como responsable de actos que la vulneren, y no existe razón alguna para que frente a una misma conducta sancionable se haga responsable al productor y se exima o excluya de toda responsabilidad al distribuidor o proveedor, es decir, a quien ofrece o comercializa el producto o el servicio cuando éste sea quien lo realice.

Dicha exclusión es inadmisibles bajo todo punto de vista y mucho más si se miran los bienes jurídicos protegidos por dicha normativa, habida consideración de su gran connotación social y sus implicaciones en la calidad de vida y en la seguridad de la comunidad, y que vista esa normativa de manera concordada, también involucra al distribuidor o proveedor como responsable de actos que lesionen tales bienes jurídicos dentro de la órbita de su actividad". *Ibidem*. p. 6.

103 Colombia. Corte Constitucional, sentencia C-114 del 30 de agosto de 2000. M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Hernández.

### 4.3 Violación del principio non bis in ídem, prohibición de la doble sanción

En esta sección revisaré la crítica según la cual la imposición de sanciones civiles violaría el principio constitucional que prohíbe la doble sanción. La prohibición constitucional que aparentemente sustentaría la objeción se encuentra contenida en el siguiente acápite constitucional:

(...) Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.<sup>104</sup>

Me detendré un momento a considerar varias perspectivas del problema para establecer si la prohibición de la doble sanción es pertinente o no. Partamos de los siguientes interrogantes:

¿El concepto de sanción admite una sub-clasificación en la cual las sanciones civiles se caractericen autónomamente?

¿Si la prohibición constitucional de doble sanción por los mismos hechos aplica a todas las especies de sanción o si por el contrario aplica sólo para la imposición de sanciones penales?

Despejar estos interrogantes exige que se establezcan con claridad las diferencias y las autonomías reconocidas, hoy por hoy, entre las diversas sanciones -civiles, administrativas, disciplinarias, fiscales y penales-. Al margen del tema, surge otro no menos importante, y es el que tiene que ver con la función que cumple y debe cumplir el Derecho Administrativo sancionatorio o policivo, es decir, si la función preventiva o disuasoria debe dejarse exclusivamente al poder ejecutivo (por intermedio del poder sancionatorio), que tienen las superintendencias. En este debate tampoco ha sido ajeno el derecho norteamericano con respecto a la labor que han cumplido las agencias federales, mediante las investigaciones y multas que han impuesto o debieron imponer y su verdadera posibilidad de disuasión, o si tal labor puede y debe ser cumplida de manera complementaria por el Derecho Privado.

104 Colombia. Artículo 29 de la Constitución Política.

El tema plantea un abanico de situaciones que debería despejarse para demostrar, en su esencia, que la objeción resulta infundada. Por eso propongo estudiar esta impugnación en tres direcciones, no excluyentes y sí más bien intercomunicadas. Aclaro que algunas argumentaciones, a pesar de que se ubiquen en una sub-sección, lejos están de significar que no resultan pertinentes y conexas con las demás. Me refiero a la sanción delictual y la civil, autonomía e independencia de las sanciones civiles, administrativas, disciplinarias, fiscales y penales. Estudiaré asimismo la aparente dicotomía que existe respecto de la finalidad que deben cumplir el Derecho Administrativo y el Derecho Privado.

### 4.3.1 Sanción delictual y sanción civil

La hipótesis que propongo es que existen varias clases de sanciones -dependiendo de los criterios de identificación e individualización que se utilicen, desde luego-, entre las cuales me interesa apoyarme en dos de ellas, claramente diferenciables: las sanciones penales o delictuales y las civiles. La sanción civil, en el más crítico de los casos, es decir, habiéndose impuesto sanción delictual, por su clara diferenciación no viola la prohibición constitucional. En ese orden de ideas, cuando la conducta no ha sido merecedora de sanción delictual, con mayor razón resulta procedente imponer la sanción civil, si ella encuadra dentro de los fundamentos e hipótesis de procedencia que en este trabajo se propone.

El concepto de sanción admite una sub-clasificación y dentro de ella las sanciones civiles tienen carácter autónomo, como ya lo había defendido en el capítulo segundo,<sup>105</sup> numeral 2.1. Me refería al “*Dolo contractual*”, en el que resultan claramente diferenciables los delitos civiles y los delitos penales, por lo cual insistía en que la terminología delito no era de uso exclusivo del Derecho Penal. Por el contrario, argumentaba, en el Derecho Privado también se habla de delito, correspondiendo a conceptos que se tratan de manera diferente desde su aspecto normativo, según se trate de delito civil o delito penal. Permítaseme que este argumento, expuesto con detenimiento en la sección referida al “*Dolo contractual*”, pueda ampliarlo con base en las conclusiones del profesor PEIRANO FACIO:

*Como conclusión de lo que antecede, podemos retener la idea de que existen delitos civiles y delitos penales como figuras perfectamente diferenciadas, y que esta diferenciación*

---

105 “El elemento subjetivo como factor determinante de la cuantía y el daño indemnizable”.



*no se afecta porque en algunos casos de un mismo ilícito puedan emerger, simultáneamente, un delito civil y un delito penal.*<sup>106</sup>

La pervivencia de ley descansa en la posibilidad de exigir su cumplimiento, so pena de sancionar la infracción. Éstas no son las mismas para el Derecho Privado que para el Derecho Penal. En el primero las sanciones pueden ir desde la nulidad del acto realizado en contravención de la ley, hasta la obligación de indemnizar o reparar el daño, incluidas en éstas las sanciones descritas por GASPERI.<sup>107</sup>

Es claro que desde el aspecto psicológico, más no desde el tratamiento normativo,<sup>108</sup> el delito penal y civil resultan idénticos. Recuérdese que sólo es penal o delictual aquel que está descrito expresamente por el estatuto penal; por lo cual es lógico considerar que existen dos tipos de sanciones: la sanción delictual para aquellas conductas que interesan a la ley penal y una sanción civil para todas aquellas que, causando daños a terceros (aunque no pocas veces esquivan la sanción por la ley penal o viceversa),<sup>109</sup> engendran responsabilidad civil, ya por

106 PEIRANO FACIO, Jorge. *Responsabilidad Extracontractual*. Bogotá, Temis, 2004, p. 32. En similar sentido ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De La Responsabilidad Extracontractual en el derecho civil*. Ob. Cit., pp. 12 y s. s.

107 "394. LA NULIDAD COMO SANCIÓN DE LA LEY CIVIL. Inherente a la majestad de la ley es su sanción (5ª). Apenas si se concibe mandato del legislador sin una pena para sus infractores. Mas esta pena no podía ser la misma en el derecho criminal que en derecho civil. Ambos derechos proceden de distinta manera en hacerse respetar. La ley penal traduce su sanción en un castigo corporal y económico a la vez, al paso que la ley civil limita la esfera de su propia defensa al orden económico. Explicase así que, desde el derecho romano a esta parte, se haya comprendido la ineficacia de toda prohibición no sancionada, y que la mejor manera de reprimir las transgresiones en el orden civil consiste en frustrar el acto jurídico llevado a cabo en contravención de sus prescripciones". DE GASPERI, Luis. Colaboración de Augusto M. Morillo. *Derecho Civil, Hechos y Actos Jurídicos*, Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1964, p. 565

108 "Las múltiples tentativas realizadas en la búsqueda de un criterio diferencial de la naturaleza del delito y de las demás ilicitudes jurídicas, pueden considerarse definitivamente fracasadas. Entre ilícito penal y el ilícito extrapenal (civil, administrativo, etc.), no existe diferencia alguna de naturaleza o esencia, sino meramente de grado y este lo demarca, empírica y contingentemente, cada legislador histórico, según variables criterios político-culturales y conveniencias sociales. Se trata, pues, y tan solo, de que el injusto penal es, según el criterio vinculante del legislador, más grave que el restante injusto, recibiendo por ello, como consecuencia jurídica, el más drástico recurso, y el último (antes de la fuerza bruta), de que el derecho dispone para la realización de sus fines esenciales: la sanción criminal." FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal Fundamental*, T I, Bogotá, Temis, 1995, p. 164. En el mismo sentido, puede consultarse a Mario Montoya Gómez. *La responsabilidad extracontractual*. Bogotá: Temis, 1977, p. 85.

109 Por otra parte, el campo del delito civil es mucho más amplio que el campo del delito penal, y así en muchísimos casos habrá delito civil y no penal. Por el contrario, pueden presentarse casos en que delitos penales, aún muy graves, no dan lugar a la aplicación de las reglas sobre los delitos civiles, porque van di-

haberse cometido con dolo o culpa, o incluso sin culpa (aquí se compromete la responsabilidad por tener como fundamento la teoría del riesgo). Esta diferencia de trato normativo implica que cada sanción adquiere una naturaleza y connotación diferentes. Prueba de ello es que “No pudiendo los jueces deducir contra el autor del acto un delito penal, por no haberse reunido las condiciones legales para ello, censuran al autor del acto inmoral o fraudulento en los severos considerandos del fallo”.<sup>110</sup> Valga observar que, siendo sanciones diferentes, no aplica en este caso la restricción.

Para seguir demostrando la plena diferenciación existente entre cada una de las sanciones, me parecen satisfactorias y adecuadas las diferencias explicadas por el profesor DE CUPIS, Adriano, quien describe que la obligación de indemnizar constituye una sanción. Desde el ámbito civil se obliga al victimario a soportar un mal de manera instrumental, en tanto que desde lo penal -siendo de carácter aflictivo por el castigo que implica la pena -, primordialmente se trata de hacer sufrir al responsable. DE CUPIS concluye que quien sufre la pena delictual no paraliza ni neutraliza con su sufrimiento el daño ocasionado, lo cual demuestra, adicionalmente, la insuficiencia que por vía de la pena tiene el Derecho Penal respecto de la reparación de la víctima, a lo que se agrega que el resarcimiento es una sanción no aflictiva sino reparatoria.<sup>111</sup>

Agreguemos que por la naturaleza aflictiva de la sanción delictual, ella sólo puede aplicársele al autor del delito penal:

Siendo el resarcimiento una sanción no aflictiva sino reparatoria, la ley puede imponerlo a persona distinta de la que ha realizado la violación, por cuanto su función reparatoria se realiza aunque sea cumplida por un sujeto distinto del

---

rectamente contra la sociedad, pero no contra ninguna persona particular. Por ejemplo, el delito de alta traición, es un delito penal pero no civil.” CORRAL MALDONADO, Luis Carlos. *La culpa en derecho civil*. Bogotá, Editorial Centro S. A., 1937, p. 21. En el mismo sentido: “Pero puede ocurrir que la responsabilidad resulte solamente de un *delito civil* y que este no llegue a configurar un delito penal. Porque, reiteramos, existen muchos actos *perjudiciales e intencionales* que a pesar de ocasionar perjuicio a alguien, no están previstos ni sancionados por la ley criminal y por lo tanto no tipifican ningún ilícito penal. No obstante, son fuente de *responsabilidad civil* y obligan a su autor a *reparar el daño*. Tales actos, como ha quedado claro, son los que se conocen en la doctrina como *delitos civiles* y que dan lugar a la responsabilidad civil *delictual*. (Molestias de vecindad; injuria grave o cualquiera de los otros hechos que enumera el art. 1266 del C.C. como causales de desheredamiento, cuando no lleguen a tipificar un ilícito penal; el dolo y la violencia contractuales, cuando solamente estructuran el vicio del consentimiento...) *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*. Ob. Cit., p. 32.

110 La Regla Moral en las Obligaciones. Ob. Cit., p. 266.

111 El daño. Teoría general de la responsabilidad civil. Ob. Cit., pp. 592 a 595.

que, con arreglo a la ley, debe responder. La obligación resarcitoria de hecho, es susceptible de ser cumplida por un tercero.<sup>112</sup>

Esta idea, arraigada en el Derecho Penal moderno, sólo admite la responsabilidad directa.<sup>113</sup> En el Derecho Privado, por el contrario, son múltiples las hipótesis de responsabilidad por el hecho ajeno y de las cosas o fenómenos sobre los cuales se ha asumido el riesgo.

En virtud de que la consecuencia no consista en una sanción de índole aflictiva, ello no implica que deje de ser sanción; eso sí no será sanción criminal o delictual, pero sanción al fin y al cabo. De ahí su naturaleza tan diversa. Se comprende por qué BRECCIA, BIGLIAZZI, NATOLI y BUSNELLI afirmen que, “*su así llamada “coactividad”, aun cuando dicho carácter no es exprese siempre necesariamente en la aplicación de una sanción de índole aflictiva*”.<sup>114</sup>

Ahora bien, que el mismo hecho genere responsabilidad penal y civil simultáneamente, tampoco altera el carácter autónomo de las sanciones que acarrea cada tipo de responsabilidad. Ya desde 1937, con respecto al delito civil y penal el profesor CORRAL MALDONADO sostenía:

*Existe un punto de contacto entre el delito civil y el delito penal, consistente en que en ambos casos se trata de un acto de carácter ilícito; pero por otra parte, la sanción no es la misma: para el delito penal es una pena, para el delito civil es una indemnización de perjuicios correspondientes a la importancia del daño.*

*Pero es necesario tener en cuenta que existen situaciones en las cuales un mismo hecho constituye a la vez un delito penal y un delito civil, de tal suerte que habrá lugar a aplicarle dos sanciones: la pena correspondiente al delito penal y la reparación del daño causado correspondiente al delito civil, medidas que corresponden a dos fines diferentes: mediante la pena se restablece el orden social quebrantado por el delito, basándose en una finalidad de interés público; mediante la reparación se obliga a indemnizar el daño fundándose en un interés privado.*<sup>115</sup>

En la misma dirección TAMAYO LOMBANA expone que:

112 *Ibíd.* p. 593.

113 VALDECANTOS, Antonio. *Responsabilidad Negativa*. En “El reparto de la acción, ensayos entorno a la responsabilidad”. Coordinadores Manuel Cruz & Roberto R. Aramayo, Trotta, Madrid, 1999, p. 123.

114 *Derecho Civil*. Ob. Cit., p. 8.

115 *La culpa en derecho civil*. Bogotá, Editorial Centro S. A., 1937, p. 19.

(...) es conveniente precisar el distinto significado de las nociones de delito penal y civil. Cuando se habla de delito en el derecho criminal se está haciendo referencia a un acto típico. Es una conducta humana revestida y descrita por la ley con todos y cada uno de sus elementos. Y cada delito tiene su nombre (homicidio, estafa).

Si el hecho atribuido a una persona no está previsto de antemano por la ley o si falta alguno de los elementos contemplados en esta, no habrá delito, en el sentido penal del término.<sup>116</sup>

Debemos responder expresamente, eso sí, a un cuestionamiento fundamental: ¿la prohibición constitucional de doble sanción por los mismos hechos aplica a todas las especies de sanción o, por el contrario, aplica sólo para la imposición de sanciones penales? Sin dejar de lado mis argumentaciones anteriores trataré de ampliar la respuesta a estos cuestionamientos con base en la doctrina estadounidense, en la que se evidencia la misma objeción: *“El argumento de que la aplicación de la sección 3294 del Código Civil viola la prohibición constitucional contra doble riesgo es igualmente engañoso. Esta prohibición, como el concepto de ex post facto, es aplicable sólo para procedimientos criminales”*.<sup>117</sup> En el terreno de la jurisprudencia colombiana se presenta el caso de los críticos que insisten en sostener que la prohibición de la doble sanción impediría la imposición de sanciones civiles. Retomemos el precedente jurisprudencial que entiende que las garantías y previsiones finales del artículo 29 “sólo puede favorecer a los acusados por la comisión de hechos punibles y no a las personas en relaciones entre sí, cuando entre ellas surjan conflictos de interés, puesto que en tales situaciones los particulares se encuentran en condiciones de igualdad frente al Estado para que éste dirima sus diferencias”.<sup>118</sup> Esta Corporación entendió que la inmunidad penal establecida en el artículo 33 de la C. P. no podía extenderse a todas las declaraciones, sino exclusivamente a las penales, interpretando, de manera expresa, que las prescripciones establecidas en la parte final del artículo 29 -entre las cuales se encuentra la prohibición de doble sanción-, aplica sólo para causas criminales, es decir, se prohíbe la imposición de doble sanción delictual o penal por una misma conducta. Orientados por la coherencia del ordenamiento jurídico apoyémonos en el texto del artículo 2341 del código civil colombiano, cuando allí se establece que existe la obliga-

116 La responsabilidad civil extracontractual y la contractual. Op. Cit., p. 30.

117 *Cases and Materials on Torts, American Casebook Series*. Ob. Cit., p. 349. Respecto al contenido del artículo 3294 ya se había comentado y transcrito en la presentación del primer capítulo.

118 Colombia. Sala Plena, Corte Constitucional, octubre 17 de 1991.

ción de indemnizar el daño cometido por un delito o culpa, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido; es decir, se permite la concurrencia de la indemnización con la pena que corresponda a la sanción delictiva o penal.

Dos circunstancias confluyen como argumento adicional, incluso a pesar de los que pensaban que nuestro Código Civil -que data de 1873-, quiso ser más que la Constitución, al pretender convertirse en el ordenamiento jurídico totalizador, y si bien nuestro código estableciese sanciones, ello no quería decir que todo lo que está en él formara parte de las mismas, ya que sería errado concluir que por ese solo hecho las sanciones económicas establecidas en el Código hacen parte del Derecho Privado. Ello no resulta viable por estas dos situaciones, las que desvirtúan la pretendida unicomprensión del Código Civil.

En primer lugar, habría que recordar que la Ley 57 de 1887, en su artículo 4, prevé que con arreglo al artículo 52 del ordenamiento constitucional, se incorporará en el Código Civil el título III (artículos 16 a 52) de la carta constitucional. Esto prueba que ya para esa época se reconocía que la legislación civil no era la única, y mejor aún, que estaba sometida a la misma Constitución. En segundo lugar y de manera coherente con esta línea, el artículo 5 del Código afirma con claridad que el Código Penal define los delitos y les señala las penas, con lo cual se demuestra que el legislador, desde esa época, entendía que existían delitos penales que ameritaban penas diferentes a las ya establecidas para los delitos civiles. La misma codificación estableció dos tipos de prescripción, determinando que el delito o culpa civil, que es además de punible, se rige por la prescripción establecido por el Código Penal.<sup>119</sup>

Adicionalmente, nuestra tesis, plantea que el daño punitivo o sanción civil no se encuentra desligado del concepto omnicompreensivo de indemnización, pues con esa condena se resarce un perjuicio, el consistente en la vulneración del ordenamiento jurídico; aspecto que configura de manera clara su diferencia con la sanción delictual, permitiendo su concurrencia por no ser idénticas.

Así las cosas, siendo la acción civil distinta de la acción penal, cada una puede adelantarse en forma independiente, aun simultáneamente, y pueden imponerse en cada una consecuencias jurídicas, sin que ello signifique violación al principio

119 Colombia. Artículo 2358: “Las acciones para la reparación del daño proveniente de delito o culpa que puedan ejercitarse contra los que sean punibles por el delito o la culpa, se prescriben dentro de los términos señalados en el Código Penal para la prescripción de la pena principal”.

constitucional *non bis in ídem*. En la primera se impone en proporción a unos daños causados por vulnerar el ordenamiento jurídico, por haber agredido un interés individual en cuantía directamente relacionada con el provecho que quiso obtener el autor del daño, y en la segunda, la penal la imposición de la pena privativa de la libertad no guarda relación directa con el daño causado al patrimonio de la víctima, pues incluso en algunos casos no se requiere la causación de un daño individual, pues ella se tasa según la dosimetría punitiva establecida para el tipo penal. Por ello, es posible, que operen las dos consecuencias jurídicas, sin que ello estructure un quebrantamiento a la prohibición constitucional que he analizado en esta sección.

### **4.3.2 Autonomía e independencia de la sanción civil y las sanciones administrativas**

Considero que la sanción civil, como ya se ilustró, procede incluso estando en curso una investigación criminal por los mismos hechos, en la medida en que ambas sanciones son diferentes.<sup>120</sup> Algunos replican ambas condiciones, arguyendo que ésta es otra forma de violar la prohibición de doble sanción, no sólo por la posible concurrencia con la sanción penal, sino con las sanciones que pueden imponer las autoridades administrativas y específicamente las superintendencias. Creo que tal reproche puede ser replicado con similares consideraciones a las expuestas en la sección anterior; es decir, siendo las sanciones penales y civiles de carácter disímil, procede aplicarlas de manera simultánea o sucesiva, sin dejar de advertir que la posibilidad de que una conducta genere las dos responsabilidades es la excepción y no la regla general, por lo que ya ampliamente se ha explicado sobre el criterio de última ratio, que rige al Derecho Penal contemporáneo.

De todos modos, me permitiré aportar elementos adicionales a la discusión. Considero que el problema ha sido resuelto por nuestra jurisprudencia a favor de la concurrencia de las diversas sanciones, cuando al despejar el dilema planteado por la aparente violación del *non bin in ídem* (al tramitarse investigaciones penales y fiscales por los mismo hechos), se determina que por tener diversas finalidades, resultan independientes o complementarias, pero no excluyentes ni incompatibles:

120 "Tercera observación: De este estudio de lo ilícito civil, queda fuera toda valoración penal. Son dos campos completamente distintos, como diversos los fines perseguidos por las dos legislaciones: la civil y la penal". TRABUCHI, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil* (Trad. de Luis Martínez-Calcerrada). Madrid, Revista de Derecho Privado, 1967, p. 216.

Por ello, no es apropiado exigir prejudicialidad en materia fiscal o administrativa con posibilidad de enervar la iniciación de la acción penal, ni tiene asidero reclamar la aplicación del principio constitucional *non bis in ídem*, frente a la tramitación simultánea o sucesiva de los procesos penal, disciplinario y fiscal.<sup>121</sup>

En el mismo sentido lo ha declarado la Corte Constitucional al analizar la presunta violación por el surgimiento de acciones penales y disciplinarias sustentadas en los mismos hechos.<sup>122</sup> Además de su viabilidad jurídica en el campo de la sanción civil y penal, también resulta aconsejable la labor complementaria que

121 Colombia. Sentencia única instancia, 23 de septiembre de 2003, radicación 17.089, C. S. J. Casación Penal, M. P. Dr. Edgar Lombana Trujillo.

122 “Las sanciones penales se dirigen, de manera general, a la privación de la libertad física y a la reinserción del delincuente a la vida social, al paso que las sanciones disciplinarias tienen que ver con el servicio, con llamados de atención, suspensiones o separación del servicio; lo que impone al acto sancionatorio un carácter independiente, de donde surge el aceptado principio de que la sanción disciplinaria se impone sin perjuicio de los efectos penales que puedan deducirse de los hechos que la originaron”. Y en sentencia anterior (T-413/92) expresó la Corte que el adelantamiento de las dos acciones precitadas no configura violación al principio *non bis in ídem*. “Esta Sala considera que en el presente caso no se da una violación al precepto citado —artículo 29 C.N. principio *non bis in ídem*—, por cuanto el juicio realizado en dos jurisdicciones distintas implica una confrontación con normas de categoría, contenido y alcance distinto. El juez disciplinario evalúa el comportamiento del acusado, con relación a normas de carácter ético, contenidas principalmente en el estatuto de la abogacía. Por su parte, el juez penal hace la confrontación de la misma conducta, contra tipos penales específicos que tienen un contenido de protección de bienes jurídicamente tutelados en guarda del interés social. Así que tanto la norma aplicable, como el interés que se protege son de naturaleza distinta en cada una de las dos jurisdicciones. Por ello, es posible, como sucedió en este caso, que el juez penal haya absuelto y, por su parte, el juez disciplinario haya condenado. No hay, por tanto, violación de la norma superior invocada en este punto por el peticionario, como tampoco de otros derechos fundamentales”. En este orden de ideas, siendo la acción disciplinaria distinta de la acción penal, cada una puede adelantarse en forma independiente, sin que de su coexistencia se pueda deducir infracción al principio *non bis in ídem*, pues en este caso no existen dos juicios idénticos. En consecuencia, no encuentra la Corte que el inciso segundo del artículo 2º de la Ley 200 de 1995, materia de acusación, vulnere precepto constitucional alguno, motivo por el cual será declarado exequible”. Corte Constitucional, Sentencia C-244 del 30 de mayo de 1996.

En similar sentido C-1007 del 18 de noviembre de 2002 y C-740 del 28 de agosto de 2003 sobre la autonomía de la acción de extinción de dominio.

pueda proporcionar el Derecho Civil por la relatividad de las sanciones administrativas, como lo ampliaré a continuación.

### **4.3.3 Derecho Administrativo Vs. Derecho Privado**

Derivado del reproche de la supuesta violación del principio de prohibición de la doble sanción, surge otro cuestionamiento, que pareciera correr con la misma suerte argumentativa que ya hemos propuesto. Ello no nos libera, sin embargo, de pronunciarnos expresamente sobre el mismo, en lo concerniente a que la imposición de sanciones civiles usurparía las funciones que incumben a las Superintendencias. De tal suerte que se dejaría sin oficio a dichas entidades, planteamiento que pone sobre el tapete otra cuestión de base, incluso más importante y medular: ya no se trata de un conflicto entre el Derecho Civil y el Penal, sino entre el Derecho Privado y el Derecho Público o Administrativo sancionatorio. He venido presentando una serie de argumentos de manera paulatina y gradual, a medida que avanzamos en estas secciones alrededor de la presunta violación del principio *non bin in ídem*. Como lo advertíamos al inicio, estas cuestiones van estrechamente intercomunicadas, por lo que en algunos matices no son posibles, o por lo menos no resultan tan claros los linderos entre ambos.

La hipótesis de solución no varía en lo fundamental a lo que ya expuse en la sección 2 con respecto a la operatividad residual y extrema del Derecho Penal. De tal modo que dichos argumentos resultan pertinentes en función del Derecho Administrativo sancionatorio, porque así como en el Derecho Penal hoy son muchos los espacios que quedan por fuera del mismo, a causa de la retracción que vive este ordenamiento y por tanto son varias las conductas que causan daños, que no parecieran interesar al Estado desde el punto de vista penal. En este orden de ideas son varios los fenómenos que permiten aceptar el carácter complementario de la sanción civil: en primer lugar, no son pocas las conductas y personas que a pesar de causar daños de manera dolosa o gravemente culposa no son objeto del Derecho Administrativo sancionatorio, por lo cual muchas conductas quedan impunes. En segundo lugar, encontramos que las sanciones administrativas no alcanzan a cumplir el efecto disuasorio suficiente para desquiciar el razonamiento económico que realiza el infractor y, por el contrario, incentivan la infracción por resultar mayor el beneficio que la sanción. En tercer lugar, la característica del ejercicio del poder ejecutivo no permite que la sanción sea probable, es decir, que la menor probabilidad de que la sanción administrativa se imponga, aumenta el beneficio por la causación del daño, con lo cual resulta más barato dañar que prevenir. Finalmente, operan de



manera simultánea la sanción civil y la administrativa por corresponder a criterios y componentes diferentes, en la medida en que mi tesis consiste en que al imponer condenas sancionatorias civiles se estaría indemnizando un daño hasta hoy no indemnizado y que, si en algo puede coincidir con la sanción administrativa, ello sólo permitiría reducir el monto de la sanción civil, al corresponder la sanción administrativa a una de las finalidades de la responsabilidad civil. Estos problemas serán estudiados en el capítulo VI en la sección 5 con respecto a la “*liquidación y tasación de la sanción civil*” y en la sección 9 correspondiente a los “destinatarios” de la misma. En esta línea parece inclinarse la doctrina argentina al proponer que en caso de imposición efectiva de la sanción administrativa y civil, el juez, recurriendo al arbitrio judicial, reduzca la sanción civil o que el legislador impida, en esos precisos casos, el exceso de punición. Así lo propuso uno de los ponentes en el VII Congreso Internacional de Derechos de Daños realizado en Buenos Aires en octubre de 2002:

Sin dudas, podría objetarse que la aplicación de daños punitivos en las relaciones de consumo podría conducir a consecuencias económicas demasiado gravosas para el dañador, máxime si se tiene en cuenta que la misma ley prevé la aplicación de sanciones en sede administrativa. Esta observación no es novedosa, y ha sido frecuentemente invocada por los críticos de la figura de los daños punitivos, quienes señalan que en determinados casos se verificaría un “*exceso de punición*”. Contestamos, siguiendo a Galdós, que son muchos los hechos jurídicos que pueden dar lugar a más de una sanción. En estos supuestos, corresponderá en última instancia que el juez observe la integralidad del caso, juzgando la situación a la luz del principio de razonabilidad que debe guardar toda sentencia.

O, en su defecto, y con miras a lograr una mayor seguridad jurídica, podría pensarse en resolver el problema impidiendo la doble punición (civil y administrativa) por el mismo hecho, tal como lo consagran algunas legislaciones.<sup>123</sup>

Permitir, en aquellos casos, en que una conducta genere múltiples infracciones, el descuento de la sanción administrativa, no afirma la identidad de las sanciones, sino, por el contrario, un ejercicio de racionalidad judicial que impide el exceso de punición, pues a pesar de tener la sanción civil una finalidad diferente, también

<sup>123</sup> VII Congreso Internacional de Derecho de Daños, Responsabilidades en el siglo XXI, Impacto de la globalización. El rol del Estado. Constitucionalización de los nuevos derechos. Buenos Aires, 2, 3 y 4 de octubre de 2002, Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires, ponencia No. 65, *Protección efectiva de los consumidores. Los daños punitivos en las relaciones de consumo*. Claudio Camino – María Virginia Giuffo – Lucia Iribarne – Esteban Rouge Emiliozzi, p. 5.

se acepta que una misma conducta puede genera múltiples sanciones que aunque diferentes, podrían resultar excesivas.

Por último, es necesario advertir que uno de los dogmas que se cierne en el maderamen de esta posición es la de seguir creyendo que la especialización del derecho -concebida en sus inicios para una mejor comprensión y desempeño de los juristas-, era muestra imprescindible de un ordenamiento jurídico compuesto por estancos aislados, que no se intercomunican entre sí y que, por tanto, las soluciones se hallan de manera aislada. De ahí la aparente infranqueabilidad de la división de jurisdicciones.

La ineficacia y por consiguiente la falta de poder disuasivo de las sanciones administrativas, tienen como fuente principal las características del ejercicio del poder ejecutivo, es decir, que la ineptitud preventiva no sólo deviene de la poca significancia o valor que tienen las multas, lo que permite que si se llegaren a imponer, el victimario las agregue a sus costos de producción sin una afectación que lo invite a no cometer la infracción. No obstante, la misma naturaleza del ejercicio del poder administrativo no permite que se tenga la sensación de una alta probabilidad de ser sancionado, es decir, el que se imponga la sanción administrativa resulta casi que excepcional. Desde esta perspectiva los profesores ROBERTSON, POWERS JR. Y ANDERSON insisten en que las leyes gubernamentales y criminales no han podido cumplir con una adecuada protección de los consumidores contra la fabricación y distribución de productos defectuosos. De tal modo que la indemnización punitiva permanece como el remedio más efectivo para proteger al consumidor contra artículos defectuosos producidos en masa, porque por vía de esta indemnización ya no es necesario que exista interés o voluntad política en las agencias federales. Se permite asimismo que individuos adquieran legitimación, lo que a la postre refuerza las reglas legales al habilitarlas para recuperar los costos que implican reclamarlos. Se entiende que en otras circunstancias no serían recuperables por el poco valor que los daños considerados representan individualmente.<sup>124</sup>

En páginas posteriores al libro que acabo de citar los autores describen como prueba de la ineficacia de las sanciones administrativas, los argumentos que exponía la Ford para solicitar la reducción de la sanción civil. Uno de ellos era superar considerablemente las sanciones impuestas por las leyes federales de California que prohíben la venta de automóviles defectuosos:<sup>125</sup>

124 *Cases and Materials on Torts*. Ob. Cit., p. 348.

125 "Ford demanda que la indemnización es mucho mayor que la multa máxima que puede ser impuesta bajo las leyes federales de California prohibiendo la venta de automóviles defectuosos u otros productos.

Esto es precisamente porque multas monetarias bajo regulaciones gubernamentales prescribiendo estándares comerciales o leyes criminales son tan inadecuadas e inefectivas como disuasivos contra un fabricante y distribuidor de productos o de artículos defectuosos producidos en cantidad que la indemnización punitiva por daños y perjuicios debe ser de cantidad suficiente para disuadir tales prácticas. Por el contrario la adjudicación y las multas máximas bajo estatutos Federales y Estatales y regulaciones que gobiernan la seguridad automotriz demuestran la conveniencia de la cantidad de la indemnización punitiva adjudicada.<sup>126</sup>

Esta consecuencia pragmática no es gratuita y por lo mismo encuentra su explicación en las distinciones que existen entre el acto administrativo y el acto jurisdiccional; diferencias que identificaremos en las decisiones de la H. Corte Constitucional:<sup>127</sup>

Respecto de la cosa juzgada; el acto administrativo, a diferencia del jurisdiccional, no tiene fuerza de cosa juzgada, pues no sólo es revocable y modificable por la propia administración, sino que además puede ser revisada por las autoridades judiciales. Diferente sucede con el acto jurisdiccional, pues una vez ejecutoriado, es definitivo.

Por la naturaleza del sujeto que los emite; los actos judiciales son proferidos por funcionarios predeterminados, autónomos, independientes e inamovibles, imparciales, pues sólo está sujeto al derecho y no a instrucciones de sus superiores o de los otros poderes, es ajeno a las partes en conflicto y goza de una estabilidad suficiente para poder ejercer su independencia y autonomía. Por el contrario, el funcionario administrativo carece de algunos de esos rasgos.

Por los efectos; expone la Corte que la sanción administrativa no expresa de manera suficiente la estigmatización de las conductas antisociales que se tipifican como delitos.<sup>128</sup>

---

Por ejemplo, Ford señala que los estatutos de California proveen una multa máxima de solo US 50 por la primera ofensa y US 100 por una segunda para un concesionario que venda un automóvil que no cumpla con las leyes federales de seguridad o no este equipado de frenos en este estado y que no cumpla con los estándares reglamentarios está sujeto a un máximo de solo US 50; y que la multa máxima que puede ser impuesta bajo leyes federales por violación en los estándares de seguridad de un automóvil es US 1.000 por vehículo para un máximo de US 800.000 por cualquier serie de ofensas parecidas." *Cases and Materials on Torts, American Casebook Series*. Ob. Cit., pp. 349 y ss.

126 *Ibidem.*, pág. 349 y ss.

127 Colombia. Corte Constitucional, expediente D-1859, demandante: Elsa Beatriz Tobón Duarte, 6 de mayo de 1998, M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

128 Colombia. Corte Constitucional, sentencia C-320, 30 de junio de 1998, M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Esas diferencias son más que suficientes para explicar la ineficacia de las sanciones administrativas y de paso demuestran la vigencia y utilidad de la sanción civil impuesta mediante un acto jurisdiccional. Hoy no es de recibo y se comprende la razón, la tradicional interpretación según la cual *“la tarea preventiva era inherente al derecho administrativo, y la resarcitoria al derecho privado”*.<sup>129</sup> No resulta gratuito por ello el auge que en nuestro país han tenido las acciones populares, en especial las que tienen que ver con la restitución del espacio público o preservación del medio ambiente, en las cuales se aprecia que los ciudadanos, convertidos en actores populares, están supliendo a los funcionarios públicos que han debido actuar y no lo han hecho, por ejemplo: las solicitudes de remoción de vallas y publicidad es uno de los hechos más reiterados en las demandas, con lo que se demuestra la inoperancia de las autoridades locales que, a pesar de contar entre sus dependencias con funcionarios que deberían, según sus funciones, verificar el cumplimiento de las normas de publicidad en espacios públicos, no lo hacen, dejando que sus obligaciones las ejecuten actores populares. En la medida en que los funcionarios no cumplan con sus obligaciones para las cuales fueron designados, de manera inversamente proporcional aumentan las acciones populares y se advierte, desafortunadamente, que así seguirá sucediendo, no sólo en ese tema, sino en muchos otros en los cuales la administración no toma acciones tendientes a proteger los derechos colectivos. A la par con estas situaciones las acciones populares han puesto al descubierto lo que muchos no querían ver: el derecho sustancial no puede cercenarse ni estar supeditado a unas interdependencias:

Igualmente es necesario resaltar que las acciones populares y las de grupos son efectivas tanto en derecho público como privado, lo cual resquebraja, de paso, la tradicional división de jurisdicciones existentes en Colombia y que pueden, incluso, tomarse como antecedentes de una corriente que permita unificar las jurisdicciones (civil-administrativa) en materia de responsabilidad civil a partir de acciones mixtas. En la práctica, esto garantizaría un solo tribunal que exponga las directivas de la materia o una dualidad de jueces con directrices comunes. (...).<sup>130</sup>

A pesar de lo que vengo exponiendo no faltan quienes siguen exigiendo que se mantenga a raya la función punitiva en el Derecho Privado, para que sea materia ex-

129 “La tutela inhibitoria y la multa civil: dos modos de evitar la causación del daño en el proyecto del nuevo código civil argentino”. Ob. Cit., p. 2.

130 La función de la responsabilidad civil en Colombia en el marco de las acciones populares y de grupo. Ob. Cit., p. 13.

clusiva o del Derecho Penal o del Derecho Administrativo sancionador. Entre ellos se destaca DÍEZ-PICAZO al referirse al fenómeno de la función punitiva:

Es verdad que la función punitiva estuvo en los orígenes de normas que hoy denominamos de responsabilidad civil extracontractual, pero hay que entender que en la actualidad es por completo ajena a ellas. Más aún, como tendremos ocasión de comprobar, toda la evolución del Derecho europeo continental consistió a lo largo de los siglos, en separar las normas con función indemnizatoria de la primitiva función punitiva que pudieran haber tenido. En los Derechos europeos continentales, la función punitiva la cumplen exclusivamente las normas penales, acompañadas a veces por lo que se ha llamado el Derecho Administrativo sancionador...<sup>131</sup>

Y de manera casi exaltada el profesor PANTALEÓN PRIETO, Fernando sólo ve en los defensores de la sanción civil un simple ánimo lucrativo y especulativo al describir a ciertos juristas especializados en el Derecho Privado como simples buitres:

a) Cada cierto tiempo renace de sus cenizas el debate sobre la importación de los *punitive damages*. Y sus nuevos defensores se debaten, siempre sin éxito, por eludir el Escila de enriquecer injustificadamente a las víctimas de las conductas a las que pretenden conectar las “*indemnizaciones punitivas*”, sin parecer en el Caribdis de no aplicarles el régimen sustantivo y procesal de la responsabilidad penal o administrativa, si dicha pena pecuniaria hubiera de atribuirse al Estado. Y los más sinceros de entre aquellos defensores prefieren naufragar Escila: confesar paladinamente que no creen en el Derecho sancionador público; que prefieren uno “*privado*”, en que las víctimas (o sus abogados) sean sus propios “*fiscales*”, incentivados (como sus abogados con succulentas *quotas litis*) por la posibilidad de “*indemnizaciones*” multimillonarias. Una idea en la que, con toda probabilidad, coincide con aquellos delincuentes de blanquísimos cuellos que sólo temen las penas “*no monetizables*”: las penas privativas de libertad.<sup>132</sup>

Hoy por hoy no resulta fácil trazar una línea entre lo público y lo privado. Su demarcación puede resultar muy tenue, como para seguir anclados a la tradicional visión fragmentaria del ordenamiento jurídico, para sustituirla por una concepción sistemática e interdependiente. Visión que además no debería limitarse a la disciplina jurídica, sino extenderse hacia el análisis sociológico, donde se tenga en consideración su relación con las demás ciencias. Esto facilitaría, de hecho, que sus

131 *Derecho de Daños*. Ob. Cit., p. 44.

132 Cfr. Coordinador MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio. *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 441.

soluciones resulten más integrales, pues no en pocas ocasiones el Derecho Público tiene que valerse del Derecho Privado para cumplir con sus fines y para corroborar lo expuesto, baste pensar en la regulación en materia de contratación estatal, en la cual se recurre a los modelos de contratación privada, sin olvidar que el concepto de autonomía de la voluntad, concebido en el Derecho Civil, se torna redefinido en el Derecho Público por el sometimiento a la ley y la satisfacción de los intereses comunes y no exclusivamente al de los contratistas, como lo sería en el privado. En la dirección contraria no se puede olvidar que las relaciones contractuales también encuentran límites en las teorías del Derecho Público, por vía de la prevalencia de los derechos fundamentales y el contenido social que se le impone a la propiedad privada, entre otras figuras que migran entre uno y otro derecho, sin que se pueda predicar su ajenidad de materia por la especialidad. En los siguientes términos lo ilustra la doctrina italiana:

Prescindiendo de esta perspectiva, que no interesa en la fase actual de nuestro derecho (todavía anclado firmemente a una economía sustancialmente liberal, aun cuando sometido a controles sociales de naturaleza y magnitud variadas), lo que importa poner de relieve es que la mencionada distinción de los intereses tendría una importancia exigua, de no proyectarse en una diferenciación de los instrumentos técnicos seleccionados para la satisfacción respectiva, sin que, por lo demás, ello imposibilite la “*transferencia*” de técnicas consideradas características del derecho público, tradicionalmente dominado por el principio de autoridad, al campo del derecho privado, similarmente arraigado al principio de libertad (sobre todo en el campo de la economía), y viceversa. Lo cual, a tiempo que es la mejor demostración de la unilateralidad del ordenamiento jurídico, que no conoce compartimientos estancos, encuentra su explicación lógica, de una parte, en la trascendencia cada vez mayor que, en el ámbito del régimen, se ha venido dando a la gestión de los intereses individuales, y, de otra parte, en la mayor elasticidad de los instrumentos privatísticos (p. Ej. el contrato), cuyo empleo puede ser previsto y tenido conveniente, en concreto y dentro de ciertos límites, para la satisfacción de intereses generales, también por parte de los propios aparatos del Estado dispuestos específicamente para atenderlos.

Este creciente cruce de intereses e intercambio de técnicas hace ciertamente bastante difícil la distinción de los dos campos, cuyos linderos pueden aparecer con frecuencia bastante inciertos. Tanto más cuando que paulatinamente se han identificado categorías de intereses que parecen encontrar su sitio en una zona intermedia entre aquellos a los cuales, por su influjo inmediato sobre las estructuras

organizacionales de íntegro el ordenamiento, se debe reservar la calificación de públicos, y aquellos individuales y, de todos modos, particularistas, que conviene, en cambio, calificar de privados *stricto sensu*.<sup>133</sup>

No se puede seguir creyendo que las soluciones se hallan en cual o determinado “estanco” con la pretensión de exclusividad, por el contrario, una visión sistemática e integral permite concluir que los fines del derecho no están reservados a un monopolio, asignando a una rama del derecho y olvidando a la vez que todas se nutren del mismo tronco. Tendencia que no sólo aplica para el derecho sustancial, el procesal tampoco puede ser ajeno a dicha concepción integral:

*Al ir enhebrando los eslabones precedentes también caemos en la cuenta de que ninguna cuestión litigiosa en y durante el proceso se arroja en compartimientos estancos; se hallan intercomunicadas en una sucesión no sólo coordinada, sino además interdependiente, cuya aplicación global demanda recorrer y computar el conjunto de sus fases o tramos; el resultado es la derivación de esa totalidad.*<sup>134</sup>

La concepción que se propone permite que los requerimientos de paz social se transformen en criterio de probabilidad y no de posibilidad y que todos a uno procuremos mejorar las condiciones de convivencia social, sin que esta función esté exclusivamente asignada a tal o cual rama del derecho. Es decir, así como la ciudadanía debe ejercerse, el Derecho Privado también tiene un compromiso con los intereses comunes y ello se logra, entre otras cosas, a través de las sanciones civiles. En este sentido la ampliación del concepto de legitimación es necesaria. Por eso comparto a cabalidad lo prescrito por los profesores BIGLIERI, MAGRI Y TARABORRELLI al proponer:

*El resultado al cual se arriba se nos presenta curiosamente atractivo: se maximizan las posibilidades de la comunidad de alcanzar sus objetivos sociales, ya que las diversas ramas del ordenamiento (derecho público a través de la coerción penal y el uso legítimo del Poder de Policía; derecho privado a través de las MULTAS CIVILES), tienden a la consecución de la paz social y/o la eficiencia económica, desaconsejando la incursión en actividades lesivas de los intereses social o individualmente útiles, sin que por ello -y esto es de radical importancia!- se horaden garantías de orden constitucional, ya que, -acaecido el hecho pretendidamente no deseado que diera lugar por hipótesis a la sanción-, aquel resorte legislativo -ya sea el penal, el administrativo o el civil-, a través del cual se lograra efectivamente en la práctica*

<sup>133</sup> Derecho Civil. Ob. Cit., p. 12.

<sup>134</sup> Derecho de Daños. Dimensiones actuales y trayectoria. Ob. Cit., p. 9.

*sancionar la inconducta social, desplazaría de manera automática a los restantes evitando así excesos en la PUNICIÓN.*<sup>135</sup>

#### **4.4 Enriquecimiento sin causa.**

Argumento común de los opositores a la sanción civil es el presunto enriquecimiento sin causa que a favor de la víctima significa ese “*plus*” adicional<sup>136</sup> y como fundamento se propone que si fuere el caso de imponer la sanción, las sumas no deberían engrosar el patrimonio de la víctima sino de la comunidad representada por el Estado. Esa es la posición, entre otros, de DÍEZ-PICAZO:

En síntesis, hay que sostener que la figura de los daños punitivos es ajena a los ordenamientos de corte europeo continental y que hay poderosas razones para ello. Si se quiere castigar y se está autorizado para castigar, no parece justo ni equitativo proporcionar a quien sufrió un daño sumas que sean superiores a este daño, porque en tal caso se le está enriqueciendo. Si se considera justo obtener del autor de un hecho ilícito exacciones, multas o cosa parecida, más allá del importe del daño efectivamente causado, lo justo es que estas sumas vayan a parar a manos del común o lo que es lo mismo al Tesoro público (...).<sup>137</sup>

Refiriéndose al tema el profesor DE CUPIS, Adriano afirma que el resarcimiento debe corresponder a la medida del daño y que no puede, por tanto, enriquecer al perjudicado y que semejante enriquecimiento sería extraño a su función reparadora y equilibradora para terminar constituyéndose en una pena privada.<sup>138</sup>

En tales discusiones los críticos afirman a su manera: “*Desde una perspectiva netamente resarcitoria se debe admitir que, como principio, no es razonable que la suma de dinero que se manda a pagar por daño punitivo sea entregada a la víctima*” y agrega el profesor PIZARRO que dicho criterio es consecuencia del restringido marco resarcitorio que tienen algunos de la responsabilidad civil<sup>139</sup> y, por consecuencia, “*todo monto superior al daño real que se mande a indemnizar importa un enriquecimiento*”

135 Responsabilidad Civil Prevención del Daño; multa civil y tutela inhibitoria. - “Las multas civiles: análisis económico de la cuestión y su constitucionalidad”. Ob. Cit., p. 9.

136 Como repensar la responsabilidad civil extracontractual. En Perfiles de la Responsabilidad civil en el nuevo milenio. Madrid, Dykinson, 2000, p. 441.

137 *Derecho de Daños*. Madrid, Civitas, 1999, p. 46.

138 El daño. Teoría general de la responsabilidad civil. Ob. Cit., p. 753.

139 PIZARRO, Ramón Daniel, *Daños Punitivos*, en AA. VV., *Derecho de Daños* (2ª parte), Buenos Aires, La Rocca, 1996, p. 306.



*to injusto para el damnificado y un motivo de expoliación para el responsable*". A lo que replica el mismo PIZARRO:

No existe obstáculo para que una ley pueda autorizar punitivas pecuniarias en casos de graves inconductas; ni para que dichos montos se destinen a los propios damnificados. Se podrá discutir la conveniencia o inconveniencia de propiciar tal criterio, pero ello representa una cuestión distinta.

Insistimos en que nada impide, técnicamente, que una pena civil pueda ser destinada a la víctima y adicionarse a la indemnización de daños y perjuicios. Más aún: nuestro sistema jurídico admite numerosas situaciones en tal sentido, como por ejemplo los intereses sancionatorios (art. 622, Cód. Civ.), la cláusula penal y las astreintes.<sup>140</sup>

Lo que propone el profesor PIZARRO va sugiriendo la ruta hacia la solución, y se refiere específicamente a que la decisión definitiva sobre el tema estaría marcada por un análisis de conveniencia o inconveniencia, mas no por ausencia de un fundamento justificatorio de la sanción civil, pues como se viene demostrando, no son pocos los que sirven para sustentarlo, entre ellos, el más importante consiste en radicar la fuente en la falta dolosa o gravemente culposa que actualizó el demandado y que por tanto se convierte en causa de la sanción civil. Si ello no fuere así, el principio de coherencia mandaría considerar que todas las figuras sancionatorias que estudiamos en el capítulo tercero fueran fuente de enriquecimiento sin causa para los acreedores. Pero no, ellas se mantienen en el ordenamiento jurídico, unas con más vida que otras, pero ya expliqué que ello obedecía, según nuestro criterio, más a desconocimiento que a la vigencia de la institución. Esta defensa, desde una perspectiva tradicional y restringida del daño, sirve para justificar la sanción civil, de manera que la idea del enriquecimiento se desvanece por injustificada. Por otra parte nuestra hipótesis intenta demostrar que cuando el victimario causa un daño con dolo o culpa grave, el concepto tradicional de indemnización no ha tenido en cuenta que el ataque al orden jurídico no se ha calculado como factor componente del daño y en esas condiciones, la sanción civil corresponde a un criterio indemnizatorio por la agresión al ordenamiento jurídico. De ahí que con ella se compense un daño hasta hoy no indemnizado, como procuraré explicarlo en el capítulo V sección 2.2.

No se puede afirmar que la sanción civil propicia un enriquecimiento sin causa a favor de la víctima sin profundizar en la concepción misma del principio, que es

140 *Daños Punitivos*. En AA. VV., *Derecho de Daños*. Ob. Cit., p. 306.

lo que han hecho los detractores de la institución, cuando enarbolan como argumento la violación del precitado principio. Su importancia permitiría pensar que goza de un espectro de aplicación muy amplio, pero *STUDIA ALBORNOTIANA* recuerda que el principio no es absoluto y prueba de ello es que puede ser interferido o recortado por otros principios, entre los cuales se enumera la sanción de una conducta negligente.<sup>141</sup> Estas consideraciones demuestran que el *plus* que se otorga a la víctima está lejos de constituirse en enriquecimiento sin causa, pues la misma causa se encuentra en la conducta reprochable del victimario o deudor, suma con la cual no sólo se busca compensar el daño causado a la legalidad, sino uno más altruista y colectivo: prevenir la reiteración de esas conductas, buscando de paso la tranquilidad social que la sensación de seguridad brinda. Similar propuesta ya habría hecho KAMADA, Luis.<sup>142</sup>

El enriquecimiento sin causa, figura de origen jurisprudencial en nuestro país,<sup>143</sup> se funda en el principio general del derecho consistente en que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro y eso es precisamente lo que no sucede en el caso de la sanción civil respecto de la víctima. Vengo sosteniendo que el fundamento estriba en el dolo o culpa grave del demandado, la necesidad de restablecer el orden jurídico y en muchos casos no permitir que el demandado se enriquezca a costa del daño propinado a la víctima, ya porque obtuvo provecho, porque se ahorró los gastos necesarios para evitarlo o porque con el daño generó para su patrimonio recursos que superan el valor del daño compensatorio del demandante. Ese cálculo de beneficios es precisamente lo que sirve de esti-

141 AAVV, *Studia Albornotiana*, dirigidos por Evelio Verdura y Tulles, Luis Humberto Clavería Gosálbez. “*La Causa del Contrato*”. Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1998, p. 262.

142 “Se expresa que acoger este concepto puede producir un enriquecimiento sin causa en la víctima. Estamos convencidos de que no es dable afirmar tal conclusión de modo apriorístico. Todo dependerá de la manera en que el instituto sea implementado legalmente, habida cuenta de que el destino del monto asignado en tal carácter es susceptible de ser parcelado observando diferentes objetivos, en orden a satisfacer intereses no solamente particulares del damnificado directo que reclama, sino también de la comunidad que ha resultado afectada. Sobre la materia merece destacarse que la propuesta de que quien peticione el rubro en examen, tiene que tener alguna participación en su percepción, pues, de otra manera, puede ocurrir que no los reclame por carecer de interés<sup>[63]</sup>. La determinación del quantum que le corresponda será materia propia de la legislación y de la prudencia judicial. Con relación al mismo punto, se ha expresado que otorgar un plus punitivo a favor de los damnificados no aseguraría que el empleo de tales montos aprovechara al propio ambiente<sup>[64]</sup>. Sin embargo, olvidan quienes adoptan esta tesis, que la finalidad central del instituto no es la recomposición sino, antes bien, la evitación de daños mayores o su reiteración mediante el amedrentamiento económico del agresor”. Daños punitivos y la prevención del daño ambiental”. Ob. Cit., pp. 19 y 20.

143 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 19 de noviembre de 1936, M. P. Dr. Juan Francisco Mújica.

mulante adicional para lesionar, pues no sólo opera el desprecio por los derechos ajenos, sino el lucro que reportará, lo que lleva a causar el daño.

El enriquecimiento sin causa, “cuya formulación más clásica es la de Pomponio, contenida en el Digesto (50.17.20), según la cual: *Jure naturae aequum neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletioem*. (Es equitativo, según el derecho natural, que nadie se enriquezca a expensas de otro).<sup>144</sup> En algunos casos la sanción civil busca impedir que el demandado se enriquezca a expensas del demandante y el principio, por el contrario, es uno de los que permite abrir, antes que cerrarle, el paso a la figura sancionatoria.

En palabras de la Corte Constitucional, el enriquecimiento sin causa cumple una función moralizadora que suprime las injusticias y nos recuerda que el derecho no debe consagrar injusticias protegiendo al enriquecido. Esto es lo que sucede hoy en día en los casos que se permite que el victimario indemnice a la víctima, bajo la perspectiva restringida que venimos denunciando, permitiéndole conservar los beneficios obtenidos con el daño. Seguir permitiéndolo es, precisamente, santificar la violación al principio que hoy tratan de enrostrarle a la víctima cuando exige que al demandado se le imponga una sanción civil. Al efecto explicó la Corte:

Por el contrario, numerosos argumentos militan a favor de la acción de in rem verso. Es necesario obligar al enriquecido a restituir lo que haya adquirido cuando tal enriquecimiento sea sin causa. Necesidad moral: la acción de in rem verso enriquece el derecho al moralizarlo. Necesidad social: hay que suprimir las injusticias o, al menos, atenuarlas; el derecho no debe consagrar la injusticia protegiendo al enriquecido; no debe inclinarse ante el hecho consumado; su papel consiste en rectificar, en corregir, debe restablecer el equilibrio roto entre los patrimonios.<sup>145</sup>

La jurisprudencia resulta pacífica en los requisitos que se deben reunir para que el enriquecimiento se considere reprochable y por tanto ilícito, ellos son: 1) un enriquecimiento o aumento de un patrimonio; 2) un empobrecimiento correlativo de otro, y 3) que el enriquecimiento se haya producido sin causa, es decir, sin fundamento jurídico. Lo cual impone que respecto de la víctima que la obtiene por decisión judicial por vía de la sanción civil que se impone al demandado, no se cumple con el tercer requisito; lo que sí sucede si al victimario se le permite conservar el provecho de su ilicitud.

144 Citado por la Corte Constitucional en sentencia S-358 del 14 de agosto de 1996,

145 Colombia. Corte Constitucional S-358 del 14 de agosto de 1996.

Es más, la figura del enriquecimiento sin causa es un claro ejercicio de la analogía *juris*, pues ella se ha extendido a todo el ordenamiento como principio general del derecho que es, sin que haya resultado obstáculo la prohibición de la analogía en materia sancionatoria. Digo esto, tangencialmente, porque algunos siguen insistiendo en que la analogía está prohibida para la imposición de sanciones, con lo cual no estaría de acuerdo y aunque ya me he referido al tema explicando que ello sólo es válido respecto de sanciones penales o delictuales. La imposición de sanciones civiles es posible en el orden de la analogía, lo que permitiría que los jueces la ejecutaran en precisas circunstancias, sin que sea necesario un desarrollo legal, lo que sería ideal, pero no insalvable, para los casos límite de abusos.

La aplicación del principio por vía de analogía y la sanción del enriquecimiento sin causa fue develada por el H. Consejo de Estado según se puede apreciar en las siguientes líneas:

En el caso particular, el llamado “*principio*” del no enriquecimiento sin causa, es una regla general de derecho que, incluso, está consagrada positivamente en el art. 831 del Código de Comercio, de la siguiente manera: “*Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro*”.

Siendo, como es, un principio general, su inserción en un código de aplicación restringida (arts. 1º y 22 del Código de Comercio), no puede generar el efecto de disminuir su generalidad o de restringir su campo de aplicación; no tendría ninguna lógica sostener que en las relaciones comerciales está prohibido el enriquecimiento injusto pero que dicha prohibición no rige en otros campos relacionales de naturaleza civil o administrativa.

Por otra parte, cuando el artículo 95 de la Constitución Política señala que el respeto de los derechos ajenos es deber de toda persona, ha elaborado un marco jurídico de tan amplio contenido que en su interior cabe la responsabilidad de los particulares y notables títulos jurídicos de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado cuya consagración específica se encuentra, como es sabido, en el artículo 90 de la Carta Política. En la riqueza de esta preceptiva constitucional se destaca, para el caso que hoy se juzga, la prohibición del enriquecimiento injusto, cuya trasgresión por una persona jurídica de derecho público hace que se le impute el daño antijurídico que la disminución patrimonial sufrida por la víctima supone.<sup>146</sup>

---

146 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, S-8118, 8 de mayo de 1995. M. P. Dr. Sentencia de mayo 8 de 1995. Expediente 8118. Consejero Ponente: Dr. Juan de Dios Montes Hernández.

Por tal motivo considero que más que fundamento de rechazo, el principio general del derecho de la proscripción del enriquecimiento sin causa, sirve de fundamento a favor de la imposición de sanciones civiles en precisos casos, bajo la siguiente regla: *“Cuando un patrimonio reciba un aumento a expensas de otro sin causa justificativa, el titular del patrimonio enriquecido queda obligado a indemnizar el valor del empobrecimiento”*.<sup>147</sup> Constituye enriquecimiento sin causa, igualmente, permitir que el victimario por vía de la concepción clásica continental de la indemnización, dejare de asumir los gastos que hubieran evitado la causación del daño, pues el provecho a favor del demandado y contra la víctima también se puede generar por *“evitar a otra persona un gasto que estaría obligada a hacer”*.<sup>148</sup>

---

147 *Derecho civil*. Ob. Cit., p. 181.

148 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, 26 de marzo de 1958.

# LA TUTELA DEL CONSUMIDOR Y EL MERCADO FINANCIERO EN EL PERÚ: A PROPÓSITO DE LAS RECIENTES PROPUESTAS LEGISLATIVAS

Olenka Woolcott<sup>1</sup>

## CONTENIDO:

Consideraciones preliminares

Análisis de una propuesta legislativa en el Perú sobre las cláusulas abusivas con especial atención a los servicios financieros

Proyectos de ley que llegaron a la comisión de defensa del consumidor y organismos reguladores de los servicios públicos del congreso de la república del Perú para pronunciamiento y pre – dictamen. Proyecto sustitutivo. Ley de protección contra cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores

## 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Ante todo mi profundo agradecimiento a los organizadores de este importante evento y en especial, a la Profesora Giovanna Visintini, que han considerado oportuno la participación de profesores latinoamericanos, en una problemática de tan actual interés como el que es objeto de este Congreso, “*Mercado financiero y tutela del ahorro*”, tema que coloca sobre el tapete dos posiciones opuestas: Una que sostiene que el mercado tiene sus propias reglas y ellas solas lo regulan; otra, que considera necesaria la intervención del Estado en la regulación del mercado, a pesar del proceso globalizador en que todos estamos inmersos.

El tema nos trae a la mente una vieja pugna entre lo privado y lo público, sin embargo, la historia ha demostrado que los espacios puros no se dan en la realidad, y ello para bien de todos, de allí precisamente normas como la consignada en la Constitución peruana de 1993 (art. 70) de que “*el derecho de propiedad se*

1 Abogada de la Universidad de Lima; doctora en derecho de la Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Sant’Anna, di Pisa Italia; Profesora de derecho civil de la Universidad de Lima, y en la Universidad de Ciencias Aplicadas (upc) - Perú

*ejerce en armonía con el bien común*”; concordantemente, deben interpretarse otras normas constitucionales peruanas respecto al ejercicio de la actividad empresarial, aunque precisamente la ideología de base para la dación del texto constitucional no haya sido sino fundamentalmente liberal, coherentemente con la fuerza política de la coyuntura.

En este contexto normativo, surge nuestra preocupación en torno a una coherencia entre propuestas o posiciones que abogan por una tutela del consumidor de servicios financieros y un marco legal de corte extremadamente liberal que bajo la consideración de favorecer el libre desarrollo del mercado no presenta la flexibilidad necesaria para que los jueces puedan interpretar el contenido de los contratos, evaluar sus cláusulas, a fin de poder determinar en su caso la ineficacia por el carácter abusivo de las mismas.

Este marco legal se introduce en el Perú en la década de los noventa en que la política del gobierno decide abrir el mercado sosteniéndose que sólo esto permitiría enrumbar hacia el desarrollo de la economía del país. La base del sustento jurídico lo constituyen las doctrinas provenientes de la Escuela de Chicago. Este contexto nos colocaba entre las economías más liberales, más abiertas del mundo, donde no hay restricción al desempeño de la actividad privada, entonces no injerencia estatal, lo que acarrea indiscutiblemente una escasísima –casi nula- protección del consumidor de productos y servicios. Curiosamente, es también en esta década que se crea una institución estatal (INDECOPI) pero se mantiene con recursos propios (creados por las tasas por el servicio que brinda) para proteger la competencia y la propiedad intelectual, orientado a la protección del libre desenvolvimiento del mercado y a su vez para constituirse en la entidad que haga efectiva la aplicación de la Ley de protección del Consumidor, Dec. Leg. N<sup>o</sup>. 716 (1991), posteriormente modificado por el Dec. Leg. 807 (1996). Se trata de una tutela de carácter eminentemente administrativo, no es pues una tutela jurisdiccional.

Nada en este marco legal representa una protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas. Por ende, las entidades financieras pueden seguir operando manejando de acuerdo al libre juego de la oferta y demanda las comisiones, intereses, penalidades, etc., sumas que hacen muy onerosa la deuda de los consumidores de estos servicios; ello sin dejar de considerar la deficiente o casi nula información al consumidor, situación muy coherente con las normas constitucionales claves para mantener el *statu quo*.

Frente a todo ello, se va sintiendo la necesidad de reformular el marco jurídico existente en el sentido de una protección del consumidor en la contratación de masa y específicamente con respecto a los servicios financieros. Es así que pasaremos a examinar una de las más recientes propuestas legislativas en materia de cláusulas abusivas que incluye el tema de las cláusulas en los contratos con los proveedores de servicios financieros, anexando a modo de ilustración el respectivo proyecto de ley.

## **2. ANÁLISIS DE UNA PROPUESTA LEGISLATIVA EN EL PERÚ SOBRE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS CON ESPECIAL ATENCIÓN A LOS SERVICIOS FINANCIEROS**

En el Perú recientemente han ido surgiendo propuestas para complementar las disposiciones existentes sobre protección al consumidor para tutelar a los adquirentes de bienes y servicios frente al abuso de poder del vendedor o proveedor de servicios, en especial en los contratos de adhesión y en los casos de exclusión abusiva de derechos esenciales en los contratos.

Se trata de introducir en el ordenamiento peruano un instrumento normativo de control sustancial del contenido del contrato, morigerando de esta manera el principio de autonomía de la voluntad, pero aquí surge el problema de cómo conciliarlo con la norma constitucional (art. 62 de la Const. De 1993) que a la letra precisa que “... *Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase...*”, norma que desde su dación suscitó gran discusión por introducir un cambio sustancial con respecto al Código Civil de 1984 que permite en su art. 1355 que “*La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos*”. Labor que se dejaría en manos de los jueces a fin de lograr una interpretación saludable para el consumidor, que es el sujeto de nuestro interés.

El control que se requiere y se propone aparece como necesario a raíz de que el fenómeno de contratación de masa tiene lugar a través de contratos uniformes que contienen cláusulas predispuestas por los empresarios. Y precisamente, dichas cláusulas no son por lo general el producto de la negociación, sino la expresión de la voluntad de una parte, la más fuerte en la relación, regulando la misma en función a ese específico interés. Así, el adherente resulta ser la parte débil de la relación.

Se observa que dicha preocupación ha sido advertida de alguna manera por nuestro Código Civil de 1984, siguiendo la línea de sus homólogos en el Derecho Comparado, esto es, la de prestar especial atención a las llamadas “*cláusulas gene-*



*rales de contratación*". Sin embargo, en este aspecto, las normas del Código Civil tienen un ámbito de aplicación limitado.

Frente a la respuesta insuficiente de los códigos a una situación de evidente desequilibrio de las posiciones contractuales, los Estados empiezan a proponer soluciones legislativas específicas al problema. En este sentido, la Comunidad Europea empieza desde los años 70 a madurar una tendencia de protección a la parte adherente en la contratación de masa, la que llega a concretarse en la Directiva Comunitaria 93/13/CEE, que se introduce en los Estados de la Unión Europea progresivamente y que aporta un importante instrumento jurídico que enriquece los estudios de derecho comparado, al constituirse en un indiscutible punto de referencia para la elaboración de textos legislativos futuros.

### **Presupuesto objetivo del régimen de tutela**

En este marco, al identificarse normalmente al predisponente como el empresario y al adherente como el destinatario último de bienes y servicios, ello ha conducido a individualizar en el "*consumidor*" el sujeto a tutelar y a determinar cómo el ámbito de aplicación del nuevo régimen el de los contratos celebrados entre proveedores y consumidores. Esto último, precisamente determina la diferencia con el régimen que contempla el Código Civil vigente.

El régimen propuesto se coloca en la línea adoptada por otros sistemas jurídicos para regular los contratos entre proveedores y consumidores, pero lo importante es que va más allá del límite que fija el Código Civil, cual es, el presupuesto de las cláusulas generales de contratación.

Claro está, el presupuesto objetivo del nuevo régimen es la falta de una negociación individual, tal como se prevé en el art. 3° del texto sustitutivo.

Cabe destacar que las cláusulas abusivas son aquellas que no han sido negociadas individualmente, pero al respecto, se debe precisar que no basta que la cláusula haya sido objeto de negociación y subsiguientemente escrita y suscrita por el propio consumidor, sino que habría que entender que la cláusula ha sido negociada cuando ha sido fruto de una negociación.

Ahora bien, esa conclusión nos conduce a otro punto que el nuevo régimen de tutela trata de absolver: el ámbito de control directo para determinar el "*abuso*" en la cláusula: ¿Se debe limitar al análisis abstracto de los perfiles técnico-jurídicos de la cláusula en particular, o se puede extender a una evaluación global del contrato?

El régimen de tutela al consumidor que se propone da una respuesta en el segundo de los sentidos señalados en el párrafo precedente, así como se desprende del art. 2º, último párrafo y art. 3º primer párrafo del texto sustitutivo, referidos a una “*apreciación global*” del contrato para la determinación del carácter abusivo de las cláusulas como la referencia a “*todas las demás cláusulas del contrato*” respectivamente, quedando claro que no será necesario recurrir a tal evaluación global cuando se trate de recurrir a instrumentos inhibitorios para “*que cese la inserción de cláusulas abusivas en los contratos*”. Éste es el motivo de la precisión en el párrafo inicial del art. 3º del texto sustitutivo (“*Sin perjuicio del art. 8º, el carácter abusivo...*”).

Es oportuno hacer énfasis en la “*apreciación global del contrato*” para la determinación de la cláusula abusiva, no bastando un análisis técnico y abstracto de la cláusula.

### **La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas conforme a la buena fe**

El criterio de identificación de las cláusulas abusivas es el principio general de la buena fe en sentido objetivo, el mismo que se traduce en las normas de corrección y lealtad. Éste ha sido el principio que ha inspirado el régimen europeo sobre las cláusulas abusivas y que como principio general recoge el Derecho Privado para regir la contratación ya desde la fase de las tratativas.

En esta línea, la buena fe objetiva, antes que criterio de identificación de las cláusulas abusivas en el régimen propuesto, es el mínimo común denominador que permite, en los “*contratos en general*” una evaluación del significado negocial de acuerdo a las normas de corrección y lealtad: Se trata de un principio que pertenece a los conceptos de fondo de nuestro ordenamiento, destacando aún más en la contratación de masa, en que la determinación del régimen contractual está sujeto al poder de una de las partes y donde la buena fe halla concreción como límite a este poder.

Aún más todavía, la buena fe adquiere relevancia para la evaluación de las cláusulas que no se hallan en la relación como abusivas, sino que serán calificadas como tales luego de un examen en función de la buena fe.

El mercado exige la existencia de un sistema que se sustente en las normas de corrección en que se traduce la buena fe, tal como ya se encuentra contemplado el principio en el art. 1362 del Código Civil vigente.

Así como en el régimen que sanciona la competencia desleal se sustenta en la lealtad en las relaciones a fin de que éstas se mantengan en un nivel horizontal entre las empresas, así también, las normas de la corrección y lealtad están destinadas a representar - en vía de integración de las relaciones jurídicas- el eje de las negociaciones en una relación que se puede calificar de vertical entre proveedores y consumidores.

### **3. PROYECTOS DE LEY QUE LLEGARON A LA COMISIÓN DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y ORGANISMOS REGULADORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ PARA PRONUNCIAMIENTO Y PRE - DICTAMEN**

En efecto, se trata de una serie de proyectos de ley que se fueron presentando a partir del año 2001 a fin de cubrir vacíos normativos en materia de tutela frente a la contratación de masa y los servicios financieros. Como se puede observar, lo propuesto en cada proyecto corresponde sólo a algunos aspectos del contenido contractual entre los proveedores y consumidores, por lo que no demuestran una intención de modificar el *statu quo* de las relaciones de consumo, abiertamente a favor del proveedor. No obstante, al llegar todo ese conjunto de proyectos de ley a la Comisión de Defensa del Consumidor del Congreso dictamen, ésta considerando la necesidad de legislar sobre las cláusulas abusivas contenidas en los contratos de masa elabora una propuesta de ley tratando de incluir los diversos temas planteados en los proyectos de ley presentados y teniendo sobretodo en consideración las relaciones con las entidades financieras. Cabe señalar que este proyecto de ley estructurado en la Comisión del Congreso fue objeto de aprobación a fines del año 2004 y quedó listo para el debate. Aún no se ha producido el debate del mismo, por ende no se ha alcanzado aún una legislación que permita al menos tutelar al consumidor en la contratación de masa de las cláusulas abusivas insertas por la parte fuerte de la relación.

Como se aprecia del texto sustitutivo que propone la Comisión de Defensa del Consumidor del Congreso, gran parte de él refleja una notoria influencia de la directiva comunitaria 93/13/CEE así como de la modificación introducida en Italia al Código Civil mediante ley Nº 52 del 6 de febrero de 1996.

Esperemos que el proyecto tenga acogida muy a pesar de las fuerzas y *lobbies* que pugnan por su no aprobación definitiva en nuestro medio, sobre la lamentable consideración de que una legislación en el sentido que se propone afectaría

el desarrollo de la empresa en el Perú, argumento por demás falaz que pretende justificar abusos con respecto a los consumidores, siendo conscientes de que un mercado sólido se logra progresivamente a través de la tutela del sujeto más importante que precisamente justifica su existencia, el consumidor. Si en cambio, el sistema aboga por mantener a un consumidor débil o hasta desaparecerlo, se tendrá productos y servicios no accesibles al consumo en un contexto que presenta condiciones negativas para el fortalecimiento del consumo mismo.

A este punto me complace compartir la preocupación manifestada por el Prof. Sergio Chiarloni, respecto a los conceptos o también figuras, cabe agregar también las teorías, que surgen en experiencias muy distintas a las nuestras, realidades diversas como lejanas culturalmente. En efecto, un sistema jurídico se construye sobre valores, principios que emanan de la propia realidad y entonces se produce una distorsión cuando se pretende importar pedazos de otros contextos jurídicos. Precisamente, la bondad del derecho comparado nos permite ser conscientes de ello y más bien aprovechar el conocimiento de otras experiencias para poder trabajar en la propia con conocimiento de causa y un bagaje cultural suficiente para realizar propuestas legislativas y orientadoras de nuestra jurisprudencia.

A continuación se hace una relación de los proyectos que fueron objeto de revisión en la Comisión para luego presentar el texto sustitutivo en referencia.

El **Proyecto de Ley N° 1531/2001-CR** propone incorporar un párrafo al artículo 1392° del Código Civil a fin de que las cláusulas generales de contratación en servicios públicos sean aprobadas por la autoridad administrativa, debiendo el contrato señalar el número de la resolución para que tenga validez, bajo sanción de tenerse por no puestas.

El **Proyecto de Ley N° 2178/2001-CR** propone establecer la obligación de las entidades financieras de aceptar pagos adelantados, parciales o totales, en los préstamos que se otorguen con garantía prendaria o hipotecaria, con la consiguiente reducción de los intereses y sin penalidad alguna.

El **Proyecto de Ley N° 2433/2001-CR** propone establecer la obligación de las entidades financieras de aceptar pagos adelantados, parciales o totales, en los préstamos que se otorguen a personas naturales o sociedades conyugales, con la consiguiente reducción de los intereses y sin penalidad alguna.

El **Proyecto de Ley N° 5385/2002-CR** propone establecer la nulidad de los contratos de adhesión cuando sean redactados en un tamaño de letra pequeño que

sea notorio la dificultad de su lectura, debiendo tener como mínimo 1.5 milímetros de altura. Asimismo, se establece la invalidez de anexos, apéndices o notas al pie redactadas en caracteres de dimensiones inferiores al texto general del contrato.

El **Proyecto de Ley N° 5728/2002-CR** propone una ley de protección contra cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre proveedores y consumidores, estableciendo criterios de interpretación para determinar la naturaleza abusiva de dichas cláusulas, su ineficacia frente al consumidor, una tipificación enunciativa de cláusulas consideradas abusivas y sus excepciones, y sanciones administrativas a cargo de INDECOPI.

El **Proyecto de Ley N° 6470/2002-CR** propone una ley para eliminar las condiciones abusivas en los contratos de protección contra cláusulas abusivas impuestas a los usuarios y consumidores en los contratos, estableciendo una definición y caracteres de una cláusula abusiva, la aplicación del criterio de interpretación a favor del usuario o consumidor, su ineficacia frente al consumidor, y sanciones administrativas a cargo de INDECOPI.

El **Proyecto de Ley N° 7034/2002-CR** propone regular el tamaño de las letras de las cláusulas de los contratos de adhesión a que se refiere el artículo 1390° y siguientes del Código Civil, las mismas que no pueden tener un tamaño inferior de 3 milímetros.

516

El **Proyecto de Ley N° 7671/2002-CR** propone modificar los artículos 6° y 24° del Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor, estableciendo la obligación del proveedor de entregar una copia del contrato al usuario y de la hoja resumen a que se refiere el artículo 24° de la misma norma, con una letra no menor a 3 milímetros; asimismo, que la letra de los contratos de concesión de un crédito debe tener el mismo tamaño.

El **Proyecto de Ley N° 8854/2003-CR** propone una ley que regule las formalidades que deben cumplir los contratos de adhesión, estableciendo regulaciones sobre tamaño de la letra, uso de glosarios, expresa mención de servicios adicionales a favor del usuario, así como derechos de éste y criterios de interpretación.

El **Proyecto de Ley N° 9634/2003-CR** propone modificar el artículo 1394° del Código Civil, estableciendo que la aprobación de las cláusulas generales estará a cargo del organismo regulador competente, cuando se trate de servicios públicos, de la SBS, en el caso de entidades financieras, seguros y pensiones, y del INDECOPI en los demás casos, en los que haya relación de consumo, siempre bajo los lineamientos que para el efecto establezca el INDECOPI.

El Proyecto de Ley N° 9775/2003-CR propone la misma regulación establecida en el Proyecto de Ley 9634/2003-CR.

## **PROYECTO SUSTITUTIVO:**

De conformidad con lo establecido en el inciso b) del artículo 70° del Reglamento del Congreso de la República, la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos acuerda recomendar la **APROBACIÓN** del Proyecto de Ley N° 3041/2001-CR, con el siguiente **TEXTO SUSTITUTORIO**:

### **LEY DE PROTECCIÓN CONTRA CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON CONSUMIDORES.**

#### **Artículo 1º.- Objeto y ámbito de aplicación**

La presente ley tiene por objeto complementar y perfeccionar el sistema de protección de los consumidores.

Los efectos de la presente ley se aplicarán a las cláusulas abusivas previstas en los contratos celebrados entre proveedores y consumidores, definidos estos últimos conforme a la Ley de protección al Consumidor.

#### **Artículo 2º.- Del carácter abusivo de las cláusulas**

Para los efectos de la presente Ley, se entiende por cláusulas abusivas las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente sí, **contrariando las exigencias de la buena fe**, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.

#### **Artículo 3º.- De la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas**

Sin perjuicio del art. 8º, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo,

todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.

La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

**No son abusivas las cláusulas que reproducen disposiciones de leyes.**

**No son abusivas las cláusulas o los elementos de cláusulas que sean objeto de negociación individual.**

**El proveedor que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba.**

#### Artículo 4º.- Interpretación

En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor.

#### Artículo 5º.- De la ineficacia de las cláusulas abusivas

**Serán ineficaces las cláusulas abusivas que se estipulen en un contrato celebrado entre éste y un proveedor conforme a lo prescrito en el art. 2º. El contrato sigue siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.**

**Serán ineficaces las cláusulas que, aun habiendo sido objeto de negociación, tengan por objeto y efecto:**

**excluir o limitar la responsabilidad legal del proveedor en caso de muerte o daños físicos del consumidor debidos a una acción u omisión del mencionado proveedor;**

**excluir o limitar de forma inadecuada los derechos legales del consumidor con respecto al proveedor o a otra parte en caso de incumplimiento total o parcial, o de cumplimiento defectuoso de cualquiera de las obligaciones contractuales por el proveedor;**

prever la adhesión del consumidor como extensión a cláusulas en las cuales no ha tenido, de hecho, la posibilidad de conocer antes de la celebración del contrato;

La ineficacia opera solamente a favor del consumidor y puede ser declarada de oficio por el juez.

El vendedor tiene derecho a repetir contra el proveedor por los daños que ha sufrido como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de las cláusulas declaradas abusivas.

Artículo 6º.- De la presunción de cláusulas abusivas

Se presumen abusivas salvo prueba en contrario las cláusulas que tengan por objeto o por efecto:

excluir o limitar la responsabilidad legal del proveedor en caso de muerte o daños físicos del consumidor debidos a una acción u omisión del mencionado proveedor;

excluir o limitar de forma inadecuada los derechos legales del consumidor con respecto al proveedor o a otra parte en caso de incumplimiento total o parcial, o de cumplimiento defectuoso de cualquiera de las obligaciones contractuales por el proveedor, incluida la posibilidad de compensar sus deudas respecto del proveedor mediante créditos que ostente en contra de este último;

prever un compromiso definitivo del consumidor mientras que la ejecución de las prestaciones del proveedor está supeditada a una condición cuya realización depende únicamente de su voluntad;

permitir que el proveedor retenga las cantidades abonadas por el consumidor, si éste renuncia a la celebración o la ejecución del contrato, sin disponer que el consumidor tiene derecho a recibir del proveedor una indemnización por una cantidad equivalente cuando sea éste el que renuncie;

imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta;

autorizar al proveedor a resolver el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o permitir que el proveedor se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas si es el propio proveedor quien resuelve el contrato;



autorizar al proveedor a poner fin a un contrato de duración indefinida, sin notificación previa con antelación razonable, salvo por motivos graves;

prorrogar automáticamente un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, cuando se ha fijado una fecha límite demasiado lejana para que el consumidor manifieste su voluntad de no prorrogarlo;

hacer constar en forma indubitable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato;

autorizar al proveedor a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato los términos del mismo **o las características del producto que ha de suministrar o del servicio por prestar;**

estipular que el precio de la mercadería se determine en el momento de su entrega, u otorgar al vendedor de mercadería o al proveedor de servicios el derecho de aumentar los precios, sin que en ambos casos el consumidor tenga el correspondiente derecho a resolver el contrato si el precio final resultare muy superior al precio convenido al celebrar el contrato;

conceder al proveedor el derecho a determinar si la cosa entregada o el servicio prestado se ajusta a lo estipulado en el contrato, o conferirle el derecho exclusivo a interpretar cualquier cláusula del contrato;

restringir la obligación del proveedor de respetar los compromisos asumidos por sus mandatarios o supeditar sus compromisos al cumplimiento de formalidades particulares;

obligar al consumidor a cumplir con todas sus obligaciones aun cuando el profesional no hubiera cumplido las suyas;

**limitar o excluir la oponibilidad de excepciones de incumplimiento por parte del consumidor;**

prever la posibilidad de cesión del contrato por parte del proveedor, si puede engendrar merma de las garantías para el consumidor sin el consentimiento de éste;

suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones legales, limitándole

indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante.

**Permitir que el proveedor sea sustituido por un tercero en las relaciones derivadas del contrato, aún en el caso que el consumidor haya consentido previamente, cuando de ello resulte disminuida la tutela de los derechos de este último;**

Artículo 7º.- Alcances de los incs. g), j) y k)

**a) Si el contrato tiene por objeto la prestación de servicios financieros a tiempo indeterminado, el proveedor puede, contrariamente a los incs. g) y j) del art. 6º:**

**Resolver el contrato cuando exista motivo justificado, sin preaviso, comunicándolo inmediatamente al consumidor;**

**Modificar, siempre que exista un motivo justificado, las condiciones del contrato, avisando previamente al consumidor dentro de un plazo razonable, que tiene derecho a resolver el contrato.**

**b) Si el contrato tiene por objeto la prestación de servicios financieros, el proveedor puede modificar sin preaviso, siempre que exista un motivo justificado y no obstante el inc. k) del art. 6º, la tasa de interés o el importe de cualquier gasto relacionado con los servicios financieros, a condición de que el proveedor informe de ello en el más breve plazo a las demás partes contratantes, y de que éstas tengan la facultad de resolver el contrato.**

**c) Los incs. g), j) y k) del art. 6º no se aplican a los contratos que tienen por objeto títulos valores, instrumentos financieros y otros productos o servicios cuyo precio esté vinculado a las fluctuaciones de una cotización o de un índice bursátil, o de un tipo de mercado financiero que el proveedor no controle, así como la compraventa de divisas, de cheques viajero o de giros postales internacionales expresados en divisas.**

**d) El inc. k) del art. 6 no se aplica a las cláusulas de indexación de precios, siempre que sean legales, con la condición que las modalidades de variación se hallen expresamente descritas.**

Artículo 8º.- De la acción inhibitoria

Las asociaciones de consumidores, cámaras de comercio, industria, artesanales, de agricultores pueden demandar judicialmente al proveedor o a las asociaciones de proveedores que utilicen o recomienden la utilización de cláusulas generales de contratación, solicitando al juez que se inhiban del uso de tales cláusulas que se consideren abusivas conforme a la presente ley.

La inhibitoria puede ser concedida cuando concurren razones justificadas de urgencia, de acuerdo a lo previsto por el Código Procesal Civil.

El juez puede ordenar que la resolución sea publicada en uno o más diarios, de los cuales al menos uno de difusión nacional.

#### Artículo 9º.- Del control administrativo

Sin perjuicio de las acciones de carácter civil que puede entablar el consumidor, la existencia de cláusulas abusivas en los contratos con los consumidores dará lugar a las sanciones previstas en el Título Séptimo del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 716, ley de Protección al Consumidor, que serán aplicadas por la Comisión de protección al Consumidor de INDECOPI.

## Responsabilidad Civil y del Estado N° 23

23

# Responsabilidad Civil y del Estado

SOBRE LA OBTENCIÓN DE INDEMNIZACIONES POR  
RESPONSABILIDAD CIVIL  
*EX DELITO EN LA LEY 906 DE 2004*  
Maximiliano Alberto Aramburo Calle

APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR  
PRODUCTOS  
DEFECTUOSOS EN ESTADOS UNIDOS Y COLOMBIA  
Daniel Arango Peretti

LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DIRECTA ESTABLECIDA EN  
FAVOR  
DE LA VÍCTIMA EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL.  
Rafael Alberto Aniza Vesga

LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROFESIONALES  
Juan David Palacio Barrientos

ALGUNAS ANOTACIONES SOBRE LA CULPA,  
CAUSA EXTRAÑA Y RESPONSABILIDAD OBJETIVA  
Wilson Fayad Ahoar

LAS AVERÍAS EN EL TRANSPORTE  
Andrey Bedoya Bedoya





# **SOBRE LA OBTENCIÓN DE INDEMNIZACIONES POR RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO EN LA LEY 906 DE 2004 (APUNTES PARA UNA DISCUSIÓN)**

**Maximiliano Alberto Aramburo Calle**

## **CONTENIDO:**

- I. La reforma procesal de 2004
- II. Algunos aspectos problemáticos del nuevo trámite procesal
- III. A manera de conclusiones
- IV. Referencias Bibliográficas

## **I. LA REFORMA PROCESAL DE 2004**

### **A. Antecedentes en la Comisión Preparatoria de la reforma constitucional**

Más allá de las motivaciones políticas –que no político criminales– que dieron lugar a la implementación de un nuevo Código de Procedimiento Penal en Colombia, en enero de 2008 terminó de ponerse en funcionamiento un sistema de tendencia acusatoria para el juzgamiento de las conductas delictivas. Esas motivaciones políticas que suelen encerrar delirios, amores, odios, ignorancias, y deseos de “cumplir”, permitieron poner en marcha un sistema que, según se anunció, está diseñado para que sólo un pequeño porcentaje de las causas penales llegue a la etapa del juicio. Las demás, o bien no se tramitarán o bien se espera que terminen anticipadamente mediante la aceptación de cargos por parte del imputado. ¿Qué permite esperar que ello sea así? La “alta efectividad” de un sistema procesal, se ha dicho, en el que ante la contundencia de los hechos, el sindicado verá la sentencia anticipada como una mejor salida a su problema de *enemistad con la ley* –para utilizar la terminología de las doctrinas que inspiran esta clase de pronunciamientos–, en lugar del ejercicio de la defensa y la práctica

del juicio. El mensaje ha sido más o menos claro en ese sentido por parte de los impulsores de la nueva ley, avalados por la “contundencia” de las estadísticas.

Todo ello lleva a que hoy en Colombia se piense en el proceso penal como una estructura al servicio de fines muy diferentes de aquellos para los cuales fue creado y en honor a los cuales se desarrolló durante los últimos dos siglos. El llamado *eficientismo* viene ganando terreno desde hace muchos años sobre el ideario demoliberal del penalismo, y los papeles de víctima y victimario en el proceso se han cambiado, al punto que algunos sostienen que la responsabilidad civil –y con ella los mecanismos procesales que le vienen aparejados– es considerada un instrumento de política criminal.<sup>1</sup> Todavía más grave, parece que en todo ello se olvida que en el proceso penal no se juzga a delincuentes *per se* sino a personas cuya inocencia se presume; se olvida que el proceso es un escenario ideado para evitar la venganza privada, para el ejercicio del *ius puniendi* estatal; se olvida, en suma, que el resultado del proceso y de la justicia también puede ser la absolución del inocente. Al decir de CADAVID QUINTERO, todo este cambio constituye una “revolución de efectos inciertos en cuanto a la legitimidad del derecho penal”.<sup>2</sup>

- 
- 1 Véase al respecto, MIR PUIG, Santiago: *Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método*, Bosch, Barcelona, 1982, p. 29; ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen: “La responsabilidad civil y las costas procesales”, en GRACIA MARTÍN, L. (Coord.): *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 416 y ss.; TIFFER SOTOMAYOR, Carlos: *La reparación, La posición jurídica del ofendido en el derecho procesal penal latinoamericano*, artículo publicado en internet por la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, en [<http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/tematico/tematicol.htm>] visitado en mayo 13 de 2005; MAIER, Julio B.: *La víctima y el sistema penal*, ob. cit.; ROXIN, Claus: *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, p. 523 y ss., quien relata cómo el tema ha ocupado la atención en las Jornadas de los Juristas Alemanes de 1992; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: “La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea”, en *Responsabilidad civil “ex delicto”*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, p. 13 y ss. Entre nosotros, parecen sugerirlo también, y en ello estamos de acuerdo, MARTÍNEZ RAVE, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, cuando afirman: “Y es así como en la acción civil [en el proceso penal, añadido] se ha desdibujado la característica de privada por cuanto el Estado ha considerado necesario imponer la obligación indemnizatoria aun cuando la víctima o perjudicado no se constituya parte civil o no lo solicite” (*Responsabilidad civil extracontractual*, 11ª ed., Temis, Bogotá, 2003, p. 164). Aunque considero que para adscribir una decisión cualquiera a la “política criminal” hace falta constatar el proceso de formación de la voluntad –motivación– del Estado en tal sentido, el que se trate de una decisión de política criminal permite constatar que la reparación del daño proveniente del delito, en la práctica deja de ser tratado como un asunto de simple responsabilidad civil (o de reparación) y se convierte en un instrumento de victimización y presión sobre el sindicado y no de efectiva protección a la víctima del hecho.
- 2 CADAVID QUINTERO, “Dogmática penal y víctima del delito. A propósito de la sentencia del 20 de mayo de 2003 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia”, en VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (Coordinador), *Derecho penal liberal y dignidad humana. Libro homenaje al Dr. Hernando Londoño Jiménez*, Bogotá, Temis, 2005, p. 177.

En efecto, la categoría jurídica que llamamos “proceso”, coincide en buena medida con la categoría lingüística que llamamos de igual forma.<sup>3</sup> Así, el proceso se concibe como una sucesión de actos humanos, que en lo penal se concibe dirigida a un fin: la construcción de una sentencia como forma contentiva de verdad.

De esa idea partimos en este escrito de suerte que, distinguiendo entre los diferentes roles e intereses en juego, sea posible entender qué aspectos materiales se ven afectados con la reforma normativa; saber qué intereses atienden y cuáles se acallan.

## **B. Apuntes sobre la discusión de la reforma constitucional**

La expedición de un nuevo Código de Procedimiento Penal, tuvo lugar luego de la reforma constitucional que era necesaria para poder introducir los cambios que quería la dirigencia política impulsora del proceso. Esa reforma constitucional se vertió en el acto legislativo 03 de 2002, a cuya culminación comenzó el *debate* en el Congreso sobre los términos de lo que sería el nuevo código.

En honor a la verdad, parecen haber sido más amplios y detallados los debates sobre la redacción de la reforma constitucional que los del Código. Al interior de la Comisión Preparatoria de la reforma constitucional se discutió la posición de las víctimas en numerosas oportunidades, sobre todo a instancia del profesor Julio Andrés SAMPEDRO ARRUBLA, uno de los abanderados de la victimología en el país. La Comisión tuvo siempre presente que desaparecía la acción civil dentro del proceso penal, como se le venía conociendo, y aparentemente tuvo en cuenta los efectos que ello tendría. Se discutió si las víctimas debían estar acompañadas de un abogado o no, quién debía pagarlo, cómo y en qué fases del procedimiento intervendría, entre otros temas.

Desafortunadamente, resulta evidente que la posición de la Comisión no fue nunca pacífica respecto de todos estos asuntos, aunque nunca hubo discusión sobre la necesidad de proteger a las víctimas. Así, por ejemplo, pueden encontrarse posiciones tan disímiles como las de los entonces magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Álvaro Orlando PÉREZ PINZÓN y Gustavo GÓMEZ VELÁSQUEZ, quienes reconocían el deber del Estado de proteger a las víctimas, pero siempre reclamaron que esa protección se diera por fuera del proceso penal, frente a otras radicalmente opuestas, como la del mencionado profesor SAMPE-DRO ARRUBLA, quien veía en la acción civil como venía siendo concebida, una

---

3 MAIER, *Derecho procesal penal*. Ob. Cit., p. 9 y ss.



marginación para la víctima porque sólo tenía en cuenta el aspecto indemnizatorio<sup>4</sup> y sostuvo que “[L]a víctima en un modelo de corte acusatorio es un coadyuvante en la acusación y el Fiscal tiene que respetar los derechos de las víctimas al adoptar una decisión discrecional sobre la persecución del delito [...] la víctima no es solamente parte civil en el proceso, es un interviniente más”.<sup>5</sup>

En varias de las reuniones de la Comisión Preparatoria de la reforma que dio lugar a la expedición del Código de Procedimiento Penal de 2004, se dio un interesante debate sobre quién y cómo debía asumir la representación de las víctimas en el proceso penal. Se discutía, por ejemplo, si debía estar a cargo de la Defensoría del Pueblo y qué conflictos de intereses se generarían, en tanto la misma institución está encargada del sistema de defensoría pública. Se discutió la necesidad de plasmar constitucionalmente como deber de la Fiscalía la protección de víctimas y testigos, y se habló del derecho a la reparación que debía encontrar un escenario dentro del proceso penal.

Tal vez uno de los puntos más importantes, que infortunadamente no trascendió, estuvo en la posibilidad de consagrar que la reparación a las víctimas no obedeciera a principios de responsabilidad civil, sino a los propios de un fondo de compensación, seguramente a cargo del Estado, más cercano a la seguridad social que al derecho de daños,<sup>6</sup> como lo planteó el profesor SAMPEDRO ARRUBLA. Esta solución, que funciona en algunos países de Europa,<sup>7</sup> por supuesto requiere de una economía estatal mucho más sólida que la nuestra.

Pero a pesar de las discusiones, en los informes para ponencia de la reforma constitucional, apenas se tocaba el tema de las víctimas, a pesar de que en apariencia había consciencia de la decisión de la Comisión Preparatoria, de que debía plasmarse en la ley el mecanismo para hacer valer las pretensiones de las víctimas.<sup>8</sup>

4 *Reforma constitucional de la justicia penal*, tomo I. *Actas de la Comisión Preparatoria y Documentos de Trámite Legislativo*, p. 158.

5 *Ibidem.*, p. 71.

6 Cfr. VARGAS RODRÍGUEZ, Erika Ximena (Ed.): *Reforma constitucional de la justicia penal*. Ob. Cit., t. I, p. 88.

7 Sobre el tema valdría la pena volver para analizar su viabilidad en nuestro medio. Sin embargo, vale la pena anotar que en algunos países como Suecia, el esquema de fondos de compensación funciona para los daños corporales en lo atinente a las pérdidas económicas, es administrado por aseguradores privados funciona con pagos en un nivel más elevado que el de la seguridad social, y sobre las sumas pagadas, se impide a la víctima intentar cualquier acción en responsabilidad. Al respecto, y en relación con el panorama en el derecho europeo, vid. COMANDÉ, Giovanni: *Resarcimiento del daño a la persona y respuestas institucionales. La perspectiva europea*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

8 Así, por ejemplo, en el informe para el cuarto debate, apenas se mencionó en la

**C. Efectos de la eliminación de la acción civil en el proceso penal: ¿protección de la víctima o victimización del responsable? (Breve reflexión en torno a una regulación de efectos inciertos).**

Como se vio, una de las pocas intenciones manifiestas del legislador de 2004, fiel a recientes orientaciones doctrinales, fue la de rendir culto a la víctima. El problema no es que eso sea reprochable, ni mucho menos, sino que se hizo a costa del responsable y en desmedro del concepto de derecho penal –y por ende de proceso penal– como límite al ejercicio del *ius puniendi*. En consecuencia, la ecuación plasmada por el Código Civil en el trajinado artículo 2341, se terminó de romper con la nueva ley procesal penal.

Una de las diferencias que desde lo procesal ven algunos entre la responsabilidad civil y la penal, se funda en que “[L]a condena penal requiere la prueba más allá de la duda razonable y la acción civil requiere sólo la prueba preponderante. En el juicio penal las dudas razonables pueden llevar al jurado a acordar la absolución, mientras que en el juicio civil las mismas pruebas podrían llevar a ese mismo o a otro Jurado a considerar responsable al demandado, ya que el nivel de convencimiento exigible es mucho menor que en el penal”.<sup>9</sup> Esta diferencia tiene especial relevancia entre nosotros, porque incorpora el estándar de prueba de la duda razonable propio del derecho anglosajón que fue introducido en Código de Procedimiento Penal de 2004, aunque sin aproximaciones siquiera a lo que ello significa.

Pues bien: el legislador de 2004, entendió que por tratarse de un sistema de partes, en el que la pretensión punitiva -que es aquella para la cual se diseña el proceso penal- se radica sólo en la Fiscalía, la figura de la acción civil a lo largo del proceso no podía tener lugar en el nuevo sistema. Pero al mismo tiempo, pensando en que era necesario un mecanismo procesal que diese respuestas a la víctima sin victimizar al responsable, creó el problemático incidente de reparación integral, que a la postre ha resultado traer dificultades para la víctima y limitaciones al derecho de defensa para el responsable.

---

siguiente forma: “Otro aspecto importante del proyecto de acto legislativo es el que se ocupa de la protección a las víctimas dentro del proceso penal. Siguiendo los parámetros internacionales sobre la materia incorporando conceptos de justicia restaurativa, mecanismos de conciliación, de reparación integral, etc.” Cfr. VARGAS RODRÍGUEZ, Erika Ximena (Ed.), *Reforma constitucional...* Ob. Cit., t. I, p. 324.

9 FLETCHER, George P.: , Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 364.

Como lo pone de presente BARBOSA CASTILLO, “la consideración hacia el perjudicado no puede convertirse en un argumento histórico para privilegiar la supuesta eficacia del proceso penal en menoscabo de su naturaleza eminentemente garantista”.<sup>10</sup> En algunos ordenamientos jurídicos se ha consagrado la acusación privada, que tiene lugar sólo frente a algunos delitos y sólo puede ejercerse ante ausencia de acusación pública, que ejerce sólo el ente oficial encargado de la acción penal. Así, por ejemplo, en Alemania existen la acusación privada (o acción privada), la acción adhesiva y el proceso por anexión. La llamada *acción privada* inicialmente sólo procedía frente a injurias y lesiones corporales leves; después de 1921 se extendió a los llamados delitos perseguibles a instancia de parte (categoría equivalente a los delitos querellables en Colombia) y posteriormente se permitió respecto de las lesiones corporales graves y del delito de amenaza,<sup>11</sup> mientras que la acción adhesiva equivale a una coadyuvancia de la pretensión punitiva por parte del ofendido. A su turno, el procedimiento por anexión permite perseguir toda pretensión patrimonial originada en un hecho punible. Ese procedimiento sólo se inicia con un “requerimiento” del ofendido o sus herederos, el cual se corresponde con una demanda civil.<sup>12</sup> Pero no tiene la víctima en nuestro ordenamiento posibilidades similares a las de la ley alemana.

El legislador de 2004 optó por un sistema que, en lugar de clasificar diferentes opciones de acusación, dejó en la Fiscalía la acción penal pero le permitió a la víctima inmiscuirse en el proceso, aún sin tener pretensión alguna, en una incómoda construcción del proceso, del que se dice ser acusatorio o “*adversarial*”,<sup>13</sup> pero en el que se permite con ciertos límites la participación de terceros que no tienen pretensión en el proceso y que, en veces, tienen mayores facultades que el mismo procesado, todo lo cual se refleja en situaciones como las siguientes:

a. Se permite a la víctima tener acceso desde el primer momento a toda la actuación adelantada por la Fiscalía, mientras que al sindicado y a su defensa sólo se le entera del cargo desde la audiencia de imputación y sólo en la de acusación y en el juicio oral tiene conocimiento de las pruebas.

b. El sindicado, durante el proceso, no tiene la posibilidad de discutir absolutamente nada en relación con la existencia y monto de los perjuicios. Tampoco

10 BARBOSA CASTILLO, Gerardo: “Víctima y proceso penal”, en *XXI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Instituto Colombiano de Derecho Procesal – Universidad Libre, Cartagena de Indias, 2000, p. 598.

11 ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, 2ª reimpr., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, p. 526.

12 ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*. Ob. Cit. p. 539.

13 Moderna palabra no incluida en los diccionarios de nuestra lengua que hemos podido consultar.

la tiene el civilmente responsable, quien ocupa una de las posiciones más injustamente tratadas en la nueva legislación, muy a pesar de los tímidos esfuerzos de la Corte Constitucional por remendar el despropósito legislativo de permitir que se le condene sin dejar espacio para su defensa. Pero sí la tiene la víctima, quien desde las diligencias previas tiene acceso al expediente, al programa de protección, puede aportar pruebas, entre otras conductas.

En relación con lo que se viene de decir, creemos que el tratamiento dado por el legislador a las víctimas, cuyos derechos y deberes expone con rigor y

orden GAVIRIA LONDOÑO,<sup>14</sup> no sólo deja mucho que desear sobre su verdadera protección (que, entre otras cosas, es bastante dudoso que pueda ser conseguida por un código de procedimiento penal, que tiene de suyo otras finalidades), sino que además parece generar traumatismos para otros sujetos como los terceros civilmente responsables

La víctima, por ejemplo, encuentra normas que buscan su protección y facilitan su participación en toda la actuación ante la Fiscalía y ante la judicatura, como las que se mencionan a continuación y que, a decir verdad, desdibujan el principio acusatorio supuestamente inspirador del sistema procesal adoptado, al mismo tiempo que desarrollan las recomendaciones de la victimología. Entre tales normas encontramos las siguientes:

- **Art. 11.** Consagra en su literal c) el derecho de las víctimas a una reparación pronta e integral.

- **Art. 82 y siguientes.** (Comiso). Reproduce la institución del comiso prevista también en la ley penal sustantiva, que puede tener fines de reparación. Dentro de esta regulación se establecen medidas cautelares sobre los bienes, que pueden ser materiales y jurídicas. Dentro de las primeras se encuentran la ocupación, que procede para los inmuebles y la incautación, que se aplica a los bienes muebles. La medida jurídica es una sola, y se denomina “suspensión del poder dispositivo”, que, por sus efectos, se asimila bastante a un embargo ordinario.

- **Art. 92 y ss.** También se consagran las medidas cautelares originales del derecho civil (embargo y secuestro), que proceden a petición de la víctima, del Ministerio Público y aún de oficio. La amplitud de la legitimación para solicitarlas

14 Su reciente trabajo, *Víctimas, acción civil y sistema acusatorio*, contiene una exposición ordenada de los derechos y deberes de las víctimas y da un panorama completo del tema que nos ocupa. Cfr. GAVIRIA LONDOÑO, Vicente Emilio: *Víctimas, acción civil y sistema acusatorio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

deja dudas sobre la vigencia, en este punto por lo menos, del principio acusatorio que rige el proceso.

- **Art. 97.** Establece la prohibición que recae sobre el sindicado, de enajenar los bienes durante seis meses contados a partir de la Audiencia de Formulación de la Imputación. Este término es menor al previsto en legislaciones anteriores, por la agilidad que se pretende del procedimiento que, en el orden normal de las cosas debería terminar con una sentencia en ese lapso, y busca impedir la insolvencia del procesado de cara a una eventual sentencia condenatoria que le obligue a indemnizar perjuicios.

- **Art. 99.** Consagra la facultad del Fiscal para decretar otras medidas patrimoniales a favor de las víctimas, consistentes en: 1) la restitución inmediata a la víctima de los bienes objeto del delito que hubieren sido recuperados (por ejemplo, los bienes hurtados), lo cual haría innecesario el trámite del incidente de reparación integral que buscara el mismo fin; 2) la autorización a la víctima del uso y disfrute provisional de bienes que, habiendo sido adquiridos de buena fe hubieren sido objeto de delito y c) el reconocimiento de ayudas provisionales con cargo al fondo de compensación para las víctimas, el cual aún no se encuentra en funcionamiento y que no es en estricto sentido parte de un sistema de responsabilidad, pero que fue incluso discutido dentro de la comisión preparatoria de la reforma constitucional que dio lugar a la expedición del código.

- **Art. 100.** Consagra una medida especial para ciertos delitos culposos, consistente en la devolución provisional de los vehículos con los que se hubiere causado el daño, a su propietario, poseedor o tenedor legítimo, salvo que se hubiere solicitado embargo y secuestro de los mismos.

- **Art. 101.** Se reproduce una norma que ha sido, en legislaciones anteriores, de utilidad para la contención de los efectos de ciertos delitos, y consiste en la suspensión del poder dispositivo sobre bienes y la cancelación de registros y títulos valores obtenidos fraudulentamente (v.gr., como producto de una falsificación).

- **Art. 102 y ss.** A partir de esta norma se consagra el incidente de reparación integral, al que nos dedicamos más adelante.

Por su parte, el penalmente responsable y el civilmente responsable se enfrentan a una situación bastante distinta ya que no sólo es posible que desconozcan que hay una investigación en curso hasta tanto se produzca la audiencia de

formulación de imputación, sino que además enfrentan serias limitaciones a su derecho de defensa.

Por otra parte, el artículo 107 de la ley 906 de 2004 señala que es tercero civilmente responsable “la persona que según la ley civil deba responder por el daño causado por la conducta del condenado”. Le asiste razón a GAVIRIA LONDOÑO cuando afirma que “es diferente decir que tercero es la persona que de conformidad con la ley sustancial está obligada a responder por los daños causados con la infracción – como lo establece el art. 96 del C.P., añadido– a disponer que tercero es quien debe responder por la conducta del condenado, pues es evidente que un concepto como éste último solamente estaría cobijando los casos de responsabilidad indirecta o por el hecho de otro, dejando por fuera los de responsabilidad directa”.<sup>15</sup>

Creemos que el legislador en este caso al definir al tercero se plegó al concepto de responsable por el hecho ajeno al que se refieren los artículos 2346 y siguientes del Código Civil, y dejó por fuera otros supuestos en los que personas que sin participar en la conducta punible, están llamados a responder, en ocasiones por el hecho propio, como en el caso de las personas jurídicas propietarias del vehículo con el que se produjo el resultado dañoso que responde por el hecho propio y no por el hecho ajeno.<sup>16</sup> Y al hacer tal cosa, el legislador dejó por fuera de la posibilidad de ser llamados como terceros civilmente responsables a otros sujetos.

Y al tercero civilmente responsable, así definido, se le puede citar al trámite judicial para que sea tenido como *citado* sólo en el incidente de reparación integral, pues ninguna posibilidad hay de que se haga parte en el proceso. Y decimos que se trata de un *citado* pues no se eleva contra él ninguna pretensión ni el Código disciplina la forma en la que se le vincula con la discusión procesal que se establece entre la víctima y el ofendido.

Líneas atrás mencionábamos que la Corte Constitucional había hecho algún esfuerzo por aliviar la pesada e injusta carga que el legislador le había impuesto al civilmente responsable. Pero tal esfuerzo fue insuficiente, no sólo porque en forma incomprensible señaló que el tercero civilmente responsable no es ni siquiera un interviniente, que sólo tiene la facultad de “participar en igualdad de condiciones que la víctima en el incidente de reparación integral”,<sup>17</sup> sino porque

15 GAVIRIA LONDOÑO, *Víctimas...*, Ob. Cit., p. 203.

16 Colombia. Cfr. CSJ, Cas. Civ., sentencia de junio 30 de 1962, M.P. José J. GÓMEZ R. (GJ Nos, 2256, 2257, 2258 y 2259).

17 Colombia. Cfr., Corte Constitucional, sentencia C-425 de mayo 31 de 2006, M.P. Humberto SIERRA POR-

además limitó sus intereses dentro del proceso a discutir las medidas cautelares que en su contra se decreten.

En efecto, mediante la sentencia C-425 de mayo 31 de 2006, la Corte estimó que el mencionado artículo 107 era exequible condicionalmente, bajo el entendido de que el tercero civilmente responsable tiene derecho a defenderse de las medidas cautelares que se decreten en su contra. Tan tímida decisión de la Corte, permite entonces que en efecto el tercero civilmente responsable sea citado y condenado aún sin pretensión en su contra y aún sin posibilidad de defenderse de fondo sobre la existencia de los hechos que constituyen la infracción típica, que constituyen el daño y que dan lugar a su responsabilidad, con lo cual ha dicho sujeto se le hace oponible, con efectos de cosa juzgada, una providencia que resuelve un debate previo del que no participó. Es decir, la Corte entendió que no se viola el derecho de defensa del tercer, si se le permite discutir las medidas cautelares que se decreten en su contra, como si el único interés del que se pudiese defender aquél, fuese el que tiene que ver con tales medidas.

Creemos que los intereses del civilmente responsable tienen que ver con la fijación de los hechos, con los fundamentos fácticos que hacen surgir la presunción en su contra, con la existencia y tasación del daño, con la determinación de la calidad de víctima, entre otros temas. Y creemos que si bien la Corte reconoció que tales situaciones podían ser discutidas por el civilmente responsable, lo hizo reconociéndole tal derecho en un momento en el que prácticamente ya nada puede hacer, pues la limitación del objeto del incidente de reparación integral no permitirá tal debate. Adicionalmente, habrá terceros civilmente responsables que no son necesariamente responsables por el hecho ajeno.

Por lo anterior, parece claro que la supuesta protección a la víctima en la ley 906 de 2004, se hace a costas del responsable, que no participa de la fase de investigación y del tercero civilmente responsable quien vio borrado de un plumazo legislativo todo el arsenal defensivo del que, en condiciones normales, podría disponer.

---

TO. Así mismo, véanse las interesantes críticas que a la decisión mencionada hace GAVIRIA LONDOÑO en *Víctimas...*, Ob. Cit., p. 207 y ss.

## II. ALGUNOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DEL NUEVO TRÁMITE PROCESAL

Después de haber repasado algunos aspectos importantes de la reforma procesal, el escenario es propicio para analizar los aspectos que, *prima facie*, se consideran más problemáticos del incidente de reparación integral. En realidad, nos limitaremos a ciertos problemas que pueden tener lugar en el incidente de reparación integral y en los cuales, creemos, las soluciones no saltan a la vista.

Para ello, nos detendremos en primer lugar en mirar, de manera general, (A) que no hay una limitación expresa a la conciliación por fuera del incidente de reparación integral; luego (B) miraremos cuál es la estructura del incidente, para a continuación detenernos en un aspecto que genera bastante controversia, cual es (C) el término previsto por la ley para iniciar el incidente. En tercer lugar, analizaremos (D) qué recursos caben contra la decisión que resuelve el incidente.

### A. No hay limitación a la indemnización por fuera del incidente de reparación integral

Si nos vamos a referir en forma fundamental al incidente de reparación integral no es porque no haya posibilidades previas a la sentencia, condenatoria o absolutoria, de resolver sobre la indemnización debida. Puede haber acuerdos conciliatorios en el curso del proceso que lleven a que no se lleve a cabo el incidente o incluso den lugar a la aplicación del principio de oportunidad que excluya el ejercicio de la pretensión punitiva. Pero en estricto sentido, ni las medidas de protección a las víctimas ni los acuerdos directos entre la víctima y el procesado o los civilmente responsables son cuestiones de que tengan como contenido el derecho de daños sino que, por el contrario, evitan llegar a decisiones en las que haya que hablar de responsabilidad propiamente dicha.

*La indemnización integral de la ley 600 de 2000 y el principio de oportunidad.* En algunos ordenamientos anteriores existía una institución denominada “indemnización integral”. Se trataba de una herramienta consagrada sólo para los delitos que admitían desistimiento y conciliación, y se consagraban tanto en función del interés del sindicado como del de la víctima. Del primero, pues se le permitía poner fin a la acción penal en virtud del pago de los perjuicios que hubiera ocasionado; y del segundo, pues en muchos casos no tiene más interés que la reparación de su daño y no la aplicación de la pena.



Este mecanismo implicaba en la ley 600 de 2000, o bien la tasación objetiva del perjuicio por parte de un perito, nombrado por el fiscal o por el juez, quien fijaba el monto único al que debía ascender una indemnización, o bien la declaración libre de la víctima en la que manifieste haber sido plenamente indemnizada. Si el sindicado pagaba la suma indicada por el perito, debía con ello terminar la actuación penal. Por esto, la figura tenía una finalidad sana que consistía en evitar que la víctima utilizara el sistema penal como un mero mecanismo de cobro y de presión para lograr acuerdos económicos elevados, obteniendo indemnizaciones a veces superiores a los daños efectivamente padecidos.

No habiendo una norma similar en la ley 906 de 2004, es posible preguntarse si el procesado tiene la posibilidad de utilizar mecanismos como la indemnización integral que, repetimos, tenía la ventaja de que permitía terminar el proceso por extinción de la acción penal. La única figura similar que se encuentra en la ley 906, sería es la aplicación del principio de oportunidad, consagrado a partir del artículo 321 del Código, y a través del cual el titular de la acción penal, esto es, la Fiscalía, renuncia a su ejercicio, en los delitos sancionados con pena privativa de la libertad que no exceda de 6 años (art. 324, num. 1), siempre y cuando se haya reparado integralmente a la víctima y se demuestre que al Estado no le interesa ejercer la acción penal.

536 Naturalmente no es posible, *a priori*, saber cuándo hay ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la acción penal, como sí había certeza en la ley 600 de 2000 sobre la extinción de la misma por el hecho escueto de la reparación integral conforme al dictamen pericial.

Pero además de la difícil cuestión sobre el interés estatal en la persecución punitiva, cabe preguntarse: ¿cómo se tiene certeza de que la *reparación* de la que habla la causal primera del artículo 324 ha sido integral? Mientras en el código anterior no había dudas sobre la eficacia del dictamen pericial a este efecto, en el nuevo sistema encontramos serias dificultades para la aplicación de la institución:

En primer lugar, parece claro que la víctima tiene que ser oída para la aplicación del principio de oportunidad. Pero no es tan diáfano en la ley qué alcance debe tener el concepto de la víctima. En otras palabras, no es claro si, por ejemplo, la simple oposición de la víctima puede tener un efecto impeditivo de la aplicación del principio de oportunidad, o si la víctima a pesar de estar indemnizada puede solicitar la no aplicación del mencionado principio buscando ejercer su

derecho a la verdad o a la justicia o sí, por el contrario, la voz de la víctima debe ser escuchada y valorada en igualdad de condiciones a la forma en que se escucha y valora la posición del procesado.

Lo que sí resulta evidente es que el interés del Estado en la persecución punitiva no coincide necesariamente con el interés de la víctima y ni siquiera con sus pretensiones, pues hasta este momento, no se consagra una oportunidad a la víctima para que las formule.

En segundo lugar, tampoco es claro cuál es el mecanismo que debe utilizarse para la tasación del perjuicio que se debe indemnizar. Como la aplicación del principio de oportunidad es una facultad de la Fiscalía como titular de la acción penal, y se materializa en un acto sometido a control de legalidad por parte del juez de control de garantías, no parece posible, por ejemplo, que se pueda solicitar por el indiciado la práctica de pruebas tendientes a la valoración del perjuicio, máxime si la Fiscalía, dentro de este nuevo sistema, no tiene facultades jurisdiccionales ni probatorias.

Pero cabe pensar en una posibilidad adicional, que consistiría en solicitar el decreto de la prueba pericial al juez de control de garantías, en aplicación del artículo 154 numerales 2 y 8 del nuevo Código, quien estaría facultado para hacerlo. Una vez decretada y practicada la prueba con presencia y audiencia de la víctima, sería posible que el procesado la indemnizara integralmente, para así facilitar la aplicación del principio de oportunidad y extinguir la acción penal.

Sin embargo, aún en este caso, habría una dificultad adicional: ¿quién sería el facultado para tasar el perjuicio moral? Si asumimos que un perito no podría hacerlo, porque la tasación del daño moral corresponde estrictamente al juez en aplicación del arbitrio judicial, entonces tenemos que concluir que, o debe haber acuerdo mutuo, o la en la tasación debe hacerla alguien con facultad jurisdiccional. No son irrelevantes las discusiones que se suscitan respecto a la cuantificación de los perjuicios extrapatrimoniales y la aplicación de los límites señalados por el código penal, a las cuales se añadiría, en este caso, quién sería el competente para realizarla.

Una primera solución posible, además de la del mutuo acuerdo, sería afirmar que el Fiscal es el encargado de hacerlo. Pero tal solución no se compadece ni con el rol que está llamado a desempeñar el fiscal en el sistema acusatorio ni con las facultades que tiene durante la investigación. No habría, en suma, fundamento normativo para tal solución pues el fiscal debe limitarse, a lo sumo, a

constatar que la víctima fue *integralmente reparada*, pero no tiene competencia para determinar cuál es el valor de los perjuicios.

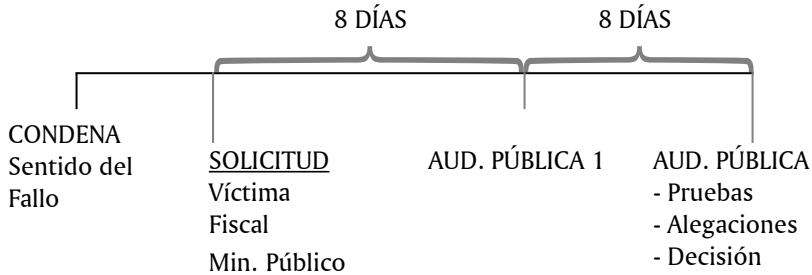
Una segunda posibilidad, es que lo haga un juez. No podrá ser el juez de conocimiento, pues su competencia sólo se “activa” con la formulación del escrito de acusación. Entonces, sólo podría ser el juez de control de garantías, quien eventualmente lo podría hacer en virtud del mismo artículo 154 ya citado.

**B. Estructura general y trámite del incidente**

Veremos a continuación, de manera global, cómo es la estructura del incidente de reparación integral previsto por la ley 906 de 2004. El incidente de reparación integral es una institución propia del sistema acusatorio implantado en Colombia y supone la existencia de una sentencia condenatoria,<sup>18</sup> y da por sentada la existencia de responsabilidad civil por el hecho de la responsabilidad penal. Como particularidad de este sistema, puede decirse que no tiene un lugar para la decisión sobre medidas cautelares, pues la discusión sobre ellas se dio a lo largo del procedimiento, ante el juez de control de garantías.

En vigencia de la ley 600 de 2000, la víctima tenía la posibilidad de optar entre el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, y en un proceso civil independiente, según establecía el artículo 45. La existencia de esta opción tenía como consecuencia que, si la víctima decidía ejercer la acción indemnizatoria dentro del proceso penal, debía someterse a sus resultados de tal suerte que, ante una sentencia penal absolutoria, se eliminaba cualquier posibilidad de reclamar el resarcimiento de sus perjuicios, en los casos del artículo 57 de esa ley, en virtud de la llamada cosa juzgada penal absolutoria, opción que sigue existiendo hoy, con el incidente de reparación integral.

De manera general, la estructura del incidente es la siguiente:



18 Se verá más adelante si esa sentencia debe estar ejecutoriada o no.

**a) Audiencia 1 (art. 103):**

En ella debe tener lugar la formulación de la pretensión que, como se vio, debe ser completa, tal como sería si se estuviera realizando en un proceso civil. En esta audiencia también tiene lugar, de conformidad con el artículo 107, la citación del tercero civilmente responsable, a solicitud de la víctima, del condenado o de su defensor.

Como la formulación de la pretensión debe ser completa y equivale a la demanda civil, la víctima debe indicar también los medios de prueba que pretende hacer valer. También debe expresarse la forma concreta de reparación a la que se aspira, todo lo cual nos pone frente al siguiente interrogante: ¿el incidente de reparación integral tiene vigencia para formas de reparación distintas de la propia de la responsabilidad civil que es la indemnización por equivalente, y aún para fines diferentes a la responsabilidad civil propiamente dicha, como serían los de verdad y justicia, por ejemplo?

El juez debe pronunciarse sobre la admisión o rechazo de la pretensión, pero curiosamente la ley sólo establece como causales de rechazo que quien la promueva no acredite la calidad de víctima o que ya esté acreditado el pago de los perjuicios causados. Por ello, entonces, queda una duda difícil de solucionar: ¿Qué debe hacer el juez si la pretensión es incompleta, o imprecisa, o se encuentran acumuladas indebidamente, por ejemplo, la responsabilidad contractual y la extracontractual, o los intereses? ¿Debe aplicar el Código de Procedimiento Civil, o debe admitir la pretensión y luego absolver al que ya condenado penalmente? En aplicación rigurosa del principio acusatorio, la solución adecuada sería la última, pero creemos que el juez está llamado a inadmitir la pretensión y aún a rechazarla aplicando los preceptos del Código de Procedimiento Civil. Luego de admitida la pretensión, el juez debe invitar al condenado y a la víctima a la conciliación.

**b) Audiencia (de pruebas y alegaciones)**

En esta segunda audiencia, debe llamarse a las partes a un nuevo intento conciliación y debe iniciarse el debate probatorio, practicando los medios que fueron decretados en la audiencia inicial, lo que en este sistema se denomina “ofrecimiento de los medios de prueba”. En ella debe la víctima, por conducto de su apoderado –que debe existir necesariamente, aún nombrado de oficio–

pronunciarse sobre el fundamento de las pretensiones, y luego se adopta, en el mismo incidente, la decisión de fondo.

### **C. Términos para iniciar el incidente: dos posibles interpretaciones sobre los artículos 106, 446 y 447 del C. de P. P.**

La 906 de 2004, aparentemente, consagra dos términos diferentes para proponer el incidente de reparación integral. Esa contradicción se encuentra dada por lo siguiente:

Habría un primer término, que estaría consagrado en el artículo 102 del Código, que sería de ocho días, contados desde el momento en el que se *emite “el sentido del fallo” que declara la responsabilidad penal del acusado (...)*. Es posible considerar que a partir de allí comienza a correr el término de treinta (30) días de caducidad que tiene ese incidente, al que se refiere el art.106. Esta interpretación se fundamenta en que el art. 446 establece claramente que el sentido del fallo no es igual al fallo de responsabilidad penal, pues este último es posterior, y está expresamente estipulado en el art.106.

La segunda posibilidad consiste en interpretar que el término es el que expresamente consagra el art. 106, según el cual la caducidad de la oportunidad para proponer el incidente se produce a los treinta (30) días, contados desde el fallo de responsabilidad penal, que es diferente al momento en el que se emite el sentido del fallo.

Para una adecuada solución de la aparente dicotomía, hay que tener en cuenta que la decisión que pone fin al incidente se entiende incorporada a la sentencia de responsabilidad penal, la cual debe emitirse dentro de los quince días siguientes a haberse anunciado *el sentido del fallo*, según el artículo 447 del Código. Ahora, si la sentencia debe proferirse dentro de los 15 días siguientes al *sentido del fallo*, pero hay 30 días contados a partir de este mismo momento para promover el incidente, entonces necesariamente hay una inconsistencia y varias interpretaciones posibles:

a) Según la primera posible interpretación, el término de 15 días que corre en contra del juez para emitir la sentencia después de haber anunciado su sentido, sólo se aplica para cuando dicho sentido del fallo es absolutorio, pues para los casos en que es condenatorio, el juez debería respetar el término de caducidad del incidente de reparación integral, que es mayor y comienza a contarse desde la fecha en la que se emite el *sentido* del fallo. Así, una vez vencidos los 30 días

sin que se haya presentado la solicitud del incidente, debe proferirse el fallo o, presentada la solicitud, debe iniciarse el incidente, para que la sentencia pueda incorporar tanto la responsabilidad penal como la civil. Esta solución, entonces, no se compadecería mucho con el texto del artículo 447, pues queda claro de su lectura que el término corre tanto para la sentencia condenatoria (inciso primero) como para la absolutoria (parágrafo).

b) Según la segunda interpretación, los dos términos corren simultáneamente desde la fecha en que se emite el *sentido* del fallo (15 para proferir la sentencia y 30 de caducidad). En este caso, la decisión del incidente –si es que la solicitud se presenta en un momento tal que el juez no alcance a decidir antes de que se venza su término para fallar la responsabilidad penal, como sería si el incidente se presenta al decimosexto día, o aún al segundo día, pero hay pruebas y audiencias que el juez no alcanza a practicar antes de los 15 días–, se incorpora al fallo en forma ficta. Es decir, la decisión del incidente se adoptará en un auto, o un complemento de la sentencia, físicamente separado de aquella, interpretación que, al parecer, comparte un sector de la doctrina. En efecto, señala un reconocido autor: “...pues en el sistema acusatorio el tema de la determinación de los perjuicios no hace parte del proceso y no es materia de declaración en la sentencia”.<sup>19</sup> Afirma más adelante el mismo autor, al referirse al momento en el cual se considera oportuno pronunciarse sobre la concesión del subrogado penal al condenado: “... para acceder a dicho subrogado habría que satisfacer un requisito o presupuesto imposible, pues, se itera, si es el fallo donde se emite la condena; si la condena sólo puede referirse a la responsabilidad penal y si es allí mismo donde se resuelve sobre el atoramiento del subrogado penal de la condena de ejecución condicional, el cual sólo puede otorgarse cuando se satisface la exigencia de indemnizar los perjuicios, como la existencia del perjuicios (sic) y su cuantificación sólo se sabría luego de adelantar y culminar el trámite del incidente de reparación integral, nadie podría obtener el beneficio en mención, sino hasta luego de haber culminado el incidente de reparación integral”.<sup>20</sup> Con esta interpretación, creemos, sí se respeta el término del artículo 447.

c) Una tercera posibilidad consiste en interpretar que el término de caducidad sólo puede contarse desde el fallo propiamente dicho, y ello implica que el legislador, en el artículo 447 utiliza una expresión equivocada, al suponer que para la emisión del fallo de responsabilidad penal, ya se ha proferido la decisión

19 Cfr. GAVIRIA LONDOÑO, *Víctimas...*, Ob. Cit., p. 300.

20 Cfr. GAVIRIA LONDOÑO, *Víctimas...*, Ob. Cit. p. 301.

del incidente. En consecuencia, el juez podría emitir el fallo de responsabilidad penal dentro de los 15 días siguientes a haber anunciado *el sentido*, y una vez hecho esto, comienza a correr el término de caducidad, de tal suerte que, al igual que en la interpretación anterior, la decisión del incidente se incorpora en forma jurídica pero no física a la decisión sobre la responsabilidad penal.

Ahora, seguramente el apoderado de la víctima querrá presentar la solicitud del incidente contando siempre el término en la forma más restrictiva posible, para evitar decisiones desfavorables, frente a las que sólo cabría el incierto recurso a la acción de tutela, invocando que una determinada interpretación de los vulnera el derecho de acceso a la justicia, o el debido proceso al conculcar el derecho de defensa.

#### **D. Recursos contra la decisión que resuelve el incidente**

Ante la inconformidad de la providencia que decide el incidente de reparación integral, las partes pueden pensar en interponer recursos ordinarios. Algunos consideran que no es procedente el recurso de reposición pues estiman que, al ser la decisión tomada en el incidente, parte integrante de la sentencia, sólo procede la apelación. Otros consideran que sí procede la reposición –y por supuesto también la apelación– en razón de los siguientes argumentos:

En primer lugar, porque el numeral 2 del artículo 161 de la ley 906, determina que la decisión tomada en un incidente se adopta mediante auto. Si ello es así, la decisión del incidente de reparación integral también es mediante auto. En segundo lugar, el artículo 176 del mismo Código establece que la reposición procede contra todas las providencias, excepto la sentencia. Como la decisión tomada en el incidente de reparación integral se adopta mediante auto, es procedente la reposición. Y en tercer lugar, señalan que si bien la providencia del incidente de reparación integral se incorpora a la sentencia de responsabilidad penal, esta integración sólo se produce cuando dicha decisión se encuentre ejecutoriada, razón por la cual, desde antes, frente al auto que resolvió el incidente de reparación integral, se pudieron haber presentado y resuelto los recursos de reposición y apelación.

El argumento fundado en el artículo 161 del Código es muy fuerte, y lastimosamente denota la falta de coherencia del legislador. La teoría general del proceso enseña que los incidentes se resuelven por auto interlocutorio, y el de reparación integral no es excepción, razón por la cual cabe preguntarse si la regla

general se mantiene cuando la ley expresamente dispone que la decisión del incidente se incorpora a la sentencia. Por ello, tendría que ser procedente el recurso de reposición, pues de lo contrario, se trataría de una “decisión” que no es, en estricto sentido, ni un auto ni una sentencia, que se incorpora a ésta última y que no tiene segunda instancia, pues el momento de la incorporación sería posterior a la ejecutoria de aquella, vulnerando así el principio de doble instancia, pues si la sentencia condenatoria no está en firme, no podría haber incidente de reparación, a menos que se considere que el incidente se inicia y se tramita, pero que la condena civil queda sometida a condición negativa: que el superior no revoque la condena penal.

Esta última solución no parece coherente con nuestro ordenamiento, en el que la acción civil *ex delicto* que busque la indemnización depende exclusivamente de que exista y se declare en firme la responsabilidad penal.<sup>21</sup> Por el contrario, si el momento de la incorporación de la decisión del incidente es posterior a la ejecutoria de la sentencia, se vulneraría el principio de doble instancia.

### III. A MANERA DE CONCLUSIONES

Tradicionalmente, las reacciones que desde la responsabilidad civil se han producido en relación con el problema de la participación de la víctima en el proceso penal han sido respuestas parciales, quizás porque el derecho civil, acostumbrado a enfrentar sólo a la solución práctica de los problemas particulares, olvida a veces la base social que los genera; y porque el derecho penal se concentra particularmente en el delincuente y apenas en casos aislados, por fuera de cualquier construcción sistemática, se refiere a la víctima y a los efectos colaterales del fenómeno criminal. Por ello, resulta particularmente ilustrador el panorama que sobre el mismo problema ha venido siendo dibujado por la criminología y a partir de ella, los desarrollos posteriores que han tenido el derecho penal y el derecho procesal penal.

En efecto, a pesar de la concentración del derecho penal en la persona cuya conducta se juzga, desde la segunda mitad del siglo XX se encuentran cada vez más numerosos estudios sobre la víctima: su participación en el delito, las consecuencias que sufre, los procesos de victimización primaria y secundaria, el aban-

21 Nótese que ello no implica que los daños se queden sin reparación, sino que la causa de ésta no estará en el delito sino en el ilícito civil extracontractual no delictivo, razón por la cual el juez penal no tiene competencia para pronunciarse al respecto, a diferencia de lo que ocurre en España, como se vio líneas atrás.



dono de sus intereses por el Estado, las estrategias para la búsqueda de la reparación, etcétera. Este fenómeno de *neo intervencionismo* de la víctima en el proceso penal, ha dado lugar a que se alcen voces en su contra, en defensa del tradicional esquema del proceso como conjunto de garantías para el sindicado, esquema del cual se debe excluir aún al perjudicado, cuyo conflicto es de otra naturaleza. Pero también, buscando defender el interés de la víctima, se han generado las que algún sector doctrinal ha llamado “lecturas equivocadas” sobre el rol de la víctima en el proceso de construcción de la decisión penal. Así, por ejemplo, desde esta lectura se considera erróneo entender que el interés por la víctima obedece a una especie de retorno a la venganza privada<sup>22</sup>, en lugar de considerar que ese interés implica *devolverle* el conflicto a las partes y sustraerlo de las manos del Estado, que no tiene interés en el asunto; también se estima errado considerar que el nuevo esquema propuesto encierra un asunto de defensa social en el que se contraponen los intereses de la víctima y del infractor en forma antigarantista; igualmente, se juzga equivocado considerar que la víctima, sin más, tiene apenas un interés mercantil respecto de la infracción penal.

Sin duda, el problema de la víctima no puede ser ajeno a las consideraciones jurídicas, no puede ser desligado del hecho criminal y no puede considerarse como un fenómeno de reciente aparición. Lo que cabe discutirse entonces es qué alcances debe tener y en qué forma y medida debe trabarse la relación entre hecho, autor y víctima, atravesada por el ordenamiento jurídico. Este intento de *definición* del problema pone de presente, como se dijo más arriba, que el objeto de estudio dista mucho de pertenecer a una parcela específica del derecho. En efecto, el auge que viene ganando el estudio de la materia demuestra las necesarias imbricaciones que deben darse entre unas y otras ramas del ordenamiento y que las soluciones que se adopten de *lege data* no pueden obviar consideraciones político criminales, ni de derecho penal sustancial, ni de derecho procesal penal, ni mucho menos de derecho civil.<sup>23</sup>

22 ROXIN, por ejemplo, reconoce que “el fortalecimiento de las posiciones del acusador adhesivo y del ofendido [...] se presta para facilitar la primacía de la necesidad de venganza del afectado sobre el interés general de resocialización”. *Derecho procesal penal*, Ob. Cit., p. 525.

23 Así, por ejemplo, en Alemania y España, dos países cuya influencia directa recibimos tanto en doctrina como en legislación y jurisprudencia, se ha venido discutiendo de unas décadas para acá el problema de la reparación a la víctima como alternativa a la pena. Concretamente se discuten temas como el carácter y contenido de la reparación, su naturaleza civil o penal, las consecuencias de adoptar una u otra solución, las propuestas legislativas –así, el Proyecto alternativo de la reparación–, el significado de la reparación en la teoría de la pena, y el significado de la reparación como “tercera vía”. Véanse al respecto, a manera de ejemplo, ALASTUEY DOBÓN, La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000; PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe, *Reparación y conciliación en el sistema penal: ¿Aper-*

Por lo anterior, no parece posible plantear un panorama completo del “problema” de la presencia y actividad de la víctima en el proceso penal, tema que en la actualidad cuenta con abundante literatura de referencia, sino apenas abordarlo desde determinadas perspectivas. Sin embargo, y con la finalidad de no perder por completo la visión de conjunto, creo que vale la pena llamar la atención sobre varios puntos relacionados con esos prismas y que interesa tener en cuenta:

1. La reparación a la víctima de una conducta que se juzga *prima facie* punible, puede ser abordada como una de las consecuencias del delito, pero puede ser abordada también como un problema que involucra sólo al derecho civil. No hay unanimidad al respecto y cada vez con mayores argumentos, la reparación, como se indicó atrás, parece ser un problema de política criminal.

Las soluciones procesales y sustanciales que diferentes ordenamientos jurídicos han dado al tema, parecen no haber sido satisfactorias. Ni la separación tajante entre responsabilidad penal y civil –y, por lo tanto, entre reparación dentro del proceso penal y reparación meramente civil– ni los partidarios de una tesis unitaria, se escapan de las críticas. Pareciera que la solución no pasa por erradicar los inconvenientes y antinomias que surgen con determinada postura legislativa sino, como en todo el derecho, por arbitrar una solución que, aunque no lo resuelva todo, al menos permita claridad sobre el camino a seguir por los litigantes.

2. Cualquier camino que se tome corre el riesgo de descuidar las vías alternativas. Nunca será suficiente idear un mecanismo que satisfaga los fines de la pena, si se abandona a la víctima en su necesidad de ser reparado o de saber la verdad;<sup>24</sup> ni será suficiente reparar a la víctima si se desnaturaliza el proceso penal como forma ordenada para el ejercicio del poder punitivo, o si se olvida la construcción

---

*tura de una nueva vía?*, Comares Granada, 1999; particularmente en América Latina, Argentina ha recibido también el influjo del llamado redescubrimiento de la víctima y de la búsqueda de planteamientos que en forma satisfactoria den respuesta al complejo entramado de problemas que suscita. Al respecto, véase por todos el texto de Julio B.J. MAIER, intitulado *El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al derecho penal argentino*, tomado de [[www.derechopenal.com.ar/archivos.php?op=21&id=25](http://www.derechopenal.com.ar/archivos.php?op=21&id=25)], visitado en julio 23 de 2005.

24 Sobre este punto, ya la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado tanto en relación con la justicia ordinaria como con la penal militar, recogiendo las orientaciones criminológicas ya mencionadas y dejando clara la orientación interpretativa que quiere dar a las normas legales al respecto. Véanse las sentencias C-1149 de 2001, M.P. Jaime Araújo RENTERÍA, en relación con la víctima en el proceso penal militar, y C-228 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett, ya citada, en relación con la justicia penal ordinaria.

del derecho penal como límite a ese ejercicio y a la vez como límite al ejercicio privado de la “justicia” (venganza).

3. Aunque parece una obviedad, la expansión del derecho penal impide pensar en todos los delitos como conflictos interpersonales que responden al binomio autor – víctima. Basta un repaso a la parte especial del Código Penal, para demostrar que muchas de las figuras allí consagradas obedecen a estructuras con bienes jurídicos colectivos, impersonales o difusos; las estadísticas también tienen una cifra alta de delitos que no pertenecen a esa categoría. Por ello, no es muy plausible la opción de elaborar una respuesta única y general desde el derecho penal para todos los casos.

4. Si se dice ahora que en el centro del derecho penal no se encuentra sólo el delincuente sino también la víctima, parece que por lo tanto deberá obrarse en consecuencia y no pretender, entonces, que tal parcela del ordenamiento siga obedeciendo a las mismas estructuras de imputación y a los mismos catálogos de garantías de los que tradicionalmente se habla. Si ello es así, también es viable una reflexión sobre el nombre que damos a ese sector pues no parece correcto denominar “penal” o “criminal” a una porción del ordenamiento que tiene la pena como un componente apenas fragmentario o en el que el crimen es un asunto dirimible por los intervinientes en él, como en un asunto de derecho privado. No es acertado denominar la parte por el todo, si se reclama del derecho penal mucho más que la pena y se ubica a la reparación como el más importante de sus fines.

Estos puntos permiten inferir que la participación de la víctima en el proceso penal es de por sí problemática y que no es fácil conjugar y conciliar todos los elementos que hay que tener en cuenta. No es posible pensar en una reprivatización del *conflicto*, sobre todo si se piensa que el derecho y el proceso penal significaron una conquista contra la barbarie de la venganza privada y el ejercicio arbitrario del poder de castigar. Pero tampoco es posible hablar de un único mecanismo que satisfaga todo lo que se pone en juego –para el autor, para la víctima, para la sociedad y para el Estado– con el actuar aparentemente punible.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AA.VV.: *Responsabilidad civil “ex delicto”*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de derecho judicial), 2005.

ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen: *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

BARBOSA CASTILLO, Gerardo: “Víctima y proceso penal”, en *XXI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Cartagena de Indias, Instituto Colombiano de derecho procesal – Universidad Libre, 2000.

\_\_\_\_\_: “Aspectos concretos del restablecimiento del derecho en la ley 906 de 2004” en AAVV: *XXVIII Congreso colombiano de derecho procesal*, Bogotá, Universidad Libre, 2007.

BERTOLINO, Pedro J. (COORDINADOR): *La víctima del delito en el proceso penal latinoamericano*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003.

BUITRAGO RUIZ, Ángela M.: “La víctima en el proceso penal colombiano”, en BERTOLINO, Pedro J. (COORDINADOR): *La víctima del delito en el proceso penal latinoamericano*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, pp. 261-299.

CADAVID QUINTERO, Alfonso: “Dogmática penal y víctima del delito. A propósito de la sentencia del 20 de mayo de 2003 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia”, en VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (Coordinador), *Derecho penal liberal y dignidad humana. Libro homenaje al Dr. Hernando Londoño Jiménez*, Bogotá, Temis, 2005.

COMANDÉ, Giovanni: *Resarcimiento del daño a la persona y respuestas institucionales. La perspectiva europea*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

CÓRDOBA ANGULO, Miguel: “Protección de la víctima en el nuevo sistema procesal colombiano”, en *Derecho penal y criminología*, No. 74, Universidad Externado de Colombia, 2003.

CREUS, Carlos: *Reparación del daño producido por el delito*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 1995.

FLETCHER, George P.: *Las víctimas ante el jurado* (trad. MEDINA ARIZA J.J. y MUÑOZ AUNIÓN, A.), Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: *Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos*, 4ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

GAVIRIA LONDOÑO, Vicente Emilio: *La acción civil en el proceso penal colombiano*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

\_\_\_\_\_: “La víctima en el nuevo procedimiento penal colombiano”, en BERTOLINO, Pedro J. (COORDINADOR): *La víctima del delito en el proceso penal latinoamericano*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, pp. 303-344.

\_\_\_\_\_: “Responsabilidad civil y responsabilidad penal”, en *Derecho penal y criminología - Revista del Instituto de ciencias penales y criminológicas*, Vol. XXVI, núm. 78, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 25-53.

\_\_\_\_\_: *Víctimas, acción civil y sistema acusatorio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

GRACIA MARTÍN, Luis (Coord.), BOLDOVA PASAMAR, M.A. y ALASTUEY DOBÓN, M. CARMEN: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 2ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen: *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

MAIER, Julio B.J.: *Derecho procesal penal (t. II), Parte general, sujetos procesales*. Buenos Aires, Editores del puerto, 2003.

\_\_\_\_\_: *La víctima y el sistema penal*, publicado en internet, en <http://www.derechopenal.com.ar/archivos.php?op=29&id=109> [julio 23 de 2005]

MAPPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1996.

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina: *Responsabilidad civil extracontractual*. 11ª ed. Bogotá, Temis, 2003.

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto: “La acción civil en el nuevo Código de Procedimiento Penal”, en AA.VV., *Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Penal*, Medellín, Tribuna Jurídica y Biblioteca Jurídica Diké, 1992.

PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe: *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Granada, Comares, 1999.





# **APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS EN ESTADOS UNIDOS Y COLOMBIA**

**Trabajo para obtener el título de  
Especialista en Responsabilidad Civil y Seguros**

**Daniel Arango Perfetti**

## **Asesor**

Maximiliano Londoño Arango

MEDELLÍN

UNIVERSIDAD EAFIT

ESCUELA DE DERECHO

ESPECIALIZACIÓN EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

2007

**SUMARIO.** El desarrollo que en la reciente historia del derecho ha tenido la responsabilidad por productos defectuosos, su tendencia a convertirse en un ámbito general de responsabilidad de tipo objetiva, la tradición que en relación con la materia ostenta el derecho anglosajón, la tendencia a impregnar otros ordenamientos jurídicos con sus alcances y la desagregación normativa que frente al particular se presenta en el derecho colombiano, implican la importancia de realizar un análisis de tipo comparativo en el cual se esbocen de manera general, las diferentes fuentes de imputación y los daños indemnizables en materia de responsabilidad por productos.



## **APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS EN ESTADOS UNIDOS Y COLOMBIA**

### **CONTENIDO:<sup>1</sup>**

- I. Introducción
- II. Las fuentes de la responsabilidad por productos en los Estados Unidos
  - 2.1. Generalidades – Common Law y Derecho Legislado –
  - 2.2. Los Restatements of Law
  - 2.3. La ruptura del principio del efecto relativo de los contratos
- III. Teorías de imputación de la responsabilidad
  - 3.1. Negligencia – Negligence –
  - 3.2. Responsabilidad por engaño – Tortious Misrepresentation –
  - 3.3. Garantías – Warranty –
    - 3.3.1. Las garantías expresas
    - 3.3.2. Las garantías implícitas o tácitas
    - 3.3.3. Las garantías implícitas para un propósito particular
    - 3.3.4. El efecto relativo de los contratos – Privity of Contract and Third Party Beneficiaries –
  - 3.4. Responsabilidad objetiva – Strict Liability In Tort –
    - 3.4.1. Anotaciones previas
    - 3.4.2. Generalidades de la responsabilidad objetiva
- IV. Diferentes tipos de productos defectuosos
  - 4.1. Defectos de fabricación
  - 4.2. Defectos de diseño
  - 4.3. Insuficientes advertencias o instrucciones de uso seguro
- V. Los medios de defensa
  - 5.1. Culpa compartida – Contributory Negligence –
  - 5.2. Falla comparativa – Comparative Fault –

---

1 <sup>\*</sup> Se presenta el contenido completo, con el fin de seguir las normas de Trabajo de Grado.

- 5.3. Asunción del riesgo – Assumption of Risk –
- 5.4. Uso inadecuado – Misuse –
- 5.5. Defensas derivadas de las cláusulas de garantías
- 5.6. Defensas especiales
- VI. Los daños indemnizables
- 6.1. Perjuicios corporales
- 6.2. Perjuicios por muerte
- 6.3. Pérdidas económicas o financieras – Economic Loss or Pure Financial Loss –
- 6.4. Daños o perjuicios punitivos
- VII. Las fuentes de la responsabilidad por productos en el derecho colombiano
- 7.1. Generalidades
- 7.2. Fundamentos normativos específicos
- VIII. Fundamentos normativos de imputación de la responsabilidad por productos en Colombia
- 8.1. Responsabilidad contractual del vendedor en el contrato de compra-venta
- 8.2. Regulación especial del Estatuto del Consumidor
- 8.3. El efecto relativo de los contratos en el Estatuto del Consumidor
- 8.4. La necesaria existencia de una relación de consumo
- 8.5. Regulación de la responsabilidad civil extracontractual contenida en el Código Civil
- IX. CONCLUSIONES

## INTRODUCCIÓN

La responsabilidad por productos en el contexto mundial es, a no dudarlo, uno de los ejes fundamentales del derecho en el mundo moderno. Esta arista de la responsabilidad civil permite aplicar la correspondiente consecuencia jurídica - por lo general de tipo indemnizatoria - en todos aquellos eventos en los cuales, por existir fallas en la interacción entre los productos y los seres humanos se causan daños en sus diferentes tipologías.

Si bien dentro de una teoría purista, las fuentes de nuestro derecho provienen de los esquemas continentales de tradición romano germánica, es indiscutible que en esta materia, los mayores adelantos y aportes jurídicos al estado de la ciencia, se han generado en el derecho anglosajón. Es por ello y además por la concurrencia que en la actualidad tienen nuestros empresarios en el mercado norteamericano que se justifica un trabajo en el cual, por lo menos, se indiquen algunas pautas que influyan en el análisis de los eventuales riesgos.

El análisis del estado de cosas en el derecho norteamericano se hará mediante la exposición específica de la regla de derecho, sin adentrarnos en el estudio de los casos por la vía jurisprudencial; así mismo, no se tocarán las eventuales diferencias que en el tratamiento de la materia se presenten de estado a estado, no obstante que, por lo menos en lo que toca con la materia, las reglas, por lo regular, son generales y aplicables en la gran mayoría de los estados.

Así mismo, sus fuentes son una mixtura en la que concurren las reglas del Common Law, el derecho legislado y la participación doctrinal que por virtud de los *Restatements of Law*, terminan por componer un cuerpo general del cual se pueden extraer reglas que son importantes en la materia.

Igualmente, es conveniente tratar de realizar algunas consideraciones que permitan conocer el tratamiento de los daños y su indemnización, así como la desmitificación de la aplicación de los daños punitivos, la cual es de carácter restrictiva y para casos que revisten especiales características.

De otro lado, en el derecho colombiano, son pocas las normas y poco el interés doctrinario en el análisis general de la responsabilidad por productos. La falta de sistematización normativa y la existencia de fuentes de imputación derivadas de los Códigos Civil y de Comercio, en conjunto con un particular Estatuto del Consumidor cuyo tratamiento apenas recientemente ha sido objeto de debate

por la Corte Suprema de Justicia, se convierten en un gran aliciente para el análisis del tema.

De esta forma, se realizará el estudio de la materia, a través de un análisis comparativo y discurrendo por diferentes elementos que hacen parte de la responsabilidad civil, al interior de los cuales cabe resaltar, entre otros, el tratamiento de las fuentes de imputación, los daños indemnizables y los medios de defensa.

Espero sea éste un aporte que implique la posibilidad de entregar elementos de juicio para el estudio articulado de la materia, buscando exponer, por lo menos de forma general, el tratamiento de la responsabilidad por productos, en el lugar en el cual se encuentra su mayor desarrollo.

## II. LAS FUENTES DE LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS EN LOS ESTADOS UNIDOS

### 2.1 Generalidades – common law y derecho legislado -

En la regulación de la responsabilidad por productos en los Estados Unidos convergen diferentes fuentes, que en términos generales implican una mixtura, hoy gobernada por el *common law*<sup>2</sup> en su mayor parte, así como por otro tipo de estatutos que implican, incluso la presencia del derecho legislado en la materia.

Bajo el sistema federal, en los Estados Unidos, es preciso indicar entonces, que las reglas de la responsabilidad de los productores y vendedores se encuentran, en su mayor parte, contenidas en el *common law*, de esta forma, el contenido jurisprudencial, producto de los reclamos que en esta materia han realizado usuarios y consumidores perjudicados, termina por constituir el cuerpo general de las regulaciones estatales de la responsabilidad por productos - *products liability* - en dicho país.

2 Conforme con el Black Law Dictionary; el common law – derecho común –, a diferencia del derecho legislado creado por la promulgación de leyes, comprende el cuerpo de aquellas reglas de acción, relacionadas con el gobierno, la seguridad de las personas y la propiedad, de las cuales deriva su autoridad solamente de usos y costumbres de inmemorial antigüedad, o de juzgamientos y decretos de las Cortes reconociendo, afirmando y forzando tales usos y costumbres; y en tal sentido, particularmente la antigua ley no escrita en Inglaterra. En general este es el cuerpo de ley desarrollado y derivado a través de decisiones judiciales, distinguiéndose de las expediciones legislativas. El common law es toda experiencia de derecho estatutario y casuístico de Inglaterra y las colonias americanas antes de la revolución americana. Este consiste en aquellos principios, usos y reglas de acción aplicables al gobierno y la seguridad de las personas y la propiedad las cuales no descansan su autoridad sobre una expresa y positiva declaración del querer del legislador.

Otra de las fuentes que cobra importancia y que a manera de excepción a la aplicación del derecho común, nos muestra las mixturas que en materia de fuentes encuentra el régimen de responsabilidad por productos en el derecho norteamericano, es el empleo, en lo que toca, generalmente con el aspecto contractual, del Código de Comercio Uniforme – *Uniform Commercial Code (UCC)* -, el cual ha sido adoptado por la gran mayoría de los estados, con la única excepción de *Louisiana*.

En adición a todo lo anterior, conforme lo manifiesta el profesor Joseph Page del Centro de Leyes de la Universidad de Georgetown en Washington DC,<sup>3</sup> durante numerosos años se han hecho esfuerzos para expedir un estatuto federal de responsabilidad por productos bajo la autoridad concedida al Congreso por la Constitución federal, para decretar leyes reguladoras del comercio interestatal. Como resultado de la imposibilidad de materializar dichas iniciativas políticas, se han expedido a manera de ley, algunos estatutos fragmentarios y que se refieren a los siguientes aspectos: (i) La Ley Nacional de Daños Causados a los Niños por Vacunas en el año de 1986 – *the National Childhood Vaccine Injury Act of 1986* – a través de la cual se limita la responsabilidad de los productores por vacunas que protegen contra ciertas enfermedades de los niños, (ii) la Ley de Revitalización de la Aviación general de 1994 – *the General Aviation Revitalization Act of 1994* – que establece límites en los procesos contra los productores de naves para la aviación general y, (iii) la Ley para el Acceso a los Seguros de los Biomateriales – *the Biomaterials Acces Assurance Act* – que limita la responsabilidad de los proveedores de biomateriales.

## 2.2 Los Restatements of Law

Un segundo elemento, de trascendental influencia – para evitar la impropiedad de denominarlo fuente –, son los *Restatements* publicados por el *American Law Institute (ALI)*, entidad de carácter privado cuyos miembros – juristas de las más altas calidades – compilan las más importantes doctrinas en diferentes áreas del derecho, influenciando de manera positiva las decisiones judiciales e impregnando de manera sustancial el desarrollo del derecho común.

En materia de responsabilidad civil, el *American Law Institute* ha publicado los denominados *Restatements of Torts*, cuya génesis en lo que toca específicamente con la responsabilidad por productos ha sido la siguiente:

3 PAGE JOSEPH, A., Memorando Preparado para la Compañía Suramericana de Seguros S.A., Centro de Leyes de la Universidad de Georgetown – Washington DC – febrero 2007.

Entre 1950 y 1960, el *American Law Institute* se dio a la tarea de revisar el *Restatement of Torts* originalmente publicado en 1930, especialmente en lo referido a su capítulo 14, que regulaba las reglas que por negligencia gobernaban la responsabilidad de los proveedores de productos. Como resultado de ello, los miembros del (ALI) plantearon nuevas reglas que viraron hacia el establecimiento de una especial garantía de responsabilidad que debería encontrarse inmersa en el contexto de los productos alimenticios. De ello resultó una sección especial, denominada § 402A, que sirvió para el desarrollo de la responsabilidad objetiva – *strict liability* – y que terminó por ser inclusiva de todos los productos que son objeto de venta, tal como quedó establecida en el documento final aprobado por el (ALI) en 1964.

Dicha sección fue entonces publicada en 1965, en el volumen 2 del *Restatement 2d of Torts* y estableció la siguiente regla:

“§ 402A. *Responsabilidad Especial del Vendedor de un Producto por Daños al Usuario o Consumidor.*

(1) *El que vende un producto en una condición defectuosa irrazonablemente peligrosa para el usuario o el consumidor o su propiedad es sujeto de responsabilidad por daños físicos por éste causados al último consumidor o usuario, o su propiedad, si*

(a) *el vendedor es un profesional en la venta de dicho producto, y*

(b) *se espera que el producto deba llegar al usuario o consumidor sin cambios sustanciales en las condiciones en las cuales fue vendido*

(2) *La regla establecida en la Subsección (1) se aplica aunque*

(a) *el vendedor haya ejercido todo el cuidado posible en la preparación y venta de su producto, y*

(b) *el usuario o consumidor no haya comprado el producto desde o al interior de una relación contractual con el vendedor”.*<sup>4</sup>

Conforme con la doctrina, el principio contenido en la sección 402A, es corto y simple: los productores y proveedores comerciales son sujetos de responsabilidad objetiva – *strict liability* – por daños causados a las personas y su propiedad por los defectos en los productos que ellos venden.<sup>5</sup>

En este sentido, la responsabilidad es estricta u objetiva, en la medida en que el vendedor o productor es responsable incluso si ejerció el debido cuidado en la producción del mismo; no obstante, la obligación a estos impuesta bajo la sec-

4 OWEN DAVID, G. y PHILLIPS JERRY, J., *Products Liability in a Nutshell*, Thomson West, 2003, P. 130.

5 *Ibíd.*, P. 130.

ción 402A es la de proveer productos que no sean irrazonablemente peligrosos o defectuosos, no la de proveer productos perfectamente seguros en relación con lo cual las Cortes han planteado algunas limitaciones.

Pasados unos 25 años de la expedición del *Restatement 2d of Torts* el *American Law Institute* decidió revisar, de nuevo, el contenido del derecho de daños, en lo que específicamente se refería a la responsabilidad por productos.

Fue así como en 1998, en vez de una sección como la 402A, fue publicado un texto independiente, constitutivo de un *Restatement* en sí mismo, referido a la responsabilidad por productos, el cual fue denominado *Restatement (3d) of Torts: Products Liability*.

Siguiendo la obra de responsabilidad por productos de David G. Owen,<sup>6</sup> encontramos los siguientes elementos caracterizadores del *Restatement (3d) of Torts: Products Liability*:

La Sección 1 provee el moderno principio de responsabilidad por productos, según el cual las empresas comerciales son responsables por daños causados mediante los productos defectuosos que ellos venden cuando:

*Un vendedor o distribuidor experto quien vende o distribuye un producto defectuoso es sujeto de responsabilidad por los daños que por el defecto son causados a las personas o la propiedad.*

La Sección 2 define tres tipos de defectos, indicando que un producto será defectuoso cuando al momento de su venta o distribución, éste contiene un defecto de fabricación, es defectuoso en el diseño o lo es por inadecuadas instrucciones o advertencias. En este sentido es importante indicar lo siguiente:

(a) Un producto contiene defectos de fabricación cuando se aparta del diseño prometido aunque fue ejercido todo el posible cuidado en la preparación y venta del producto;

(b) Un producto es defectuoso por virtud del diseño, cuando un previsible riesgo de daño que tiene el producto pudo haber sido reducido o evitado por la adopción de una razonable alternativa de diseño por el vendedor o distribuidor, o el predecesor en la cadena comercial de distribución, y la omisión en la alternativa de diseño se tradujo en que el producto no fue razonablemente seguro;

6 OWEN, David, G. y PHILLIPS, Jerry, J. Ob. Cit. P. 195 y ss.

(c) Un producto es defectuoso por las inadecuadas instrucciones o advertencias, cuando los riesgos previsibles de daños que tiene el producto pudieron haber sido reducidas o evitadas, por la provisión de instrucciones o advertencias razonables otorgadas por el vendedor u otro distribuidor, o un predecesor en la cadena comercial de distribución, y la omisión de dichas instrucciones o garantías vuelven el producto no razonablemente seguro.

La Sección 3 trae la doctrina del mal funcionamiento, permitiendo la prueba del defecto de seguridad a través de la evidencia circunstancial, cuando específicas clases de pruebas contempladas en las anteriores definiciones, son destruidas en el accidente, o de otro lado, no se encuentran a disposición de las partes. Esta doctrina no es más que la aplicación de la denominada *res ipsa loquitur*, bien conocida en el derecho continental, como la culpa virtual, a través del aforismo que indica que las cosas hablan por sí mismas.

La Sección 4(a) establece que el producto es defectuoso si su diseño, advertencias o instrucciones violan estatutos o regulaciones de seguridad – *Government safety rules* – y se le causan perjuicios a una persona como consecuencia del riesgo que el estatuto o regulación trata de reducir.

La Sección 4(b) provee que tal conformidad con las provisiones de seguridad es un principio de prueba de que el producto no es defectuoso, no obstante que la determinación del defecto es aún posible en determinados casos.

Posteriormente, el *Restatement (3d) of Torts: Products Liability*, establece algunas disposiciones relativas a tipos especiales de productos.

Componentes y Materia Prima: La Sección 5 establece que el proveedor de tales productos es responsable (i) si el material o componente es en sí mismo defectuoso, o (ii) si el proveedor del componente participó sustancialmente en la integración del componente, al interior del ensamblaje o la integración del producto, tanto que se convirtió en ser un co-diseñador del producto final.

Drogas Defectuosas y Artículos Médicos: La sección 6 establece que los fabricantes de estos artículos son sujetos de responsabilidad objetiva – *strict liability* – por defectos de producción, tal como los vendedores de otro tipo de productos, no obstante que por virtud de la regulación que en esta materia ha emitido la FDA – *Food and Drug Administration* – en relación con los diseños, las instrucciones y advertencias adecuadas que deben acompañar el producto, las Cortes materializan un verdadero tratamiento diferencial para con este tipo de productores.



**Alimentos:** El principal efecto de la Sección 7 es la adopción de las llamadas “expectativas del consumidor” como test de responsabilidad por alimentos que causan perjuicios, tales como “el proverbial ratón en la botella de Coca – Cola o la puntilla o el hueso de pez en el envase de la sopa de pez”.<sup>7</sup> En dicha sección se establece que un vendedor experto o cualquiera otro distribuidor experto de productos alimenticios, quien vende o distribuye productos que son defectuosos bajo las Secciones 2, 3 o 4 es sujeto de responsabilidad por perjuicios a las personas o a la propiedad, causados por el defecto.

**Productos Usados:** La Sección 8(a) establece que los vendedores de productos usados son normalmente responsables, solo si ellos son negligentes, con ciertas excepciones, cuando: (i) El consumidor espera el mismo grado de seguridad que el de un producto nuevo (tal como el comprador de un automóvil usado solo por una semana), (ii) los productos fueron vendidos como remanufacturados, y (iii) los perjuicios del consumidor son atribuibles a la violación por parte del vendedor de un estatuto o regulación.

Así mismo, posteriores secciones de dicho *Restatement* establecen obligaciones especiales, algunos aspectos referidos a la causalidad, las defensas y ciertas definiciones que entran en particularidades innecesarias para el abordaje de nuestro estudio.

En relación con la aplicación de dicho *Restatement*, es importante atender el comentario doctrinal del profesor Joseph Page del Centro de Leyes de la Universidad de Georgetown, quien al respecto ha indicado lo siguiente:

*“En 1998, dentro del marco de la tercera edición del “Restatement of Torts”, el ALI publicó en volumen separado tratando exclusivamente la responsabilidad por productos, ahora comúnmente denominado “the Restatement of Products Liability”. Como éste redujo el espectro de la responsabilidad objetiva por productos defectuosos, una considerable cantidad de controversias rodearon el anteproyecto, con miembros del ALI que al representar los demandantes se opusieron a los cambios, y los miembros que representaban los productores y aseguradores soportaron el cambio. Está por verse cuan influyente este “Restatement” va a ser. Aunque ninguna corte estatal ha rechazado el § 402A del “Restatement (Second) of Torts”, muchas cortes estatales han ya declinado seguir el “Restatement of Products Liability” recortando el alcance de la responsabilidad objetiva”.*<sup>8</sup>

7 OWEN David, G., *Products Liability Law*, Thomson West, 2005, P. 421.

8 Véase, PAGE, Joseph A., *Ob. Cit.*

### 2.3 La Ruptura del Principio del Efecto Relativo de los Contratos

De otro lado y por la importancia que en esta materia reviste el tema del efecto relativo de los contratos, atendiendo a la permanente existencia de cadenas de producción, comercialización y distribución, se hace necesaria una breve exposición del estado del arte, al interior del capítulo de las fuentes de la responsabilidad por productos en los Estados Unidos.

Así las cosas, en materia de responsabilidad civil en general operaba el principio del efecto relativo de los contratos, que había sido traído del Reino Unido mediante la adopción de la doctrina de *Winterbottom v. Wright*, la cual prohibía acciones de responsabilidad fundamentadas en la negligencia, contra productores remotos, con los cuales el demandante no tenía una relación de tipo contractual.

Así las cosas el más importante antecedente en la materia, que correspondió con una discusión relativa a la responsabilidad por productos, derivó del siguiente caso: el señor *Donald MacPherson* ciudadano de un pequeño pueblo en el estado de Nueva York, compró a un vendedor local, un vehículo de marca *Buick*. Algún día del mes de julio de 1911, el señor *MacPherson* mientras conducía en su vehículo a un vecino enfermo, un radio de una de las ruedas se reventó generando un colapso que llevó al vehículo a una zanja, lo cual le causó daños físicos.

Pese a la aplicación constante de las reglas derivadas del principio del efecto relativo de los contratos, la reclamación judicial se efectuó directamente contra la *Buick Motor Company* atacando, en primer lugar, la doctrina antes mencionada. El jurado, frente al particular, otorgó una indemnización a favor del demandante por la suma de US\$5.000, el veredicto fue apelado ante la Corte de Apelación de Nueva York, corporación que confirmó la decisión. Teniendo en cuenta que ya anteriores posiciones jurisprudenciales habían permitido acudir a recobrar contra el productor u otro vendedor remoto venciendo los límites del efecto relativo de los contratos, pero solamente frente a productos eminentemente peligrosos para la vida, tales como explosivos o venenos, la Corte de Apelación de Nueva York, permitió la extensión de dicha regla a reclamos fundamentados en cualquiera otro producto en relación con el cual la negligencia en su producción pudiese acarrear riesgos para la vida y la integridad de las personas. Al respecto es conveniente transcribir la siguiente cita bibliográfica:

*“Explicando la liberación de la responsabilidad a través de la ley de los contratos, el Juez Cardozo – Ponente de la sentencia de apelación Buick Motor Co. v. MacPherson – indicó: Nosotros hemos puesto hincapié en la noción de la obligación de salvaguardar la vida y la*

*integridad, cuando las consecuencias de la negligencia pueden ser previstas, se rompen las barreras del contrato y no más. Nosotros hemos puesto la fuente de la obligación donde debe estar. Hemos puesto su fuente en la Ley”.<sup>9</sup>*

La doctrina establecida en el caso *MacPherson*, a través de la cual se podía reclamar directamente contra el productor, independientemente de su lugar en la cadena de producción o venta, rápidamente se expandió al interior de los Estados Unidos, incluyendo desarrollos que llegaron hasta el planteamiento de la responsabilidad objetiva, tal como sucedió en 1963 con el caso de *Greenman v. Yuba Power Products Inc.*, en el cual la Suprema Corte de California estableció que el fabricante de productos defectuosos debería ser responsable objetivamente independientemente de cualquier tipo de limitaciones contractuales inherentes a la ley de garantías de tipo contractual.<sup>10</sup>

En síntesis, fueron estos los antecedentes que muy temprano en los años sesenta dieron nacimiento a la regla promulgada por el ALI - *American Law Institute* – en la Sección 402A del *Restatement Second of Torts*, y de contera del marco general denominado por algunos autores como la etapa de la moderna ley americana – *Modern American Law* -.

De esta forma si bien la ruptura del efecto relativo de los contratos estableció para las víctimas una situación jurídicamente favorable, la tendencia hacia la responsabilidad de tipo objetivo en materia de productos defectuosos incrementó de manera absurda la litigiosidad en los Estados Unidos, lo cual ha implicado la formulación de reformas que en los diferentes estados tratan de regular los más importantes tópicos de la materia.

### III. TEORÍAS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

#### 3.1 Negligencia – Negligence -

La teoría de la negligencia se convirtió en la clásica tesis que permitió la imputación de la responsabilidad en materia de responsabilidad por productos. Aunque ha sido opacada por las novedosas teorías de responsabilidad estricta u objetiva, el fundamento de la responsabilidad por productos a través de las bases subjetivas de determinación de la responsabilidad, aún mantiene un rol importante que vale la pena analizar.

<sup>9</sup> Véase, OWEN David, G. Ob. Cit., P. 22.

<sup>10</sup> *Ibíd*em, P. 23.

La negligencia es aún la principal teoría indemnizatoria en muchos estados tales como (Delaware, Massachusetts, Michigan y North Carolina), los cuales no han adoptado la responsabilidad objetiva en materia de responsabilidad por productos.<sup>11</sup>

Para que un proceso fundamentado en la teoría de la negligencia prospere en los Estados Unidos, el demandante debe probar los siguientes elementos; (i) que el vendedor era el sujeto pasivo de una obligación frente al demandante, (ii) que el vendedor incumplió dicha obligación, (iii) que el incumplimiento de la obligación fue la causa de hecho del perjuicio del demandante, (iv) que la causa de hecho fue la causa próxima del perjuicio, (v) que el daño es recobrable con fundamento en la negligencia.

De esta forma, el contenido de la obligación que recae en cabeza de los productores ha ido evolucionando, partiendo del razonable cuidado que se debía tener en los productos que tuviesen un irrazonable riesgo de causar daño, a que en el diseño, fabricación y mercadeo de los productos, se debe ejercer un razonable cuidado para proteger a las víctimas de previsibles riesgos de daños.

La violación de mencionada obligación, debe establecerse mediante la prueba de que la conducta del fabricante o de quienes participaron en la cadena de venta del producto no fue conforme con el estándar de razonable cuidado que debe ser atendido para proteger a las víctimas de los riesgos previsibles de daños.

En este sentido, es importante indicar que como la obligación requerida por la teoría de la negligencia es definida en términos de razonable – no perfecto – cuidado, el mero hecho de que el bien producido sea defectuoso, de ordinario no establecerá la violación de la obligación. Por el contrario, para establecer la violación de la obligación, el demandante, normalmente debe probar tanto el defecto como la negligencia: esto es, (i) que el producto fue defectuoso (en su diseño, fabricación o mercadeo), y (ii) que el fabricante fue negligente de alguna manera en la producción o venta del producto en su defectuosa condición.<sup>12</sup>

Atendiendo al gravoso contenido de la obligación que en materia probatoria reposa en el demandante, al interior de un proceso por productos defectuosos fundamentado en la negligencia del fabricante, en aquellos eventos en los cuales se presente una evidencia circunstancial tal como el ya mencionado ratón en la botella de Coca Cola, que permita establecer la negligencia del fabricante, es

11 Véase, OWEN, David G. y PHILLIPS Jerry J., Ob. Cit., P. 43.

12 Ibídem. P. 44.

posible dar aplicación a la doctrina del *Res Ipsa Loquitur* (*las cosas hablan por sí mismas*). Ello no es otra cosa que la existencia procesal de una prueba mediante indicio, que de manera indiscutible demuestra la negligencia del fabricante.

La materialización de lo anterior, en el derecho norteamericano, implica una presunción de que el demandado pudo haber sido negligente, generándose una inversión en la carga de la prueba para con el fabricante, lo cual incrementa sustancialmente las posibilidades de éxito del demandante en un proceso de responsabilidad por productos.<sup>13</sup>

Doctrinariamente se han establecido los elementos que deben implicar la aplicación de éste método de prueba, los cuales son en general, los siguientes: (i) el evento debe ser uno de aquellos que no ocurriría en ausencia de la negligencia de alguien, (ii) debe haber sido causado con la mediación o al interior del exclusivo control del demandado, y (iii) en el evento no debe haber confluído ningún acto voluntario o contribución del demandante.

### **3.2 Responsabilidad por Engaño – Tortious Misrepresentation -**

El engaño, en esta materia, implica la comunicación de información, bien falsa, bien engañosa, hacia otra persona. En este caso, el fundamento de la reclamación implicará el hecho de que el fabricante u otro vendedor del producto realizaron una falsa declaración de hecho acerca del producto, dirigida a una persona que resulta perjudicada al confiar en dicha declaración.

Tres tipos de reclamaciones en el derecho común – *common law* - se pueden presentar al interior de la responsabilidad fundamentada en el engaño, en todas estas, se atiende a la capacidad de entendimiento que en determinado momento tuvo la víctima así las cosas, se tienen las siguientes: (i) fraude o engaño intencional, (ii) engaño negligente, el cual requiere la prueba de que el demandado fue negligente al no conocer la falsedad de sus afirmaciones, y (iii) en algunas jurisdicciones existen eventos de responsabilidad objetiva – fundamentada en el *Restatement 2d of Torts § 402B* – por manifestaciones engañosas referidas a la calidad o seguridad de un producto.

En lo que tiene que ver con el primer tipo de reclamación fundamentada en el engaño, esto es, el fraude, es importante indicar que la acción derivada del en-

13 STENBERG, Eric. *Products Liability for US Exports*, Swiss Reinsurance Company, Swiss Re Publishing – Swiss Re Language Services, 1999, P. 8.

gaño intencional, referida como “fraude”, es una figura prominentemente (si - no frecuentemente) utilizada en el moderno derecho litigioso americano, en los procesos contra las tabacaleras. Aunque la precisa especificación de sus elementos varía de estado a estado, muchas Cortes están de acuerdo que ello en sustancia debe incluir lo siguiente:

1. *una representación;*
2. *que es falsa;*
3. *su materialidad;*
4. *quien realiza el mensaje tiene conocimiento de su falsedad o ignora si es cierta;*
5. *El intento del interlocutor en que debe ser realizada por el oyente;*
6. *la ignorancia del consumidor acerca de su falsedad;*
7. *la confianza del consumidor acerca de que es verdad;*
8. *El derecho del oyente en fiarse en ello; y*
9. *La consecuente y próxima lesión del oyente.*

En cuanto a la responsabilidad por engaño negligente, la jurisprudencia ha establecido, igualmente unos requisitos, estos son; (i) el demandado tenía la obligación de ejercer debido cuidado al proveer información, (ii) el demandado fue negligente en dicha provisión, (iii) el demandante razonablemente creyó en él, y (iv) el demandante padeció perjuicios como resultado de ello.

En relación con la última posibilidad, esto es, la responsabilidad por afirmaciones engañosas referidas a la calidad o seguridad de un producto el *Restatement 2d of Torts § 402B*, establece la siguiente regla:

*“Un vendedor experto en el negocio de bienes muebles quien, a través de avisos publicitarios, etiquetas, o de otra forma, haga público un engaño de un hecho material concerniente al carácter o cualidad de un bien mueble vendido por él es sujeto de responsabilidad por los perjuicios causados al consumidor por la confianza justificada sobre el engaño, aunque:*

- (a) éste no sea hecho fraudulento o negligentemente, y*
- (b) el consumidor no haya comprado el bien mueble desde o al interior de alguna relación contractual con el vendedor”.*<sup>14</sup>

Es importante indicar que dicha regla fue reafirmada por el *Restatement (3d) of Torts: Products Liability*.

14 STENBERG, Eric. Ob. Cit. P.9.

Esta fuente de imputación es la que por lo general, implica la materialización de ejemplos que eventualmente pueden llevar al extremo de la ridiculización en relación con la responsabilidad que en materia de productos defectuosos ha desarrollado la jurisprudencia norteamericana. Por ejemplo, el conocido caso fallado en el estado de California, en el cual el demandante fue indemnizado por severos daños causados mientras usaba un aparato vendido para la práctica del swing en golf, en relación con el cual el fabricante había lanzado una estrategia publicitaria en la que se decía “bola completamente segura la cual no permitirá que el jugador falle”, el perjuicio causado al demandante fue precisamente la desviación de dicha aserción, situación que era la de esperarse, en la medida en que la realización de un buen swing en el golf implica contar con mucha experticia al respecto.

### 3.3 Garantías – Warranty -

El derecho de las garantías concierne a las obligaciones de tipo legal que surgen de afirmaciones o promesas conectadas con las transacciones. En el contexto de la responsabilidad por productos, la ley regulatoria de las garantías prescribe el efecto legal relacionado con afirmaciones asociadas con la transferencia del producto por un valor, especialmente a través de la venta. Las afirmaciones a cerca de los productos pueden ser expresas, a partir de comunicaciones afirmativas del vendedor sobre los atributos del producto, o estas pueden estar implícitas por la naturaleza de la transacción de venta.<sup>15</sup>

En este aspecto existe una diferenciación importante en cuanto al fundamento de la responsabilidad - soportado en la generalidad de los casos en las reglas del derecho común de la responsabilidad “*Tort*” -, esto es, la fuente del moderno derecho de las garantías, generalmente, se encuentra soportada en la aplicación e interpretación del artículo 2 del Código de Comercio Uniforme – *Uniform Commercial Code* – más conocido en el derecho anglosajón como el UCC.

#### 3.3.1. Las Garantías Expresas

Las garantías expresas son entonces, afirmaciones positivas hechas por el vendedor en conexión con la transacción de venta, en cuanto a que el producto posee ciertas características cualitativas, de construcción, de capacidad de rendimiento, durabilidad o seguridad.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Véase, OWEN David, G., Ob. Cit. P. 145.

<sup>16</sup> OWEN David, G., Ob. Cit. P. 83.

Este tipo de garantías pueden ser otorgadas por el vendedor de forma oral, escrita o cualquiera otro tipo de comunicación conforme con las características del producto.

De esta forma, la responsabilidad que surge por la violación de las garantías expresas no proviene del defecto del producto, su fuente descansa en la falsedad de la información; en este sentido, lo que se debe probar es que el vendedor la realizó de manera expresa y luego violó el contenido de la mencionada garantía.

El Código de Comercio Uniforme en el artículo § 2 – 313, establece las fuentes de creación de las garantías expresas al siguiente tenor:

*“§ 2–313. Garantías Expresas por Afirmaciones, Promesas, Descripciones, Muestras.*

*(1) Las siguientes son las garantías expresas creadas por el vendedor:*

*(a) Cualquier información de hecho o promesa hecha por el vendedor al comprador la cual se relaciona con los bienes y se convierte en parte de la base del negocio crea una garantía expresa de que los bienes deben estar conformes con la afirmación o promesa.*

*(b) Cualquier descripción de los bienes la cual se hace parte de la base del negocio crea una garantía expresa de que los bienes deben estar conformes con la descripción.*

*(c) Cualquier muestra o modelo el cual se hace parte de la base del negocio crea una expresa garantía de que todos los bienes deben estar conformes con la muestra o modelo.*

*(2) No es necesario para la creación de una garantía expresa que el vendedor use palabras formales tales como “garantía” o que tenga la específica intención de otorgar una garantía, pero una mera afirmación valorativa de los bienes o una declaración que dé a entender la simple opinión del vendedor o un elogio de los bienes no crea una garantía”.*

En síntesis, las fuentes de las garantías expresas conforme con el Código de Comercio Uniforme, son afirmaciones de hecho o promesas relativas a los bienes y que se convierten en parte de los fundamentos del negocio. Las descripciones de bienes, muestras y modelos también son garantías expresas en la medida en que se conviertan en parte de la base del negocio.

### **3.3.2. Las Garantías Implícitas o Tácitas**

De otro lado las implícitas, son garantías de tipo comercial impuestas por la ley sobre el vendedor, referidas a que el producto es razonablemente adecuado para los usos generales para los cuales ha sido comprado y vendido. Como la ga-



rantía central del Código de Comercio Uniforme, la tácita o implícita puede ser una teoría vital en el litigio de la responsabilidad por productos. Por cuanto la responsabilidad se fundamenta solamente sobre la condición inadecuada o el mal funcionamiento del producto sin atender a la culpa del vendedor, lo cual implica, verdaderamente la presencia de una forma de responsabilidad objetiva – *strict liability* -.<sup>17</sup>

Las garantías tácitas comerciales se encuentran establecidas en el artículo § 2 – 314 del Código de Comercio Uniforme, al tenor de la siguiente disposición:

*“§ 2 – 314. Garantía Implícita: Comerciability; Uso de Comercio*

*(1) A menos que sea excluida o modificada (Sección 2-316), la garantía de que los bienes deben ser comerciables está implícita en el contrato para su venta si el vendedor es un comerciante con respecto a los bienes de esta clase. Bajo esta sección el valor de la comida o las bebidas para ser consumidas, bien sea en el lugar de la venta o en cualquiera otro, es una venta.*

*(2) Los bienes comercializables deben ser por lo menos tales que:*

*(a) pasen sin objeción en el negocio bajo la descripción contractual; y*

*(b) en el caso de que sean bienes fungibles, los mismos tengan un promedio justo de calidad dentro de la descripción; y*

*(c) sean adecuados a los propósitos ordinarios para los cuales tales bienes son usados; y*  
*(d) se encuentren, dentro de las variaciones permitidas por el acuerdo, en la misma clase, calidad y cantidad dentro de cada unidad y entre todas las unidades involucradas; y*

*(e) sean adecuadamente contenidas, empacadas y etiquetadas como lo requiera el acuerdo; y*

*(F) sean conformes a las promesas o afirmaciones de hecho indicadas en el empaque o en su etiqueta, de existir.*

*(3) Excepto sean excluidas o modificadas (Sección 2 – 316) otras garantías implícitas pueden surgir por el curso del comportamiento o uso del comercio”.*

Por último, la demostración de la violación de la garantía implícita solamente será posible si la falla del producto ocurre al interior de su uso ordinario.

### **3.3.3. Las Garantías Implícitas de Idoneidad para un Propósito Particular**

Una tercera categoría de garantías es aquella denominada garantía implícita de idoneidad para un propósito particular – *implied warranty of fitness for particular*

17 OWEN David, G. Ob. Cit. P. 89.

*purpose* -, para algunos, se trata de una mezcla conceptual entre los dos tipos de garantías mencionados.

En esencia, la garantía tácita de idoneidad es una promesa implícita realizada por el vendedor de que el producto vendido reunirá las particulares necesidades del comprador. Por esta garantía, el vendedor, implícitamente promete ejercer su especial criterio o destreza, en los cuales el comprador conoce y confía, para seleccionar un producto particular que va a satisfacer los especiales usos del comprador – distinguiéndolos de las finalidades ordinarias en las cuales tales productos son normalmente usados -.<sup>18</sup>

La Sección 2-315 del Código de Comercio Uniforme regula el tema al siguiente tenor:

*“§ 2 – 315. Garantía Implícita: Idoneidad de un Propósito Particular*

*Donde el vendedor al momento de la contratación tenga razones para conocer cierto propósito particular por el cual los bienes son requeridos y que el comprador confía en las capacidades del vendedor para seleccionar o suministrar bienes adecuados, allí está a menos que se encuentre excluida o modificada bajo la siguiente sección una garantía implícita de que los bienes deben ser adecuados para tal propósito”.*

Para establecer la violación de ésta garantía dos son los elementos que deben soportar el mayor esfuerzo probatorio. Estos son: la experiencia y conocimiento del vendedor y la confianza que en él depositó el comprador.

### **3.3.4. El Efecto Relativo de los Contratos - Privity of Contract and Third Party Beneficiaries -**

El efecto relativo de los contratos como elemento de trascendental importancia en materia de responsabilidad por productos, cobra vigencia al momento de atender los efectos de las garantías, bien expresas, bien implícitas, ello por cuanto la ausencia de una relación contractual, genera un obstáculo significativo para la materialización de un reclamo judicial por violación de garantías cuando no se es parte del contrato inicialmente celebrado.

La doctrina norteamericana, al abordar este asunto, trata de diferenciar dos clases de terceros ajenos a la relación contractual, surgida, por lo general, del contrato de compraventa estos son, por un lado los que denominan verticales - *Vertical Privity* - y por el otro, los horizontales - *Horizontal Privity* - *Third Party Beneficiaries* -.

<sup>18</sup> OWEN David, G. Ob. Cit. P. 92.

Los terceros de tipo vertical – *vertical privity* -, son los que hacen parte de la relación contractual a través de la cadena de distribución del producto, desde los proveedores de materia prima y componentes, pasando el fabricante, distribuidores, minoristas y al final de la cadena, el comprador. En relación con este asunto, el cuestionamiento que propone la doctrina es; ¿a quién puede demandar el comprador?

Los terceros de tipo horizontal – *horizontal privity* – implican la materialización de derechos de quienes no hicieron parte en el contrato de compraventa pero que pueden ser afectados por el producto y que buscan ponerse en el lugar del comprador para obtener las ventajas a éste otorgadas. Estos incluyen la familia del comprador, los que hacen parte de su hogar y aquellos que dependen de éste, sus empleados y cualquiera otro afectado denominados genéricamente *bystanders*, es decir, terceros no compradores, ajenos al contrato de compraventa que pueden ser afectados por la violación de las garantías. En relación con este asunto, el cuestionamiento que propone la doctrina es; ¿quién puede demandar?

En relación con los terceros de tipo vertical – *vertical privity* -, la jurisprudencia norteamericana, a través de la historia ha ido levantando las barreras que impedían tenerlos como sujetos pasivos en los procesos de responsabilidad por productos en los cuales se discutiera la materialización de las garantías otorgadas; doctrinariamente,<sup>19</sup> se resaltan los siguientes casos como antecedentes de la abolición de dichas barreras: la primera decisión que abolió los privilegios del fabricante en relación con las garantías implícitas en casos de daños personales envolvió un caso de alimentos *Mazetti v. Armour & Co., Washington 1913*, luego, en un caso de daños causados por un vehículo automotor, vendido por un distribuidor y fabricado por Chrysler Corporation, *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, la Corte Suprema de Nueva Jersey rompió el privilegio del fabricante abriendo el espectro de esta posibilidad más allá de los casos de alimentos que se venían fallando en este sentido. De cualquier forma es importante indicar que algunas Cortes respetan en la actualidad el privilegio de los terceros verticales, especialmente, frente a los casos en los cuales se reclaman pérdidas puramente económicas – *economic loss* -.

En lo que tiene que ver con las garantías expresas el caso *Rogers v. Toni Home Permanent Co., Ohio 1958* fue el que abolió el privilegio de las defensas de los terceros de tipo vertical en relación con los reclamos por dicho tipo de garantías.

<sup>19</sup> Véase, OWEN David, G. Ob. Cit. P. 184.

Así las cosas, para evitar entrar en muchos detalles y en relación con éste particular, podemos extraer de la doctrina un principio general por virtud del cual existe una abolición del privilegio vertical de defensa, en virtud del cual el actual comprador al interior de la cadena de distribución puede mantener una acción derivada de las garantías contra el vendedor remoto, que usualmente lo es, el productor.

El tema de los terceros de tipo horizontal – *horizontal privity* – terminó siendo objeto de regulación en el artículo 2 Sección 2-318 del Código de Comercio Uniforme el cual establece tres posibilidades hipotéticas, para la escogencia de una de ellas por parte de los diferentes estados, dichas posibilidades son, grosso modo, las siguientes:

(a) La garantía se extiende a la persona natural que esté en la familia u hogar del comprador o quien depende de éste si es razonable esperar que esa persona pueda usar consumir o ser afectada por los bienes y quien es afectada personalmente por la violación de la garantía.

(b) Se ensancha el grupo del demandante a cualquier persona natural que puede razonablemente estar a la expectativa de usar, consumir o ser afectado por los bienes y quien es afectado personalmente por la violación de la garantía.

(c) Cualquier persona que puede razonablemente estar a la expectativa de usar, consumir o ser afectado por los bienes y quien es perjudicado por la violación de la garantía.

Conforme con la doctrina, es ilustrativo indicar que en la mayoría de las jurisdicciones americanas, que incluyen la mitad de los estados, han adoptado la alternativa A o algo similar; unas ocho jurisdicciones adoptaron la alternativa B o su equivalente cercano; los estados de California y Texas dejan el asunto a sus cortes como una materia del *common law* y Louisiana nunca ha adoptado el artículo 2 del Código de Comercio Uniforme.

### **3.4 Responsabilidad Objetiva – Strict Liability In Tort -**

#### **3.4.1 Anotaciones Previas**

Antes de entrar al análisis de la responsabilidad objetiva como fundamento de imputación de la responsabilidad por productos en los estados Unidos, es impor-

tante resaltar el siguiente comentario en relación con las fuentes de imputación anteriormente revisadas:

La teoría de la negligencia, las garantías y el engaño han sido básicamente ensombrecidas por la revolución de la responsabilidad objetiva en materia de responsabilidad por productos. Allí quedan, de todas formas, algunas áreas residuales: (i) algunos estados no reconocen la responsabilidad objetiva, (iii) un producto que no haya sido defectuoso desde el punto de vista de la responsabilidad objetiva puede fallar en el cumplimiento de garantías, (iv) los daños puramente económicos<sup>20</sup> pueden ser reclamados por la vía de las garantías pero no por la vía de la responsabilidad objetiva, (v) las entidades de tipo comercial usualmente confían en la responsabilidad objetiva como fundamento de sus recobros, (vi) si se considera que la venta envuelve un servicio y no un producto, solamente se puede aplicar la negligencia, (vii) las políticas públicas pueden excluir la responsabilidad objetiva de productos dañinos o inevitablemente inseguros, pero necesarios; por ejemplo los medicamentos, (viii) el demandante puede escoger su proceder bajo otra teoría por razones tácticas o de procedimiento.<sup>21</sup>

### 3.4.2 Generalidades de la Responsabilidad Objetiva

La doctrina de la responsabilidad objetiva – *strict liability* – en materia de responsabilidad civil, es considerada por muchos como la primera teoría sobre la cual se fundamenta el deber de indemnizar en el derecho anglosajón de la responsabilidad por productos.

Luego de un largo trasegar de tipo jurisprudencial, la responsabilidad de tipo objetivo en esta materia terminó por ser recogida en la *Sección 402 del Restatement (2d) of Torts*, bajo la regla ya mencionada en el primer capítulo del presente escrito.

Los elementos básicos que deben ser objeto de prueba en un proceso soportado en la responsabilidad objetiva, son básicamente los siguientes, (i) que el demandado vendió un producto defectuoso, (ii) que el defecto del producto causó

20 Daños Puramente Económicos – *Pure Economic Loss* - : El tipo más común de daño económico – economic loss - para el derecho anglosajón es el lucro cesante, esto es, la pérdida de ingresos. Con la expedición de la Sección 402 del Restatement Second of Torts, las Cortes discutieron profusamente si bajo el fundamento objetivo de la responsabilidad era dable aplicar los daños puramente económicos – *pure economic loss* – estos se presentan, por ejemplo, cuando un fabricante sufre pérdidas en su producción debido al defecto de una máquina industrial comprada al fabricante de dicho tipo de máquinas.

21 Véase, STENBERG, Eric. *Products Liability for US Exports*, P. 10.

el perjuicio del demandante, (iii) que el producto era defectuoso al momento de la venta (*Ver: Rivera v. Philip Morris, Inc.*).<sup>22</sup>

A partir de determinadas doctrinas secundarias a la Sección 402A, es posible atender a ciertos aspectos de importancia práctica, como los siguientes: no obstante que la mencionada sección aplica solamente a usuarios y consumidores, la calidad de demandante también aplica para todo aquel que previsiblemente haya sido puesto en riesgo por los defectos del producto; igualmente, la calidad de demandado la puede tener cualquiera de las partes de la cadena comercial de distribución del producto, desde los proveedores de componentes pasando por el productor, los intermediarios y los minoristas.

En materia de daños, no obstante que la sección 402A establece que el vendedor del producto es sujeto de responsabilidad por daños físicos causados al último usuario o consumidor o a su propiedad, las Cortes permiten, con fundamento en esta teoría la indemnización de perjuicios personales y por muerte, no obstante que generalmente bajo el espectro de esta teoría la posición predominante es que solo se indemnizan daños a la propiedad.

En lo que tiene que ver con la adopción de la Sección 402A, la génesis ha sido la siguiente:<sup>23</sup>

Cuatro estados adoptaron la § 402A a principios de 1965 (Connecticut, Illinois., Kentucky, New Jersey). En 1966, cuatro estados adicionales acogieron la doctrina (Mississippi, Ohio, Pennsylvania, Tennessee), cuatro más en 1967 (Minnesota, Oregon, Texas, Wisconsin). A mediados de 1970, más de catorce estados acogieron el principio de responsabilidad objetiva en la producción y venta de productos defectuosos. El otro estado que adoptó la doctrina fue Wyoming, en 1986. Así las cosas, un total de 45 estados más D.C. – District of Columbia -, Puerto Rico e Islas Vírgenes acogieron la doctrina de la responsabilidad objetiva por productos.

Para el 2005, solamente 5 estados, entre ellos (Delaware, Massachusetts, Michigan y North Carolina) formalmente han rechazado la doctrina de la responsabilidad objetiva en materia de productos defectuosos. Aunque estos estados no hacen parte de este movimiento, cada uno aplica la mayor parte de los desarrollos jurisprudenciales de la § 402A, a los vendedores de productos defectuosos, bien sea a través de la ley de garantías o las reglas de la negligencia.

<sup>22</sup> Véase, OWEN David, G. y PHILLIPS Jerry J., *Products Liability in a Nutshell*, P. 69.

<sup>23</sup> *Ibíd.* P. 136.

Por último, es importante indicar que en materia de imputación objetiva, la doctrina de la responsabilidad por productos no requiere de los fabricantes la producción de un producto perfectamente seguro, excepto en el hecho de tratar de evitar una producción defectuosa. Atendiendo a ello las cortes han adoptado una serie de tests para establecer líneas entre los diferentes grados de seguridad buscando distinguir así los productos que son inaceptablemente peligrosos de aquellos que tienen la seguridad suficiente. Dichos test, algunos de los cuales serán expuestos más adelante, se usan actualmente para la determinación de defectos de producción, defectos de diseño y defectos en materia de advertencias o instrucciones.

## IV. DIFERENTES TIPOS DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS

### 4.1 Defectos de Fabricación

Implican las irregularidades físicas en los productos que ocurren durante el proceso de producción. Estos defectos se presentan, por ejemplo, cuando los productos no cumplen con sus especificaciones, cuando contienen impurezas o tienen una forma diferente a los otros productos de la misma línea.

Partiendo de la existencia de una obligación de producir artículos que no sean defectuosos, esta obligación puede violentarse de muchas maneras; algunas de éstas son: (i) las materias primas o componentes usados en la construcción pueden contener defectos físicos, (ii) el producto puede dañarse o contaminarse durante el proceso de construcción o un error puede incidir en la forma en la que los productos fueron finalmente ensamblados, (iii) así mismo, el producto final puede volverse defectuoso por virtud de su empaque o envase.

Los litigios fundamentados en esta problemática implican el tipo básico de procesos en materia de responsabilidad por productos. El desarrollo de la regulación en esta materia, es hoy visto como el pilar del derecho de la responsabilidad por productos.

Conforme lo indica la doctrina,<sup>24</sup> en relación con este tipo de defectos, los vendedores o fabricantes comúnmente son sujetos de responsabilidad bajo una o más de las teorías de imputación de responsabilidad, cuales son; negligencia, violación de las garantías implícitas y responsabilidad estricta u objetiva.

24 Véase, OWEN David, G. y PHILLIPS Jerry, J. Ob. Cit. P. 205.

## 4.2 Defectos de Diseño

Implican el peligro o daño oculto en la ingeniería o en la concepción científica de un producto que razonablemente pueda ser evitado por un diseño o una formula diferente.

Los fabricantes y otros vendedores, en esta materia, pueden ser sujetos de responsabilidad bajo la mayor parte de las teorías de imputación, esto es, negligencia, garantías implícitas y responsabilidad estricta u objetiva - por vender productos que simplemente contienen defectos de diseño -.

La mayoría de las Cortes en los Estados Unidos, evalúan la responsabilidad por este tipo de efectos, bajo la aplicación de determinados test, al interior de los cuales conviene resaltar el de las expectativas del consumidor – *the consumer expectations test* – y el test del riesgo beneficio – *the risk – utility test* -.

El primer test utilizado en el tiempo, pero hoy aplicado de forma residual es el de las expectativas del consumidor, por virtud del cual el producto es defectuoso si no reúne las expectativas de un consumidor promedio. Teniendo en cuenta que dicho concepto, por lo genérico y abstracto de su contenido, terminó por ser un instrumento que generaba la denegación de las pretensiones de los demandantes su aplicación terminó siendo apropiada básicamente para casos de alimentos y productos usados.

En segundo lugar, y como una clase sustituta del análisis de costo-beneficio, el test de riesgo-beneficio es hoy aplicado como un estándar de responsabilidad, siendo hoy el test dominante para la evaluación de los defectos de diseño. Así, el diseño de un producto es defectuoso si los costos de evitar un riesgo particular son previsiblemente inferiores que aquellos que resultan de los beneficios de seguridad, en otras palabras, si los beneficios de seguridad para prevenir el peligro que le causó perjuicios al demandante fueron previsiblemente mayores que los costos de precaución.<sup>25</sup> El fabricante debe entonces fijar los posibles peligros del diseño contra sus características de uso, antes de sacar al mercado el producto y si es necesario, cambiar a una más segura alternativa de diseño. Así las cosas, en esta materia se aplica un principio general de la responsabilidad denominado como el cálculo del riesgo, en virtud del cual mientras el riesgo puesto sobre el diseño de un producto en ciertas condiciones sea mayor, mayores precauciones deben ser atendidas para evitar el riesgo; si el riesgo es inferior son menos las precauciones que deben ser atendidas.

<sup>25</sup> OWEN David G., y PHILLIPS Jerry J., Ob. Cit., P. 224.



Conforme con la doctrina,<sup>26</sup> los factores que las Cortes consideran para la aplicación del mencionado test incluyen los siguientes: (i) la gravedad del perjuicio potencial, (ii) la probabilidad de un accidente, (iii) la existencia de un diseño más seguro, (iv) factibilidad de la alternativa, (v) la reducida utilidad del mismo.

En relación con el cuarto elemento mencionado, es importante indicar que si bien los defectos de diseño son el centro de la responsabilidad por productos, el análisis de costo-beneficio de una alternativa de diseño corresponde con el centro de los diseños defectuosos; así las cosas, la premisa, será la siguiente: “si el riesgo de daño puede haber sido reducido o evitado si el productor hubiese usado una factible alternativa de diseño” (*McCarthy v. Olin Corp (2d Cir. 1997 N.Y. law)*), en ausencia de una prueba afirmativa del factible diseño alternativo el demandante no podrá establecer que el diseño del producto fue defectuoso.

El test del riesgo-utilidad es generalmente determinante de diseños defectuosos bajo las tres teorías indemnizatorias o de imputación de la responsabilidad – negligencia, responsabilidad estricta u objetiva, e incluso, garantías implícitas – porque el balance de costo, seguridad y utilidad de las precauciones no atendidas es fundamental para la suficiencia del diseño de un producto.<sup>27</sup>

### 4.3 Insuficientes Advertencias o Instrucciones de Uso Seguro

Corresponde con la ausencia de la información requerida por los usuarios para evitar los riesgos de los productos.

Los productores y otros vendedores tienen la obligación de proveer al consumidor con advertencias referidas a los peligros ocultos del producto e instrucciones acerca de cómo sus productos pueden ser usados seguramente. Los productos que fallan por no contener suficiente información de este tipo son reputados defectuosos. Si al usuario o consumidor se le causa un perjuicio como resultado de un defecto de advertencia, por cuanto tal peligro o información de seguridad no fue proveído, el productor es sujeto de responsabilidad por el daño causado. La obligación de advertir - *duty to warn* -, el término genérico para describir las obligaciones de información del productor para con aquellos que compran sus productos, se comprime, actualmente en dos obligaciones completamente separadas: (i) la obligación de advertir – *the duty to warn* – de informar a los compradores y usuarios de los peligros ocultos de un producto; y (ii) la obligación de

26 Véase, STENBERG, Eric. *Products Liability for US Exports*, P. 13.

27 Véase, OWEN, David, G. y PHILLIPS, Jerry J. *Ob. Cit.* P. 224.

instruir – *the duty to instruct* – de informarles cómo evitar aquellos peligros, en orden de usar el producto con seguridad.<sup>28</sup>

En esta materia es importante indicar, tal como lo mencionamos con anterioridad, que los productos no tienen que ser perfecta o absolutamente seguros. Si ello no es posible por virtud de su diseño o fabricación – y ello no sólo para el comprador sino para terceros que eventualmente lo usen – es obligatorio, proveer claras y adecuadas instrucciones para el eficiente y adecuado uso así como las advertencias de los peligros asociados con el uso del producto, en este sentido, las advertencias e instrucciones deben ser comprensibles para el posible usuario o consumidor del producto.

Los reclamos por defectos de advertencias, pueden ser adelantados en la mayoría de las jurisdicciones atendiendo a las siguientes teorías de imputación: negligencia, violación de las garantías implícitas y responsabilidad estricta u objetiva.

En esta materia, el jurado decide entonces si las instrucciones y advertencias fueron o no razonables, de tal forma que la determinación de su defectuosidad termina siendo, como en los casos de negligencia la determinación de la diligencia y cuidado empleados para el efecto. Algunas cortes, sostienen incluso, que las obligaciones de advertencias continúan una vez el producto ha sido vendido. Al respecto, es usual que la evaluación realizada por las Cortes para juzgar defectos de advertencias se soporte en un nuevo test, por virtud del cual si un riesgo latente es previsible por el fabricante y si hay un mecanismo razonable para informar a los usuarios y consumidores acerca del riesgo, el producto es defectuoso si el productor falla en proveer el producto con dicha información, en resumen, el productor tiene la obligación de proveer advertencias adecuadas de los riesgos previsible y será sujeto de responsabilidad si falla en otorgar adecuadas instrucciones y advertencias de los productos que vende.

Conforme con la doctrina,<sup>29</sup> para ser adecuadas las advertencias, deben contener clara y comprensiblemente la naturaleza y graduación de los riesgos específicos de los productos, lo cual implica: (i) claridad – las advertencias deben expresarse en términos que sean claros y comprensibles, usando un lenguaje que efectivamente comunique la información acerca de los riesgos de los productos -, (ii) especificidad – las advertencias deben describir con una precisión razonable,

---

28 Ibidem. P. 257.

29 OWEN, David, G. y PHILLIPS Jerry, J. Ob. Cit. P. 265.

las particulares vías en las que los productos son peligrosos, los específicos riesgos de uso o mal uso del producto -, (iii) Severidad/Intensidad – las advertencias deben efectivamente comunicar el grado de riesgo -.

Si bien en este tema, tal como lo indica la doctrina,<sup>30</sup> es importante tener en cuenta que no hay una obligación de advertir contra peligros abiertamente obvios los cuales pueden ser reconocidos por una persona razonable para evitarlos, algunas cortes, de cualquier forma requieren que los usuarios sean advertidos de previsible usos inadecuados del producto.

## V. LOS MEDIOS DE DEFENSA

En materia de responsabilidad por productos, en los Estados Unidos se afirma que más de las 2/3 partes de todos los daños relativos a los productos no tienen nada que ver con el diseño o funcionamiento del producto; estos se relacionan con el uso inadecuado o abuso del producto.<sup>31</sup>

Si bien existen unas defensas clásicas derivadas del inadecuado uso del producto, tales como la culpa compartida - *contributory negligence* - y la asunción del riesgo - *assumption of risk* -, existen algunas otras, tales como el uso inadecuado del producto – *misuse* -, y algunas particulares referidas a las cláusulas de garantías y el engaño, todas las cuales implican algunas particularidades que serán expuestas a continuación:

### 5.1 Culpa Compartida – Contributory Negligence -

Es la clásica defensa establecida en el *common law* para atacar las imputaciones derivadas de las teorías que atienden al aspecto subjetivo de la conducta, esto es, la negligencia.

En el contexto de la responsabilidad por productos como en otros, la culpa compartida es definida como una conducta del demandante la cual recae sobre el estándar de comportamiento razonable requerido para la protección personal

30 Ibídem. P. 14.

31 OWEN, David, G. y PHILLIPS Jerry, J. Ob. Cit. P. 792.

la cual contribuye, en conjunto con la negligencia del demandado u otra violación de sus obligaciones, a causar el daño del demandante.<sup>32</sup>

En términos simples, implica la ausencia de cuidado del demandante que contribuye a la materialización del perjuicio causado.

En esta materia, por ejemplo, la culpa compartida, implica el uso del producto contrariando sus advertencias o instrucciones de uso, el uso irrazonable de un producto ya conocido como defectuoso, o el simple uso de un producto de una forma impertinente.

Como consecuencia de la prueba de la culpa compartida es posible incluso que el demandado se exonere totalmente de la obligación indemnizatoria, en la medida en que la incidencia de la culpa de víctima sea mayor en la causación del resultado dañoso.

Por último, es importante indicar que la culpa compartida, conforme con los comentarios efectuados a la *Sección 402A del Restatement (2d) of Torts*, no es adecuada como medio de defensa en eventos de responsabilidad objetiva por daños causados mediante productos defectuosos.

## **5.2 Falla Comparativa – Comparative Fault -**

Atendiendo a lo injusto que eventualmente podría ser la culpa compartida - *contributory negligence* – como mecanismo de defensa que llega incluso a denegar en su totalidad las pretensiones del demandante, entre 1960 y 1990 se expandió a través de los Estados Unidos esta nueva doctrina, la de la falla comparativa, a través de la cual se reduce la indemnización de los daños en proporción a la incidencia de la conducta del demandante en la causación del mismo.

En relación con la aplicación de uno u otro mecanismo de defensa, es importante indicar que en algunos estados no es permitida ninguna reducción, ello bajo la premisa de que los conceptos de negligencia son incompatibles con las teorías en las que la responsabilidad es impuesta sin culpa y basada en el defecto del producto. De cualquier forma en muchos estados es permitido compensar fundamentados en la proporción de la propia culpa del demandante en casos de responsabilidad estricta u objetiva, usando los principios de la falla comparativa desarrollada por sus cortes.<sup>33</sup>

32 Ibídem P. 374.

33 Véase, STENBERG, Eric. *Products Liability for US Exports*, P. 16.

### 5.3 Asunción del Riesgo – Assumption of Risk -

Es la clásica defensa en materia de responsabilidad por productos, la cual implica una denegación total de las pretensiones del demandante en la mayoría de los estados.

En términos generales implica que el usuario conscientemente incurre en un riesgo, lo que implica una aceptación implícita de cualquier consecuencia dañosa que surja de la creación de dicha situación. Teniendo en cuenta que no es posible que el usuario sea consciente de lo que no conoce este mecanismo de defensa solamente opera cuando el riesgo se ha informado y se asumió.

Así las cosas, dos son los elementos que se señalan como constitutivos de la doctrina de la asunción de riesgos:<sup>34</sup> (i) el demandante debe conocer y entender el riesgo y (ii) la decisión del demandante de encarar el riesgo debe ser libre y voluntaria.

### 5.4 Uso Inadecuado – Misuse -

Esta teoría recrea el hecho de que los productos son diseñados para ciertos usos, al interior de ciertos ambientes y no todos los productos pueden ser seguros para cualquier propósito, manera o uso.

Los consumidores saben que los productos pueden ser usados con seguridad solo para ciertos propósitos; que éstos deben ser usados conforme con las advertencias e instrucciones del fabricante, y que el uso de los mismos más allá de sus capacidades puede causar que éstos se destruyan, se recalienten o se genere cualquiera otra falla de forma peligrosa. Si el usuario escoge poner el producto de una forma o manera en la que el mismo no puede justamente resistir, y el usuario es perjudicado como resultado, éste no puede razonablemente demandar al productor para que éste soporte las consecuencias económicas de la pérdida.<sup>35</sup>

Por hacer parte de una doctrina del *common law*, en algunos estados tales como Idaho y Montana, su consecuencia es la reducción de la indemnización, mientras que en otros como Arizona, Indiana, Michigan y Tennessee, implica la denegación de las pretensiones de los demandantes.

### 5.5 Defensas Derivadas de las Cláusulas de Garantías

34 Véase, OWEN David, G. y PHILLIPS Jerry, J., Ob. Cit. P. 385.

35 OWEN, David, G. y PHILLIPS Jerry, J. Ob. Cit., P. 391.

Tratado por la doctrina, como un verdadero caos conceptual, los tipos de defensas que en materia de procesos por violación de garantías implícitas o explícitas se tienen en cuenta, son los siguientes:

La culpa compartida y la asunción del riesgo han sido atendidas como fundamento de defensa en este tipo de casos, no obstante que ciertas cortes vienen sosteniendo que por ejemplo, la simple culpa compartida es irrelevante en procesos derivados de garantías.

En lo que tiene que ver con el uso inadecuado del producto algunas cortes aplican la teoría, no obstante que otras han denegado la indemnización si el daño surge por fuera del uso de un producto que no ha sido planeado por el fabricante.

Partiendo de la base de que la regulación de las garantías proviene del Código de Comercio Uniforme y que éste establece en su artículo 2 - Secciones 2-314(2)(c), 2-316(3)(b) y 2-715(2)(b) - algunas previsiones que indirectamente direccionan el rol de la inadecuada conducta del comprador en este tipo de litigios, en términos del alcance de la garantía éste se encuentra basado respectivamente en: (i) si el uso es ordinario, (ii) si el defecto es revelable, (iii) si el perjuicio es el resultado próximo del defecto o de la conducta inadecuada del usuario.

No obstante la ausencia de claridad que doctrinariamente se resalta en cuanto al contenido de estas normas, sus comentarios son lo suficientemente clarificantes, en la medida en que direccionan el efecto de la falta de cuidado del comprador y el comportamiento que implica la aceptación del riesgo en términos de si la causa de la pérdida del comprador es próximamente generada por el defecto del producto o alternativamente, por la elección o conducta del comprador.<sup>36</sup>

## 5.6 Defensas Especiales

Al interior de éste tipo de mecanismos de defensa, es importante resaltar el cumplimiento de estatutos y regulaciones así como la existencia de estatutos de reposo.<sup>37</sup>

Las agencias federales tienen competencia para establecer estándares administrativos que deben ser atendidos por los fabricantes. La más importante de ellas es la *"Food and Drug Administration"* (comida, drogas, cosméticos y productos

36 OWEN, David, G. y PHILLIPS Jerry, J., Products Liability in a Nutshell. Ob. Cit. P. 399.

37 Estatutos de Reposo: Se le otorga esta denominación a determinados estatutos que limitan los reclamos ocasionados en la responsabilidad por productos, estableciendo, entre otras cosas, limitaciones a los derechos de las víctimas por el paso del tiempo.

médicos); la “*National Highway and Traffic Safety Administration*” (vehículos automotores); y la “*Consumer Product Safety Comisión*” (productos usados en el hogar, para recreación y educación, a menos que estén específicamente exentos). Serias consecuencias pueden surgir si los productos fallan en reunir los estándares administrativos aplicables. Ello puede incluir sanciones criminales y la confiscación del producto por las autoridades correspondientes.

Adicionalmente, si el productor falla en el cumplimiento de un estándar aplicable y se causa un daño físico o a la propiedad de una persona, la víctima puede introducir la evidencia de la violación al proceso de responsabilidad por productos, y esto será generalmente considerado como una negligencia *per se*, o una negligencia dentro y por sí misma, sin ninguna necesidad de prueba adicional. No obstante, si el productor cumplió con el estándar federal y el demandante alega que precauciones adicionales debieron haber sido tomadas para evitar un daño particular, la regla en el derecho común es que las regulaciones traen meramente unos estándares mínimos, y su cumplimiento no establece un debido cuidado o ausencia de defecto como le importa al derecho.<sup>38</sup>

De otro lado, encontramos como mecanismos excepcionales a las reglas del *common law* en materia de responsabilidad por productos, la existencia de estatutos de reposo que terminaron por limitar el espectro de la responsabilidad de los productores en relación con ciertos ámbitos específicos; estos son: (i) la ley nacional de daños causados a los niños por vacunas expedida en el año de 1986 – *the National Childhood Vaccine Injury Act of 1986* – a través de la cual se limita la responsabilidad de los productores por vacunas que protegen contra ciertas enfermedades de los niños, (ii) la Ley de revitalización de la aviación general de 1994 – *the General Aviation Revitalization Act of 1994* – que establece límites en los procesos contra los productores de naves para la aviación general y, (iii) la Ley para el acceso a los seguros de los biomateriales – *the Biomaterials Access Assurance Act* – que limita la responsabilidad de los proveedores de biomateriales.

## VI. LOS DAÑOS INDEMNIZABLES

La premisa fundamental al momento de conceder indemnizaciones en casos de responsabilidad por productos en los Estados Unidos es el principio de la indemnización integral – *full compensation* -.<sup>39</sup>

<sup>38</sup> Véase, PAGE Joseph, A., Ob. Cit.

<sup>39</sup> Véase, STENBERG Eric. Ob. Cit. P.18.

De cualquier forma, el hecho de que la indemnización de los perjuicios sea concedida por un jurado, esto es, un número de 6 a 12 ciudadanos del común, implica que el asunto sea mucho menos predecible que en otras latitudes en las cuales las decisiones recaen en los tribunales de justicia que por lo general utilizan algún tipo de baremo para el efecto.

## 6.1 Perjuicios Corporales

Como parte de los perjuicios corporales, se encuentran los denominados perjuicios generales, referidos a la porción del daño que hace referencia a las pérdidas que no tienen en sí mismas un contenido económico, esto es, aquellas que en nuestro derecho se compensan en vez de indemnizarse. De éstos, los principales son los siguientes: (i) el dolor y el sufrimiento, (ii) el estrés emocional, (iii) el daño a la vida de relación – *impaired enjoyment of life* -, (iv) el desfiguramiento o perjuicio estético.

Los jurados, cuentan con libertad para establecer discrecionalmente el nivel de los daños, basados en el testimonio del demandante, la evidencia y lo manifestado por expertos en materia médica. Los perjuicios generales, tienden a ser concedidos de forma significativamente superior a los daños de tipo económico que son reconocidos a los demandantes. Quizás el más popular argumento utilizado para persuadir a los jurados a otorgar indemnizaciones sustancialmente importantes es el denominado acercamiento “per diem” – *per diem approach* – esto es, cierta suma por cada día de sufrimiento.<sup>40</sup>

La porción del daño corporal que hace referencia a las pérdidas de tipo económico se conoce como perjuicios especiales, y de éstos los principales son los siguientes, (i) gastos médicos – pasados y futuros – incluidos aquellos requeridos para el cuidado y la rehabilitación de la víctima, (ii) pérdidas salariales de la víctima.

Los gastos médicos futuros y aquellos requeridos para el cuidado de la víctima deben ser establecidos por testimonios de expertos y fundamentados en una certeza razonable. Las pérdidas salariales futuras son calculadas conforme con la expectativa de vida laboral. Aunque los estándares de mortalidad contenidos en tablas o estadísticas pueden ser usados para estos propósitos, éstos no son vinculantes y la determinación es generalmente realizada por el jurado conforme

40 STENBERG, Eric. Ob. Cit. P. 18.



con las diferentes opiniones de testigos expertos que se encuentran a favor o en contra de las pretensiones de los demandantes.<sup>41</sup>

Las víctimas indirectas, esto es, los cónyuges y familiares pueden ser indemnizados por las pérdidas de ingresos y expensas dejadas de recibir por virtud de los perjuicios causados a la víctima directa con la excepción de que el monto de su indemnización no puede implicar una doble indemnización de los mismos conceptos.

## 6.2. Perjuicios por Muerte

Si el accidente causa la muerte de la víctima, los herederos o los parientes del fallecido pueden recurrir al remedio estatutario conocido como la norma de muerte injusta – *wrongful death act* -. (Cada estado tiene tal estatuto.) El tipo más común de norma de muerte injusta permite a los beneficiarios denominados por el estatuto (miembros cercanos de la familia) ser indemnizados por las contribuciones monetarias que ellos podrían haber recibido si el causante no hubiera muerto, aquellos que ellos podrían haber heredado de él y los gastos funerarios.<sup>42</sup>

## 6.3. Pérdidas Económicas o Financieras – Economic Loss or Pure Financial Loss -

En relación con este tipo de perjuicios, que provienen por ejemplo, de la pérdida de ganancias causadas por un producto defectuoso, muchas jurisdicciones establecen que su único mecanismo de indemnización sería por medio de la imputación fundamentada en la violación de las garantías implícitas – *breach of implied warranty* -, y no permiten cobrar por éste tipo de daños con fundamento en la responsabilidad estricta u objetiva – *strict tort liability* -.

## 6.4 Daños o perjuicios Punitivos

Capítulo aparte, merece el tema de los perjuicios punitivos al interior de la responsabilidad por productos en el derecho anglosajón. Como fuente primigenia de preocupación para todos aquellos que convergen en el mercado norteamericano, es importante partir de una premisa general referida a que la indemnización de dichos daños es excepcional y que no procede en relación con la generalidad

41 STENBERG, Eric. Ob. Cit. P. 19.

42 Véase, PAGE, Joseph. Ob. Cit.

de las conductas por virtud de las cuales se formulan reclamos judiciales en dicho territorio.

Los daños punitivos o ejemplarizantes – *punitive or exemplary damages* – generan la materialización de indemnizaciones otorgadas a los demandantes, en adición a la parte de perjuicios compensatorios indemnizados y que proceden en contra de un demandado que actuó con intención de dañar o de manera imprudente y con perverso descuido de las posibles consecuencias.

Es el jurado (o en su ausencia el juez) quien en su discreción concede este tipo de indemnización; lo hace en los casos en los cuales el demandante es hallado culpable de haberle causado daños al demandado de forma maliciosa, intencional o con conciencia, temeridad, mala intención, crueldad u opresivo desconocimiento de los derechos del demandado. Así, sus propósitos son básicamente dos: (i) castigar al demandado por tan intolerable comportamiento, (ii) disuadir al demandado y a otros de incurrir en similares comportamientos inadecuados en el futuro.<sup>43</sup>

Actualmente, el más notorio veredicto en el cual se indemnizaron éste tipo de perjuicios y que toca con el corazón de la responsabilidad por productos defectuosos, fue el proceso *Liebeck v. Mcdonald's Rests* en el que en un principio se concedió a una mujer de 81 años una indemnización de US\$2.7 millones en daños punitivos por las quemaduras generadas en su regazo al derramarse una copa de café caliente. El proceso se fundamentó en la falta de advertencia por parte de *McDonald's* de que la temperatura de su café era excesivamente caliente, 180-90°, esto es, mucho más caliente que el resto del café vendido por sus competidores, no obstante que ya había recibido más de 700 quejas de quemaduras por parte de otros consumidores. En este caso, no obstante la suma concedida por el jurado, la corte que adelantó el proceso, disminuyó la indemnización a US\$480 mil dólares, que correspondía con una suma tres veces superior a los perjuicios compensatorios concedidos.

Al respecto, es importante indicar que frecuentemente los jueces reducen las altas indemnizaciones por daños punitivos, bajo el supuesto de que la cuantía de la indemnización indica que el jurado estuvo motivado por pasión o prejuicio contra el demandado. Un ejemplo adicional es el de la explosión de un tanque de

43 Véase, OWEN, David, G. y PHILLIPS, Jerry J. Ob. Cit. P. 490.

gas de la *Ford Pinto*, en el que una indemnización por perjuicios punitivos concedidas por US\$125 millones, fue reducida a US\$3.5 millones.<sup>44</sup>

De otro lado, la doctrina<sup>45</sup> ha encontrado un catálogo de conductas que se materializan en la producción y venta de productos señaladas por las cortes como flagrantemente impropias y que en el evento de causar daños, merecen ser objeto de indemnización mediante daños punitivos. Estas son: (i) fraude, (ii) violación intencional de estándares de seguridad, (iii) fallas para la realización de test adecuados para descubrir defectos peligrosos, (iv) falla en diseño de peligros conocidos (v) fallas en la advertencia de peligros conocidos, (vi) falla en emitir advertencias de post-venta.

No obstante que la determinación judicial de ordenar la indemnización de perjuicios punitivos pareciera ser un instrumento de avanzada para evitar que sean puestos en el mercado productos carentes de las seguridades necesarias, en la actualidad el sistema jurídico en los Estados Unidos soporta duras críticas en relación con la procedencia de dicha clase de condenas. Así las cosas, se han impuesto restricciones constitucionales y algunos estados han modificado el derecho común en este sentido, exigiendo, por ejemplo, que el demandante establezca clara y convincentemente el grado de maldad, así mismo, estableciendo topes máximos a los montos indemnizatorios para este tipo de daños.

586

## **VII. LAS FUENTES DE LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS EN EL DERECHO COLOMBIANO**

### **7.1 Generalidades**

De todos es sabido y ello no requiere mayor profundización que nuestro derecho patrio proveniente del continental europeo, de tradición romano-germánica, a diferencia del derecho anglosajón, se soporta en la ley como fundamento primigenio del ordenamiento jurídico, contando, de cualquier forma con criterios de tipo auxiliar, como lo son la jurisprudencia y la doctrina.

<sup>44</sup> Véase, PAGE, Joseph, A. Ob. Cit.

<sup>45</sup> PAGE, Joseph, A. Ob. Cit. P. 1144.

Así las cosas, el análisis de la responsabilidad por productos en nuestro derecho debe partir de una exposición coherente de la normatividad que en la materia ha sido expedida.

Así, para entrar en materia, debemos manifestar que en Colombia si bien no existe un estatuto específico regulatorio de la responsabilidad por productos, ni hemos estado en presencia de un prolijo desarrollo jurisprudencial o doctrinario al respecto, sí hay una normatividad que aunque insuficiente y desarticulada permite la materialización de consecuencias jurídicas en aquellos eventos en que sean causados determinados perjuicios con ocasión de un producto defectuoso. Dicha normatividad viene dada por las normas generales de la responsabilidad civil del Código Civil, algunas normas del Código de Comercio y el Estatuto del Consumidor.

De cualquier forma, para realizar una aproximación a la regulación que puede servir de soporte a la responsabilidad civil por productos defectuosos en el ordenamiento jurídico colombiano, es importante precisar, que en su interior debemos diferenciar las normas que protegen al consumidor en eventos en los cuales el producto no reúne las calidades esperadas o no cumple la función para la cual fue adquirido, de aquellas otras que protegen a las víctimas cuando un producto por vicios de seguridad causa daños a personas o bienes.

Dicha distinción es planteada a manera ejemplificativa por parte del profesor Javier Tamayo Jaramillo al siguiente tenor:

*“Si el adquirente de un herbicida lo aplica a su cultivo con miras a prevenir una plaga y, por no estar correctamente fabricado el producto, la plaga no se logra eliminar y la cosecha resulta de mala calidad, estaremos ante un vicio redhibitorio o ante una falta de eficiencia, en cuyo caso lo aplicable es la responsabilidad por vicios redhibitorios o por falta de eficiencia, más no la responsabilidad por productos defectuosos.*

*En cambio, si independientemente de la eficiencia del producto para controlar la plaga, lo que sucede es que el producto quema el cultivo, esteriliza la tierra o intoxica a una persona como consecuencia de un defecto imputable al fabricante o a vendedor según el caso, lo aplicable no es la responsabilidad por vicios redhibitorios o por falta de eficiencia, sino los principios específicos de la responsabilidad civil por productos defectuosos desligada de la garantía de eficiencia y de los vicios redhibitorios”.<sup>46</sup>*

46 TAMAYO JARAMILLO, Javier. La Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos. Artículo entregado como texto de estudio a los alumnos de la especialización de responsabilidad civil y seguros, Universidad Eafit, 2004.

## 7.2 Fundamentos Normativos Específicos

En primer lugar, debemos indicar que la Constitución Política colombiana, en su artículo 78 establece un amplio soporte constitucional inclusivo de las dos hipótesis mencionadas anteriormente, al predicar expresamente la responsabilidad de productores y comercializadores de bienes y servicios cuando éstos atenten contra determinados derechos de los consumidores, así como cuando se genere un inadecuado aprovisionamiento de los mismos. Dicha norma indica lo siguiente:

*“Art. 78. – La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.*

*Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.*

*El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen.*

*Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos”. (Negrillas y subrayas fuera de texto)*

Por su parte, a nivel legal, la normatividad reguladora de la materia, se encuentra contenida en las siguientes disposiciones.

Los artículos 932 y 933 del Código de Comercio, que se encuentran al interior de la regulación del contrato de compraventa y establecen la garantía de buen funcionamiento así como la presunción de venta con garantía.

*“Art. 932. – Si el vendedor garantiza por tiempo determinado el buen funcionamiento de la cosa vendida, el comprador deberá reclamar al vendedor por cualquier defecto de funcionamiento que se presente durante el término de la garantía, dentro de los treinta días siguientes a aquel en que lo haya descubierto, so pena de caducidad.*

*El vendedor deberá indemnizar los perjuicios causados por cualquier defecto de funcionamiento que sea reclamado oportunamente al comprador.*

*La garantía sin determinación de plazo expirará al término de dos años, contados a partir de la fecha del contrato”.*

*“Art. 933. – Se presumen vendidas con garantía las cosas que se acostumbran vender de éste modo”.*

En el artículo 934 del Código de Comercio y los artículos 1914 y siguientes del Código Civil que regulan los vicios o defectos ocultos – mal llamados redhibitorios –.

### Código de Comercio:

*“Art. 934. – Si la cosa vendida presenta, con posterioridad a su entrega, vicios o defectos ocultos, cuya causa sea anterior al contrato, ignorados sin culpa por el comprador, que hagan la cosa impropia para su natural destinación o para el fin previsto en el contrato, el comprador tendrá derecho a pedir la resolución del mismo o la rebaja del precio a justa tasación. Si el comprador opta por la resolución deberá restituir la cosa al vendedor.*

*En uno u otro caso habrá lugar a indemnización de perjuicios por parte del vendedor, si éste conocía o debía conocer al tiempo del contrato el vicio o el defecto de la cosa vendida”.*

### Código Civil:

*“Art. 1914. – Se llama acción redhibitoria la que tiene el comprador para que se rescinda la venta o se rebaje proporcionalmente el precio por los vicios ocultos de la cosa vendida, raíz o mueble, llamados redhibitorios”.*

*“Art. 1915. – Son vicios redhibitorios los que reúnen las calidades siguientes:*

- 1. Haber existido al tiempo de la venta.*
- 2. Ser tales, que por ellos la cosa vendida no sirva para su uso natural, o sólo sirva imperfectamente, de manera que sea de presumir que conociéndolos el comprador no la hubiera comprado o la hubiera comprado a mucho menos precio.*
- 3. No haberlos manifestado el vendedor, y ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte, o tales que el comprador no haya podido fácilmente conocerlos en razón de su profesión u oficio”.*

*“Art. 1917. – Los vicios redhibitorios dan lugar al comprador para exigir o la rescisión de la venta, o la rebaja del precio, según mejor le pareciere”.*

*“Art. 1918. – Si el vendedor conocía los vicios y no los declaró, o si los vicios eran tales que el vendedor haya debido conocerlos por razón de su profesión u oficio, será obligado no sólo a la restitución o la rebaja del precio, sino a la indemnización de perjuicios; pero si el vendedor no conocía los vicios, ni eran tales que por su profesión u oficio debiera conocerlos, sólo será obligado a la restitución o a la rebaja del precio”.*

De otro lado, en Colombia, mediante el Decreto 3466 de 1982 se expidió el denominado Estatuto del Consumidor.

Esta normatividad, regula de forma general, una garantía mínima presunta que se entiende pactada en todos los contratos de compraventa y prestación

de servicios (Art. 11) y la responsabilidad de los productores por la idoneidad y calidad de sus bienes y servicios (Art. 23), incluyendo los mecanismos de exoneración y medios de defensa del productor (Art. 26) así como la regulación de la inaplicación de las causales de exoneración (Art. 27). Esta garantía, de alguna forma puede contar con un fundamento similar al de las garantías implícitas del derecho anglosajón, allá reguladas por el Código de Comercio Uniforme.

En relación con la normatividad específica que protege a las víctimas cuando un producto por vicios de seguridad causa daños a personas o bienes, nos tenemos que remitir, a las disposiciones de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, según sea el caso, las cuales se encuentran contenidas en el Código Civil.

Al respecto es importante señalar que el mencionado defecto puede provenir de la fabricación, presentación, distribución o diseño del producto.

Frente al particular, el artículo 2341 del Código Civil, establece un principio general de responsabilidad civil fundamentada en la culpa que le sirve de soporte en este tipo de asuntos, cuando es clara la negligencia del causante del daño indemnizable.

Actualmente y por virtud de la “indefensión” del consumidor en razón de la necesidad que tiene de obtener los bienes ofrecidos en el mercado, la doctrina ha tratado de encontrar fundamentos de responsabilidad objetiva – sin culpa -, a la luz de diferentes teorías como lo es la del riesgo en materia contractual y la que corresponde con los desarrollos jurisprudenciales del artículo 2356 del Código Civil, esto es, la responsabilidad por actividades peligrosas.<sup>47</sup>

## **VIII. FUNDAMENTOS NORMATIVOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS EN COLOMBIA**

Partiendo de la distinción realizada en el capítulo anterior, así como de la normatividad descrita, debemos abordar la respuesta atendiendo a tres clases de aspectos regulatorios que permiten englobar el régimen de la responsabilidad civil por productos defectuosos en Colombia.

Así las cosas, tendremos en cuenta los siguientes elementos: (i) Regulación de la responsabilidad contractual del vendedor en el contrato de compraventa, (ii)

<sup>47</sup> Véase, TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. Cit.

regulación especial contenida en el Estatuto del Consumidor, (iii) regulación de la responsabilidad civil extracontractual contenida en el Código Civil.

## 8.1 Responsabilidad Contractual del Vendedor en el Contrato de Compraventa

Independientemente de que el vendedor de los productos cuyo defecto se pone de presente sea o no su fabricante, conforme con la normatividad contenida en los Códigos Civil y de Comercio, el vendedor responde por los vicios o defectos ocultos y por los vicios de eficiencia y calidad del producto.

En lo que tiene que ver con los vicios o defectos ocultos, los artículos 934 y siguientes del Código de Comercio así como los artículos 1914 y siguientes del Código Civil, regulan las acciones del comprador contra el vendedor por una cosa que al momento de su compra tenía un vicio oculto o mal llamado “redhibitorio”.

Tanto en materia comercial como civil, en las ventas y permutas, los vicios o defectos ocultos de la cosa objeto del contrato, pueden dar origen a una acción de saneamiento en cualquiera de sus dos vertientes, la una, encaminada a la rescisión del contrato celebrado y la otra, a la rebaja del precio a su justa tasación, incluyendo ambas la posibilidad de exigir la indemnización de los perjuicios causados.

Tal como lo indica la Corte Suprema de Justicia, para que dichos vicios produzcan los efectos señalados anteriormente, “... *deben haber sido ignorados por el comprador sin culpa suya, como reza el artículo 934 del Código de Comercio, o ser tales, como lo exige el artículo 1915-3 del Código Civil, que el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte, o tales que él no haya podido fácilmente conocerlos en razón de su profesión. Para calificar un vicio como redhibitorio en materia civil, es menester que se llenen las específicas condiciones que enumera el artículo 1915 precitado. Y para que en materia mercantil pueda calificarse como defecto oculto, hácese indispensable que el vicio tenga causa anterior a la celebración del contrato, que persista después de la entrega de la cosa haciéndola impropia para su natural destinación o para el fin previsto en el contrato, y que, sin culpa del comprador fuera ignorado por éste*”.<sup>48</sup>

En materia comercial, se presume que el vendedor quien es un profesional, conocía de la existencia del vicio en la cosa, no obstante, dicho vendedor podrá contar como medio de defensa con la demostración de su imposibilidad de cono-

48 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de Octubre 11 de 1977, M.P. Germán Giraldo Zuluaga.



cer el vicio, así como que hizo todo lo que un comerciante razonable haría para lograr descubrir dicho vicio.

De otro lado, los artículos 932 y 933 del Código de Comercio regulan el tema de las garantías, tanto en los productos en los que se otorgan expresamente, como en aquellos que por acostumbrarse su venta de este modo se presumen incorporadas en el contrato.

Al respecto, es importante indicar que en materia contractual las garantías hacen parte del ámbito de la responsabilidad objetiva, al considerarse, como las llama la doctrina, obligaciones de resultado reforzadas, existiendo solamente una posibilidad de defensa para el vendedor (deudor) derivada del hecho exclusivo del acreedor (en este caso el comprador) que genera el incumplimiento de la prestación contractual. Dicho esquema de responsabilidad que en principio parece beneficioso para el afectado, debe ser ponderado con lo corto que implican los plazos de las garantías, las cuales, las más de las veces se establecen mediante contratos de adhesión, existiendo en materia de garantía de buen funcionamiento o eficiencia, una norma supletiva de la voluntad (artículo 932 inciso final del Código de Comercio), que establece un plazo máximo de dos años para aquellos eventos en los cuales no exista acuerdo contractual expreso.

De cualquier forma, es importante aclarar, conforme lo manifiesta la doctrina,<sup>49</sup> que uno es el plazo de la garantía y otro el plazo de la prescripción de las acciones de responsabilidad, esto implica, que una vez ocurrido el daño dentro del plazo de la garantía comienzan a correr los términos de prescripción.

Adicionalmente, la regulación de las garantías y su relación con la responsabilidad por productos requiere una distinción doctrinaria que es importante y que puede aclarar un poco los conceptos. Así las cosas, “las disposiciones relativas a los vicios redhibitorios y a la garantía de eficiencia contempladas en el Código de Comercio y en Estatuto del Consumidor, buscan proteger al comprador en caso de que la cosa vendida no reúna las calidades esperadas o no cumpla la función para la cual fue adquirida. En cambio, la denominada responsabilidad por productos defectuosos lo que busca es proteger a las víctimas de un producto que por un defecto de seguridad lesiona o mata a una persona o destruye o deteriora sus bienes”.<sup>50</sup>

49 Véase, TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. Cit.

50 *Ibidem*.

Conforme con dicho argumento, el profesor Tamayo Jaramillo sostiene que aparte del régimen de las garantías ya expuesto, el vendedor de un producto tiene frente al comprador, una obligación de seguridad en virtud de la cual la cosa vendida no debe atentar contra la seguridad personal o los bienes del comprador. Así mismo en relación con el contenido de la prueba de la culpa del vendedor éste sostiene que se trata de una obligación contractual de resultado de la cual se exonerará solamente mediante la prueba de causa extraña.

Aunque esta distinción es útil al momento de tratar de correlacionar la causa del daño con una norma aplicable, considero importante señalar una necesaria crítica al hecho de circunscribir la responsabilidad por productos defectuosos solamente a los defectos de seguridad, dejando por fuera de dicho espectro los vicios redhibitorios y de eficiencia, protegidos mediante el régimen de las garantías como fuente de imputación en la materia, que tal como lo es en los Estados Unidos, establece elementos de complementariedad necesarios al interior del ámbito general de dicho esquema de responsabilidad.

En mi sentir, el régimen de la responsabilidad por productos cuenta con diferentes títulos de imputación, estos son, el régimen de garantías contractuales derivados de las normas mencionadas en éste capítulo; así como también los vicios de seguridad que serán resueltos con fundamento en las normas generales de la responsabilidad civil y no siempre podrán ser evaluados con parámetros objetivos, ya que en cada caso habrá que establecer si las condiciones en que los adquirentes fueron sometidos a los riesgos que la comerciabilidad del producto implica, generan o no la adecuación típica al contenido de obligaciones de resultado en materia contractual o a la responsabilidad por actividades peligrosas en materia extracontractual.

## **8.2 Regulación Especial contenida en el Estatuto del Consumidor**

Como un elemento adicional al sistema de garantías mencionado anteriormente, el Decreto 3466 de 1982 – Estatuto del Consumidor -, establece, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, “... *un estatuto excepcional destinado a proteger determinados sujetos de las relaciones de intercambio*”.<sup>51</sup>

51 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de mayo 3 de 2005, Expediente 04421, M.P. César Julio Valencia Copete.

Dicho Estatuto ve reforzado su espectro en la medida en que con posterioridad a su expedición, la Constitución Política de 1991 en su artículo 78 estableció expresamente la responsabilidad de todos aquellos que en la producción y comercialización de bienes y servicios atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento de consumidores y usuarios, y posteriormente, la Corte Constitucional en lo que toca con el tema de las garantías allí regulado, declaró dicha norma ajustada a la Constitución Política.<sup>52</sup>

De esta forma, el Estatuto del Consumidor reguló por un lado, un régimen de garantía mínima presunta que se entiende incorporada en todos los contratos de compraventa y de prestación de servicios, consistente en la obligación del proveedor o expendedor de garantizar plenamente las condiciones de calidad e idoneidad contenidas en el registro, licencia o normas técnicas que rigen el producto (Art. 11) y por el otro lado, un régimen de responsabilidad de los productores por la idoneidad y calidad de sus bienes y servicios (Art. 23).

La consecuencia jurídica derivada del incumplimiento de las mencionadas normas implica la posibilidad de interposición de sanciones administrativas, el cumplimiento in natura de la garantía (que se obligue al proveedor o expendedor a hacer efectiva la garantía), el cambio del bien por otro, el reintegro del precio pagado y en todo caso, conjuntamente con los anteriores remedios, la indemnización de los daños y perjuicios a los que hubiere lugar (Arts. 24, 25 y 29).

El régimen de responsabilidad y garantías derivado del Estatuto del Consumidor, implica la existencia de un sistema de responsabilidad objetiva en el cual las defensas del expendedor, proveedor o productor se encuentran reducidas a las establecidas en el artículo 26 de dicho Estatuto, las cuales son: la fuerza mayor, el caso fortuito no sobrevenido por culpa del proveedor o expendedor, el uso indebido del bien o servicio por parte del afectado o el hecho de un tercero.

La materialización de dicho régimen de responsabilidad objetiva ha sido incluso, reconocido por la Corte Suprema de Justicia, corporación que al respecto sentenció lo siguiente:

*“Estima la Corte que, si bien la redacción del artículo 29 adolece de notorias deficiencias, no contraría artículo ninguno de la Carta, establece un caso más de responsabilidad objetiva, ya acogida en nuestro Código Civil y ampliada por la Corte en celebradas sentencias de responsabilidad en el caso de actividades y objetos peligrosos de los cuales el demandado deriva un beneficio, pero a costa de un riesgo para el demandante y muchas veces para*

52 Colombia. Véase: Sentencias C – 1141 de 2000 y C - 973 de 2002 proferidas por la Corte Constitucional.

*toda la comunidad, aunque es consciente de que la “teoría del riesgo” pertenece al campo de la responsabilidad contractual, mientras que el tema aquí analizado corresponde a la responsabilidad extracontractual”.<sup>53</sup> (Negrillas fuera de texto)*

### **8.2.1 El Efecto Relativo de los Contratos en el Marco del Estatuto del Consumidor**

Así mismo y por virtud del efecto relativo de los contratos, mucho se ha discutido sobre la posibilidad o imposibilidad de que el productor pueda ser objeto de acción judicial y responda directamente al consumidor afectado por cuanto no hizo parte del contrato de compraventa celebrado, cabe la pena resaltar la forma tardía en la que esta discusión se ha presentado en el derecho patrio, en contraposición con lo que se presentó en el derecho norteamericano donde dicha discusión quedó zanjada desde principios del Siglo XX.

De cualquier forma y aunque tardíamente, por distintas vías, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se ha aceptado la posibilidad de que el consumidor accione directamente contra el productor, no obstante el fundamento de dicha hipótesis es diferente. La doctrina acude a la teoría de las cadenas de contratos y para la jurisprudencia el soporte constitucional del artículo 78 es suficiente fuente de derecho para la materialización de dicha posibilidad.

En este sentido, cabe resaltar lo sentenciado por la Corte Constitucional, al respecto:

*“La responsabilidad del productor y del distribuidor surge ex constitutione y puede por ello ser deducida por el consumidor del producto o el usuario, con independencia de que exista o no un vínculo contractual directo con los primeros. En este sentido, las garantías atinentes a la calidad o idoneidad de los bienes y los servicios, no se ofrecen exclusivamente al primer adquirente; ellas se disponen frente a la categoría de los consumidores y usuarios. El productor profesional produce para el mercado, se beneficia del mercado y debe responder ante el mercado. En este caso, el mercado está constituido por los consumidores y usuarios. La responsabilidad de mercado – secundada por la Constitución y la ley - no contractual, acredita la reivindicación igualitaria que ha querido la Constitución introducir bajo el concepto de consumidor o usuario”.<sup>54</sup>*

En la misma dirección, la Corte Suprema de Justicia ha reconocido la posibilidad de accionar directamente contra el productor, siendo del caso resaltar los siguientes apartes jurisprudenciales:

53 Colombia. Corte Suprema de Justicia; Sala Plena, Sentencia 107 de 1986, M.P. Hernando Gómez Otálora.

54 Colombia. Sentencia C – 1141 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

*“7. Por tanto, es de verse que el juzgador no incurrió en los yerros que le achaca la censura, no sólo porque estuvo lejos de inventar o suponer los hechos y súplicas contenidos en el libelo, sin que tampoco se apartara o prescindiera de ellos, sino porque, como se lo permitían los supuestos en él descritos, adoptó el peculiar sistema de responsabilidad contemplado en las disposiciones que protegen los derechos del consumidor, las cuales, valga la pena destacarlo, desde la misma Constitución Política trazan como lineamiento general la premisa consistente en que “serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios”(artículo 78).*

*Precisamente, al amparo de este principio superior puede afirmarse que la tutela efectiva de los intereses de los consumidores y usuarios, habida cuenta de la posición de inferioridad o debilidad que ordinariamente ocupan en el tráfico mercantil y la asimetría que caracteriza sus relaciones jurídico-económicas con los distribuidores o fabricantes, no puede verse restringida o limitada por el principio de la relatividad de los contratos, cuyo alcance, por cierto, tiende cada vez a ser morigerado por la doctrina jurisprudencial, puesto que, con independencia del vínculo jurídico inmediato que ellos pudieran tener con el sujeto que les enajenó o proveyó un determinado bien o servicio, las medidas tuitivas propias de su condición han de verse extendidas hasta la esfera del productor o fabricante, como quiera que éste es quien ha gestionado, controlado o dirigido el diseño y elaboración del producto, entre otros aspectos, así como ha determinado ponerlo en circulación o introducirlo en el mercado, adquiriendo, por contera, un compromiso en torno de la calidad e idoneidad del mismo, por lo que, desde luego, no puede resultar ajeno o indiferente a sus eventuales defectos o anomalías, ni a los peligros o riesgos que estos pudieran generar, como tampoco a las secuelas de orden patrimonial que llegaren a afectar a su destinatario final -consumidores o usuarios- o a terceros, con lo que queda claramente establecida una “responsabilidad especial” de aquél frente a éstos -ex constitutione-, que los habilita para accionar directamente contra el fabricante en orden a hacer efectivas las garantías a que hubiere lugar o a reclamar el resarcimiento de los daños que les fueran irrogados, sin que tal potestad pueda ser coartada por la simple inexistencia de un vínculo de linaje contractual, pues un entendimiento semejante no acompañaría con las directrices inequívocamente fijadas por la Carta Política, pues, como se sostuvo en el fallo que sujetó la constitucionalidad de los artículos 11 y 29 del decreto 3466 de 1982 precisamente a la existencia de una acción directa del consumidor frente al fabricante, “el productor profesional produce para el mercado, se beneficia del mercado y debe responder ante el mercado”.<sup>55</sup>*

## **8.2.2 La Necesaria existencia de una Relación de Consumo**

55 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 7 de febrero de 2007, Expediente 23162, M.P. César Julio Valencia Copete.

Por último, la posible aplicación del régimen contenido en el Estatuto del Consumidor deriva de la existencia de una relación de consumo, relación que se compone de dos elementos esenciales que deben recaer en cabeza del consumidor, esto es, su posición de destinatario o comprador final del bien o servicio y que la adquisición o utilización de los bienes o servicios no tengan por finalidad hacer parte del ámbito profesional o empresarial.

Para mayor claridad procedemos a transcribir apartes de lo señalado por la Corte Suprema de Justicia al respecto:

*“En este orden de ideas, para estos efectos estima la Corte que, con estrictez, siempre será forzoso indagar en torno a la finalidad concreta que el sujeto – persona natural o jurídica – persigue con la adquisición, utilización o disfrute de un determinado bien o servicio, para reputarlo consumidor sólo en aquellos eventos en que, contextualmente, aspire a la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar, doméstica o empresarial – en tanto no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica propiamente dicha, aunque pueda estar vinculada, de algún modo, a su objeto social –, que es lo que constituye el rasgo característico de una verdadera relación de consumo. Este punto de vista, cabe resaltar, es el que puede identificarse en numerosos ordenamientos jurídicos que, como adelante se examinará, catalogan únicamente como consumidor a quien sea destinatario final del bien o servicio, o por otro lado, exigen que la adquisición o utilización esté ubicada por fuera de la esfera de actividad profesional o empresarial de quien se dice consumidor .....”*<sup>56</sup>

### **8.3 Regulación de la Responsabilidad Civil Extracontractual contenida en el Código Civil**

En relación con los terceros afectados por los daños causados por un producto defectuoso, su fabricante responderá de forma extracontractual, con fundamento en tres hipótesis posibles, esto es, responsabilidad por el hecho propio, responsabilidad por el hecho de las cosas o responsabilidad por actividades peligrosas.

Actualmente, la tendencia doctrinaria tanto a nivel nacional como mundial tiende al establecimiento de una responsabilidad de tipo objetivo en materia de productos defectuosos, no obstante en Colombia dicho régimen se rige por el principio general de responsabilidad subjetiva con culpa probada.

Si existe una culpa probada del fabricante en relación con la fabricación, distribución o diseño de un producto, a éste le será aplicable la responsabilidad

<sup>56</sup> Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de mayo 3 de 2005, Expediente 04421, M.P. César Julio Valencia Copete.

extracontractual por el hecho propio establecida en el artículo 2341 del Código Civil, en este tipo de casos la negligencia del fabricante debe ser demostrada junto con los demás elementos de la responsabilidad civil, esto es, el daño y el nexo causal entre éste y la conducta culposa.

Así mismo y en materia de construcción, el Código Civil establece en su artículo 2351 un régimen particular de responsabilidad extracontractual en caso de ruina de los edificios por ellos construidos, respaldado por una garantía de buena calidad de la obra por un período de 10 años, teniendo como único mecanismo de defensa para liberarse de responsabilidad, la prueba de una causa extraña.

Por último, la doctrina encuentra en el desarrollo jurisprudencial del artículo 2356 del Código Civil en lo que tiene que ver con la responsabilidad por actividades peligrosas una presunción de responsabilidad que en términos generales implica la posibilidad de imputación objetiva de responsabilidad al productor de un bien defectuoso.

Así las cosas, se soporta dicha teoría<sup>57</sup> en que el fabricante de un producto defectuoso – por ejemplo un automóvil – continúa siendo el guardián de la estructura del producto en tanto que, aunque se despoja de la tenencia física del bien de todas formas ha sido el responsable de todo el engranaje de la actividad durante su fabricación o ensamblaje.

En este sentido, si por defecto en la fabricación del producto se causa un daño a un tercero el fabricante responderá entonces por actividades peligrosas y solamente se podrá exonerar de su responsabilidad probando la existencia de una causa extraña.

## IX. CONCLUSIONES:

Las fuentes de la responsabilidad por productos en los Estados Unidos terminan por ser una mixtura en la que concurren las reglas del Common Law, el derecho legislado y la participación doctrinal que por virtud de los *Restatements of Law*, terminan por componer un cuerpo general del cual se pueden extraer reglas importantes en la materia.

La ruptura del principio del efecto relativo de los contratos, así como el tránsito a una responsabilidad de carácter objetivo a través de posturas doctrinarias

57 Véase: TAMAYO JARAMILLO Javier. Ob. Cit.

luego acogidas por los jueces, implicaron en los Estados Unidos una situación favorable para las víctimas seguida por incrementos significativos en la litigiosidad.

En los Estados Unidos, la responsabilidad por productos encuentra diferentes fuentes de imputación, al interior de las cuales vale la pena resaltar la teoría de la negligencia, la responsabilidad por engaño, las garantías otorgadas y la responsabilidad objetiva.

El derecho anglosajón ha establecido un compendio relacionado con los diferentes tipos de productos defectuosos, estos son, aquellos que cuentan con defectos de fabricación, defectos de diseño o son insuficientes en cuanto a sus advertencias o instrucciones de uso seguro.

Las indemnizaciones por perjuicios punitivos no son generales ni acostumbradas, se encuentran reservadas para casos especiales en donde la malicia o la negligencia abrupta salga de bulto.

En Colombia no existe una regulación especial en lo que se refiere a la responsabilidad por productos. Con fundamento en algunas normas del contrato de compraventa, otras de la responsabilidad extracontractual y el Estatuto del Consumidor es posible imputar los daños causados por éste tipo de productos y obtener las correspondientes indemnizaciones.

## **BIBLIOGRAFÍA**

OWEN, David G., *Products Liability Law*. Thomson West. 2005.

OWEN, David G. y PHILLIPS Jerry J., *Products Liability in a Nutshell*. Thomson West. 2005.

PAGE, Joseph A., *Memorandum Prepared for Suramericana de Seguros S.A.* Georgetown University Law Center. 2007.

STENBERG, Eric, *Products Liability for US Exports*, Swiss Reinsurace Company, Swiss Re Publishing – Swiss Re Language Services. 1999.

SILVERGLATE, Spencer H. *The Restatement (Third) of Torts: Products Liability – The Tension Between Product Design and Product Warnings*. Clarke Silvergate Campbell Williams & Montgomery.



TAMAYO JARAMILLO, Javier. La Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos. Artículo entregado como texto de estudio a los alumnos de la especialización de responsabilidad civil y seguros, Universidad Eafit, 2004.

TAMAYO JARAMILLO, Javier, Tratado de Responsabilidad Civil, Editorial Legis. 2007.

# LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DIRECTA ESTABLECIDA EN FAVOR DE LA VÍCTIMA EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

Reflexiones a raíz de la sentencia de 29 de junio de 2007 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Rafael Alberto Ariza Vesga

## CONTENIDO:

- I. Introducción
- II. La sentencia de 29 de junio de 2007 de la sala civil de la Corte Suprema de Justicia
- III. Análisis de la interpretación realizada por la corte al artículo 1.131 del código de comercio en armonía con el artículo 1081 del mismo estatuto
- IV. Conclusiones

## I. INTRODUCCIÓN

Sin duda, uno de los productos más extendidos en materia aseguradora, corresponde al seguro de responsabilidad civil cuyo objetivo fundamental de acuerdo con nuestra legislación comercial es el de “indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización” (1.127 C.Co.). La utilidad del seguro de responsabilidad civil en la economía actual es innegable, como instrumento que permite el desarrollo de prácticamente la totalidad de actividades mercantiles modernas las cuales, *per se*, engendran

innumerable cantidad de riesgos que comprometen el patrimonio del particular o empresario y su estabilidad en el tiempo. No hubiese sido posible pensar en el desarrollo de la actividad automotriz, aeronáutica, transportadora e industrial en términos generales, sin la existencia del seguro de responsabilidad civil.

Ahora bien, como consecuencia del precepto inicialmente mencionado, conforme al cual, el beneficiario de la indemnización es la víctima, el legislador colombiano a través del artículo 1.133 del C.Co. estableció la denominada “acción directa contra el asegurador”, de tal manera que en la misma pueda acreditar su derecho y solicitar la indemnización correspondiente dentro de los términos pactados en el contrato de seguro respectivo, sin tener que recurrir inicialmente frente al asegurado – causante del daño.

Justamente sobre la mencionada “acción directa contra el asegurador” y su término de prescripción (deberíamos hablar técnicamente de caducidad), se ocupa la sentencia de 29 de junio de 2.007 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en la que se incorporan importantes y particulares consideraciones sobre su correcta interpretación como pasamos a ver, las cuales a su vez nos generan múltiples consideraciones que de la forma más respetuosa y objetiva pretendemos desarrollar en este artículo.

## **II. LA SENTENCIA DE 29 DE JUNIO DE 2007 DE LA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

A través de sentencia del pasado 29 de junio de 2.007, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre el término que tiene la víctima para ejercer tal acción, determinando a través de una extensa interpretación que el mismo es de cinco (5) años (prescripción extraordinaria) contados a partir del acaecimiento “del hecho externo imputable al asegurado”, es decir, desde cuando el asegurado causa el daño, desechando la postura dominante a nivel doctrinal conforme la cual dicho término sólo sería de dos (2) años (prescripción ordinaria) teniendo en cuenta la claridad dada por el legislador en el artículo 1.131 del C.Co., en armonía con el artículo 1.081 del C.Co. y jurisprudencia anterior de la propia Corte (sentencia de 4 de Julio de 1977). El argumento central de la Corte se funda en el principio de buena fe que impone al asegurado el deber de informar a la víctima de la conducta dañosa sobre la existencia de la póliza y la injusticia correlativa que causaría que el término de prescripción corra sin tal conocimiento, sumado a que considera que el plazo de dos (2) años constituye un

término “*exiguo respecto de la consecución real y efectiva por parte de la víctima de la información relativa al seguro*”.

La posición de la Sala Civil de la Corte en este fallo puede sintetizarse según nuestra lectura en los siguientes apartes, haciendo referencia a los puntos fundamentales de la argumentación realizada:

a) La expresión “acaezca el hecho externo imputable al asegurado” del artículo 1.131 del C.Co. hace referencia a un régimen objetivo de contabilización de la prescripción:

En desarrollo de este argumento, la Corte expresa:

*“Y es dentro de ese contexto, que adquiere singular importancia la referencia expresa que el comentado artículo 1131 hace en punto al momento en que “acaezca el hecho externo imputable al asegurado”, para establecer la ocurrencia del siniestro y, por esta vía, para determinar que es a partir de ese instante, a manera de venero, que “correrá la prescripción respecto de la víctima”, habida cuenta que cotejada dicha mención con el régimen general del artículo 1081, resulta más propio entender que ella alude a la prescripción extraordinaria en él consagrada, a la vez que desarrollada, ya que habiendo fijado como punto de partida para la configuración de la prescripción de la acción directa de la víctima, la ocurrencia misma del hecho generador de la responsabilidad del asegurado -siniestro-, es claro que optó por un criterio netamente objetivo, predicable sólo, dentro del sistema dual de la norma en comentario, como ya se señaló, a la indicada prescripción extraordinaria, ya que la ordinaria, como también en precedencia se indicó, es de estirpe subjetiva, en la medida en que se hace depender del “conocimiento” real o presunto del suceso generador de la acción, elemento este al que no aludió la primera de las normas aquí mencionadas, ora directa, ora indirectamente, aspecto que, por su relevancia, debe ser tomado muy en cuenta.*

*En realidad el legislador nacional, al sujetar la prescripción de la acción de la víctima contra el asegurador a la ocurrencia del hecho provocante del daño irrogado, y no al enteramiento por parte de aquella del acaecimiento del mismo, previó que el fenecimiento de dicha acción sólo podía producirse por aplicación de la mencionada prescripción extraordinaria, contemplada en el artículo 1081 del Código de Comercio. La elocuencia del artículo 1131 no deja espacio para la duda o hesitación, tanto que, expressis verbis, aludió a la expresión “...fecha a partir”, lo que denota un comienzo, o sea el inicio del decurso prescriptivo, para nada ligado a consideraciones subjetivas, el cual es exclusivo para gobernar la prescripción de las acciones de la víctima, queriendo significar con ello que no es conducente adicionarle otro, esto es el asignado para el régimen ordinario (art. 1081 del C. de Co.), también en forma privativa, en la medida en que ello sería tanto como mezclar componentes antinómicos. O se tiene*

*en cuenta el conocimiento, o no se tiene, desde luego con arreglo a criterios y a una hermenéutica fiable y, sobre todo, respetuosa del espíritu de la normatividad y no sólo de su letra, así ella sea dicente”.*

(...)

*“Corolario de lo anterior, a modo de reiteración, es que si bien el artículo 1131 del Código de Comercio no exceptuó la aplicación del artículo 1081 de la misma obra, que se mantiene como la regla fundante en materia de prescripción extintiva de los derechos y acciones derivados del contrato de seguro o de las normas que lo disciplinan, sí consagró una excepción a ese sistema, la cual es aplicable solamente al seguro de daños – en particular al seguro de responsabilidad civil- y que consiste en que a la acción directa de la víctima contra el asegurador, autorizada expresamente por la Ley 45 de 1990, es aplicable únicamente la prescripción extraordinaria contemplada en la segunda de las disposiciones aquí mencionadas, estereotipada por ser objetiva; que corre en frente de “toda clase de personas”, vale decir, capaces e incapaces, y cuyo término es de cinco años, que se contarán, según el caso, desde la ocurrencia misma del siniestro, o sea, desde la fecha en que acaeció el hecho externo imputable al asegurado –detonante del aludido débito de responsabilidad”.*

**b) La víctima tiene derecho a que el ASEGURADO le informe sobre la existencia del seguro de responsabilidad civil:**

Este argumento se condensa en el siguiente aparte de la sentencia:

*“En consecuencia, al reexaminar las referidas normas comerciales, en consonancia con las constitucionales indicadas, surge que la habilitación –ope legis- de la acción directa para la víctima, supone la necesaria floración del derecho de ésta a conocer esos datos, puesto que es innegable que fue el propósito de los preceptos disciplinantes del seguro de responsabilidad establecer un orden justo en las relaciones que por efecto u ocasión de dicho contrato, bien directa, bien indirectamente, se establece –lato sensu- entre la víctima, el asegurado y el asegurador, dentro de las cuales privilegió los derechos de la primera, particularmente el de solicitar la reparación de su perjuicio, si lo desea, de manos de este último. Admitir lo contrario, de una u otra forma, sería tolerar o permitir que la acción directa en referencia quedara a mitad de camino, en una especie de limbus juris, en clara y tozuda contravía de lo establecido por el legislador, de suyo plausible y acorde con una arraigada tendencia internacional en la materia. De muy poco, por no aseverar que de nada, realmente, vale un derecho que no puede ejercerse eficazmente.” (Negrilla fuera de texto)*

**c) El principio de buena fe y el de solidaridad igualmente propenden porque la víctima logre el resarcimiento efectivo del perjuicio sufrido:**

Sobre este punto, explica la Corte:

*“En íntima conexión con la buena fe, entendida de la manera que se deja señalada, tiene operancia y, por tanto, cabida, el proceder solidario que, como se acotó, con sólido fundamento, la Constitución exige de todos, cuya aplicación amplía el campo de acción de ese fundamental principio, para convertirlo en “una exigencia ético-social, que es a la vez de respeto a la personalidad ajena y de colaboración con los demás” y que “impone, no simplemente una conducta negativa de respeto, sino una activa de colaboración con los demás, encaminada a promover su interés”<sup>1</sup> (Se subraya). En tal virtud, en el caso específico del seguro de responsabilidad, al asegurado no le puede resultar indiferente la suerte del damnificado y, mucho menos, que éste, en efecto, obtenga del asegurador la reparación del perjuicio que con su conducta le provocó, en calidad de victimario.*

*Por tanto, el comportamiento leal y probado que se espera de aquél, debe ser positivo –no una mera abstención– y dirigido a colaborar estrecha y responsablemente con la víctima en la reparación del daño causado, para lo cual debe informarla de la existencia del contrato y de las particularidades del mismo que le permitan el logro de ese objetivo tutelar, todo como corolario del acerado axioma de la solidaridad, el que cobija el de la cooperación, de tanta valía en la hora de ahora”.*

**d) Debe sancionarse la conducta del ASEGURADO que no informa a la víctima sobre la existencia del seguro de responsabilidad civil como quiera que dicha conducta constituye abuso del derecho:**

Desarrolla este argumento la Sala Civil de la Corte, de la siguiente manera:

*“Flaco favor se le haría a la institución del seguro, por antonomasia de raigambre social, si se permitiera que, por el silencio u omisión del asegurado, un daño quede impune e irreparable, a sabiendas que ex ante hubo un asegurador profesional que inequívocamente asumió el compromiso, en potencia, “de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra...”, lo que explica que, ministerio legis, este seguro tenga “...como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización...” (art. 1127 del Código de Comercio), máxime en un estado social de derecho, en el que debe imperar un orden justo, desprovisto de disfunciones, inequidades y abusos. Al fin y al cabo, entre otras hipótesis, a nadie se le autoriza para que pueda abusar de sus derechos, so pena de indemnizar los perjuicios que su conducta*

1 MOSSET ITURRASPE, Jorge. Interpretación económica de los contratos: justicia contractual. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1994, págs. 191 y 192, quien se apoya férreamente en el postulado de la cooperación, ampliamente defendido y divulgado por el profesor italiano Emilio Betti, quien lo rotula como ‘deber de cooperación’, y lo justifica señalando, en lo que resulte pertinente, que “...en las relaciones de obligación, lo que se exige es una actitud positiva de cooperación, una actitud a favor del interés ajeno”. Teoría general de las obligaciones, T. I, editorial revista de derecho privado, Madrid, 1989, pág. 86.

*genere (artículo 830 del Código de Comercio). De suerte que si bien es cierto, en principio, las personas tienen la facultad de disponer libremente de la información que poseen, tampoco es menos cierto que esa prerrogativa no es absoluta, caprichosa e intangible, a fortiori, si su silencio, en dichas circunstancias, se torna abusivo y egoísta, amén que ayuno de atendible y sólido basamento". (Negrilla fuera de texto)*

### **III. ANÁLISIS DE LA INTERPRETACIÓN REALIZADA POR LA CORTE AL ARTICULO 1.131 DEL CÓDIGO DE COMERCIO EN ARMONÍA CON EL ARTICULO 1081 DEL MISMO ESTATUTO**

Como resultado de la interpretación efectuada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia ya citada, se generan a nuestro entender múltiples interrogantes y complejidades, que a continuación intentaremos analizar y desarrollar, reiteramos, de manera respetuosa y desde una perspectiva estrictamente académica:

1. En primer lugar, encontramos paradójicamente que si bien dicha decisión afirma fundarse en los principios de buena fe, de solidaridad y de equidad, más bien parece partir de lo contrario, esto es, de la “mala fe” de los asegurados bajo el supuesto de que incurren en omisiones informativas permanentes en detrimento de las víctimas, generando consecuencias jurídicas y responsabilidad derivada de dichos comportamientos **no al que los ejecutaría**, sino a un tercero respecto de la causación del daño (asegurador) en su condición de garante, al que se le somete a un término de prescripción más amplio en contravía del principio general de seguridad jurídica propio del Estado Social de Derecho.

Adicionalmente, en forma tácita, justifica el actuar negligente y descuidado de las víctimas de cualquier daño, que no habiendo ejecutado ninguna conducta tendiente a obtener información sobre posibles pólizas de responsabilidad civil que aseguren al causante del daño durante el término nada despreciable de 2 años (vía derecho de petición o solicitud de información a la Superintendencia Financiera, entidades gremiales, las mismas aseguradoras o al propio asegurado), obtienen un plazo de prescripción mucho más amplio. A pesar de mencionar tangencialmente en la sentencia que *“la efectividad de la acción directa está condicionada a la indagación por la víctima al asegurado de la información tocante con el seguro y a que éste oportuna y cabalmente se la facilite, perspectiva dentro de la cual debe contemplarse que, ante su eventual negativa, correspondería a aquella intentar –si lo desear- la obtención de la misma mediante el mecanismo de las pruebas anticipadas,*

como igualmente se contempló” no se deriva ninguna consecuencia para la víctima con ocasión de no realizar este tipo de gestiones.

Y aún peor, puede tratarse de una víctima que haya tenido conocimiento efectivo y probado el mismo día de ocurrencia de los hechos sobre la existencia de la póliza de responsabilidad civil, no obstante lo cual, según el criterio de la Corte, “debe igualmente concluirse que el artículo 1.131 del Código de Comercio, modificado por el artículo 86 de la mencionada Ley 45 de 1990, en que se previó a favor de la víctima esa puntual reforma, estatuyó para la referida acción directa solamente la prescripción extraordinaria de cinco años”.

2. En adición a lo expuesto, se encuentra que la sentencia de la Corte, trastoca en nuestra opinión aspectos fundamentales del régimen de prescripción contemplado en el artículo 1.081 del Código de Comercio, lo cual trajo como consecuencia, una interpretación que respetuosamente consideramos equivocada, como se pasa a demostrar:

En sentencia de 4 de Julio de 1977 la Corte Suprema de Justicia evidenció las diferencias que existen entre la prescripción ordinaria y la extraordinaria previstas en el artículo 1.081 del C.Co. Entre las diferencias señaladas en el citado fallo, que incluso se encuentra citado parcialmente en el reciente pronunciamiento al que se refieren estas reflexiones (págs. 15 y 16), la Corte encontró que:

*“El término de una y otra prescripción comienza a correr desde momentos distintos así:*

*El de la ordinaria, a partir de cuando el interesado (y ya se vio quiénes lo son) tuvo conocimiento o razonablemente pudo tenerlo “del hecho que da base a la acción”. Este hecho no puede ser otro, que el siniestro, entendido éste, según el artículo 1072 ibídem, como “la realización del riesgo asegurado”, o sea del hecho futuro e incierto de cuya ocurrencia depende el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurador y correlativamente del derecho del asegurado o beneficiario a cobrar la indemnización” (artículos 1045 numeral 4 y 1054 C.Co. y 1530, 1536 y 1542 C.C.) (...)*

*El de la extraordinaria comienza a correr “contra toda clase de personas... desde el momento en que nace el respectivo derecho”, expresión esta que sin duda alguna equivale a la que emplea el segundo inciso del artículo que se comenta. El derecho a la indemnización nace para el asegurado o para el beneficiario, en su caso, en el momento en que ocurre el hecho futuro e incierto a que estaba suspensivamente condicionado, o lo que es lo mismo, cuando se produce el siniestro.*

*La expresión “contra toda clase de personas” debe entenderse en el sentido de que el legislador dispuso que la prescripción extraordinaria corre aún contra los incapaces (artículo*



*2530 numeral 1 y 2541 del C.C.), así como contra todos aquellos que no hayan ni podido tener conocimiento del siniestro”*

En consecuencia, la prescripción ordinaria y la extraordinaria corren por igual contra todos los interesados. La ordinaria cuando ellos son personas capaces, a partir del momento en que han tenido conocimiento del siniestro o han podido conocerlo y su término es de dos años; no corre contra el interesado cuando éste es persona incapaz, según los artículos 2530 y 2541 del C.C., ni tampoco contra el que no ha conocido ni podido conocer el siniestro.

*Pero contra estas personas sí corre la prescripción extraordinaria, a partir del momento en que nace el derecho, o sea desde la fecha del siniestro”. (Negrilla fuera de texto)*

Desafortunadamente, la sentencia de 29 de junio de 2.007, en contravía con el entendimiento pacífico que se venía dando del régimen de prescripción con base en la jurisprudencia antes transcrita, vuelve a generar mayor confusión con una interpretación que consideramos que a nuestro entender no resulta armónica. En efecto:

- Identifica en términos prácticos a las víctimas de un daño como incapaces relativos, presumiendo de manera general su desconocimiento sobre la existencia eventual del contrato de seguro de responsabilidad civil. Si bien en la práctica dicha apreciación es cierta en un gran número de casos, no puede desconocerse que en otros - igualmente numerosos - la víctima sí conoce o debe conocer claramente la existencia del seguro de responsabilidad civil como ocurre en aquellos casos en los que la contratación de la póliza es obligatoria. (v.gr. para el ejercicio de la actividad de transporte público de pasajeros, entre otros).
- No distingue la aplicación de diferentes regímenes de prescripción (ordinario y extraordinario) entre la víctima que conoce o debió conocer sobre la existencia del contrato de seguro de responsabilidad civil, (prescripción ordinaria) y aquella que definitivamente no lo tiene por ocultamiento doloso o culposo atribuible al asegurado (prescripción extraordinaria). Igualmente, no tiene en cuenta un punto que dentro de la sentencia si aparece pero que consideramos no es aplicado, cual es que los dos regímenes de prescripción pueden correr simultáneamente, sólo que para el ordinario se requiere probar el conocimiento o debido conocer en cabeza del beneficiario (en este caso de la víctima).

- No tiene en cuenta que lo que el legislador nacional, ciertamente hizo al incorporar la expresión “del hecho externo imputable al asegurado” como momento a partir del cual corre la prescripción respecto de la víctima, fue reconocer una situación evidente, cual es que la persona que sufre un daño ocasionado por un hecho “externo” conoce o debe conocer su ocurrencia como quiera que lo afecta física o económicamente. Piénsese en la lesión sufrida en accidente de tránsito, el fallecimiento de un familiar a consecuencia de la conducta del asegurado, entre otros. Al sufrir el daño, la víctima tiene el derecho y a su vez el deber de buscar obtener el resarcimiento del asegurado e indagar sobre los mecanismos que tiene para lograr que se le indemnice efectivamente.

3. El artículo 1.131 del C.Co, señaló un momento específico a partir del cual corre la prescripción para la víctima, justamente para evitar la discusión propia de la redacción tan discutida que contiene el artículo 1.081 del C.Co. En efecto, el artículo 1.131 del C.Co. estableció un momento preciso para que corriera la prescripción de la acción directa frente a la víctima, expresando: “En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro **en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado**, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima”. (Negrilla fuera de texto). Hecho externo hace referencia sin duda alguna a una situación perceptible por los sentidos bien por la víctima o bien por sus causahabientes.

4. El legislador partió de un supuesto básico y lógico para lo anterior, cual es que la víctima de un evento dañino **conoce sobre su ocurrencia desde que se ve afectado** y tratándose de una persona capaz debe desplegar las medidas diligentes para obtener la reparación del perjuicio que se le ocasionó. Como el supuesto de dicho punto de inicio para el término de prescripción es justamente el “conocimiento” no cabe duda que el régimen de prescripción es el ordinario.

5. Ahora bien, bajo el espíritu de **armonizar** lo previsto en el artículo 1.081 y el 1.131 del C.Co., la Corte no tiene en cuenta que este último artículo contempla dos momentos a partir de los cuales empieza a contar la prescripción dependiendo de si se trata de la víctima o del asegurado. Consideramos que no existe una razón válida para estimar que frente a la víctima sólo opera el término de prescripción extraordinario, mientras que frente al asegurado pueden operar tanto el ordinario como el extraordinario, dependiendo de que se trate de una persona capaz o de un incapaz, tratándose del mismo tipo de Seguro y del mismo artículo, sumado a que en últimas la presencia del garante vinculado directa o

indirectamente al proceso de responsabilidad civil, beneficia en ambos casos a la víctima que será la finalmente resarcida.

a) La sentencia de 29 de junio de 2.007 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia conduce a señalar que el término de Prescripción (Caducidad) de la acción directa de la VÍCTIMA en el Seguro de Responsabilidad Civil siempre es la extraordinaria (5 Años), sin consideración a si la víctima:

b) Es persona capaz o incapaz. Si se trata de una víctima que tenga la condición de incapaz absoluto o relativo, la aplicación de la prescripción extraordinaria tiene sentido, no así cuando se trata de persona capaz con una carga de diligencia mínima al haber sufrido un daño.

Tratándose de persona capaz, debe analizarse si la misma conoció o debió conocer la existencia del Seguro de Responsabilidad Civil, a través de la carga de diligencia que le es exigible o bien por el cumplimiento del deber de información en cabeza del asegurado. Si el asegurador demuestra que la víctima conoció de la acción derivada de la póliza y no obstante no la utilizó, se está propendiendo por premiar la negligencia.

Consideramos que si la víctima es persona **capaz**, y/o conoció o debió conocer sobre la existencia del seguro de Responsabilidad Civil, la prescripción a aplicar siempre será la ordinaria, esto es, de Dos (2) años.

c) Se pasa por alto dentro del fallo, lo establecido por el parágrafo único del artículo 1046 del Código de Comercio modificado por la ley 389 de 1.997, que coloca en igualdad de condiciones al tomador, al asegurado y al beneficiario frente al Asegurador, frente a la obligación de este último de expedir copia de la póliza. No olvidemos que la modificación que se introdujo en los seguros de Responsabilidad Civil, precisamente reconoce a la víctima como beneficiario de la indemnización (art. 1127 C. Co).

d) Finalmente, es necesario expresar que si el asegurado decide ocultar dolosa o culposamente la existencia de la póliza de responsabilidad civil a la víctima (pese a que la misma no genera derecho de subrogación a favor del asegurador contra el causante del daño), dos (2) o cinco (5) años resultan igualmente insuficientes para cualquier efecto.

e) Pese a que coincidimos con la Corte en que definitivamente existe un deber de información a cargo del ASEGURADO y que no le es posible abusar de su derecho, consideramos que si alguna solución se tuviese que dar para evitar que

este incurra en tal comportamiento, las consecuencias no pueden radicarse en el asegurador sometiéndolo a un término de prescripción más amplio y diferente al que el artículo 1.081 del Código de Comercio estableció en forma general y anterior a la modificación del artículo 1.131 del C.Co.

#### **IV. CONCLUSIONES**

En el desarrollo del presente escrito, hemos encontrado diferentes inquietudes y perplejidades que nos genera la interpretación efectuada por la Corte en la sentencia de 29 de Junio de 2.007. Con base en dicho análisis, concluimos que nos apartamos respetuosamente de dicha interpretación por cuanto en nuestra opinión la misma no armoniza lo preceptuado en los artículos 1.081 y 1.131 del Código de Comercio, así como lo que jurisprudencialmente se había decantado sobre el tema. Basta anotar, finalmente, que justamente la sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha dado lugar recientemente a una demanda de inexequibilidad contra el artículo 1.131 del Código de Comercio que cursa ante la Corte Constitucional, bajo el argumento de que el régimen de prescripción para el Asegurado es inequitativo frente al establecido para la víctima. A la fecha de elaboración de este artículo, no se conoce la decisión de la Corte Constitucional, pero sin lugar a dudas la determinación que se tome será fundamental para el futuro del Seguro de Responsabilidad Civil en Colombia y para continuar el desarrollo del ya confuso tema de la prescripción de las acciones en el contrato de seguro.

\* El presente artículo sólo compromete la opinión personal de su autor.



# LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROFESIONALES

**Juan David Palacio Barrientos<sup>1</sup>**

## **CONTENIDO:**

- Las obligaciones contractuales
- Obligaciones de medio
- Obligaciones de resultado
- En qué consiste la responsabilidad de los profesionales
- Quienes son profesionales
- La responsabilidad contractual de los profesionales
- Conclusión
- Bibliografía

Quando hablamos de la responsabilidad civil en general, concluimos que es la obligación que tiene la persona que le causó un daño a otra de indemnizarle totalmente el daño causado. Esta se clasifica en extracontractual y contractual, y en uno y otro evento la obligación recaerá entonces o sobre el agente o sobre el deudor incumplido.

En tratándose de responsabilidad de los profesionales, no podemos ser ajenos a esta distinción. Aunque es común vincular esta exclusivamente al campo contractual, estos sujetos, en ejercicio de sus funciones también pueden ocasionar daños a terceros que pueden generar responsabilidad extracontractual. No obstante lo anterior, existe en la doctrina nacional<sup>2</sup> quienes sostienen que la responsabilidad profesional podría constituirse en una forma autónoma, independiente de la contractual y de la aquiliana. Esta propuesta la hacen con fundamento en lo siguiente: cuando se busca enmarcar las conductas de un gremio dentro de

---

1 Abogado U.P.B., Especialista en Responsabilidad Civil y Seguros de la Universidad EAFIT. Socio de la firma PINEDA, RODAS, PALACIO & Asociados

2 SUESCÚN MELO, Jorge. Derecho Privado Estudios De Derecho Civil Y Comercial Contemporáneo. Segunda Edición. Legis.

unas mismas normas, no se debería diferenciar si este lo está haciendo a partir del cumplimiento o no de un contrato, lo único que se deberá tener en cuenta es que se está frente a un daño y que quien lo ocasionó deberá indemnizarlo a no ser que demuestren una causa extraña –objetivización de la responsabilidad–.

En mi concepto, y sin estar de acuerdo con esa teoría, a lo que llega es a la unificación de la responsabilidad contractual con la extracontractual dentro de un marco objetivo, que dejaría por fuera el elemento culpa para todos los eventos. Sería difícil enmarcar dentro un solo tipo de responsabilidad todas las actuaciones de un profesional y más aun dentro de un marco objetivo.

Se hace necesario diferenciar en qué evento es que el profesional está causando el daño, si es en ejecución de un contrato o no, para poder endilgarle responsabilidad. Considero prudente, que los daños de tipo extracontractual que cause este, sean regulados conforme a la teoría general. Pero frente a las obligaciones contractuales considero que sí habrá que hacer diferencias, sin que necesariamente lleguemos a la conclusión de que se cree una teoría específica para los profesionales. No obstante lo anterior, posteriormente tocaré el tema de la responsabilidad extracontractual de los profesionales, y su regulación en países extranjeros. Hoy en día en países europeos, las normas que regulan el tema de productos defectuosos, pareciera que desestiman la distinción entre el régimen contractual y el delictual, simplemente obligan a los productores de bienes a que respondan por los daños causados sin importar o no si están en desarrollo de contratos, basados en el argumento que tanto los terceros “... *están sometidos al mismo riesgo que los contratantes...*”,<sup>3</sup> y por lo tanto la indemnización deberá ser la misma, toda vez que el profesional debe conocer tan profundamente su producto que debe estar lo suficientemente enterado de sus defectos.

## **LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES**

En todos los contratos que se celebren, si bien es cierto hay una obligación principal reflejada en el objeto del mismo, paralelamente a aquella, hay un sinnúmero de obligaciones que también hacen parte del contrato y que tienen que ser cumplidas por los contratantes en aras de lograr los objetivos trazados con el mismo. Esto es importante para el evento del incumplimiento del contrato, pues habrá que determinarse la naturaleza de la obligación infringida para saber cómo se puede exonerar el demandado.

3 LE TOURNEAU, Philippe. *La Responsabilité Civile Professionnelle*. Editorial Económica. Paris. 1995. Traducción realizada por el Doctor Javier Tamayo Jaramillo.

*La noción de “contrato” en el artículo 1604 del Código Civil ¿se extiende al concepto “obligación”?* El artículo 1604 del Código Civil al tocar el tema de la graduación de la culpa, lo hace partiendo de la base del beneficio contractual entre las partes. Si decimos que hay diferentes obligaciones en los contratos, ¿cómo sería la forma de aplicar el contenido de esa norma? ¿Será que la aplicación de la graduación de culpas sí tiene realmente aplicación en Colombia?

*Clasificación de las Obligaciones.* Las obligaciones en derecho civil están clasificadas en de medio o de resultado. La cuestión está en determinar cuándo estamos frente a la una o frente a la otra. Hoy en día, la jurisprudencia y en buena parte la doctrina<sup>4</sup>, admiten esta clasificación de las obligaciones contractuales, que surgió en el derecho francés. La mayor parte de estos concluye que una u otra es de medio o de resultado a partir del contenido mismo de la prestación que se obligó a cumplir el deudor frente al acreedor contractual.

Así, en las de medio, el deudor se compromete a realizar todos los actos tendientes a obtener el resultado buscado, y si media toda la diligencia, experiencia, conocimiento en el desarrollo de la misma, se entiende que cumplió así no haya obtenido el resultado buscado. En cambio, en las de resultado, el deudor se obliga a obtener un resultado preciso, que en el evento de no obtenerlo se entiende responsable a no ser que pruebe que el incumplimiento se debió a un evento de causa extraña. De manera general se pueden resaltar ejemplos comunes para unas y otras: para las primeras encontramos la obligación del abogado frente a su poderdante en la atención de un litigio; y para las segundas, la obligación del transportador frente a los pasajeros y/o los propietarios de la carga.

Así las cosas, frente a las obligaciones de medio, será la conducta del deudor la que le permite tener como cumplida o no la obligación; a diferencia de lo que ocurre con las de resultado, donde la conducta del deudor para nada importa frente al resultado buscado por las partes, este último será la única forma que tiene el deudor de demostrar que cumplió con lo pactado.

## **OBLIGACIONES DE MEDIO**

*¿En estas obligaciones se pacta un resultado?* Como en cualquier obligación, siempre hay una causa que conduce a contraerlas por los diferentes contratantes. En estas se le permite al deudor tener como cumplida su obligación, aún en el

<sup>4</sup> Entre otros autores, hay quienes están de acuerdo con esta clasificación, como: Dr. Álvaro Pérez Vives, Dr. Fernando Hinestrosa F., Dr. Carlos Holguín H. y Dr. Javier Tamayo Jaramillo.



evento en que no obtenga el resultado, siempre y cuando demuestre que actuó con diligencia y cuidado –en materia de responsabilidad de los profesionales, que actuó conforme a la *lex artis*-.

*¿Hasta dónde va la obligación del deudor de emplear diligencia y cuidado?* A diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad extracontractual, pareciera que la responsabilidad contractual admite la graduación de la culpa, y por tanto, no cualquier tipo de culpa será suficiente para endilgarle una responsabilidad al deudor incumplido por parte del acreedor cumplido o que se allanó a cumplir.

Es así como el artículo 63 del Código Civil, clasifica la culpa en grave, leve y levísima, y las define de la siguiente manera: la culpa grave es la que *consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios*; la culpa leve es la *falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios*; y la culpa levísima es la *falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes*.

El punto de partida para la graduación de la culpa se hace con fundamento en el concepto del *buen padre de familia*, como criterio del hombre medio. ¿Quién es un buen padre de familia? ¿Cuál es el criterio para catalogar a alguien como tal? ¿Será aplicable este concepto a la responsabilidad de profesionales? El Doctor Edgar Cortés en su obra *“La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano”* lo define de la siguiente manera: *“Se afirma que el padre de familia, bueno y diligente, representa al hombre normal, el hombre medio, no en relación con otros sino en relación con la observancia de sus deberes, sin olvidar que para el derecho la figura del buena padre de familia constituye la medida de una actividad que está destinada a satisfacer intereses ajenos, con lo que se acentúa la idea de una atención y solicitud especiales”*.<sup>5</sup>

*Aplicación del concepto de buena padre de familia en materia de responsabilidad profesional.* En materia de responsabilidad de profesionales, no tiene ningún sentido hablar de buen padre de familia, cuando hay una formación específica –formal o informal-, que necesariamente deberá implicar una mayor responsabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones. Considero que la posición del profesional frente a su cocontratante va más allá de los grados de culpa regulados en los artículos 63 y 1604 del Código Civil. Su obligación estará enmarcada necesariamente en lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado como la *lex artis*.

5 CORTÉS, Edgar. *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2001. Pág. 123.

*La Lex Artis.* Para cada una de las diferentes profesiones, será la *lex artis* la que determine si el profesional cumplió o no con su obligación, especialmente cuando estamos enfrente de obligaciones de medio. Y a qué hace relación ese concepto de *lex artis*? Es el mismo concepto del buen padre de familia, pero traducido al campo profesional. La *lex artis* lo que determina finalmente es la forma como el profesional debe desempeñar su función como tal, estableciendo principios, procedimientos, técnicas, métodos, defensas, etc. que deberán ser utilizados por este en el desarrollo de su profesión.

Así las cosas, el concepto de *lex artis* reemplazaría el tema de la graduación de la culpa, para concluir, que frente a los eventos de responsabilidad profesional de tipo subjetivo, la culpa será una sola, tal como ocurre en materia de responsabilidad civil extracontractual. Así, no importaría para nada el tema del beneficio de los contratos, para saber hasta dónde va la obligación del contratante, la culpa será una sola, sin ninguna clasificación adicional, y esta consistirá en la violación, cualquiera que sea, de los principios establecidos en la *lex artis*.

Por lo anterior, el objeto de la *Lex Artis* es el de “...fijar o establecer el standard de práctica profesional normal u ortodoxa para cada caso, estableciendo la conducta general del facultativo promedio ante un caso similar”.<sup>6</sup>

Así, el comportamiento podrá ser entonces o culposo o no culposo por parte del profesional en desarrollo de esa *lex artis*, pero será prácticamente imposible atenerse a lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil en el sentido de guardar la culpa del deudor profesional.

*La prueba de la culpa en las obligaciones de medio.* Dispone el inciso tercero del artículo 1604 C.C. que debe probar la diligencia y cuidado aquel que debió emplearla, de manera tal, podríamos partir de la base que en frente de obligaciones de medio, hay una presunción de culpa en cabeza del deudor. A renglón seguido, el último inciso del mismo artículo, dispone que hay leyes especiales que pueden modificar ese régimen o incluso las mismas partes en uso del principio de la autonomía de la voluntad las que lo pueden variar.

Si se analiza en general las obligaciones de medio, ¿qué debería probar el acreedor cumplido o que se allanó a cumplir frente al deudor incumplido? Si partimos de la base que la culpa de este último se presume, necesariamente tendríamos que llegar a la conclusión que al acreedor (demandante) no le corres-

6 LÓPEZ MESA, Marcelo; TRIGO REPRESAS, Félix A. Responsabilidad Civil de los Profesionales. Lexis Nexos, Buenos Aires. 2005. Pg. 26.

ponde probar la culpa del deudor. En principio eso es cierto, pero no se puede olvidar que al demandante le corresponde probar no solamente la existencia de un contrato válido celebrado entre las partes, sino también el incumplimiento del mismo. Al demostrar el incumplimiento, en mi sentir, está demostrando la culpa del deudor, quien solamente podrá desligar su responsabilidad, demostrando que fue diligente y cuidadoso –tal y como lo dispone el artículo 1604 C.C.- o incluso demostrando la presencia de una causa extraña. En este caso el incumplimiento y la culpa se confunden.

No obstante lo anterior, hay quienes sostienen, entre ellos el Doctor Javier Tamayo Jaramillo, que si bien es cierto el inciso 3 del artículo 1604 del Código Civil consagra una presunción de culpa, en la mayoría de los casos es la ley<sup>7</sup> la que se encarga de regular la carga de la prueba, como ocurre por ejemplo en el contrato de mandato, por virtud de lo consagrado en el inciso final del artículo 2184 del Código Civil.<sup>8</sup>

Si uno se detiene a analizar el tema de la causa extraña, especialmente en lo que tiene que ver con los elementos que la conforman –irresistibilidad, imprevisibilidad y exterioridad -, es necesario para que se configure esta que no medie una culpa del deudor, pues de lo contrario, esa culpa podría ser suficiente para que responda por el incumplimiento, dependiendo del grado de culpa por el que debería responder.

*La Culpa en la Causa Extraña.* La causa extraña está relacionada íntimamente con el tema de la diligencia y cuidado que debe emplear quien la alega. Y es una diligencia y cuidado desde un doble punto de vista:

1. El deudor debe ser diligente y cuidadoso en el cumplimiento de sus obligaciones, pues de lo contrario, la existencia paralela de una culpa y de una causa extraña, hará que los efectos de la segunda no se produzcan en algunos casos. El Dr. Javier Tamayo Jaramillo al respecto dispone: *“Desde el momento en que haya culpa, por levísima que sea, el hecho deja de ser imprevisible, y en consecuencia, no reúne todas las características de la fuerza mayor o caso fortuito que exige el artículo 64 del Código Civil. Así las cosas, es contradictorio decir, por ejemplo, que hay una fuerza mayor o un caso fortuito imputable a culpa del deudor”*.<sup>9</sup>

7 TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil. Tomo I. Teoría General de la Responsabilidad. Responsabilidad Contractual. Editorial Temis. 1999. Pg. 342.

8 *“No podrá el mandante disculparse de cumplir esas obligaciones, alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito o que pudo desempeñarse a menos costo; salvo que le pruebe culpa.*

9 TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. Cit. Pg. 296.

2. Para poder alegar una causa extraña, es necesario que el deudor demuestre que realizó todas las conductas necesarias para evitar que se produjera ese fenómeno excluyente de responsabilidad, so pena de no alcanzar tales efectos. Es decir, que demuestre que el hecho realmente sí fue imprevisible e irresistible.

## **OBLIGACIONES DE RESULTADO**

Tal como mencioné anteriormente, a diferencia de lo que ocurre con las obligaciones de medio, en este tipo de obligaciones, para que el deudor cumpla con la prestación, necesariamente deberá obtener el resultado pactado con el acreedor, a no ser que demuestre que el incumplimiento se debió a la ocurrencia de una causa extraña.

*¿Cómo cumple la obligación el deudor?* El deudor solamente tendrá como cumplida la obligación si obtiene el resultado a que se obligó frente a su acreedor. Para estas obligaciones para nada importa la forma cómo el deudor obtuvo el resultado, bastará con verificar si se obtuvo o no.

Así las cosas, la graduación de culpa no se aplicará frente a obligaciones de resultado en materia contractual, y no se aplicaría por tanto lo preceptuado en el artículo 1604 del Código Civil.

## **EN QUÉ CONSISTE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROFESIONALES**

Cuando hablamos de responsabilidad de los profesionales, tenemos que preguntarnos si este tipo de responsabilidad realmente se constituye en un tema independiente de la responsabilidad civil. No podemos desconocer que en nuestro país, a diferencia de lo que ocurre en países europeos, solamente existe un evento típico y claro de responsabilidad profesional, cual es la de los administradores. Estos tienen una regulación propia (ley 222 de 1995), consecuencias propias, régimen de responsabilidad único – hay quienes sostienen que es subjetivo con culpa presunta, hay quienes sostienen que es objetivo -, normas que impiden limitar su responsabilidad, etc. Ni siquiera la responsabilidad médica que tan de moda está hoy en día, ha sido regulada de manera independiente. Si bien es cierto jurisprudencialmente ha habido bastantes avances frente a ese tema, no hay unos parámetros establecidos de manera definitiva frente a este tipo de responsabilidad.

Así, para hablar de la responsabilidad de los profesionales, se hace necesario hacerlo desde el punto de vista de las profesiones de carácter liberal, en las que

va ligado al ejercicio un conocimiento previo específico, como el caso de los médicos, abogados, economistas, corredores, periodistas, etc.

Habrà que determinar bajo qué tipo de contrato se obliga cada uno, y cómo responderà frente a terceros en el evento en que les cause un daño por fuera de esa relación contractual. Para los casos de los contratos, necesariamente estaremos frente al tema de las obligaciones de medio y de resultado, conforme al contenido propio de la prestación.

## QUIENES SON PROFESIONALES

Para llegar al concepto de profesional, quiero primero definir profesión. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es: “3. Empleo, facultad u oficio que alguien ejerce y por el que recibe una retribución”. A renglón seguido, el mismo texto define profesional como: “3. Dicho de una persona: que practica una actividad, incluso delictiva, de la cual vive. (...) 5. Persona que ejerce su profesión con relevante capacidad y aplicación”.

¿Cuál es el objeto de definir estos conceptos? Si nos circunscribimos exclusivamente a las profesiones como aquellas actividades desarrolladas luego de realizar estudios universitarios o tecnológicos certificados, no podríamos incluir en este grupo de personas, a aquellos que aun sin haber pasado por un aula, tiene el suficiente bagaje, conocimiento, experiencia para realizar su labor, y cumplir con los encargos.

El Dr. Gilberto Martínez Rave en su obra *Responsabilidad Civil Extracontractual*, plasma las dos tendencias que existen al respecto, diciendo que hay quienes exigen para endilgar este tipo de responsabilidad para profesionales debidamente titulados, y otra que dispone que “... no es el título si no la actividad, la función o la profesión que se ejerce...” la que daría lugar a la aplicación de estas normas.<sup>10</sup>

En mi sentir, la profesión no se puede ligar solamente a aquellas personas que han estudiado en cualquier lugar de formación profesional o tecnológica, sino que el profesional debe ligarse a aquella persona que con o sin estudios profesionales, tenga la experiencia, el conocimiento, la actualización suficiente para cumplir con las obligaciones para las que es contratado.

10 MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Décima Edición. Editorial Temis. 1998. Pg. 402.

¿Dónde radica el problema de esta distinción? Hay profesiones que requieren para su práctica legal una serie de requisitos: como conocimientos mínimos, clases, preparación, exámenes, práctica, etc., como ocurre con los abogados, los médicos, los contadores y los arquitectos.

Existen también muchas otras profesiones –denominadas como liberales–, en las que no se requiere una calificación especial para su práctica, incluso, no podemos ser ajenos a personas que por sus propios medios y por prácticas continuas, logran algunos conocimientos tan específicos que podrían confundirse con profesionales. Es el caso de los parasicólogos, los vendedores, los comunicadores, etc.

Pero sin entrar al dilema de qué pasa con esas personas que no cumplen con los requisitos legales para la práctica de una profesión, y aun así la practican, lo que quiero dejar claro, como una posición personal, es que existen actividades que muchas veces no requieren una autorización o un permiso, y son desarrolladas por personas que por la práctica reiterada, por cursos, o simplemente por destrezas personales, logran dominar tanto una materia que podrían ser tenidos como profesionales.

Casos de estos se evidencian diariamente en el campo de las comunicaciones, de la construcción, de los servicios entre otros. Es que hay que tener en cuenta, que también para estos temas el desarrollo tecnológico genera nuevas necesidades en el mercado, que son cubiertas muchas veces por personas o empresas sin toda la formación requerida.

*Criterios para determinar si se está ante un profesional.* El Doctor Jorge Suescún Melo, en su obra “*Derecho Privado, Estudio de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*” enumera los criterios para determinar cuándo se está frente a un profesional, cuales son: la especialidad, la habitualidad y la onerosidad de la actividad.<sup>11</sup>

## **LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LOS PROFESIONALES**

Los profesionales, por ostentar tal calidad, no solamente tienen obligaciones en el cumplimiento del contrato frente al deudor, si no que estos adquieren otras, que deben ser cumplidas cabalmente so pena de incurrir en una responsabilidad.

Todas estas obligaciones que adquieren los profesionales, están contenidas bajo un principio general del derecho que se aplica a todas las relaciones en-

11 SUESCUN MELO, Jorge. Ob. Cit.

tre personas, no solamente las contractuales, que es el de la buena fe. Este es un principio que incluso ha sido, en nuestro derecho, elevado al nivel de rango constitucional, que está contenido en el artículo 83<sup>12</sup>. No obstante lo anterior, no hay que desconocer la naturaleza universal y general de este principio, que no habría sido necesario incluirlo en la carta magna para que fuera reconocido. Es más, conforme a principios constitucionales, el hecho que algunos principios no sean incluidos expresamente no les quita su importancia y obligatoriedad en el derecho. Además de ser incluido este principio dentro de la Constitución, en el derecho privado – derecho civil y comercial – está regulado expresamente.<sup>13</sup>

Junto con ese postulado de la buena fe, es necesario tener en cuenta otro principio que está siendo desarrollado hoy en día por el derecho privado cuál es el de la autonomía privada de la voluntad, que cada día está sirviendo más y más a los profesionales para descargarse de responsabilidades.

*¿En qué consiste de manera general ese principio de la autonomía de la voluntad?* En pocas palabras se puede definir como la facultad que le asiste a las partes que van a celebrar un contrato, hacerlo de una manera libre siempre y cuando esté dentro de los límites establecidos por la ley, el orden público y las buenas costumbres.

El principio de la autonomía de la voluntad está ligado con el objeto principal del contrato, dicho de otra manera, con el interés que llevó a la otra parte a contratar sus servicios.

Los principios que gobiernan la actividad profesional, por ser postulados ligados al principio de la buena fe, no permiten en mi sentir ningún tipo de modificación por voluntad de las partes pues “... donde hay en juego intereses superiores no hay lugar para la autonomía privada”.<sup>14</sup> Son obligaciones que van ligadas necesariamente al contrato sin importar si están o no incluidas de manera expresa.

Es necesario aclarar que muchas veces, las mismas partes imponen estas en los contratos, algunas veces incluso de manera severa, tomándolas como obligaciones principales, pero hay otras veces, repito que ni se mencionan. Procederé a enunciar aquellas obligaciones, que la doctrina en general ha tenido en cuenta como obligaciones de los profesionales, en desarrollo de un contrato.

12 Colombia. Artículo 83 de la Constitución Política: Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas.

13 Colombia. Artículo 1603 Código Civil y artículo 834 del Código de Comercio.

14 FERRI, Luigi. La Autonomía Privada. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969. Pág. 13.

## 1. La Obligación de Información

Esta obligación se ha tenido como de doble vía, pues no solamente recae sobre el profesional, sino que debido a su importancia, recae también sobre el contratante. Cada uno de ellos debe desplegar independientemente una serie de conductas que necesariamente habrá de concluir con los resultados buscados con la celebración del contrato. Adicionalmente, es una obligación que conlleva además la posibilidad de generar responsabilidad contractual o extracontractual, dependiente del momento en que esta se vulnere.

*Obligación de información a cargo del profesional.* Debido a su condición de profesional, esta obligación frente al contratante se traduce en la necesidad de ilustrarlo a partir de su conocimiento y experiencia, de cuáles son las posibilidades, consecuencias, usos, riesgos, que la prestación que pretende le pueden ocasionar, incluso, en algunos casos suministrándole información que podría impedir que el contratante contrate sus servicios. Desde esta perspectiva, será una obligación extracontractual que acarrearía para el profesional una responsabilidad delictual.

Así, y conforme a lo que sostiene el Doctor Carlos Alberto Ghersi en su obra “Responsabilidad Profesional”, el profesional deberá realizar las siguientes actividades para decidir si contrata o no con el cliente: “...a) *aprehensión de la situación fáctica*; b) *distinción y ordenamiento de las distintas variables que pueden fecundarse*; c) *valoración de los efectos, con sus aspectos positivos y negativos*; d) *estado o posible aportación por el cliente de los elementos de evaluación*; e) *consulta sobre los criterios científicos dominantes*, y f) *apreciación crítica y valorada de la tarea*”.<sup>15</sup>

Ya estrictamente hablando, en desarrollo del contrato, el profesional debe estar lo suficientemente preparado en temas como: contraindicaciones, restricciones técnicas, límites de su prestación, los riesgos, etc.<sup>16</sup>

Los contratos celebrados con profesionales, son contratos que están basados en la confianza que depositan las partes entre sí, especialmente el contratante en el profesional. El hecho de quebrantar la obligación de información, resquebrajará todo el andamiaje propio de la relación, haciendo que se pierda esa confianza de manera evidente. A través de esa obligación de información que el cliente logra obtener una especie de control sobre el profesional, control que no se puede confundir con abuso.

15 GHERSI, Carlos Alberto. Responsabilidad Profesional. Editorial Astrea: Buenos Aires. 1995. Pg. 62.

16 LE TOURNEAU, Phillipe. Ob. Cit.



*Cómo se cumple con esta obligación.* Previo a la formación del contrato, mencioné que el profesional tiene la obligación de informarle al cliente las diferentes consideraciones para que este pueda tomar tranquilamente la decisión de contratar o no. Durante la ejecución del contrato, la obligación de información a cargo del profesional, se traduce en mantener al cliente actualizado sobre su actuar. No es llevar esta obligación hasta el punto de tener que notificarlo de todos y cada uno de los movimientos o procedimientos que realice, pero sí de indicarle oportunamente en qué etapa se encuentra el encargo, las probabilidades de éxito, fecha estimada de terminación, etc.

Además de lo anterior, se viene dando una tendencia entre los profesionales, debido a la gran cantidad de procesos judiciales que se vienen presentando en contra de los mismos, especialmente en el campo de la medicina, consistente en dejar constancia escrita de la información y consejo dado por el profesional al cliente. Hay que dejar claro que este no es un requisito necesario para cumplir con esta obligación, pero definitivamente sí se constituye en una manera más fácil de probar por parte del profesional, que debido a su posición privilegiada, tiene la obligación de demostrar que cumplió con ella.

*La obligación de información puede ser principal o accesoria.* Hay que tener en cuenta también, que la información puede ser una obligación principal o accesoria, es decir, en algunos eventos esta puede ser el objeto de la prestación principal, como en el caso en que se contrata a una persona especializada en algún tema para que emita un concepto que servirá posteriormente para tomar decisiones; en los otros se traduce en la obligación general que tienen siempre los profesionales frente a su clientes.

La obligación de información, viene siendo confundida de manera continua y reiterada con la de consejo. Esta última ha sido tenida más en cuenta como un deber de las partes que como una obligación propiamente dicha. El deber de consejo –u obligación para otros- consiste solamente en apreciaciones subjetivas de las partes que no pueden ser consideradas en ningún momento de carácter contractual.

La confusión se presenta generalmente cuando como parte del cumplimiento del contrato, el profesional debe emitir un concepto sobre calidad, tecnología, beneficios, etc. caso en el cual realmente no está emitiendo un consejo sino que está cumpliendo con la obligación contractual que es de información.

*El receptor de la información.* Si bien es cierto, la obligación de información que recae sobre el profesional no se puede eliminar, hay que analizar también a quién va dirigida esa información para poder delimitar claramente hasta dónde va realmente la obligación del profesional. Es que como contratante suyo puede haber personas que van desde las que no han tenido ningún tipo de formación hasta profesionales que ostentan conocimientos en el mismo nivel que el profesional.

En mi sentir, la obligación es diferente, y su responsabilidad se atenuará según sea la cantidad de información real que requiere el interlocutor que le sea brindada. Incluso, hay quienes sostienen, que si el interlocutor hace creer al mandatario que posee la información suficiente, bien sea porque constantemente está opinando o aportando nueva información al proceso, si se llegare a demostrar que eso no es cierto, la actividad del contratante necesariamente tendrá que atenuar la responsabilidad del profesional. No obstante lo anterior, la información que suministre el profesional a su cliente “...ha de ser inteligible para su destinatario; así mismo debe ser exacta, pertinente y adaptada a la situación que se trate”.<sup>17</sup>

*Obligación de información del contratante.* Como el profesional es generalmente un tercero que no sabe realmente cuál es la necesidad final del cliente, este último le debe proporcionar toda la información necesaria para que este pueda cumplir cabalmente con su obligación. Esa información debe ser suficiente, verídica y oportuna, pues de lo contrario, el profesional no podrá cumplir cabalmente con su encargo.

De esta manera, la posición del contratante también debe ser activa, para que el profesional pueda desempeñarse adecuadamente.

## **2. Obligación de Confidencialidad**

Debido a la importancia de los negocios que se manejan hoy en día, y a la gran cantidad de información trascendental, los profesionales tienen acceso a información privilegiada e indispensable para el adecuado funcionamiento de una empresa, muchas veces incluso de manera ilimitada. Es una relación basada indiscutiblemente en la confianza, traducida en “...lealtad, probidad y buena fe...”,<sup>18</sup> que finalmente lleva la obligación a los límites del campo moral y de la ética, temas a los que no nos dedicaremos muy profundamente en este estudio.

17 SUESCÚN MELO, Jorge. Ob. Cit. Pág. 448.

18 GHERSI, Carlos Alberto. Ob. Cit. Pág.71.

Por eso, hoy en día es común, que en la mayoría de los contratos, se incluyan cláusulas de confidencialidad que obligan a todas las personas que tienen acceso a la información a guardarla de manera minuciosa y celosa. Esta obligación de confidencialidad, es lo mismo que el concepto de secreto profesional, que finalmente lo que busca es proteger los intereses particulares de quien revela información.

Al igual que la de información, esta obligación conduce a la posibilidad de generar responsabilidad contractual o extracontractual dependiendo del momento en que se incumpla. En materia extracontractual puntualmente, cuando se está en frente de los tratos preliminares a la celebración del contrato, las partes al suministrar información, deberán custodiarla y dirigirla de tal manera que solamente sea utilizada con la finalidad de buscar obtener la celebración del contrato. Cualquier uso indebido de esa información en la etapa previa a la formación del contrato que cause un daño necesariamente tendrá que ser indemnizado.

Inicialmente esta obligación solamente era vinculada a sacerdotes, abogados y médicos, pero tal y como lo mencioné anteriormente, esta obligación se expande a todos los profesionales, sin importar su actividad. Porque no se puede desconocer que muchas veces el contratante tiene que “desnudarse” completamente ante el profesional, y este nunca puede tomar ventaja de esa situación.

A pesar de lo anterior, y sin importar la costumbre que impera hoy en día de pactar esas cláusulas de confidencialidad, esta obligación, es en el fondo la antítesis de la obligación de información. Y no hay diferencia alguna en que la divulgue o la utilice para beneficio personal, el hecho de violar esa obligación es suficiente para incurrir en una responsabilidad contractual. Algunos ejemplos de este tipo de cláusulas los encontramos en la obra de Le Tourneau, “*La Responsabilidad civil Profesional*”<sup>19</sup> en las que incluye entre otros aspectos a tener en cuenta, los siguientes: qué información es confidencial, con quién la puede compartir sin quebrantarla, plazo de duración, etc.

### **3. La Obligación de Seguridad**

La obligación de seguridad es un concepto de creación jurisprudencial, y que se hace necesario diferenciar desde el punto de vista contractual y extracontractual, pues al igual que las obligaciones anteriores, es una obligación que recae

---

<sup>19</sup> LE TOURNEAU. Ob. Cit.

sobre los profesionales tanto frente a las personas con las que contratan, como con terceras personas.

Conforme a estas, el deudor – bien sea de carácter contractual o extracontractual – se obliga a garantizar la integridad tanto corporal como patrimonial de su acreedor – valga la pena aclarar contractual o extracontractual – en el cumplimiento de su obligación.

En tratándose de la contractual, se hace necesario determinar en qué momento se está frente a esta. Lo primero que cabe decir, es que la obligación de seguridad es normalmente una obligación accesoria al contrato celebrado, pero por el hecho de ostentar tal calidad, no quiere decir que no sea tan importante como la principal.

Estas obligaciones surgen por la necesidad de proteger a las personas en frente de una persona que tiene pleno dominio y conocimiento de la actividad que ejerce, y en la cual, normalmente el deudor deja a su entera disposición su integridad para el adecuado cumplimiento de la obligación. La jurisprudencia y la doctrina han reconocido obligación contractual de seguridad en los siguientes casos: “... *alimentación en los restaurantes, hotelería, hospitalización, parques zoológicos, espectáculos artísticos y deportivos, parques de diversión, salas de cine, colegios, guarderías, salones de belleza, aprendizaje de deportes, prestación de servicios médicos, etc.*”.<sup>20</sup>

La principal dificultad frente a este tipo de obligaciones, después de lo relacionado con su carácter o no contractual, es en lo que tiene que ver con su naturaleza, es decir, si es de medios o de resultado. El Dr. Javier Tamayo Jaramillo en su obra “*De la Responsabilidad Civil*” dice que es de medios o de resultado dependiendo de la incidencia que pueda tener el acreedor en frente de su integridad en cumplimiento del contrato. Es decir, será de medios cuando el deudor en cumplimiento de la obligación no pueda garantizar la integridad del acreedor, como el caso de la responsabilidad de los médicos; y de resultado, cuando la integridad queda en las manos del deudor en su totalidad, como en el caso del contrato de hospedaje y de transporte.

El autor francés Philippe Le Tourneau, en su obra “*La Responsabilidad Civil Profesional*” propone que las obligaciones de seguridad siempre deberían ser de resultado, pues la obligación de seguridad “... *se justifica por la desigualdad que, a*

20 TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. Cit. Tomo I. Pág. 81.

*menudo, reina entre el profesional, “amo de su técnica”, y un profano, en todos los dominios, cuando el contrato por su propia naturaleza expone al cliente a un cierto riesgo”.*<sup>21</sup>

#### **4. Capacitación y actualización**

No basta con ostentar un título, o ser la persona dominante de un arte u oficio. Es necesario que los profesionales en cumplimiento de los contratos estén lo suficientemente capacitados para poder lograr los objetivos buscados con el contrato.

No se puede llevar el cumplimiento de esta obligación hasta el punto de exigirle al profesional detentar el manejo de las técnicas más avanzadas, lo que sí se le exige, es que domine la *lex artis* de una manera actualizada, es decir, que con sus conocimientos sea posible obtener los resultados del contrato, o por lo menos, que sea posible demostrar que los medios utilizados fueron los idóneos para obtener el resultado buscado.

La tecnología frente a aquellos que es herramienta de trabajo, se convierte en la pauta de los profesionales. En otros casos, es la información actualizada, la jurisprudencia y en general cualquier forma de capacitación, la forma que tienen los profesionales de mantenerse capacitados y aptos para cumplir con su función.

Si el profesional no se actualiza, y debido a eso no cumple con el resultado buscado, esa se constituirá en una culpa, suficiente para endilgarle responsabilidad derivada del incumplimiento del contrato.

#### **5. Otras Obligaciones**

Además de estas tres obligaciones, que para juicio de muchos son las principales de los profesionales, existen otras tantas que también deben ser cumplidas por el deudor en desarrollo del contrato, junto con el contratista. Al igual que para las tres que anteriormente enuncié, el fundamento jurídico de estas está en el principio general de la buena fe.

##### **a. Lealtad en la ejecución del contrato**

Más que una obligación, esta se ha entendido más bien como un deber de las partes, no solamente del profesional, sino también a cargo del contratista. Y es un deber que va desde el momento mismo en que las partes comienzan con las

21 LE TOURNEAU, Philippe. Ob. Cit.

tratativas preliminares, sino que va durante la ejecución del contrato, e incluso en algunos casos, hasta en períodos poscontractuales.

Esa lealtad se debe ver traducida en las conductas que ambas partes realicen en pos de obtener los resultados buscados, como por ejemplo transparencia, perseverancia y fidelidad.

Hoy en día, es muy común realizar negocios a través del internet. Se realizan contratos entre dos personas que están presentes “virtualmente”, donde la ejecución del contrato se basa exclusivamente en la confianza que deposita el contratante en el profesional que está exhibiendo bienes o servicios a través de ese medio. Y recordemos que en el internet, lo que hay es una serie de ofertas –acto jurídico unilateral- que son aceptadas por los internautas.

### **b. Deberes Morales**

El dinero se ha convertido en la finalidad perseguida por muchos profesionales, dejando de lado los fines sociales. El desarrollo y evolución de la economía a nivel mundial, ha llevado a la sociedad en general a necesitar más de los servicios de los profesionales, especialmente en el campo de la medicina en general y las asesorías profesionales – economistas, abogados, consultores, etc.-.

Debido a ese auge, y a esa alta demanda, los profesionales en las diferentes áreas, se están convirtiendo en máquinas de producir dinero, sin tener en cuenta para nada a la parte con la que está negociando. Su único interés es prestarle el servicio, cobrar y atender al siguiente, sin ni siquiera preocuparse por la persona como tal.

Los profesionales, no pueden olvidarse que su finalidad no es solamente producir, su objetivo está centrado en servir, lógicamente buscando una remuneración que le permita satisfacer sus necesidades básicas.

Por ello, los profesionales en cumplimiento de su labor, deben ser pacientes, discretos – que es una cualidad que está bastante relacionada con la confidencialidad -, coherentes y ante todo leales con sus clientes.

## **LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LOS PROFESIONALES**

Los profesionales, en ejercicio de su actividad, no cometen daños solamente a aquellas personas con las cuales celebran contratos. Lógicamente frente a ellas,

y en virtud del principio del efecto relativo de los contratos, responden contractualmente. Pero en aquellos eventos en que las víctimas son terceras personas, su responsabilidad será de carácter extracontractual.

Hay que tener en cuenta necesariamente, que hay tendencias extranjeras, que buscan unificar en cabeza de los profesionales, la responsabilidad contractual y extracontractual en una sola, en la contractual. Es decir, que por el hecho de ser profesionales, deben responder de la misma manera, como si tuvieran una posición diferente al resto de la comunidad.

Cuando estábamos desarrollando las diferentes obligaciones contractuales, fui claro en mencionar que algunas de ellas existen tanto frente a la responsabilidad contractual como la extracontractual, específicamente en lo que tiene que ver con la obligación de información y con la de seguridad.

La obligación de información y de confidencialidad de carácter extracontractual, se ve materializada especialmente en esos tratos preliminares que realizan las partes antes de lograr un acuerdo que dé como resultado la celebración de un contrato. Hoy en día, es común, que las personas que pretenden contratar a un profesional, busquen diferentes opiniones, y se asesoren debidamente para decidir posteriormente cuál de esos profesionales es el idóneo para celebrar el contrato.

En esos tratos preliminares, el profesional debe suministrar la información suficiente para que el contratante pueda tomar esa decisión. Cuando se hace referencia a información suficiente, no quiere decir que el profesional deba suministrar detalladamente sus conceptos o procedimientos a practicar, pero sí debe por lo menos dejarle claro al contratante que conoce el tema y que está en capacidad de atender sus necesidades. A su vez el contratante bajo confidencialidad debe suministrarle al profesional la información necesaria para poder preparar su estrategia y así decidir si contrata o no con el mismo.

Por lo anterior, esa obligación de información no es tan amplia como la contractual, pues el profesional también necesita proteger su conocimiento frente a otras personas, que se pueden beneficiar de la información inicial que le suministró al contratante. Muchas veces los contratantes, con o sin intención, le manifiestan a otros profesionales el concepto inicial brindado, dejando la puerta abierta para que se beneficien de esos conceptos. En estos casos, los contratantes deben ser también leales con los profesionales, porque beneficiarse de la

información sin su consentimiento podría generarles también alguna responsabilidad frente a los mismos.

La obligación de seguridad se presenta frente a aquellas personas, que estando bajo la esfera de dominio de un profesional con el cual no han celebrado ningún contrato, hace que este último responda por los daños que pueda sufrir un potencial cliente en su dominio. Realmente esta clasificación no genera ninguna diferencia con la responsabilidad civil extracontractual en general, pues hay un precepto general, que quien le cause un daño a otra persona deberá resarcirlo, y este es un típico evento de responsabilidad extracontractual.

En frente de la obligación de seguridad de naturaleza extracontractual, es uno de los puntos en los cuales, la doctrina extranjera pretende ampliarle el campo de aplicación de la responsabilidad contractual incluso frente a los daños causados a terceras personas con las cuales ni siquiera se tiene una relación.

Los ejemplos típicos de este tipo de responsabilidad se presentan en los hoteles, restaurantes, colegios, etc.

En conclusión, en Colombia, los profesionales responden siempre extracontractualmente frente a los terceros, bien sea de manera objetiva o subjetiva, conforme a la responsabilidad a que estén sometidos. En mi concepto, solamente se variará el régimen de responsabilidad en aquellos eventos en los que recaiga sobre ellos la obligación de seguridad.

## **LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE LOS ABOGADOS**

La profesión de abogado, es una de las tantas profesiones liberales, y una de las cuales en la que encaja de manera perfecta toda la teoría acabada de esbozar frente a la responsabilidad de los profesionales.

El abogado como profesional, tiene la obligación de velar por los intereses de terceras personas, que mediante un encargo, lo envisten de poderes suficientes para que representen sus intereses. Por regla general, tratándose de abogados litigantes, estos encargos se hacen a través de contratos en los que el abogado tiene como objetivo principal obtener el resultado buscado por el cliente, pero en el evento de no obtenerlo, su obligación se verá cumplida por el simple hecho de demostrar la debida diligencia y cuidado en la atención del encargo. Pero no se puede desconocer que en algunos eventos las obligaciones principales son de



resultado, y en estas como su nombre lo indica, obtener el resultado es la única vía que tiene el abogado para dar por cumplida su obligación.

Es preciso anotar además, que como cualquier tipo de contrato, frente a aquel que se celebra con un abogado, contiene obligaciones principales y accesorias, que dependiendo de la prestación de cada una será o de medios o de resultado.

Hoy en día, tal como sucedió con los médicos hace aproximadamente diez años, se están llenando los estrados judiciales de demandas de responsabilidad civil en contra de abogados que incumplen con sus obligaciones y le causan perjuicios a sus contratantes.

Para que surja la responsabilidad del abogado, bien sea de naturaleza contractual o extracontractual, como acontece con cualquier tipo de profesional, la víctima por regla general, deberá probar la existencia de los cuatro elementos fundamentales, cuales son: el hecho ilícito o incumplimiento contractual, el factor de imputación, el daño y el nexo de causalidad.

En este capítulo, me dedicaré a tocar temas relevantes de la responsabilidad civil de los abogados, tales como la naturaleza de las obligaciones, el vínculo entre los contratantes, y específicamente en lo que tiene que ver con el elemento daño.

## **La Naturaleza de las obligaciones de los Abogados**

Los abogados cumplen sus labores frente a los contratistas de diferentes maneras, y por lo tanto, las obligaciones que contraen, al igual que cualquier otro tipo de obligación contractual, se clasifica en de medios o de resultado.

La primera observación que cabe hacer al respecto es que en todos los contratos hay tantas cuantas obligaciones pacten las partes. Pero nos podemos detener en las obligaciones principales para hacer una aproximación inicial a la clasificación, y después haremos unos comentarios sobre algunas obligaciones accesorias, las cuales, no podemos clasificar como de medios o de resultado a priori, sin tener en cuenta su contenido prestacional.

*Las obligaciones Principales.* Los abogados, basados en una relación de confianza, se encargan de realizar, por un encargo que le hace un contratista, todas las conductas tendientes a obtener un resultado en el cual tiene interés el contratista, resultado que puede ser de obtener bien sea un incremento patrimonial –

como cuando constituye sociedades de inversiones – o de evitar alguno – como ocurre en la atención de litigios-.

Así las cosas, podemos se podría plantear una forma de clasificar las obligaciones de los abogados, pues existe una creencia en mi concepto errónea, de que los abogados cumplen siempre obligaciones de medios como ocurre con los médicos, cuando en realidad, especialmente para aquellos que son consultores, las obligaciones la mayoría de las veces son de resultado.

En principio, esa discusión se puede dirimir si se clasifican las obligaciones dependiendo de si el resultado depende de la decisión de un tercero o no. Es decir, si el abogado está representado a un cliente en la atención de un litigio, conflicto, demanda, etc. su responsabilidad en principio frente a la obligación principal será de medios, pues se traducirá en la obligación de convencer al tercero para que acoja sus argumentos en beneficio de su cliente. No quiere esto decir, que si no se obtiene una decisión favorable por parte del tercero el abogado incumpla, este tendrá como cumplida su obligación si demuestra que conforme a la *lex artis* sus argumentos fueron acordes con los planteado. De otro lado, si el abogado lo que está haciendo es asesorando a una empresa en la forma de conformar su estructura, la revisión de contratos, la revisión de garantías, su obligación frente al cliente será mayor, pues en estos casos, los resultados deberán ser conformes a lo que se obligó, es decir, a hacer un contrato que proteja los beneficios de su cliente, a revisar aquellos que les propongan para que no los perjudique, etc.

La diferencia entre los dos casos propuestos radica no exclusivamente en la práctica profesional conforme a la *lex artis* del abogado, si no la debida aplicación de la misma en beneficio del cliente.

Sin perjuicio de lo anterior, el abogado en cumplimiento de cualquier encargo, tiene en cabeza suya una serie de obligaciones que siempre serán de resultado, sin importar si la principal es o no de medios. Son obligaciones que están relacionadas más con la forma de cumplir el encargo que con la profesión propiamente dicha. Son aquellas obligaciones accesorias que permiten el cabal cumplimiento del encargo, como es por ejemplo: el cumplimiento de términos judiciales, la interposición de recursos, las notificaciones, la presentación oportuna de conceptos, la actualización de información, el envío de informes, etc. Todas estas obligaciones, aunque accesorias, hacen que el cumplimiento del contrato sea total, y en el evento que su incumplimiento genere la no obtención del resultado,

la exoneración de la responsabilidad será solamente mediante la prueba de una causa extraña. A continuación haré una breve referencia de algunas de ellas:

*Responsabilidad por caducidad o prescripción.* Los abogados tienen la obligación de conocer las normas tanto sustanciales como procedimentales que regulen los términos en los cuales los derechos prescriben o las acciones caducan. Las consecuencias de estos dos tipos de fenómenos son castigos que impone la ley directamente al titular del derecho o de la acción como consecuencia de su negligencia en el ejercicio del derecho.

Una vez configurada la prescripción o la caducidad, la obligación que era civil, se convierte en natural,<sup>22</sup> y la posibilidad de exigirla por la vía judicial se extingue por la falta de cuidado del abogado. Esa pérdida del derecho o de la posibilidad de ejercer la acción, se traduce necesariamente en un daño, el cual debe ser indemnizado por el abogado, el cual consiste principalmente en lo que la doctrina francesa llama *la pérdida de oportunidad*, junto con cualquier otro perjuicio que sea demostrado en el proceso y que sea cierto.

Dentro de este punto me parece importante tocar un tema relacionado con la responsabilidad en que puede incurrir el abogado en el evento que por una falta oportuna de información, o por el suministro de una de manera defectuosa, los derechos de su cliente prescriban. La obligación de informar que recae sobre el abogado exige que esta sea oportuna y suficiente, para que la persona que lo contrató o que por lo menos pretende contratar, pueda tomar una decisión que pueda cumplir con sus necesidades.

*Responsabilidad por no interposición de recursos.* Procedimentalmente hablando, los recursos son las vías que dispone el abogado que no está de acuerdo con la decisión del fallador de primera instancia, para que su superior la revise y corrija si es del caso.

Esta omisión no siempre va a generar culpa del abogado, pues muchas veces es tan clara y convincente la decisión de primera instancia, que interponer recursos se convierte en una inversión inadecuada de tiempo y muchas veces de dinero. En este caso, habrá que determinar claramente la decisión del *a quo* para definir si se interpone o no el recurso.

22 LÓPEZ MESA, Marcelo; TRIGO REPRESAS, Félix A. Responsabilidad Civil de los Profesionales. Lexis Nexos, Buenos Aires. 2005. Pg. 258. “Debe tenerse en cuenta que si bien el derecho no se ha perdido en este caso, si ha dejado de ser exigible judicialmente, al pasar a ser una obligación natural, lo que genera un daño indemnizable”.

*Pérdida de Pruebas.* Los medios probatorios constituyen las armas de que disponen los abogados para convencer a esa tercera persona que debe decidir un conflicto que se ha generado entre dos o más partes.

Si bien es cierto la forma, clase, cantidad y contenido de las pruebas no tiene unas reglas definidas, y cada apoderado cuenta con su propia técnica, la pérdida de un proceso judicial por la ausencia de prueba suficiente, habiendo tenido la posibilidad de aportarla al proceso, se constituye en un incumplimiento de su obligación como profesional. Pues el abogado tiene el deber de solicitarle a su cliente, que le suministre la información necesaria para aportar como prueba a un proceso, no solamente de tipo documental, si no testimonial, pericial, etc.

Este es un punto en el cual, se hace necesario hacer un estudio detallado de la sentencia, y de los motivos que llevaron al fallador a decidir contrariamente a lo que pretendía el abogado.

*¿En qué consiste la lex artis del abogado?* Constantemente hemos hecho alusión en el presente documento al concepto de *lex artis*. Es un concepto que traducido al español significa la ley del arte, y hace alusión a que un profesional en cumplimiento de un contrato cumplió sus obligaciones conforme a lo que las disposiciones generales de esa profesión lo plantean.

Es un concepto que se comenzó a utilizar especialmente frente a la actividad médica, haciendo alusión a si los procedimientos o tratamientos realizados por los médicos a sus pacientes eran los adecuados, o eran reconocidos como válidos por la medicina en general.

Frente a los abogados, la *lex artis* hace alusión a la aplicación del conocimiento actualizado de la legislación y evidentemente de la jurisprudencia para atender un contrato. Y no importa si está sometido el contrato a la decisión o no de un tercero, en cualquier evento, el abogado debe tener el conocimiento suficiente para atender un caso, pues de no tenerlo, estaría incumpliendo con el contrato de entrada.

Los abogados requieren una formación académica mínima, como ocurre con los médicos, para que sean capaces de atender las necesidades de la sociedad. Tanto es así, que por ejemplo en Colombia,<sup>23</sup> y en la mayoría de países, es una profesión que requiere la expedición de una tarjeta profesional, la cual es expe-

23 Colombia. El artículo 3 del decreto 196 de 1971 dispone que: Es abogado quien obtiene el correspondiente título universitario de conformidad con las exigencias académicas y legales.

dida por entes estatales, como en el caso específico de nuestro país el Consejo Superior de la Judicatura.<sup>24</sup> Por lo anterior, el abogado “... requiere para el ejercicio de su profesión un título habilitante, lo cual supone un ‘bagaje de conocimientos’, una ‘aptitud cultural’, que incluso se puede afinar con la especialidad”.<sup>25</sup>

*Obligaciones específicas de los abogados como profesionales.* En la primera parte de este documento, enuncié de manera general, las que en mi criterio se constituyen en las principales obligaciones de los profesionales, la de información, la de confidencialidad, la de seguridad, la de capacitación, y en general aquellas que en general se entienden más como deberes morales en cumplimiento de su encargo.

Lo mencionado allí por tanto se aplicará de manera puntual para los abogados en sus actuaciones como profesionales, aunque considero preciso hacer unas anotaciones adicionales con respecto a las mismas.

*La obligación de información.* El abogado es un profesional que se encarga de representar los intereses de personas para que los efectos de sus encargos se radiquen en sus respectivos patrimonios. Finalmente, como se dedica a la atención de situaciones e intereses ajenos, el abogado deberá brindarle a su contratista toda la información necesaria antes, durante e incluso después de celebrado el contrato. Lógicamente en cada una de las etapas la obligación se verá o atenuada o reforzada dependiendo de la firmeza del vínculo entre las partes.

Cuando hago alusión a firmeza del vínculo, quiero decir que efectivamente sí se haya contratado los servicios del abogado, pues esa etapa de negociaciones anteriores, aunque si bien es cierto generarían responsabilidad de tipo extracontractual, en cumplimiento de la misma, el abogado debe obrar ciñéndose estrictamente al postulado de la buena fe, así, “...el abogado debe individualizar el objetivo perseguido por el cliente, la situación de hecho que se encuentra en la base de la exigencia del cliente y todo como elemento útil, y luego de ello el profesional decidirá se acepta el encargo y dispone de los instrumentos útiles para la realización del objetivo final de su cliente”.<sup>26</sup>

Ligado a esta obligación, está el deber de asesorar debidamente y no inducir a engaño a los clientes. En este punto, es necesario tocar el tema tan constantemente discutido en las facultades de derecho, y es el relacionado con la conducta que debe asumir el profesional del derecho frente a un caso específico en el

24 El Título II del Decreto 196 de 1971 regula el tema.

25 GHERSI, Carlos Alberto. Ob. Cit. Pág. 51.

26 LÓPEZ MESA, Marcelo; TRIGO REPRESAS, Félix A. Ob. Cit. Pg. 228.

campo del litigio, y es que el abogado nunca deberá garantizar el éxito de un proceso, mucho menos cuando la decisión está sometida al arbitrio de un tercero. Ni siquiera en un proceso ejecutivo los resultados se pueden garantizar. Lo que tiene que hacer el abogado para darle cumplimiento a esta obligación, es enseñarle a su cliente el panorama al cual se enfrenta, el cual en algunos casos puede ser muy alentador, pero nunca garantizar el éxito. El abogado solamente podrá hacer predicciones a partir del conocimiento que tenga sobre casos similares, pero nunca podrá, en aras de cumplir con su encargo, asegurar un resultado, así haya decisiones favorables anteriores en casos parecidos.

El abogado tiene la obligación de plantear todos los escenarios, y queda a discreción del cliente determinar si asume o no el riesgo. Lógicamente, la obligación del abogado seguirá siendo la misma desde el punto de vista profesional, así el cliente asuma el riesgo. Este último hecho no exime al abogado de tener que cumplir cabalmente con su obligación de medio.

*La obligación de confidencialidad.* Aparte de lo mencionado anteriormente y conforme a los lineamientos generales de esta obligación, el abogado en ejercicio de su profesión, tiene acceso a mucha información privilegiada del cliente, tanto de carácter personal como de carácter profesional.

Y toda la información que requiere para la debida atención de un negocio, solamente podrá utilizarla para el mencionado fin, pues cualquier mal uso que haga de esa información necesariamente habrá de generarle muchos perjuicios a quien la confió, no solamente desde el punto de vista material, si no especialmente desde el extrapatrimonial.

Frente al abogado esta obligación se traduce como el secreto profesional, que lo lleva al extremo de poder escudarse en aquella obligación en los eventos en que sea llamado ante autoridad competente para declarar en contra de su cliente. Frente a este beneficio judicial del que goza el abogado, hay que hacer dos observaciones: es muy importante especialmente en frente de abogados penalistas frente a sus clientes sindicados de cometer algún delito; y es importante en frente de cualquier otra rama del derecho, pues la información que se suministra puede ser en muchos casos lo necesario para que un negocio funcione.

*La obligación de capacitación.* Los abogados, como profesionales independientes, tienen la obligación de capacitarse en lo que tiene que ver con las normas y jurisprudencias actuales. Esta capacitación se requiere pues como es de público

conocimiento, las leyes en los diferentes países se deben ir ajustando a las realidades políticas, sociales y económicas que se estén evidenciando.

La capacitación no requiere la aprobación de cursos, diplomaturas, especializaciones, etc., lo único que requiere es que por cualquier medio esté enterado de las tendencias actuales en materia legal y jurisprudencial, suficiente como para poder enfrentar el caso encargado conforme a la *lex artis*. Es más, aun cuando hoy en día es muy común que los abogados estén cursando diferentes especializaciones, no es menos cierto, que la experiencia verdadera se adquiere en gran porcentaje con la práctica continua y juiciosa, y lógicamente con el estudio constante de las tendencias legales, jurisprudenciales y doctrinales.

Y finalmente, cabe mencionar, que el derecho hoy en día está tan diversificado que las ramas base del derecho ordinario como la civil, la laboral y la penal, vienen siendo especializadas de tal manera, que hay un sinnúmero de divisiones dentro de cada una de esas ramas, que impediría al abogado conocer plenamente de todos los temas legales. La capacitación y el conocimiento, deben estar ligados a temas específicos para poder así destinar la mayor parte del tiempo en una capacitación adecuada, y especialmente en el hecho de adquirir la experiencia necesaria en el cumplimiento del contrato.

638 *Comentarios frente al resto de obligaciones.* Las demás obligaciones, tienen más un contenido subjetivo que cualquier otra cosa. Está relacionado con la lealtad y los deberes morales del abogado en cumplimiento del contrato. Estas obligaciones, vale la pena mencionarlo, no están dirigidas únicamente a la relación entre cliente – abogado, son obligaciones que también se deberán tener en cuenta, aun en desarrollo de un contrato, frente a terceros, especialmente frente a sus propios colegas, y en el evento de litigios, frente a los encargados de impartir justicia.

Es que la lealtad en mi sentir, es un concepto que va ligado directamente con la ciencia del derecho, y es un concepto que debe estar presente en todo momento en que el abogado actúe en uso de tal investidura. El abogado debe ser por lo tanto respetuoso de su cliente, de su contraparte y obviamente del juez.

El abogado es leal cuando defiende una causa con argumentos sólidos, es leal cuando respeta los argumentos de sus contrincantes, es leal cuando triunfa, y es leal en la derrota; en palabras de los Doctores Marcelo J. López Mesa y Félix A. Trigo Represas: *“La abogacía debe ser practicada por nobles, esto es, no por barones,*

*duques y condes, sino por personas honradas, nobles en sus sentimientos, que honren la sagrada misión que se les ha confiado al otorgárseles el título de abogado”.*<sup>27</sup>

*Los deberes en la ley 1123 de 2007.* La ley 1123 de 2007 se encargó de regular todo el tema disciplinario del abogado en el ejercicio de su profesión. El artículo 28 hizo una lista de los deberes de los abogados, que sin necesidad de entrar en la discusión de si son deberes u obligaciones, en mi concepto su incumplimiento, en materia civil necesariamente deberá ser tenido como una culpa. Dicha norma dispone lo siguiente:

*ARTÍCULO 28. DEBERES PROFESIONALES DEL ABOGADO. Son deberes del abogado:*

- 1. Observar la Constitución Política y la ley.*
- 2. Defender y promocionar los Derechos Humanos, entendidos como la unidad integral de derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales y de derechos colectivos, conforme a las normas constitucionales y a los tratados internacionales ratificados por Colombia.*
- 3. Conocer, promover y respetar las normas consagradas en este código.*
- 4. Actualizar los conocimientos inherentes al ejercicio de la profesión.*
- 5. Conservar y defender la dignidad y el decoro de la profesión.*
- 6. Colaborar leal y legalmente en la recta y cumplida realización de la justicia y los fines del Estado.*
- 7. Observar y exigir mesura, seriedad, ponderación y respeto en sus relaciones con los servidores públicos, colaboradores y auxiliares de la justicia, la contraparte, abogados y demás personas que intervengan en los asuntos de su profesión.*
- 8. Obrar con lealtad y honradez en sus relaciones profesionales. En desarrollo de este deber, entre otros aspectos, el abogado deberá fijar sus honorarios con criterio equitativo, justificado y proporcional frente al servicio prestado o de acuerdo a las normas que se dicten para el efecto, y suscribirá recibos cada vez que perciba dineros, cualquiera sea, su concepto. Así mismo, deberá acordar con claridad los términos del mandato en lo concerniente al objeto, los costos, la contraprestación y forma de pago.*

---

27 LÓPEZ MESA, Marcelo; TRIGO REPRESAS, Félix A. Ob. Cit. Pág. 234.



9. Guardar el secreto profesional, incluso después de cesar la prestación de sus servicios.

10. Atender con celosa diligencia sus encargos profesionales, lo cual se extiende al control de los abogados suplentes y dependientes, así como a los miembros de la firma o asociación de abogados que represente al suscribir contrato de prestación de servicios, y a aquellos que contrate para el cumplimiento del mismo.

11. Proceder con lealtad Y honradez en sus relaciones con los colegas.

12. Mantener en todo momento su independencia profesional, de tal forma que las opiniones políticas propias o ajenas así como las filosóficas, o religiosas no interfieran en ningún momento en el ejercicio de la profesión, en la cual sólo deberá atender a la Constitución, la ley y los principios que la orientan.

13. Prevenir litigios innecesarios, inocuos o fraudulentos y facilitar los mecanismos de solución alternativa de conflictos.

14. Respetar y cumplir las disposiciones legales que establecen las incompatibilidades para el ejercicio de la profesión.

15. Tener un domicilio profesional conocido, registrado y actualizado ante el Registro Nacional de Abogados para la atención de los asuntos que se le encomienden, debiendo además informar de manera inmediata toda variación del mismo a las autoridades ante las cuales adelante cualquier gestión profesional.

16. Abstenerse de incurrir en actuaciones temerarias de acuerdo con la ley.

7. Exhortar a los testigos a declarar con veracidad los hechos de su conocimiento.

18. Informar con veracidad a su cliente sobre las siguientes situaciones:

a) Las posibilidades de la gestión, sin crear falsas expectativas, magnificar las dificultades ni asegurar un resultado favorable;

b) Las relaciones de parentesco amistad o interés con la parte contraria o cualquier situación que pueda afectar su independencia o configurar un motivo determinante para la interrupción de la relación profesional;

c) La constante evolución del asunto encomendado y las posibilidades de mecanismos alternos de solución de conflictos.

19. Renunciar o sustituir los poderes, encargos de mandatos que le hayan sido confiados, en aquellos eventos donde se le haya impuesto pena o sanción que resulte incompatible con el ejercicio de la profesión.

20. *Abstenerse de aceptar poder en un asunto hasta tanto no se haya obtenido el correspondiente paz y salvo de honorarios de quien venía atendiéndolo, salvo causa justificada.*

21. *Aceptar y desempeñar las designaciones como defensor de oficio. Sólo podrá excusarse por enfermedad grave, incompatibilidad de intereses, ser servidor público o tener a su cargo tres (3) o más defensas de oficio, o que exista una razón que a juicio del funcionario de conocimiento pueda incidir negativamente en la defensa del imputado o resultar violatoria de los derechos fundamentales de la persona designada.*

*La responsabilidad extracontractual del abogado.* El abogado, como cualquier otro profesional, puede incurrir en responsabilidad contractual y extracontractual. Es más común que incurra en la primera de ellas, pero necesariamente también podrá incurrir en la segunda, especialmente, porque es una profesión de tipo social que involucra a terceras personas en el ejercicio de la misma.

Además, tal como lo hemos desarrollado en este documento, en la etapa de los tratos preliminares, el abogado responde de manera extracontractual frente a su potencial cliente cuando le causa algún tipo de daño derivado de su actuación como abogado.

Para que surja este tipo de responsabilidad, es necesario que concurren todos los elementos propios de esta figura, cuales son: el hecho ilícito, el daño, el factor de imputación y el nexo de causalidad.

En lo que tiene que ver con el factor de imputación, ¿será la culpa o el riesgo la que lo determine? Los abogados responden de manera contractual si actúan como tales, pues no se podrá endilgar una responsabilidad profesional de naturaleza extracontractual al abogado que dirigiéndose en su vehículo automotor a una audiencia atropelle a un transeúnte. En este evento responderá, pero no por ser abogado, sino porque le causó un daño a otra persona en ejercicio de una actividad peligrosa. Generalmente, el abogado responderá por culpa probada, pues no se podrá tener la profesión de abogado como una actividad peligrosa.

¿Cuáles serían otros ejemplos de eventos de responsabilidad extracontractual del abogado? El maltrato verbal a la contraparte, el atentado contra sus colegas, el irrespeto al juez, etc.

Frente al tema del daño, es necesario, hacer unos comentarios específicos, pues, la materialización del mismo se presentará en frente al daño futuro, especialmente, en lo que tiene que ver con la pérdida de chance, o mejor, de oportunidad.

*El daño.* El daño se constituye en el elemento fundamental de la responsabilidad, pues si no se verifica su existencia, la finalidad de esta figura será inocua. Pues la responsabilidad civil, tiene como finalidad exclusiva la de reparar integralmente el daño a la víctima.

El daño, para que sea indemnizable, debe entre otras ser: cierto, directo, personal, lícito y subsistente. De estos, la certeza se constituye en el pilar fundamental de su existencia, pues cuando se hace alusión a este punto, se quiere constatar la existencia pasada, presente o futura del daño derivada de una responsabilidad contractual o extracontractual. Frente a la verificación pasada o presente del daño, no se presenta realmente ninguna dificultad. El problema real se presenta en frente del daño futuro, que tanto como el presente y el pasado, puede alcanzar el grado de certeza para que sea indemnizable. Se hace preciso aclarar que el daño será pasado, presente o futuro teniendo como punto de partida una sentencia condenatoria o un contrato de transacción válidamente celebrado entre las partes.

El daño futuro para que sea indemnizable, debe ser virtual. Este último se contrapone al hipotético. Para determinar si se está en presencia del uno o del otro, hay que partir necesariamente de la situación que vivía la víctima antes de sufrir el daño. De ese momento, habrá que hacer una abstracción lógica, y partir de la base de las posibilidades reales de la posibilidad de obtener un beneficio o de evitar un daño que tenía la víctima antes de que ocurriera el hecho ilícito. Si en el orden normal de las cosas, conforme a la naturaleza, y por el transcurso del tiempo la víctima habría podido obtener un beneficio o haber evitado la ocurrencia de un daño si el hecho ilícito no hubiera recaído en cabeza suya. Contrario sensu, si haciendo ese mismo análisis las posibilidades son remotas, pues el perjuicio será hipotético. Así las cosas, este análisis finalmente quedará a discreción del fallador que será quien determine su certeza.

¿Qué pasa entonces con el daño causado por un abogado en desarrollo del encargo? Considero necesario, partir de la base que el abogado puede causar daños tanto pasados, presentes y futuros. Y que verificada su existencia, tiene la obligación de indemnizarlos cuando los cause.

La cuestión que considero preciso dilucidar, está relacionada más con los abogados cuando están en ejercicio del litigio que cuando están desempeñándose como asesores o consultores, puesto que el cumplimiento de la obligación está sometida a la decisión de una tercera persona, y lo desarrollaré específicamente cuando desarrolle el tema de la *pérdida de chance*.

Para estos eventos, dijimos que estábamos en principio en frente de obligaciones de medio, pues hay otras obligaciones en cumplimiento de ese encargo que serán de resultado, como ocurre por ejemplo con el cumplimiento de términos.

*La clasificación de los daños.* Los daños en la teoría general de la responsabilidad civil, están clasificados en patrimoniales y extrapatrimoniales, los primeros en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, y los últimos en daño moral subjetivo y perjuicio fisiológico.<sup>28</sup> En frente de la responsabilidad profesional de los abogados, se podrá causar cualquiera de estos daños, bien sea en presencia de responsabilidad contractual como extracontractual.

Frente a los perjuicios patrimoniales, no cabe duda que se pueden materializar tanto en frente de la responsabilidad contractual como la extracontractual. Frente a los extrapatrimoniales, habrá que diferenciar en principio si se está frente a una responsabilidad de naturaleza contractual o una extracontractual. La jurisprudencia ha venido reconociendo la existencia de perjuicios extrapatrimoniales derivados del incumplimiento contractual. En lo que tiene que ver con los fisiológicos, estos difícilmente serán reconocidos derivados de un incumplimiento contractual, pues estos tienen como finalidad reparar la imposibilidad de la víctima –en este caso el acreedor cumplido o que se allanó a cumplir el contrato – de disfrutar otras actividades de la vida, que aun cuando no produzcan rendimiento, hacen más agradable la existencia.

No es posible, en mi sentir, diferenciar en el campo del incumplimiento contractual el perjuicio moral subjetivo del fisiológico, puesto que habrá que partir de la base, que en el mundo de los negocios, el incumplimiento siempre será una posibilidad que tendrán que tener latentes los contratantes al momento de celebrar un contrato. Sí puede generar angustia, depresión, frustración el incumplimiento de un contrato, pero llegar hasta el punto de impedirle a la víctima continuar con la vida cotidiana, sería inverosímil.

---

28 El perjuicio fisiológico en materia de responsabilidad del Estado, el Consejo de Estado lo denomina daño a la vida de relación, que como tal es un concepto que no se puede identificar plenamente con el primero, pero que en el fondo pueden presentar la misma esencia.

¿En qué consiste la *pérdida de chance*? Cuando estamos hablando del elemento certeza del daño, especialmente en lo que tiene que ver con la presencia o constatación del daño futuro, dijimos que para poder catalogar un daño como virtual y por ende indemnizable, se hacía necesario hacer una abstracción en el sentido de concluir si en el orden normal de las cosas, el evento se habría producido o no.

En la *pérdida de chance*, estamos frente a un perjuicio cierto, pero que para poder materializar su existencia, será necesario no solamente hacer la abstracción a que estamos haciendo alusión, si no que será necesario además determinar cuántas oportunidades realmente tenía la persona de obtener ese beneficio o resultado. En este caso el perjuicio aunque siendo cierto, depende igualmente del azar;<sup>29</sup> su ocurrencia no depende únicamente del transcurso del tiempo, sino también de otros factores que son ajenos a la voluntad de la víctima.

Para hablar de pérdida de oportunidad se hace necesario que la víctima esté realmente pendiente de un resultado, es decir que esté inmersa en la situación, pues de lo contrario el perjuicio será hipotético. En frente de un proceso jurídico, el áleas no es ganar o perder, el áleas consiste en las posibilidades de obtener o no un resultado, pues lo otro es una decisión de un tercero que es ajena a la voluntad del agente.

En muchas oportunidades, la indemnización de este perjuicio fue negada por jueces, basados en que era un perjuicio hipotético, dejando de lado un principio básico de la responsabilidad civil, que consiste en que la indemnización por parte del agente debe dejar a la víctima en una situación muy similar a aquella en que se encontraba antes de ocasionarle el perjuicio. Pero además, solamente se indemnizará el daño causado y nada más que el daño causado, pues de lo contrario, la responsabilidad civil se convertiría en una fuente de enriquecimiento para las víctimas.

29 El Dr. Javier Tamayo Jaramillo en su obra "De la Responsabilidad Civil", Tomo IV, Págs. 33 y 34 lo plantea de la siguiente manera: "...en el perjuicio virtual hay una serie de condiciones en las que el curso normal de los fenómenos debe conducir a que si el hecho dañino no se hubiera producido, la víctima muy seguramente habría obtenido un beneficio económico o moral. Solo el hecho de ser un evento futuro le quita certeza absoluta, pero lo lógico y nada sorprendente era que el beneficio se hubiera producido. Por ello el juez debe tenerlo como un perjuicio cierto y la indemnización habrá de ser total, por lo que el funcionario habrá de acudir a parámetros externos para liquidar el monto a pagar. (...) Por el contrario, hablamos de pérdida de una oportunidad, cuando la víctima está en una situación en la que el hecho del agente le impide tener la posibilidad de que el azar le otorgue un beneficio o le evite un daño. (...) La posibilidad existe y ya no es cuestión del paso del tiempo o de confluencia de otros factores, sino que solo falta que intervenga la causa esperada que desatará la expectativa".

Así, cuando estamos en presencia de un daño consistente en la pérdida de oportunidad, este daño deberá ser indemnizado, y la forma de determinar su extensión será a partir del análisis de las probabilidades reales que tenía la víctima de obtener o no un resultado.

En el caso específico del abogado, se podrá concretar en el evento en que un abogado pierda un caso, no porque sus argumentos no hayan sido los idóneos, sino porque no utilizó la *lex artis*, o porque dejó vencer términos, o porque caducaron acciones, etc., habrá que determinar cuáles eran las posibilidades reales que se tenía en ese caso de obtener o no un resultado favorable.

Es decir, habrá que analizar concretamente las posibilidades reales que se tenían para obtener un fallo favorable conforme a las tendencias actuales de jurisprudencia. Verificada esa información, se podrá determinar, de manera virtual, cómo habría sido un fallo de un caso debidamente atendido.

Si bien es cierto es bastante difícil hacer esa abstracción, considero finalmente, que en la mayoría de los casos, este será el verdadero perjuicio a indemnizar, pues el daño se traduce realmente es en la pérdida de oportunidades de obtener un beneficio o evitar un daño.

## CONCLUSIÓN

La responsabilidad de los profesionales en general, tiene su fuente en la jurisprudencia, y debido a la necesidad que el mundo de los negocios requiere de los servicios de estos, sus bases son fluctuantes.

Hoy en día, todos los profesionales, y especialmente los abogados, además de las responsabilidades que adquieren con sus clientes en desarrollo de su actividad, adquieren de una forma más estricta otras que hacen que sean mucho más cuidadosos en cumplimiento de su deber.

Ya se están exigiendo para el cumplimiento de los encargos, pólizas de seguros que garanticen de una u otra manera el desempeño de los profesionales, pues ya es normal encontrar en los diferentes despachos judiciales, cientos de acciones tendientes a obtener indemnizaciones. El auge de esas acciones empezó con los profesionales de la medicina, y como dije anteriormente, se está extendiendo a otras ramas, entre ellas las de los profesionales del derecho.

Por eso, necesariamente los abogados tendremos que llegar al mismo punto en el que se encuentran hoy los profesionales de la medicina, obligados a contra-

tar seguros de responsabilidad civil que cubran los posibles daños que se puedan causar en desarrollo de una actividad profesional.

Las obligaciones, deberes y cargas de los profesionales son claras, y por ello cada uno debe, en su interior, ser constante en su verificación y cumplimiento, para poder ser un sujeto apto y disponible para desempeñarse debidamente en el mercado.

## **BIBLIOGRAFÍA**

CORTÉS, Edgar. La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2001.

FERRI, Luigi. La Autonomía Privada. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.

GHERSI, Carlos Alberto. Responsabilidad Profesional. Editorial Astrea: Buenos Aires. 1995.

LE TOURNEAU, Philippe. La Responsabilité Civile Professionnelle. Editorial Économica. Paris. 1995. Traducción realizada por el Doctor Javier Tamayo Jaramillo.

LÓPEZ MESA, Marcelo; TRIGO REPRESO, Félix A. Responsabilidad Civil de los Profesionales. Lexis Nexos, Buenos Aires. 2005.

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. Responsabilidad Civil Extracontractual. Décima Edición. Editorial Temis. 1998.

SUESCUN MELO, Jorge. Derecho Privado Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo. SEGUNDA EDICIÓN. LEGIS.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil. Editorial Temis. 1999.

# ALGUNAS ANOTACIONES SOBRE LA CULPA, CAUSA EXTRAÑA Y RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Wilson Fayad Ahar<sup>1</sup>

## CONTENIDO:

- Responsabilidad objetiva aparente
- Causalidad Jurídica y Causalidad Material
- La mal denominada “presunción de responsabilidad”
- Culpa y Actividad Peligrosa
- Verdaderos Casos de Responsabilidad Objetiva

Siempre hemos creído que una de las razones por las cuales no ha existido claridad en nuestro medio en torno a la estructura y fundamento de la responsabilidad civil como institución, es sostener –como lo hace un sector muy representativo de la doctrina nacional y buena parte de la doctrina extranjera– que la diferencia entre la Responsabilidad Subjetiva y la Responsabilidad Objetiva radica fundamentalmente en que en esta última el deudor o agente puede exonerarse de responsabilidad únicamente mediante la prueba de una causa extraña (fuerza mayor o caso fortuito, el hecho exclusivo de la víctima y el hecho exclusivo de un tercero), al paso que en la primera, basta simplemente demostrar la diligencia y cuidado debidos del autor del daño en el caso concreto, sin que sea necesario revelar la verdadera causa del mismo. Ciertamente, en materia de responsabilidad civil la doctrina colombiana ha sido prolija en establecer que, cuando la ley exige al deudor de una obligación o al agente de un daño la prueba de una causa extraña para exonerarse de la responsabilidad que se les pretenda imputar por el incumplimiento de la obligación o por la causación del daño, respectivamente, el fundamento de la responsabilidad es de carácter objetivo, quedando así

---

1 <sup>o</sup> Abogado de la Universidad Libre de Colombia, Seccional Atlántico. Especialista en Derecho Administrativo de la misma Universidad. Litigante en asuntos de Derecho Civil y Derecho Administrativo. Asesor en Responsabilidad Civil y del Estado. Asesor en Contratación Estatal.



excluida la posibilidad de alegar la sola ausencia de culpa, esto es, la diligencia y cuidado debidos.<sup>2</sup>

También sostienen los autores que, en tales casos, se configura la denominada Presunción de Responsabilidad.<sup>3</sup>

Tales afirmaciones se encuentran tan arraigadas en nuestro medio hasta el punto que quienes parecieran que no las comparten, terminan finalmente defendiéndolas.<sup>4</sup>

No obstante, desde el punto de vista lógico hay que decir que, en realidad, en los casos en que la ley hace tal exigencia, no se presenta ni lo uno ni lo otro, es decir, ni la responsabilidad es objetiva, ni la presunción que se genera es de responsabilidad.

## Responsabilidad Objetiva Aparente

La lógica nos indica todo lo contrario a lo que, de manera casi mecánica, se ha sentado como una premisa en derecho colombiano, y, en tal virtud, ella misma (la lógica) nos permite establecer sin vacilación alguna el siguiente principio: “siempre que la causa extraña **-cualquiera que fuere-** libere de responsabilidad al deudor de una obligación que ha sido incumplida o al agente de un daño de origen extracontractual, estamos frente a un caso de responsabilidad netamente subjetiva”. Dicho de otra forma, en todos los casos en que el demandado pretenda alegar una causa extraña como causal de exoneración, tendrá que demostrar, ineludiblemente, que obró sin culpa, razón por la cual podemos decir, sin lugar a dudas, que en tales casos estaremos siempre ante una responsabilidad civil de naturaleza subjetiva.

Veamos las razones de nuestra apreciación:

- El concepto de caso fortuito o fuerza mayor y, en general, el de causa extraña, *per se*, están preñados de subjetivismo. Así, la imprevisibilidad y la irresistibili-

2 En Colombia sostienen esta tesis, entre otros, los siguientes tratadistas: MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. La Responsabilidad Civil Extracontractual En Colombia. 4ª edición. Biblioteca Jurídica Diké: Bogotá D.C., 1988, págs. 581 y 582. TAMAYO JARAMILLO, Javier. De La Responsabilidad Civil. Tomo III. Editorial Temis: Bogotá D.C., 1999, págs. 75 y 76. VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo III. De Las Obligaciones. 8ª edición. Editorial Temis: Bogotá D.C., 1990, pág. 228.

3 EMILIANI ROMÁN, Raimundo. La Responsabilidad Delictual En El Código Civil Colombiano. Institución Universitaria Sergio Arboleda: Bogotá D.C., 1994, págs. 129 a 136. TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. Cit. Tomo II, pág. 262 # 864; MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. Ob. Cit. págs. 286 a 292.

4 *Ibidem*. pág. 264.

lidad -requisitos de toda causa extraña- son conceptos que existen sólo a la luz del análisis de la culpa. Además, la circunstancia de “ser exclusivo” el hecho de la víctima o el hecho del tercero en la causa del daño, implica obviamente el análisis del comportamiento del demandado para descartar una culpa de su parte, a fin de verificar si concurre o no con la de la víctima o la del tercero. O sea que necesariamente en todos los casos en los que se pretenda alegar la causa extraña, se tiene en cuenta, dentro del proceso de responsabilidad, el elemento subjetivo “culpa” en el deudor o agente del daño (demandado), sea para descartar o no la existencia de un hecho exterior a él, sea para determinar la participación exclusiva o no del hecho de la víctima o del tercero.

Bien sabemos que la causa extraña es aquel acontecimiento o evento que reúne tres requisitos: ser irresistible, ser imprevisible y ser extraño o externo al deudor o agente del daño; los dos primeros requisitos implican necesariamente ausencia de culpa por parte del demandado. En efecto, siempre que una causa extraña libere de responsabilidad al demandado significa que el juez o investigador ha hecho previamente una valoración en abstracto del elemento subjetivo culpa en la psiquis del autor del daño, y por ese camino ha llegado a la certeza de que, en el caso concreto, éste no cometió culpa alguna, pues ningún hombre prudente y diligente hubiera podido **prever** el hecho o acontecimiento físico y externo a la conducta del demandado, o **resistir** sus efectos en caso que lo hubiera podido prever. Es por eso que los requisitos de la causa extraña pueden simplificarse en dos: la ausencia de culpa -que comprende la imprevisibilidad y la irresistibilidad-y el hecho externo causante del daño.

Y si ello es así, resulta lógico pensar entonces que, producida la causa extraña, **quedan automáticamente desvirtuadas**, por un lado, **la culpa del deudor o agente**, esto es, la relación de causalidad existente entre la conducta o comportamiento dañino -que puede ser una acción o una omisión- y la culpa o dolo del sujeto jurídico a quien se le atribuye materialmente esa conducta o comportamiento; y por otro lado, **la interioridad del hecho**, esto es, la relación de causalidad existente entre la actividad, conducta o comportamiento dañino del agente y un hecho interno o inherente a esa actividad, o mejor, la circunstancia de que el hecho, evento o conducta material e inmediata causante del daño se produjo al interior de la actividad del demandado.

- Siendo congruente con lo anterior debemos decir que en el proceso lógico de estructuración de la responsabilidad civil, se presentan no una sino varias relaciones de causalidad entre los diferentes elementos que la conforman, dos de las

cuales -que acabamos de señalar- son interrumpidas por la ocurrencia de la causa extraña. Así, para que un daño sea resarcible es necesario:

1. Que el daño haya sido causado materialmente por una conducta, comportamiento o actividad determinada (acción u omisión).

2. Que esta actividad o conducta (acción u omisión) sea atribuible materialmente a un sujeto jurídico determinado (persona natural o jurídica).

3. Que la conducta o actividad dañina del agente provenga o sea consecuencia de un hecho interno a él o a la misma actividad causante del daño. Es la **Relación De Causalidad De Interioridad**.

Esta circunstancia o relación causal **siempre** se presume una vez que se encuentren probados el daño y la **Relación De Causalidad Material U Objetiva** dada por los dos elementos anteriores.

Queda claro que sería absurdo presumir la **Causalidad Material u Objetiva** del daño (elementos 1) y 2) anteriores); lo que se presume siempre es la circunstancia de que la actividad causante físicamente del daño (causa material) fue consecuencia a su vez de un hecho inherente a ella misma.

4. Que el agente o sujeto jurídico a quien se le atribuye materialmente la conducta dañina haya obrado con culpa, requisito éste que sólo se exige cuando se trate de una Responsabilidad Civil Subjetiva. Es la **Relación De Causalidad Subjetiva**, que, como bien sabemos, se presume en unos casos y en otros debe ser plenamente demostrada por el demandante.

Como podemos observar, en la estructuración de la responsabilidad civil interviene una cadena de causalidades que obligan a replantear el esquema tradicional de esa institución en la forma como lo acabamos de hacer. Todas esas relaciones causales integran, conjuntamente con el daño, los elementos o requisitos estructurales de la responsabilidad civil. Y no cabe la menor duda que el caso fortuito o fuerza mayor y el hecho exclusivo de la víctima o del tercero siempre producen la ruptura o interrupción simultánea de dos relaciones de causalidad: la **Relación De Causalidad Subjetiva** (elemento 4) y la **Relación De Causalidad De Interioridad** (elemento 3).

Entonces, ¿Se tiene en cuenta o no el elemento subjetivo en la ocurrencia de una causa extraña? La respuesta es evidente. ¡Por supuesto que sí! Y si ello es así, ¿No es lógico pensar entonces que **siempre** que una causa extraña libere de res-

ponsabilidad al deudor de una obligación o al causante material de un daño, sea o no ésta (la causa extraña) la única forma de exoneración, estamos en presencia de una responsabilidad de corte netamente subjetivo?

En conclusión, siempre que de acuerdo con la ley el demandado **sólo** pueda liberarse de responsabilidad acreditando la ocurrencia de una causa extraña, **NO** estamos frente a un caso de Responsabilidad Civil Objetiva, sino, más bien, de **Responsabilidad Civil Subjetiva Con Culpa Presunta**, porque, reiteramos, para poder demostrar aquélla (causa extraña), tendrá el demandado necesariamente que demostrar que no actuó con negligencia, impericia o imprudencia. En ese sentido no es válida la crítica que los autores hacen a la tesis de la presunción de culpa en tales casos, cuando dicen que no puede concebirse una culpa presunta que no admita prueba en contrario, circunstancia que los lleva a optar por la tesis objetiva a unos<sup>5</sup>, e incluso por la tesis de la responsabilidad subjetiva con culpa probada a otros<sup>6</sup>; pero ya vimos que, en realidad, esa presunción **SÍ** admite la prueba en contrario ya que el demandado no solamente puede sino que debe demostrar, antes que todo, su “no culpa” para que el hecho externo que pretenda alegar, pueda configurar la causa extraña que lo exonere de responsabilidad.

¿Cómo pueden, entonces, nuestra doctrina y jurisprudencia pasar por alto permanentemente esa verdad que salta a la vista e insistir en que cuando la ley sólo permita como causal exculpatoria del demandado la causa extraña, estamos en presencia de un Responsabilidad Objetiva, desconociendo así la presencia del elemento subjetivo culpa que va ínsito al concepto de fuerza mayor o caso fortuito y, en general, al de causa extraña, elemento que el juez o investigador siempre debe analizar dentro del proceso cuando la defensa consista en una de esas circunstancias externas?

La respuesta a ese interrogante tal vez podría radicar en el hecho de que la expresión “Responsabilidad Civil Subjetiva *Con Culpa Presunta*” pareciera sugerir la idea de que lo único que se presume para configurar la responsabilidad del demandado es la culpa, por lo que, si la prueba en contrario de esta presunción no basta o no se admite para exonerarse, es porque, en definitiva, allí no se tiene en cuenta este elemento y la responsabilidad es, por tanto, objetiva; pero ya vimos que existe, además, una **presunción de interioridad** implícita en toda responsabilidad, y que la ley exige desvirtuarla también en todos los eventos de causa

5 VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. Cit., págs. 254 a 256.

6 TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. Cit. Tomo II, pág. 267.

extraña, **conjuntamente con la presunción de culpa**. No es cierto, pues, que la prueba de la ausencia de culpa resulta inútil en esos casos.

Ahora bien, la sola circunstancia de que el debate judicial en torno al elemento culpa sólo surja en el proceso cuando el demandado pretenda defenderse alegando la ocurrencia de una causa extraña, no es una razón seria para negarle el carácter subjetivo a la responsabilidad que allí se discute. Es más, si bien el demandante no necesita siquiera mencionar en su demanda el elemento culpa para obtener sentencia favorable —siempre que, obviamente, aparezcan acreditados los demás elementos de la responsabilidad—, puede suceder que le salga al paso al demandado acreditando de una vez dentro del proceso el comportamiento culposo de éste, con lo cual evita, de entrada, que la defensa del agente pueda consistir en la ocurrencia de una causa extraña, pues la sola demostración de la falta de prudencia o diligencia del causante del daño implica que pudo prever o resistir el hecho externo a él. De esta manera queda trabada la litis desde el primer momento en relación con el comportamiento culposo del agente del daño, quedando al descubierto así la naturaleza subjetiva de la responsabilidad que se persigue.

De aceptarse la tesis contraria a la nuestra sería tanto como decir que en los casos en los que sólo libera la causa extraña, la responsabilidad es de naturaleza objetiva para el demandante, y subjetiva para el demandado, lo cual es absurdo ya que el fundamento de la responsabilidad que se discute es uno solo.

### **Causalidad Jurídica Y Causalidad Material**

Desde el punto de vista civilista, los conceptos de “*causalidad material*” y de “*causalidad jurídica*” han sido instituidos fundamentalmente en razón a la posibilidad legal que existe de que el deudor o agente, a pesar de haber sido el autor material del daño, se considera jurídicamente que no ha sido causado por él sino por un hecho externo o causa extraña, circunstancia que lo exime de responsabilidad.

Significa lo anterior que la pretendida distinción entre “*causalidad material*” y “*causalidad jurídica*” sólo cobra sentido en los casos de Responsabilidad Subjetiva, que son todos los que admiten la causa extraña como causal de exoneración de responsabilidad, pues, de acuerdo con nuestro pensamiento, reiteramos, los casos de Responsabilidad Objetiva no aceptan la causa extraña como medio de defensa del demandado.

No obstante, la doctrina se limita simplemente a afirmar que si la causalidad material no coincide con la jurídica por haberse producido una causa extraña, el deudor o agente del daño queda exonerado de responsabilidad; y que sólo cuando no interviene una causa extraña en la ocurrencia del daño, la causalidad material sería también la causa jurídica.<sup>7</sup>

Pero en verdad, así dichas las cosas da la sensación que se quiere “pasar por alto” la presencia del elemento culpa que indudablemente marca la distinción entre una y otra causalidad, con lo cual queda oculta la naturaleza esencialmente subjetiva de la responsabilidad en todos los casos en que el agente no sea responsable por no coincidir la causa material con la jurídica.

Consideramos que el planteamiento que revela el fondo del asunto sería más bien el siguiente, aplicable a cualquier tipo de responsabilidad en la que exonerar la causa extraña: cuando el autor material del daño no logre desvirtuar, simultáneamente, la **presunción de culpa** que pesa en su contra, ni tampoco la presunción de que el daño que cometió fue consecuencia de un hecho interno a su actividad, entonces la causalidad material es también jurídica, esto es, que la conducta, comportamiento o actividad que causó materialmente el daño es la verdadera causa del mismo y, en tal virtud, este hecho dañoso le es jurídicamente imputable a su autor (demandado).

*Contrario sensu*, si el demandado consigue desvirtuar ambas presunciones, esto es, que el daño se debió a un hecho o fenómeno externo a su actividad materialmente dañosa y, además, que cualquier persona prudente y diligente colocada en las mismas circunstancias en las que se encontraba al momento del daño no hubiera podido prever el hecho, evento o fenómeno externo porque se produjo de manera súbita o repentina, o que, habiéndolo previsto, tomó todas las medidas necesarias del caso, pero pese a ello no pudo evitar su ocurrencia o sus efectos, en pocas palabras, que obró **sin culpa**, entonces la causalidad material no coincide con la jurídica, puesto que la verdadera causa del daño, desde el punto de vista jurídico, fue una circunstancia extraña a su autor material.

Por tanto, la presencia o no del elemento **culpa** en el agente o deudor es **determinante** de la distinción entre “*causalidad material*” y “*causalidad jurídica*”, desprendiéndose de ello que en uno y otro caso estamos frente a una Responsabilidad Subjetiva por todas las razones expuestas antes.

---

7 TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. Cit. Tomo I, págs. 225 y 226.

## La Mal Denominada “Presunción De Responsabilidad”

Gran parte de la jurisprudencia en Colombia y un sector de la doctrina nacional y extranjera optan por afirmar que en los casos de responsabilidad donde sólo exonera la causa extraña, lo que existe es una “Presunción de Responsabilidad”<sup>8</sup>. Nada más lejos de la realidad conceptual.

Salta a la vista que la denominación de “Presunción de Responsabilidad” es a todas luces errónea o, como bien lo ha manifestado el Consejo de Estado,<sup>9</sup> “desafortunada”, porque sugiere la idea de que todos los elementos de la responsabilidad se presumen, lo cual es completamente absurdo.

¡Y eso todos lo sabemos!

La denominación de “Presunción de Responsabilidad” pone en evidencia, una vez más, un vicio corriente y consciente en derecho colombiano de adoptar denominaciones erróneas a diversas instituciones y regímenes jurídicos, las cuales se arraigan de tal manera en la entrañas de la doctrina y de la jurisprudencia, que a pesar de ser conscientes del error, persisten en seguir denominándolas de esa manera equivocada, con la justificación de que se encuentran ya así establecidas.

Afortunadamente el Consejo de Estado ha llamado la atención en ese sentido, haciendo las precisiones del caso en varias de sus decisiones.

Entonces, ¿Por qué insistir y seguir denominando erróneamente ese régimen como “Presunción de Responsabilidad”, cuando en realidad se trata -como venimos afirmando nosotros- de una Responsabilidad Civil Subjetiva Con Culpa Presunta, que acepta la prueba en contrario aunada a la de la existencia de un hecho externo?

## Culpa y Actividad Peligrosa

No cabe duda que el artículo 2356 del Código Civil fundamenta la responsabilidad por actividades peligrosas en la culpa del agente, por así establecerlo **expresamente** dicha norma cuando habla de “malicia o negligencia”.<sup>10</sup>

8 EMILIANI ROMÁN, Raimundo. Ob. Cit., págs. 129 a 136. TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. Cit. Tomo II, pág. 262 # 864; MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. Ob. Cit. págs. 286 a 292.

9 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de marzo de 2000, expediente 11.401.

10 Colombia. Art. 2356 del Código Civil: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”.

Ahora bien, frente a la discusión de si la culpa es probada o es presunta, tomamos partido por esta última hipótesis, pudiendo ser desvirtuada solamente mediante la prueba de la causa extraña.

El autor Javier Tamayo Jaramillo combate la tesis de la culpa presunta en las actividades peligrosas y, en cambio, sostiene que el artículo 2356 del Código Civil consagra más bien una responsabilidad civil con culpa probada<sup>11</sup>.

En efecto, para este autor, el simple hecho de ejercer la actividad peligrosa es en sí mismo una conducta culposa, y, por tanto, al probarse la peligrosidad de la actividad, ipso facto se estaría probando la culpa.

Al respecto debemos refutar que si el ejercicio de la actividad peligrosa constituyera una culpa probada -como defiende el ilustre tratadista-, lógicamente se descartaría de entrada la posibilidad de que el demandado pudiera exonerarse de responsabilidad demostrando causa extraña, por cuanto que ésta requiere necesariamente la prueba de la ausencia de culpa, y como ya la culpa se tiene como probada, entonces quedaría cercenada automáticamente la posibilidad de defenderse el demandado en el sentido indicado.

Anticipándose a una crítica en los términos anteriores, Javier Tamayo Jaramillo sostiene que “en la responsabilidad por actividades peligrosas, el demandado no está desvirtuando la culpa al demostrar la causa extraña, ya que aquélla se tiene como probada; lo que acontece es que se rompe el nexo causal. La culpa sigue existiendo, pero no le es imputable a ella la producción del daño”.<sup>12</sup>

No podemos compartir la tesis anterior, pues si la aplicamos en estricto sentido tendríamos, por ejemplo, que mientras una persona se encuentra conduciendo un vehículo automotor -actividad peligrosa por excelencia-, ella estaría permanentemente actuando en forma negligente, imprudente o imperita, lo cual resulta completamente absurdo. **La culpa siempre se concibe es en relación con un determinado resultado.** Una persona actúa en forma negligente, imprudente o imperita en relación con un resultado específico que su comportamiento culposo ha causado. Si el resultado no es imputable a la culpa del agente, es porque éste no actuó con culpa en relación con ese resultado específico, que es el que interesa al proceso. No tiene ninguna lógica considerar una culpa aislada, independientemente de un resultado. Mal podría decirse, entonces, que se rompe o interrumpe la relación causal entre la culpa y el resultado dañoso, pero que, no

11 TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. Cit., Tomo II, págs. 264 y ss.

12 TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. Cit., Tomo II, pág. 268.



obstante, **ila culpa subsiste!** Absurdo desde todo punto de vista. Nos preguntamos: ¿En relación con qué subsistiría una culpa que no ocasionó ningún resultado o, por lo menos, el resultado dañoso que dio lugar a la demanda? ¿Cómo puede concebirse una negligencia o una imprudencia aislada de cualquier efecto?

Para defender su tesis de culpa probada, señala además el tratadista Tamayo que “la doctrina de la presunción de culpa es insostenible, pues no se ve cómo pueda, en sana lógica, presumirse la culpa sin que el presunto culpable pueda probar ausencia de culpa”.<sup>13</sup>

Al respecto debemos advertir nuevamente que en la responsabilidad por actividad peligrosa, como en toda responsabilidad civil, probada la relación de causalidad material entre la actividad y el daño, se presume también que el daño fue ocasionado por un hecho interno o inherente a la misma actividad -peligrosa, en este caso- que lo causó materialmente, presunción que, simultáneamente con la de la culpa, está obligado a destruir el demandado para liberarse. Por tanto, reiteramos, el deudor o agente del daño **SÍ** puede y debe probar ausencia de culpa si quiere exonerarse; lo que ocurre es que por sí sola ella no exonera, pero igual tiene que acreditarla plenamente como uno de los requisitos esenciales para que la causa extraña libere.

Más adelante continúa insistiendo el autor en su obra que la tesis de la culpa presunta en la actividad peligrosa es un “absurdo insostenible”, por cuanto “la culpa presunta tiene que especificarse... Habría que decirle al presunto responsable de qué clase de culpa se le acusa, pues no se puede presumir en forma genérica que el demandado actuó en forma culposa”.<sup>14</sup>

Sobre la anterior apreciación del admirado tratadista debemos decir que, cuando el demandado pretenda demostrar causa extraña, el contenido de la culpa a desvirtuar estará determinado por la naturaleza del hecho externo que se quiera alegar como la causa del daño. Por ejemplo, si se trata de un vehículo A que colisiona violentamente con un vehículo B, el cual, como consecuencia del golpe, es a su vez arrojado físicamente contra un transeúnte causándole la muerte, es claro que la causa jurídica del daño no fue el vehículo B sino el A. Aquí la prueba de la ausencia de culpa por parte del propietario o conductor del vehículo que causó materialmente el daño (vehículo B), ha de estar orientada específicamente a la imprevisibilidad e irresistibilidad de la colisión que lo empujó previamente

13 *Ibidem.* pág. 267.

14 TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Ob. Cit.*, Tomo II, pág. 269.

hacia el transeúnte, o a la circunstancia de que no concurrió de alguna manera con su propia culpa por estar, por ejemplo, su vehículo bien estacionado, etc. Por tanto, en el ejemplo propuesto, para nada interesa al proceso que el propietario, por ejemplo, se comportaba como una persona diligente en el mantenimiento periódico de su vehículo, pues evidentemente la falla mecánica no fue la causa del daño.

Con el ejemplo anterior podemos apreciar que la culpa presunta, si bien es genérica o carece de un contenido específico al presumirse legalmente por el demandante, de todas maneras, cuando el demandado se defiende alegando causa extraña, el contenido de la culpa presunta que se dispone destruir queda delimitado por la naturaleza del evento, hecho o fenómeno externo específico que alegue como causa del daño.

En cambio, cuando la ley permita destruir la presunción de culpabilidad con la sola prueba de la diligencia y cuidado, como no es necesaria la intervención de un hecho externo que venga a determinar el contenido de la culpa, es la misma ley -ahí sí- a quien le corresponde hacerlo, tal cual sucede en el artículo 2347 del Código Civil, donde se especifica expresamente la clase de culpa que se presume, como principio general, en todos los casos de Responsabilidad Civil Extracontractual Por El Hecho Ajeno: la *Culpa In Vigilando o In Eligendo* del civilmente responsable; y en el artículo 2348, que exige adicionalmente para el caso específico de la Responsabilidad Civil De Los Padres Por El Hecho Ilícito De Sus Hijos Menores, la prueba de una Culpa Por Mala Educación.

Con los argumentos anteriores no cabe duda, pues, que en las actividades peligrosas la culpa del agente del daño se presume.

### **Verdaderos Casos de Responsabilidad Objetiva**

Todo lo dicho hasta aquí no indica que no existan casos de Responsabilidad Objetiva. De ninguna manera. En derecho colombiano existen efectivamente algunos eventos que, aunque escasos, revelan una verdadera Responsabilidad Objetiva por parte del causante del daño.

La Responsabilidad Objetiva significa que si bien el daño pudo haber sido ocasionado por una causa extraña al deudor o agente, éste de todas maneras responde civilmente y, por tanto, debe pagar la totalidad de la indemnización a la víctima por los daños y perjuicios que se le hubieren causado. En la Responsabilidad Objetiva, así aparezca demostrado en el proceso que el agente no faltó a

su deber de diligencia y cuidado o que el hecho causante del daño NO es interno a la actividad del demandado, de todas maneras éste debe responder.

En este tipo de responsabilidad no se reconocen causales eximentes de responsabilidad diferentes a aquellas que justifiquen, desde el punto de vista jurídico, la acción u omisión causante del daño, *verbi gratia*, el estado de necesidad, la legítima defensa, etc., que excluyen la antijuridicidad de la conducta del agente. Desde luego que pueden ser también medios de defensa, la inexistencia del daño resarcible o de su autoría material por parte del demandado.

Seguidamente señalaremos algunos casos de responsabilidad civil de naturaleza meramente objetiva.

### **1. El incumplimiento de una obligación contractual de pagar una suma determinada de dinero.**

Exonerarse de responsabilidad civil en materia contractual equivale a decir que la obligación debida e incumplida por el deudor se extingue<sup>15</sup>, de tal manera que el acreedor insatisfecho no tiene derecho para demandar indemnización alguna por ese incumplimiento, circunstancia ésta que nunca podrá presentarse en tratándose de una prestación de pagar una cantidad de dinero.

El deudor contractual de una prestación consistente en una determinada suma de dinero, jamás podrá exonerarse de la responsabilidad civil que le acarrea el incumplimiento puro y simple de esta obligación, ni demostrando ausencia de culpa, ni siquiera acreditando la intervención de una causa extraña.

Son elementos estructurales de la responsabilidad civil contractual del deudor en este caso concreto, la existencia previa de un contrato válidamente celebrado, la inejecución de la obligación de dar o pagar una suma de dinero derivada de ese contrato, el daño y la relación de causalidad entre ese incumplimiento y el daño. Acreditadas estas condiciones, se configura la responsabilidad del deudor sin entrar a analizar, discutir o considerar, en ningún momento del proceso, sea a instancia del demandante o del demandado, el elemento subjetivo, esto es, si el incumplimiento contractual provino o no de la culpa o dolo del deudor, o si fue consecuencia de un hecho constitutivo de causa extraña, puesto que si la

15 Colombia. El artículo 1729 del Código Civil establece: “Cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación; salvo empero las excepciones de los artículos subsiguientes”.

inejecución efectivamente fue consecuencia de una negligencia, imprudencia o impericia del deudor, o de un hecho externo a él, de todas maneras éste es responsable civilmente y, como tal, está obligado a indemnizar todos los perjuicios que su conducta dañina haya causado al acreedor o a terceros.

Jamás podrá existir **imposibilidad absoluta** del deudor de ejecutar su prestación de dar o pagar una suma de dinero, por cuanto que la cosa que se debe (dinero) pertenece a un género ilimitado, que siempre subsiste por encima de la cantidad de dinero debida -cualquiera que fuere- y, por tanto, no es susceptible de perecer totalmente. Por eso, no podrá extinguirse jamás esa obligación del deudor, y, correlativamente, siempre el acreedor tendrá derecho para reclamar la indemnización respectiva, independientemente de la culpa o dolo del agente.

Es éste, pues, el ejemplo más palpable de Responsabilidad Objetiva.

## 2. La Violación De Reglamento

En materia de responsabilidad civil la doctrina ha establecido que si una persona causa un daño como consecuencia de la violación de una norma, ley o reglamento, automáticamente queda demostrado que ella ha incurrido en culpa, pues considera expresamente dicha causal como una de las formas generadoras de culpa, equiparándola a la imprudencia, negligencia e impericia.<sup>16</sup>

Consecuente con ello es lógico pensar que, producida la violación de reglamento y con ella la culpa de su autor, queda excluida la posibilidad de que éste se exima de responsabilidad alegando que fue prudente y diligente, porque precisamente se considera que la misma violación de reglamento, *per se*, constituye una infracción al deber de diligencia y cuidado.

Así mismo, queda descartada de entrada la causa extraña como medio de defensa, pues para llegar a ella es necesario pasar por la prueba de la ausencia de culpa, y ya vimos que ella no es dable en este caso.

¿Qué tenemos entonces? ¡El más evidente caso de Responsabilidad Civil Objetiva!, pues basta simplemente que el juez o investigador constate la efectiva violación de una norma jurídica específica por la actividad material dañina, para que se estructure la responsabilidad del autor o agente, sin que sea necesario

16 Colombia. El artículo 63 del Código Civil define la culpa contractual como "la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios... Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano". Este concepto de culpa tiene también perfecta aplicación en materia extracontractual.

entrar a considerar elemento interno o subjetivo alguno, ni mucho menos las circunstancias externas en que se produjo el resultado.

Así las cosas, producida la actividad dañina, sólo basta un simple cotejo objetivo entre ésta y la ley o reglamento para verificar simplemente su transgresión y determinar entonces materialmente la responsabilidad, sin que intervenga para nada la psiquis del agente.

Las observaciones anteriores permiten inducir que la violación de reglamento no puede considerarse como un factor generador de culpabilidad, ni asimilarse a las verdaderas formas de culpa. La imprudencia, la negligencia y la impericia requieren de una investigación al interior del sujeto, existen sólo en la psiquis del autor del daño; en la violación de reglamento basta un simple cotejo objetivo y externo al agente entre el ordenamiento jurídico y la conducta o comportamiento dañino que se le atribuye.

Se ha dicho que cuando el legislador se sienta a la mesa para aprobar normas jurídicas contentivas de conductas prohibitivas, es porque seguramente considera de antemano que tales conductas son de por sí culposas<sup>17</sup>. Al respecto nos preguntamos si sería lógico pensar de esa manera. Creemos que no. Lo que el legislador más bien quiso al establecer comportamientos prohibidos fue **objetivar** la responsabilidad que en esos eventos específicos se desprende para el trasgresor, favoreciendo de esta manera a la víctima.

Además, ¿Cómo podría el legislador considerar previamente como culposas determinadas conductas sin tener en cuenta las circunstancias externas en que se realizaría la infracción en cada caso concreto? ¿Cómo podría hacer en forma anticipada una apreciación en abstracto del comportamiento específico de cada infractor con el tipo o modelo abstracto de comportamiento ideal (el del hombre razonable, prudente y diligente), si desconoce obviamente las circunstancias externas en que se cometería el daño?

Es obvio que el legislador no pudo hacer apreciaciones subjetivas en ese sentido al tipificar los comportamientos prohibidos, ni tampoco quiso que el juez tuviera que hacerlas en los eventuales casos de infracción a la ley.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que en realidad la violación de reglamento como factor o forma de culpa, es un disfraz que pretende ocultar la verdadera naturaleza estrictamente objetiva de la responsabilidad civil que ella origina, pues

17 TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. Cit., Tomo I, pág. 204.

lo cierto es que quien infringe una norma jurídica o reglamento está automáticamente obligado a resarcir el daño que con ello ocasiona; quien viola reglamentos, paga, siempre que, obviamente, se encuentren acreditados dentro del proceso los demás elementos esenciales de la responsabilidad diferentes a la culpa.

Finalmente nos preguntamos, ¿Cuál sería el régimen que se aplicaría cuando la violación de reglamentos se produzca en el ejercicio de una actividad peligrosa, como en los accidentes de tránsito, por ejemplo? ¿La Responsabilidad Objetiva de la violación de reglamentos? ¿O la Responsabilidad Subjetiva Con Culpa Presunta de la actividad peligrosa?

Consideramos que se aplicaría el régimen de la presunción de culpa del artículo 2356 del Código Civil, y, por tanto, el agente del daño no puede eximirse de responsabilidad alegando la sola ausencia de negligencia, imprudencia e impericia, sino que debe, además, acreditar la causa del daño.

La Responsabilidad Objetiva que origina la violación de reglamentos únicamente se aplicaría entonces cuando la inobservancia de la ley **NO** concurra con el ejercicio de una actividad peligrosa.

En síntesis, lo que la doctrina y la jurisprudencia colombianas entienden por Responsabilidad Objetiva en materia civil, es en realidad un sofisma en la mayoría de los casos. Las ideas, los juicios, las instituciones, definitivamente hay que precisarlas conceptualmente y, en lo posible, llamarlas por su nombre, como un primer paso indispensable hacia la enseñanza integral de los principios rectores y reglas fundamentales de la responsabilidad, aplicables a todas las áreas del derecho. Creemos que la diversidad de criterios que actualmente existe tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en torno a los elementos esenciales o estructurales de la responsabilidad civil, se debe, en buena parte, a un deficiente entendiendo acerca de los conceptos de “culpa” y “causa extraña” y de la relación que media entre éstos, lo cual ha llevado precisamente a encubrir en la mayoría de los casos la naturaleza subjetiva de la responsabilidad a aplicar.

En ese sentido, es inevitable apreciar en nuestro ordenamiento jurídico que la institución de la responsabilidad civil es preponderantemente subjetivista. Y es que, en realidad, no podría ser de otra manera. Al fin y al cabo la responsabilidad del hombre como tal, del ser humano, frente a Dios, es de naturaleza netamente subjetiva, con la diferencia que el simple arrepentimiento, sincero, consciente, de corazón, de buena fe, es suficiente para exonerarnos de toda culpa y poder así

alcanzar el anhelo que todos tenemos desde el mismo momento en que fuimos concebidos: ¡el cielo!

# LAS AVERÍAS EN EL TRANSPORTE

**Andrey Bedoya Bedoya**

## **CONTENIDO:**

### **LAS AVERÍAS**

En las exposiciones clásicas del Derecho marítimo privado resulta usual englobar bajo la rúbrica de “averías” una serie de sucesos extraordinarios que acaecen con ocasión de la navegación y que tienen consecuencias jurídicas relevantes. Así, el abordaje, el naufragio, la varada, la arribada forzosa, los daños al cargamento, etc., se reúnen clásicamente bajo este título de “averías”.

### **1. LAS AVERÍAS**

Se entiende por avería todo daño o menoscabo que sufra la embarcación en puerto o durante la navegación, o que afecte a la carga desde que es embarcada hasta su desembarque en el lugar de destino; así como todo gasto extraordinario en que se incurra, durante la expedición para la conservación de la embarcación, de la carga o ambos.

**Avería** significa, en sentido general, daño, perjuicio, desmejora, deterioro o gasto extraordinario. El Diccionario de la Real Academia la define como “el daño que sufren las mercaderías o géneros” y, como “el daño que, por cualquier causa, sufre la embarcación o su carga”. Por extensión y analogía, a propósito de nuestro ramo, los sufridos por los bienes susceptibles de ser transportados y por los medios de transporte.

En nuestro Código de Comercio bajo el título VI de los Riesgos y Daños en la navegación, se refiere al accidente o siniestro marítimo. La avería gruesa y común al abordaje y arribada forzosa; tratando el salvamento y la asistencia en el título VII, no incluyendo el naufragio. Señalando este, como un riesgo marítimo (Art. 1705 C.co.).



En el orden antes citado, es preciso indicar que no define al accidente o siniestro marítimo, expresando, que se entiende por ellos, los definidos como tales por la ley, los tratados, convenios, o costumbre Internacional o Nacional.<sup>18</sup>

En la Doctrina, la palabra siniestro se aplica al acontecimiento que ocasiona un daño material o un perjuicio muy grave. La palabra **siniestro** se aplica al acontecimiento desgraciado que ocasiona una catástrofe material o un perjuicio muy grave, y se define en seguros como la ocurrencia del hecho, establecido en el contrato de seguro, que produciendo un daño, genera la obligación del asegurador para con el asegurado.<sup>19</sup>

En los seguros se define el siniestro, como la ocurrencia del hecho, establecido en el contrato de seguro como Riesgo Asegurado, y que genera la obligación del asegurado para con el asegurado.<sup>20</sup>

En el seguro de transportes y aunque el término “avería” es más amplio, no se diferencian gran cosa, coloquialmente, ambos vocablos pues de las dos formas denominamos; los daños físicos sufridos directamente por el objeto asegurado -**avería daño**-, los gastos derivados del siniestro en sí -**avería gasto**-, el total de la reclamación del asegurado y el expediente por el que se tramita la misma.

## 1.1 Antecedentes históricos

En la Edad Antigua aparece por primera vez en Babilonia, pues ya el Talmud recoge la filosofía de la avería común en los supuestos de los “borriqueros” y del “simún”.

En cuanto a los borriqueros, aparece por la necesidad de agruparse que tenían los comerciantes de la época para atravesar el desierto, y en base a ello, si alguno de los integrantes de la expedición sufría algún percance, el daño o gasto era soportado por la totalidad de la expedición. De manera análoga era recogida esta filosofía a los efectos del “simún”.

Relativo a Grecia, nos encontramos que en un discurso de Demóstenes a Láclito aparece esta institución, así como en una sátira de Juvenal y, sobre todo, en

18 VELÁSQUEZ MORENO, Lucia, 2007.

19 La definición de SINIESTRO hoy día ni se plantea al igualar doctrinalmente tal vocablo con <<accidente>> y <<acaecimiento>>.

20 SORLI ROJO, Víctor y CUADRADO ECHEVERRÍA, José Luis; *Los Siniestros y las Averías en el Seguro de Transportes*, Ed. Bosch, Barcelona, España.

las Leyes Rodas. Recordemos que con posterioridad las Leyes Rodas sirvieron de base para todo el comercio mediterráneo.

En Roma aparece claramente, en el Digesto (Libro XIV, Título II). Lo que se hace es incorporar al Derecho Romano las Leyes Rodas y es a partir de aquí cuando toma verdadera carta de naturaleza, pasando de aquí a las demás culturas por el predominio del Imperio Romano.

Dando un salto en el tiempo, nos venimos hasta las Reglas de Pekín de 1975 para liquidación de averías, las cuales copian el sentido de las *Reglas de York & Ambers* (RYA). Esta institución de la avería común o gruesa es totalmente del ámbito marítima, no apareciendo en el resto del Derecho.

Se ha intentado extrapolar al Derecho terrestre, pero sin éxito. Es más, hubo una vez un caso en que los ocupantes de una diligencia fueron secuestrados; los secuestradores exigían el pago de un rescate por sus vidas, rescate que pagó uno de los tripulantes secuestrados de la diligencia. Posteriormente éste llevó el caso ante los tribunales para que el dinero del rescate fuese considerado avería común y así poder recuperar el dinero pagado; sin embargo el juez no aceptó el hecho y el sujeto se quedó sin dinero.

En el seguro de transporte, el término avería es más amplio, comprendiendo la Avería Daño los gastos derivados del siniestro en sí Avería gasto, el total de la reclamación del asegurado.

Una vez relatado brevemente los orígenes de las averías, posteriormente trataremos sobre las reglas de liquidación de avería gruesa. Para entrar en materia sobre el tema que abordamos y para los efectos del Código, éstas se clasifican en:

**1. Avería común o gruesa:** Es cuando se ha realizado o contraído, intencionada y razonablemente, cualquier sacrificio o gasto extraordinario para la seguridad común, con el objeto de preservar de un peligro las propiedades comprometidas en un riesgo común de la navegación por agua. El importe de las averías comunes estará a cargo de todos los interesados en la travesía, en proporción al monto de sus respectivos intereses.

Existe un acto de avería gruesa cuando, y solamente cuando se ha hecho o contraído intencionada y razonablemente, algún sacrificio o gasto extraordinario para la seguridad común con objeto de preservar de un peligro las propiedades comprometidas en un riesgo marítimo común,<sup>21</sup> y

21 Regla A de las de York y Ambers. Ed. 2004.

**2. Avería particular o simple:** Toda la que no pueda ser considerada como común.

Las averías particulares son a cargo del propietario de la cosa que sufre el daño o que realiza el gasto extraordinario, sin perjuicio de las acciones por responsabilidad que pueda ejercitar contra terceros.

## **1.2 Normativa Legal**

El Código de Comercio dedica a la delimitación del concepto de avería a los Art. 1514, 1515, 1516, 1517, 1529.

Describiendo en el Art. 1514, el concepto de avería, distinguiendo claramente entre las averías gastos y las que se conocen como avería daños.

Entendiéndose por las primeras todos los gastos extraordinarios e imprevisto que deban efectuarse para beneficio del buque, el cargamento, o ambas cosas, desde el embarque hasta su desembarque, es decir durante la navegación; y las segundas, como todos los daños que sufra el buque desde que se hiciera a la mar en el puerto de salida hasta dar fondo y anclar en el de su destino, y las que sufran la carga desde que se carguen en el puerto de su expedición hasta que descarga en el puerto de destino o de consignación.

En base a estos preceptos legales se puede entender por “Avería”, todo gasto extraordinario o eventual y todo daño y perjuicio concerniente al buque o la carga. Sobre venidos durante la navegación, tanto si son o no causados deliberadamente para salvar el buque, el cargamento o ambas cosas redundasen o no en beneficio y utilidad común.

Esta distinción da lugar a la primera clasificación anteriormente expuesta de las averías: en averías gastos y averías daños, y la segunda clasificación de las averías en avería simple o particular y avería gruesa o común, denominada por nuestra legislación mercantil, esta última como “Acto de avería gruesa o Común”.

Para nuestro estudio y de acuerdo a la normativa internacional se ha tomado las “averías” -particulares o gruesas- como daños parciales y nos referimos a la desaparición del objeto asegurado como “pérdida”.<sup>22</sup>

Para los efectos del Código de comercio, serán averías:

---

22 El asegurado puede elegir, para recuperar el importe de la reparación de los daños o recibir la indemnización a que tenga derecho, el ejercicio de la acción de avería o de la acción de abandono.

- Todo gasto extraordinario o eventual que, para conservar el buque, el cargamento o ambas cosas ocurriere durante la navegación.
- Todo daño o desperfecto que sufiere el buque desde que se hiciere a la mar en el puerto de salida hasta dar fondo y anclar en el de su destino, y los que sufran las mercaderías desde que se cargaren en el puerto de su expedición hasta descargarlas en el de su consignación.
- No se reputan averías sino simples gastos, a cargo del buque:
- Los pilotajes de costas y puertos.
- Los gastos de lanchas y remolques, si por falta de agua no puede el buque emprender viaje del lugar de la partida con la carga entera, ni llegar al del destino, sin alijar el buque.
- Los derechos de anclaje, visita y demás llamados de puerto.
- Los fletes de lanchas hasta poner los efectos en el muelle si no se hubiese pactado otra cosa, según el conocimiento o la póliza de fletamento.
- En general cualquier otro gasto común a la navegación que no sea extraordinario y eventual.

Por ahora y para efectos de facilitar el análisis del tema a que nos referimos en este módulo, definiremos los cuatro diferentes tipos de avería que podemos tramitar en el ramo de transporte:

**Pérdida Total: Real, Absoluta, Efectiva** – todos estos anteriores modos se conocen como la pérdida total y definitiva del objeto asegurado y puede registrarse de tres formas:

1. Cuando el objeto asegurado se destruye completamente.
2. Cuando el objeto asegurado deja de ser una cosa de la especie asegurada.
3. Cuando el asegurado queda privado irremisiblemente del objeto aunque éste siga manteniendo su especie.

**Pérdida Total: Constructiva, Arreglada, Transada, Convenida, Económica**, este tipo de pérdida es aquella en que sin producirse la pérdida total o la desaparición del objeto asegurado, sus daños lo hacen irreparable; o bien, que su reparación o el impedir su pérdida total supondría incurrir en gastos más elevados que su valor.

**Pérdidas o daños parciales**, (Avería Particular o simple en el seguro marítimo), es aquella que alcanza única y concretamente al objeto asegurado -económica o físicamente sin producir su pérdida total- por causa o accidente eventual, anormal, fortuito y, como tal, inevitable. Su diferencia fundamental con la avería gruesa estriba en que no interviene para nada la voluntad de las partes involucradas en el transporte.

**Avería gruesa o común**, Cuando se intencionada y razonablemente algún sacrificio o gasto extraordinario para la seguridad común con el objeto de preservar de un peligro las propiedades comprometidas en un riesgo marítimo.

En caso de siniestro el asegurador no tiene obligación alguna de informarse de la ocurrencia de un siniestro, a menos que se trate de una catástrofe o de un accidente cuya importancia lo haga patente desde los medios de comunicación.

Es deber del asegurado o del tomador avisarle en el más breve plazo, probando la existencia y el alcance del daño.<sup>23</sup>

Al deber de aviso inmediato, se unen los de salvamento y recuperación, por los que el asegurado ha de adoptar todas las medidas que estén a su alcance para evitar o reducir la pérdida, en resumen; el asegurado debe de actuar como si no estuviera asegurado.

Así en el Código de comercio, se establece lo siguiente:

*Artículo 1028. Recibida la cosa transportada sin observaciones, se presumirá cumplido el contrato. En los casos de pérdida parcial, saqueo o avería, notorios o apreciables a simple vista, la protesta deberá formularse en el acto de la entrega y recibo de la cosa transportada.*

*Cuando por circunstancias especiales que impidan el inmediato reconocimiento de la cosa, sea imposible apreciar su estado en el momento de la entrega, podrá el destinatario recibirla bajo la condición de que se haga su reconocimiento. El examen se hará en presencia del transportador o su recomendado, dentro de los tres días siguientes a la fecha de la entrega.*

*Artículo 1633. RECIPROCIDAD DE FACULTADES PARA LA INSCRIPCIÓN DE LA COSAS POR DAÑOS O PÉRDIDA. En caso de pérdida o daños, ciertos o presuntos, el transportador*

23 En el Seguro de Daños, el siniestro tiene lugar el día de la producción del hecho dañoso, es decir, del accidente mientras que en el Seguro de Responsabilidades, aunque el momento del <<siniestro>> coincide con el de comienzo de la obligación de indemnizar y consignar, y ello no es sino cuando se declara la responsabilidad en resolución judicial, el asegurado deberá dar aviso a los aseguradores inmediatamente de tener conocimiento o intuir que pudiera producirse la reclamación, aunque ésta no tenga lugar posteriormente.

*y el receptor se darán recíprocamente todas las facilidades razonables para la inspección de la cosa y la comprobación del número de bultos o unidades.*

En la Marine Insurance Act de 1.906 :<sup>24</sup> **M.I.A. (1.906); Art.78 (4).**- Es deber del asegurado y sus agentes adoptar en todas las circunstancias, medidas razonables para evitar o atenuar una pérdida.

En el mismo sentido, el texto de la Cláusula 16 de las del Instituto de Aseguradores de Londres, para transporte de mercancías -I.C.C.-: “Cláusulas del instituto para cargamentos (A), (B) y (C); Cla. 16.; De las obligaciones del asegurado.- Es deber del asegurado, sus empleados y agentes, en relación con cualquier siniestro indemnizable por este seguro;

16. 1 Adoptar todas las medidas razonables al objeto de evitar o reducir al mínimo dicho siniestro, y,

16. 2 Cerciorarse de que todos los derechos contra porteadores, depositarios o cualesquiera otros terceros, quedan debidamente preservados y ejercitados, y los aseguradores, además de la indemnización que corresponda en virtud de este seguro, reembolsarán al asegurado los gastos apropiada y razonablemente incurridos para el cumplimiento de estas obligaciones.<sup>25</sup>

Y la cláusula 13 (SUE & LABOUR) de las del I.L.U. para cascos: Cláusulas del instituto para cascos; cl.13. Obligaciones del asegurado (debida diligencia):

---

24 Esta publicación trata fundamental de la regulación del Seguro Marítimo y viene minuciosamente detallada para su conocimiento y aplicación en el entorno naviero. Esta normativa se compone de diecisiete apartados, divididos en noventa y cuatro (94) enunciados y estos a su vez vienen redactados por secciones, que son: Seguro Marítimo, Interés Asegurable, Valor asegurable, Descripciones y Declaraciones, La Póliza, Doble Seguro, Garantías, El Viaje, Transferencia de la Póliza, La Prima del Seguro, Pérdida y Abandono, Pérdidas Parciales (Salvamento, Avería Gruesa y Avería Particular incluidas), Medida de la Indemnización, Derechos del Asegurador al Pagar, Retorno de la Prima, Seguro Mutuo, Disposiciones Complementarias, Anexo I (Póliza de Seguros) y Anexo II (Reglas para la Interpretación de la Póliza). Asimismo vienen diecisiete Reglas de interpretación de la póliza. BEDOYA BEDOYA, Andrey; La Figura del Comisario de Averías; COMME; España, 2003.

13. 1 En caso de pérdida o avería es obligación del asegurado, sus empleados y agentes, adoptar las medidas que puedan ser razonables para evitar o reducir una pérdida que sea recuperable bajo este seguro.

13. 2 Sujeto a las estipulaciones que siguen y a la cl.12, los aseguradores contribuirán a sufragar los gastos debida y razonablemente incurridos por el asegurado, sus empleados o agentes en tales medidas. No son recuperables bajo esta Cl.13, la A.G., ni los gastos de salvamento,..., ni los gastos de defensa o reclamación por colisión ... / ...

13.6 La cifra recuperable bajo esta Cl. 13 será adicional a las pérdidas de otra forma recuperables bajo este seguro, teniendo como límite la cantidad asegurada con respecto al buque.

# Responsabilidad Civil y del Estado

Noviembre 2008

LA MATERIALIZACIÓN DEL RIESGO INHERENTE Y  
SU DIFERENCIACIÓN CON LA CULPA MÉDICA  
*Andrés Felipe Villegas García*

LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO  
*Saúl Uribe García*

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO  
FALLA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO  
*Cristina Díaz  
Leonardo Correa*

RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LAS  
ACTIVIDADES DE LA CONSTRUCCIÓN  
*Oscar Marín Martínez*

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD  
PARCIAL  
DEL ARTÍCULO 108 DE LA LEY 906 DE 2004  
*Manuel Antonio Echavarría Quiroz*

LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL  
*Diego Fernando García Vásquez*







# LA MATERIALIZACIÓN DEL RIESGO INHERENTE Y SU DIFERENCIACIÓN CON LA CULPA MÉDICA

**Andrés Felipe Villegas García**

## **CONTENIDO:**

Problemática (justificación)

¿Qué es el riesgo inherente?

¿Dónde podría radicar la confusión?

¿Cuándo se habla de riesgo inherente a qué tipo de daños nos referimos?

Triple clasificación del daño médico

La previsibilidad del riesgo inherente. Análisis de la imprudencia y de la negligencia médica

La materialización del riesgo inherente no puede ser entendida como una culpa virtual

La materialización del riesgo inherente en los sistemas de presunción de culpa y de obligaciones médicas de resultado

¿Qué se le exige al médico una vez materializado el riesgo inherente? IX. El concepto de daño indemnizable necesita de la ilicitud en el comportamiento del agente

El riesgo inherente como causal de exoneración de responsabilidad. La previsibilidad y la irresistibilidad en el accidente terapéutico

El Riesgo debido y el riesgo querido

La pérdida del chance como perjuicio por faltar a la advertencia del riesgo inherente (consentimiento informado)

El régimen probatorio del riesgo inherente

Atribución del riesgo inherente o accidente terapéutico

## I. Problemática (justificación)

Para nadie es extraño el incremento desmesurado que en los últimos años se ha presentado en materia de responsabilidad civil derivada de la prestación de los servicios de salud, más específicamente del acto médico como tal.

Dichas demandas, entre las cuales destacamos para este estudio aquellas que carecen de sustento científico y jurídico, han dificultado enormemente el ejercicio de la medicina, convirtiendo a estos profesionales en agentes a la defensiva en espera de ser sujetos pasivos de una acción indemnizatoria.

No se pretende justificar las actuaciones culposas en las que puedan incurrir los profesionales de la medicina en el ejercicio de sus distintas actividades.

Somos conscientes de la obligación de reparación que debe pesar sobre aquellos, que de forma ilícita causan un daño, incluso en el ejercicio de la medicina o en cualquier otra profesión.

No obstante lo anterior, preocupa la tendencia a demandar profesionales del servicio médico (EPS – IPS – Personas Naturales), cuando se materializa un riesgo que es propio, natural o inherente al procedimiento ofrecido. Dicha materialización es un daño en sí mismo, si es que se quiere mirarlo desde el punto de vista fisiológico. Sin embargo, no alcanza a tener el carácter de indemnizable precisamente por no estar precedido de un comportamiento culposo en su realización.

En este punto es necesario precisar que muchos procedimientos médicos (quirúrgicos, intervencionistas, ambulatorios), se caracterizan por las complicaciones que le son propias, precisamente por la dificultad del tratamiento, los instrumentos utilizados, la naturaleza del paciente o por el simple hecho de ser un procedimiento aleatorio para la ciencia médica.

Estas complicaciones pueden presentarse incluso en aquellas actuaciones caracterizadas por su prudencia, diligencia, oportunidad o técnica, razón por la cual se hace necesario entrar a explicar la causa que motivó la aparición del daño, pues de allí se derivará el juicio de responsabilidad.

El problema central de este estudio no es otro que el de determinar el tratamiento jurídico que se le deba dar a la materialización o realización efectiva de un daño acaecido en el paciente, con ocasión del acto médico, pero propio al procedimiento que se está realizando.

En efecto, muchas de las demandas por responsabilidad médica pretenden la indemnización de un daño, (que siendo cierto y probado), era connatural al tratamiento realizado. En estos casos debe ser el paciente quien debe soportar el daño, a menos que se establezca una culpa del médico.

Así las cosas, nos debemos preguntar si una demanda de responsabilidad civil contra una *EPS*, *IPS* o médico tratante como persona natural, debe prosperar en su pretensión indemnizatoria, cuando el daño que se pretende resarcir, es precisamente la materialización en el paciente de un riesgo inherente al procedimiento practicado.

En otras palabras, la problemática del riesgo inherente procura esclarecer que persona debe asumir los daños ocasionados con motivo de un acto médico, cuando éstos no puedan ser atribuibles ni a la culpa ni al incumplimiento de las obligaciones médicas.

Ahora, en ningún momento estamos desconociendo que en veces, dicho riesgo se agrava o se incrementa por una actuación culposa del médico, caso en el cual, deberá a entrar a responder si dicha culpa, además de la relación causal y el daño, son establecidos en el proceso.

## II. ¿Qué es el riesgo inherente?

El riesgo inherente es aquella complicación que se puede presentar por la sola realización del acto médico como tal, y que tiene por causas la complejidad o dificultad del mismo, las condiciones del paciente o la naturaleza propia del procedimiento o de los instrumentos que se utilizan para llevarlo a cabo, el cual, una vez materializado o realizado, produce un daño físico o psíquico en el paciente, sin que lo anterior implique una negligencia, impericia, imprudencia o violación de reglamento.

Cuando hablamos de riesgo inherente aceptamos la existencia de un procedimiento médico que puede causar un daño, que tiene por explicación, un fenómeno distinto al actuar médico y únicamente imputable a factores externos a su obrar.

Ese riesgo es contemplado por la ciencia médica y detallado por la literatura científica que regula la materia específica. Incluso, es imposible sustraerlo o evitarlo en la práctica, entre otras, porque su aparición no depende del actuar del profesional de la medicina.

Al hablar de riesgo inherente se habla de una complicación justificada, y en ocasiones necesaria para poder efectuar el tratamiento invocado en aras de recuperar

la salud del paciente. Dicha complicación hace parte del procedimiento mismo, y no hay posibilidad de impedirla aunque la misma sea completamente previsible.

La materialización del riesgo inherente, es la realización en el paciente de un efecto nocivo que puede presentarse como una complicación o como un accidente propio del proceso médico o quirúrgico que se está efectuando. Este efecto nocivo se traduce en un daño a la integridad física o psíquica, la cual se ve lesionada aunque no exista un error en la práctica médica.

No podemos desconocer que el riesgo inherente es un riesgo en potencia, y que el mismo no necesariamente se tiene que manifestar en la práctica de todos los procedimientos que lo conllevan. Es decir, es un fenómeno que puede darse como no darse, y su realización dependerá exclusivamente de circunstancias ajenas a la práctica misma del procedimiento médico.

Lo anterior significa que estos riesgos no solamente se presentan en aquellos casos donde la conducta es culpable, sino también en aquellos procedimientos donde no ha existido una imprudencia o negligencia. Sostener que los riesgos inherentes sólo aparecen en procedimientos practicados de forma incorrecta, deslegitimaría por completo la realidad científica, la cual aclara que los mismos son propios a todo procedimiento (diligente o culposo) que los conlleve.

676

Así las cosas, hay un buen componente del azar para establecer en qué casos y en cuáles pacientes un riesgo se puede llegar a materializar a pesar de haber sido previsto. En efecto, no es el riesgo en sí mismo lo que constituye la imprevisibilidad del fenómeno, sino su ocurrencia efectiva durante la atención del paciente.

Dicho accidente o riesgo terapéutico, como también se le denomina a este fenómeno, es un concepto de difícil entendimiento pues se encuentra en el límite entre la actuación científica del médico y la intervención de las aleas propias de la naturaleza humana. En efecto, este término se indica la probabilidad que un paciente dado experimente un episodio adverso o fallezca como consecuencia de un tratamiento médico específico.

Lo anterior justifica el carácter eventual y excepcional del riesgo inherente, perteneciendo a la esfera de aquello que será incierto para el médico por ser causado en ausencia de todo acto imputable al mismo.

Cuando se materializa un riesgo inherente y por ende se produce un daño en el paciente, nace la pregunta de si éste, pudiera tener vocación indemnizatoria, y

es allí donde la práctica judicial no puede entrar a confundir la entidad propia de ese daño y de sus causas en aras de establecer responsabilidad civil.

Del concepto de riesgo inherente se desprenden las siguientes características:

- a) Hay un daño evidente y probado a la integridad física o psíquica del paciente.
- b) Ese daño tiene lugar con ocasión al tratamiento médico.
- c) El daño es un suceso eventual o excepcional.
- d) El daño es producido aún sin intervención culposa del médico.
- e) La causa del daño permanece generalmente desconocida, aunque su ocurrencia como hecho pueda ser prevista.
- f) El suceso se mira como irresistible o inevitable para la ciencia médica.

### **III. ¿Dónde podría radicar la confusión?**

La práctica judicial muestra que muchas de las demandas de responsabilidad civil médica tiene como fundamento un daño que en su aparición no está conectado causalmente con el comportamiento del médico. Es decir, un daño que tiene por origen un fenómeno que no podría ser imputado al profesional de la medicina, aunque haya existido un despliegue físico de éste por la atención prestada al paciente.

Dicho daño no es de aquellos sobre los cuales la responsabilidad civil está orientada como mecanismo propio de reparación, por ello mal se haría al conceder una indemnización a aquellas personas que sufrieron el daño, pues es de suyo que éste no fue causado por un obrar culposo del médico.

Sólo aquellos daños que tengan la entidad de ilícitos, por estar precedidos de un comportamiento reprochable, deben ser reparados; y es claro que tratándose de responsabilidad médica, dicha ilicitud la otorga el comportamiento culposo del operador sanitario.

Debe aclararse que la generalidad de la responsabilidad civil médica obedece a un sistema de responsabilidad subjetiva, donde el dolo o la culpa del Hospital, de la Empresa Promotora de del Servicio de Salud o del mismo médico, son los factores de imputación que pueden originar la obligación de reparar los daños causados por dichas formas.

El problema de la materialización del riesgo inherente como fundamento indemnizatorio puede conllevar la confusión entre varios conceptos de responsabilidad civil; conceptos precisamente que deben procurarse de forma independiente para evitar verdaderas injusticias al decidir los casos concretos.

No puede entonces confundirse el concepto daño con el concepto culpa, o la prueba del daño con la prueba de la culpa, ni muchos menos confundir cualquier daño físico o psíquico, con los daños que tienen la entidad de llegar a ser indemnizables para la responsabilidad civil.

Cuando hablamos de la materialización de un riesgo inherente, estamos aceptando que un daño fue causado en el desarrollo de un procedimiento médico o quirúrgico en el paciente, pero dicho daño no puede entrar a catalogarse como de culposo, por tener origen en un fenómeno ajeno al médico.

No podemos olvidar que la culpa es el elemento subjetivo de la conducta caracterizada por un error inexcusable que no hubiese sido cometido por una persona diligente (médico diligente), situada en las mismas circunstancias del agente investigado.

Entender que la aparición del daño es equivalente a la culpa necesaria para predicar responsabilidad médica, o entender que el daño que ya había sido catalogado como posible en su aparición desde el inicio del tratamiento (riesgo inherente), sólo tiene explicación en un comportamiento culposo, sería tanto como entender que daño y culpa son el mismo fenómeno y que comparten su prueba de forma conjunta, lo cual es insostenible desde la teoría de la responsabilidad civil.

No desconozcamos que el daño es el menoscabo a las facultades jurídicas que se tiene sobre un bien jurídico tutelado, y nunca un error de comportamiento, que precisamente es lo que sucede en una actuación culposa.

El hecho de la aparición en el paciente de un menoscabo a su integridad física, no significa que sea necesariamente una consecuencia del obrar culposo del médico. Sostener lo anterior sería tanto como desconocer juicios de imputación subjetiva y objetiva propios de la responsabilidad civil. En efecto, no toda intervención física del médico está relacionada con la causación del daño. Pensar así, sería atentar contra la teoría de la causalidad adecuada que debe entrar a explicar el nexo de causalidad como elemento necesario en la responsabilidad civil. Recordemos que no es la causalidad física sino la jurídica la que sirve para entender la aparición del daño.

Es decir, la explicación física en la aparición de un fenómeno dañino no alcanza por sí sola a explicar la causalidad que requiere el juicio de responsabilidad, haciéndose necesaria una explicación jurídica fundamentada en las normas de la experiencia, en el mundo fenomenológico, en la necesidad de la conducta como motor causal del efecto dañino, en un criterio médico científico y no sólo en la presencia física del agente o del daño.

En efecto, no puede discutirse que el obrar médico está conectado con la aparición del daño, así como tampoco puede discutirse que el hecho dañino no se hubiera dado sino se hubiera actuado, pues es claro que para hablar de materialización de riesgo inherente en un procedimiento médico, dicho procedimiento tiene que ser adelantado por el profesional de la medicina. Ahí no está la confusión.

El problema radica en creer que por el sólo hecho de la intervención del médico y de la aparición del daño en sede de dicha intervención, ya existe responsabilidad civil. No nos cansaremos de recordar que la intervención física no es un presupuesto suficiente de causalidad, y que la misma debe ser entendida de una forma “*adecuada*”, si lo que se quiere es atribuir esta consecuencia jurídica.

Es más, el debate probatorio no puede desgastarse en establecer una explicación del daño a partir del obrar médico, pues es claro que el mismo es un desenlace físico de su actuar. Lo importante será establecer si existió una culpa en la realización de ese procedimiento, independiente del daño mismo, por ser este inherente al procedimiento.

El error estará en creer que la presencia física del médico y la aparición de un daño ya es suficiente para hablar de responsabilidad. Pensar de esta manera sería tanto como sostener que existe una presunción de responsabilidad o causalidad médica, y así no es.

Ahora, sostener que el médico debe salir a demostrar que el daño no se debe a su conducta, sino a una causa extraña, equivaldría a sostener que la responsabilidad médica siempre será objetiva lo cual no es cierto.

En conclusión, no podrá confundirse daño con daño indemnizable, pues este último necesita de un factor de imputación que sirva para explicarlo y tornarlo en ilícito, así como tampoco podrá confundirse daño con culpa o con la prueba de la culpa, pues aquella es entendida como el factor subjetivo o la forma como se despliega la conducta, y es claro que conducta, nexo causal y daño, son elementos diferenciables con independencia conceptual en la responsabilidad civil.



#### **IV. ¿Cuándo se habla de riesgo inherente a qué tipo de daños nos referimos? Triple clasificación del daño médico**

Se ha sostenido tradicionalmente la necesidad de clasificar los distintos daños que pueden darse en la ejecución de un servicio médico, pues de la naturaleza de los mismos dependerá su tratamiento jurídico en aras de establecer los lineamientos rectores de responsabilidad.

Se ha sostenido para estos efectos que existen daños intrínsecos al tratamiento y daños secundarios al tratamiento. Siendo los primeros los que se pueden dar por la sola naturaleza del procedimiento o del paciente, y siendo los segundos aquellos que se producen al margen de la utilidad o finalidad terapéutica.

Los daños intrínsecos son generalmente excluidos de indemnización, en cambio los daños secundarios son reparables cuando el procedimiento médico no tenía el calificativo de necesario en su realización, siendo excluidos de su reparación sólo en aquellos casos donde se puede predicar un estado de necesidad como causal de justificación del comportamiento médico.

Consideramos que tratándose de riesgos inherentes lo que debe entrar a exonerar al médico de la reparación del daño causado, no es el estado de necesidad del mismo, pues es presupuesto de esta causal de justificación (estado de necesidad) el querer el hecho dañino para salvaguardar un bien jurídico de mayor jerarquía, y vemos que ese querer lesivo no se manifiesta en el médico cuando al realizar su procedimiento ocurre un accidente terapéutico.

Consideramos que el motivo que permite la exoneración es la inimputabilidad del daño al obrar médico, independiente si se trata de un procedimiento necesario o no.

En efecto, que el procedimiento no sea necesario, no es la que permite concluir que un riesgo sea inherente al acto médico, o que deba ser asumido por el paciente de forma indefectible. Dicho calificativo de inherente toca con la naturaleza misma del paciente o con la complejidad de la actuación médica en sí misma que desborda el campo de acción y control del profesional.

Ahora, contrario a lo tradicionalmente establecido, consideramos que la clasificación de los daños que pueden ocasionarse por el acto médico es tripartita y no simplemente bipartita.

De hecho, los daños que pueden presentarse por el despliegue de un procedimiento médico pueden clasificarse en:

En aquellos indefectibles o ineludibles.

En aquellos que constituyen el riesgo inherente propiamente dicho, a los cuales también hemos denominado daños complicación, y

En aquellos que se causan con ocasión al tratamiento médico.

Los daños indefectibles generalmente son confundidos con los riesgos inherentes, pero en estricto sentido son conceptos distintos. Los daños indefectibles son aquellos que siempre se van a presentar en el paciente, siendo imposible su ausencia en el despliegue del procedimiento o tratamiento médico. Recordemos que los riesgos inherentes a un procedimiento pueden darse como no darse, en cambio los riesgos indefectibles siempre se presentarán.

Pensemos por ejemplo en las cicatrices en aquellos pacientes sometidos a procedimientos quirúrgicos donde se precise una incisión, o en el rompimiento del tabique para efectos de realizar una cirugía reconstructiva de nariz. Estos daños no generarán responsabilidad civil.

En este tipo de daños no se presenta ni siquiera la discusión de si los mismos deben ser soportados por el médico o por el paciente, siendo este último el obligarlo a hacerlo.

Por otro lado encontramos los riesgos inherentes propiamente dichos o daños complicación.

Estos son los que constituyen el centro de estudio de este escrito y responden en su causación a factores ajenos al obrar médico como ya lo hemos explicado. Estos daños no revisten la entidad de indemnizables pues su aparición en el paciente no depende del obrar médico (falla la imputación subjetiva y la imputación objetiva).

Sólo podría llegar a comprometerse la responsabilidad civil cuando exista, además de sus otros requisitos, una culpa del médico en la actuación como tal, o cuando falte a su obligación de disminuir la extensión o los efectos de la complicación, pues es claro que su obrar debe estar dirigido a contrarrestar la adversidad presentada en su paciente. Pensamos también que existiría una culpa cuando el riesgo inherente no fuera advertido al momento del consentimiento.

Por último encontramos los daños con ocasión al tratamiento médico. Estos son aquellos que no encuentran explicación por la sola ejecución del procedimiento ofrecido, pues no están científicamente conectados con el acto médico

desplegado. Es decir, tiene aparición no por la complejidad del procedimiento realizado, sino por el obrar del médico. Son imputables a su conducta.

Dichos daños encuentran una explicación causal en la culpa del médico o en la trasgresión de las obligaciones de seguridad que le son exigibles tanto a él como a la institución prestadora del servicio de salud.

La indemnización de estos daños requerirá el establecimiento de una culpa del médico (sistema subjetivo) bien sea bajo el esquema de culpa probada o de culpa presunta.

Ahora cuando la obligación de seguridad del médico fuera de resultado su responsabilidad podría presumirse y la exoneración procedería con el establecimiento de una causa extraña. Esta última hipótesis en la excepción, pues la generalidad de la responsabilidad médica obedece a un sistema subjetivo.

## **V. La previsibilidad del riesgo inherente. Análisis de la imprudencia y de la negligencia médica**

Explicábamos que la materialización del riesgo inherente no puede confundirse con la culpa médica.

Con todo, podría pensarse que la posibilidad de previsión de aquellos fenómenos que se constituyen como riesgos inherentes, equivaldrían a una culpa por negligencia o imprudencia del médico, al ser éste incapaz de evitar un efecto dañino, a pesar de haberlo imaginado o previsto antes de su ocurrencia.

Recordemos que la negligencia no es otra cosa distinta a la omisión por parte del sujeto de cierta actividad que podría haber evitado el resultado perjudicial; como quiera que el agente no hizo lo que debía hacer, o hizo menos de lo debido; la imprudencia por su lado se da cuando se obra de forma precipitada sin preverse las consecuencias que se pueden derivar de ese accionar irreflexivo: se hace lo que no se debe.

En este punto queremos ser muy claros, toda vez que la capacidad de previsión de aquellos eventos que pueden constituirse o entenderse como accidentes terapéuticos, no implica que los mismos puedan ser evitados por los profesionales de la medicina.

En otras palabras, no hay culpa por no poder evitar o controlar la aparición de un riesgo inherente a pesar de haberlo previsto (*al menos como posible*), pues dicho evento nocivo no depende para su aparición del comportamiento médico.

Estadísticamente estos riesgos terapéuticos son previsibles, ocurriendo los mismos a un número determinado y medible de pacientes. Con todo, el estado actual de la ciencia médica es incapaz de evitarlos.

Estos sucesos tienen carácter eventual, escapan al dominio o control del médico y, por ello, este tipo de accidentes pueden producirse incluso sin existir un error de conducta del profesional de la medicina.

La intervención del azar es una nota característica de la materialización del riesgo inherente, y por ende no podría hablarse de negligencia o falta de previsibilidad culposa, pues escapa a la ciencia médica poder establecer en qué casos concretos el riesgo efectivamente se va a dar.

Es imposible garantizarle al paciente que el riesgo no se va a presentar, pero también es imposible advertirle que necesariamente sucederá. Por esto, François Chabas ha concluido que el riesgo terapéutico es simplemente un accidente debido, no al comportamiento culpable del médico, sino a la fatalidad.

Hacer responsable al médico de este tipo de accidentes equivaldría a poner a su cargo ya ni siquiera una obligación de resultado, sino los efectos propios de la fuerza mayor o del caso fortuito.

En este punto concluimos que no por el hecho de ser el riesgo inherente previsible ya hace parte del dominio o control del médico.

## **VI. La materialización del riesgo inherente no puede ser entendida como una culpa virtual**

Hemos manifestado la necesidad de precisión conceptual en tratándose del tema que nos ocupa. Esta precisión pretende darle el verdadero alcance a las obligaciones y actuaciones del médico para con su paciente. Lo anterior, por la posibilidad latente de confusión entre distintas instituciones de la responsabilidad lo cual permitiría condenas injustas en contra de los profesionales de la medicina.

En efecto, no se debe asimilar la configuración de un daño en el paciente con el concepto de daño indemnizable, ni mucho menos con la culpa o la prueba de la culpa.

En este punto es pertinente hacer una aclaración especial referida a la posibilidad de confusión entre la materialización del riesgo inherente con el concepto de culpa virtual, ya que podría pensarse que la ilicitud de la conducta del médico, necesaria para configurar su responsabilidad, podría satisfacerse a través del be-

neficio probatorio que conlleva esta teoría, entendiendo como hecho indicador el daño acaecido (riesgo inherente).

No olvidemos que la culpa virtual no es otra cosa que una deducción de este elemento subjetivo a partir de hechos o circunstancias que sólo encontrarían explicación en un error de comportamiento.

De esta manera la prueba de la ilicitud de la conducta se estaría configurando a partir del establecimiento del daño causado, sirviendo este último como el hecho generador que se necesita para que opere el concepto de culpa virtual.

Recordemos que la culpa puede darse por establecida a partir de ciertas circunstancias o situaciones que necesariamente se originarían en un comportamiento culposo del agente, haciendo que la prueba de ese hecho o circunstancia sea la prueba misma de la culpa.

En realidad estamos en presencia del indicio como medio de prueba, donde el hecho indicador es la circunstancia que se evidencia (aquella que solo se explica a partir de la culpa), y siendo el hecho indicado, precisamente ese error en la conducta del agente.

Así las cosas, no podemos entender que el hecho indicador sería el riesgo inherente una vez materializado (daño), y que a partir de la prueba de éste se pueda deducir que existió culpa del médico que realizó el procedimiento, ya que ese daño no encuentra como única explicación necesaria el comportamiento del profesional, sino también la complejidad del tratamiento, la naturaleza del paciente o la estructura misma de los equipos o dispositivos utilizados, refutando por completo la teoría de la culpa virtual que predica que el hecho indicador sólo puede encontrar explicación en un comportamiento culposo del agente (indicio necesario y no contingente).

En otras palabras, se debe descartar de plano la teoría de la culpa virtual cuando el daño puede tener una explicación distinta al comportamiento culposo del agente, pues es un presupuesto de esta teoría que la explicación del aquel sólo se satisfaga con la culpa.

Si el daño puede tener otras causas distintas al comportamiento médico, el beneficio probatorio de esta institución no se obtiene y deberá el demandante acreditar el error de conducta dentro de los parámetros probatorios ordinarios.

## VII. La materialización del riesgo inherente en los sistemas de presunción de culpa y de obligaciones médicas de resultado

Sería válida la pregunta de si el tema que estamos analizando tendría un tratamiento distinto tratándose de casos donde la responsabilidad médica funcionara a través de una presunción de culpa, o en los casos donde la obligación principal que contrae el médico sea de aquellas denominadas de resultado (presunción de responsabilidad).

La respuesta es clara, en nada influye el régimen obligacional o la carga de la prueba de la culpa en aras de determinar si un daño es consecuencia de la materialización de un riesgo inherente, toda vez que el acto médico es el mismo, independiente del lugar donde se practique.

Consideramos que el problema debe ser formulado correctamente, pues de la comprensión del mismo dependerá la aplicación de la situación analizada.

Las preguntas serían, ¿Qué es aquello que se presume cuando hablamos de presunción de culpa y cuál es el alcance de dicha presunción?

Las respuestas parecerían obvias. Lo que se presume es que el comportamiento investigado (juicio de conducta) fue realizado de forma equivocada (imputación subjetiva), toda vez que el hombre prudente y diligente colocado en las mismas situaciones de ese agente, hubiese obrado de la forma que le era exigible. Lo anterior implica la satisfacción del elemento conducta dentro de los requisitos propios de la responsabilidad civil. Sea de paso advertir que la prueba del nexo de causalidad y del daño obran de forma independiente.

En nuestro concepto la respuesta envuelve una cuestión de fondo mucho más importante, toda vez que si el médico logra desvirtuar dicha presunción, demostrando que su comportamiento se ajustó a lo exigido por la ciencia médica, deberá ser exonerado a pesar de existir en el paciente un daño que esté conectado con su actuación, pues se desvirtúa la ilicitud de su comportamiento.

Hecha la aclaración anterior, concluimos que la materialización del riesgo inherente no hace nugatoria la posibilidad de demostrar la diligencia y cuidado, la cual estará acreditada demostrando que el procedimiento médico fue ajustado a lo dictaminado por la *lex artix*.

Por otro lado, la posibilidad de riesgo inherente hace que el procedimiento médico como tal, tenga arraigado un “aleas” que al ser imposible de obviar, des-

virtúa por completo la garantía de un resultado, excluyendo de plano un juicio tradicional de responsabilidad objetiva.

Con todo, si llegare a aceptarse que la obligación médica puede ser de resultado, a pesar de existir riesgos inherentes al procedimiento, tampoco se estaría desnaturalizando la calificación que debiera tener el daño cuando es consecuencia de un accidente terapéutico.

De hecho, pensamos que la constatación de ser un riesgo de esta naturaleza y la prueba de ausencia de culpa (bien por falta de prueba o por descrédito de la presunción), es suficiente para entender que el fenómeno causal en la producción del daño es ajeno al médico, y por ello, la presunción de responsabilidad que podría predicarse en estos casos se desvirtuaría.

Ahora, se ha aceptado que sobre el profesional de la salud recae una obligación de seguridad sobre las cosas que son utilizadas para la prestación del servicio médico. En este punto no podemos confundir la peligrosidad del objeto utilizado y su capacidad natural para producir daños, con la defectuosidad del mismo que generaría responsabilidad.

Muchos de los instrumentos o insumos utilizados en la práctica médica están diseñados de tal forma que potencializan la producción de daños al momento de ser utilizados. Igualmente los materiales con los cuales son fabricados permiten hacer resistencia a la anatomía humana generando la posibilidad de lesiones por el solo hecho de su utilización.

Queremos explicar que la estructura, diseño, composición y funcionamiento de ciertos materiales o equipos utilizados en medicina, no pueden catalogarse como de defectuosos por el sólo hecho de potencializar escenarios dañinos; teniendo entonces que los daños producidos por ellos pierdan la categoría de indemnizables si es que no media una culpa o en defecto probado como tal.

Creemos que la técnica y la tecnología médica han evolucionado satisfactoriamente para el interés del paciente, pero aún no podemos apreciar componentes que sean en todos los casos, inofensivos para el ser humano.

La peligrosidad de cierto instrumental médico no deslegitima el uso del mismo, debido a que su utilización se hace necesaria para optimizar la recuperación del paciente.

En otras palabras los accidentes que se causen con dichos instrumentos no generarán una presunción de causalidad o responsabilidad *per se*, a pesar de existir una obligación de seguridad de resultado, en el sentido de que dichos daños pueden ocurrir por la sola utilización de este instrumental, el cual debido a su estructura, diseño o forma de uso, puede generar el daño.

Ahora, se podrá comprometer la responsabilidad del médico cuando el paciente demuestre que los objetos utilizados no cumplieran con las normas de sanidad exigibles o con los estándares mínimos de calidad. Es decir, cuando demuestran el defecto propio del instrumento.

### **VIII. ¿Qué se le exige al médico una vez materializado el riesgo inherente?**

Nos debemos preguntar cuál debe ser el comportamiento del médico una vez materializado el riesgo inherente, toda vez que su deber asistencial no cesa por el sólo hecho de no estar involucrado jurídicamente en la configuración del daño manifestado en su paciente.

Como hemos sostenido, el daño causado por la materialización de un riesgo inherente es completamente previsible para el médico que está desplegando la conducta. Recordemos que esa previsibilidad está referida a la posibilidad de que suceda el efecto adverso y no a la certeza de que el mismo se presentará en el paciente.

Tanto es previsible esa posibilidad de suceso, que al paciente se le debe advertir de la misma antes de que se someta al procedimiento que podría conllevar dicho daño.

Pensamos entonces que si el médico tiene esa capacidad para prever la materialización del riesgo, entonces podrá contar con toda la infraestructura necesaria para controlar la aparición de dicho daño y su extensión en caso de presentarse.

No contar con la infraestructura o con los recursos adecuados, o no desplegar los medios que servirían para contrarrestar los efectos nocivos de ese daño, sería una culpa en sí misma imputable al médico y podría llegar a comprometer su responsabilidad civil.

En efecto, si por ejemplo se considera que con la realización de un procedimiento, donde se introduce un cuerpo extraño en el paciente, se puede llegar a romper o perforar alguna estructura interna del mismo, y si estoy en capacidad médica de suponer que ello podría suceder, aunque mi comportamiento como



profesional fuere el adecuado, lo más lógico sería pensar en la exigencia de una conducta tendiente a tratar de resolver dicha complicación una vez la misma se haya manifestado en el paciente.

Así las cosas, hace parte de los deberes del médico estar preparado para atender la posible complicación una vez materializada, pues aunque no se pueda evitar que el fenómeno suceda, si se puede procurar que los efectos nocivos del mismo sean oportunamente atendidos.

### **IX. El concepto de daño indemnizable necesita de la ilicitud en el comportamiento del agente**

La discusión anterior nos sitúa en la tarea de establecer cuando un daño tiene vocación de ser indemnizable, pues recordemos que no todos los daños son del interés de la responsabilidad civil.

Cuando un daño es ocasionado por la materialización de un riesgo inherente aceptamos su existencia física más no su categoría jurídica de ser reparable, ya que no se predica un factor objetivo ni subjetivo de imputación. En otras palabras, el riesgo inherente escapa en su producción al obrar del médico, quien no tiene los medios para evitarlo, y por tal motivo no puede ser imputable a él.

688

Ahora, el que el daño no sea indemnizado en los sistemas subjetivos de responsabilidad obedece al no poder reprocharle al agente una conducta errada, mientras que en los sistemas objetivos de responsabilidad esta mismo efecto lo otorga el hecho de no ser la conducta del agente la que sirva para explicar de forma necesaria y excluyente la existencia del fenómeno lesivo.

Recordemos que en los sistemas objetivos de responsabilidad, también existe una conducta atentatoria del orden jurídico, aunque no sea tarea del juez entrar a analizarla para efectos del establecimiento de la responsabilidad. Lo que se quiere es proteger a la víctima trasladando al agente la prueba para desvirtuar la presunción de causalidad que opera.

### **X. El riesgo inherente como causal de exoneración de responsabilidad. La previsibilidad y la irresistibilidad en el accidente terapéutico**

Si hemos sostenido que la materialización del riesgo inherente no depende del obrar médico, y que dicho daño puede darse incluso en los procedimientos

realizados en observancia de la técnica exigida, es porque consideramos que la complejidad de este riesgo desborda el comportamiento humano y se constituye por sí misma en la única causa del daño.

El riesgo que le es propio a ciertos procedimientos, se hace incontrolable para el médico quien no puede realizar maniobras para evitar que suceda, aunque pueda prever antes de la realización del acto médico que los mismos puedan presentarse.

En el fondo el problema del riesgo inherente es un problema de irresistibilidad, pues el médico no puede controlar que dichos fenómenos lesivos puedan presentarse en ciertos procedimientos médicos y tampoco puede controlar que no vayan a suceder efectivamente para el caso concreto. En efecto, la ciencia médica no puede evitar que dichas complicaciones puedan presentarse en ciertos procedimientos, como tampoco puede asegurar que vayan a presentarse.

Ahora, la imprevisibilidad en el riesgo inherente debe entenderse no como la imposibilidad de saber que dicho riesgo se pueda presentar en un tratamiento como el ofrecido al paciente, sino como la imposibilidad de establecer con certeza que dicho riesgo efectivamente tendrá ocurrencia durante el despliegue del acto médico para el caso concreto.

En efecto, el médico sabe de antemano que ese riesgo puede llegar a materializarse, de hecho le informa al paciente que puede suceder, pero desconoce si el mismo se dará o no en el acto que se dispondrá a efectuar, entre otras porque no depende de él su aparición.

Siendo entonces la materialización del riesgo inherente un fenómeno imprevisible e irresistible para el médico que realiza el procedimiento, se constituye en una causa extraña para este existiendo una exoneración de la responsabilidad civil.

Incluso, sostenemos que en dichos casos no solamente falla la causalidad por la configuración de una causa extraña, sino también la irreprochabilidad del comportamiento del médico a quien no se le puede señalar de imprudente, negligente o imperito en la realización de su comportamiento. Lo anterior hace que el daño causado no tenga vocación de indemnizable y salga de la esfera de protección de la responsabilidad civil.

Si pensáramos qué evento de causa extraña se configuraría al momento de materializarse un riesgo inherente, tendríamos que descartar de entrada el hecho de la víctima, pues la complejidad del proceso médico o su propia naturaleza

humana no son circunstancias que dependan de su obrar. Tendríamos que descartar también el hecho de un tercero por sustracción de materia, pues la materialización del daño se da en sede de la relación médico paciente.

Nos restaría afirmar que estamos frente a una fuerza mayor o caso fortuito, lo cual no es tan claro, pues el contenido de imprevisibilidad entendido en su sentir más estricto, aniquilaría la configuración del fenómeno exonerativo, toda vez que es absolutamente claro que el riesgo inherente es un fenómeno previsible.

Por ello, discutíamos en apartado anterior que dicho componente de imprevisibilidad de la fuerza mayor o caso fortuito debiera entenderse no como la falta de previsión de ocurrencia, sino como la falta de certeza de su realización en el caso concreto.

Si lo anterior no fuera así, tendríamos que concluir que no existiría tampoco una fuerza mayor o un caso fortuito y que la búsqueda de una solución al problema nos enfrentaría a la conceptualización de un nuevo tipo de fenómeno exonerativo, caracterizado precisamente por ser susceptible de previsión pero no de resistibilidad. Para algunos esta división de caracterización no es excluyente con la figura de la fuerza mayor o caso fortuito.

Ahora, no descartamos que puedan darse fenómenos causales alternativos, donde concurra por un lado, una conducta culposa del médico y por otro lado un fenómeno causal exclusivo del aleas del procedimiento, el cual de todas formas se hubiese producido en el paciente extendiendo los efectos nocivos creados por la conducta culposa.

En este punto creemos aplicable la teoría de la predisposición al daño, la que permitiría valorar y liquidar el daño excluyendo los conceptos que sean imputables a los fenómenos causales aleatorios, permitiéndose una reducción de la indemnización, no por culpa de la víctima, sino por ausencia de sustento causal.

## **XI. El Riesgo debido y el riesgo querido**

La práctica de la medicina involucra ciertos riesgos, que son propios de esta ciencia. Los mismos deben ser asumidos por los pacientes en aras de proteger un bien jurídico superior como lo es la salud y la vida. Si estos riesgos no estuviesen en cabeza de aquellos, la práctica de la medicina se haría imposible.

Aquí es fundamental recordar la teoría del riesgo debido y riesgo querido. Quien crea un riesgo para su provecho, beneficio o simple disfrute, debe entrar

a responder por los daños que se causen precisamente por la materialización de esos riesgos, generalmente bajo un sistema objetivo de responsabilidad donde la exoneración solo procedería a partir de la prueba de una causa extraña.

Por el contrario, existe otra clase de riesgos que deben ser asumidos por aquellos que los sufren, toda vez que dicha asunción es el único camino que puede intentarse para tratar de proteger un bien jurídico de condición superior a aquel que se estaría vulnerando con el riesgo.

En estos casos estamos en presencia de los denominados riesgos debidos, donde es la víctima quien debe correr con las consecuencias negativas de la realización de ese riesgo.

La medicina involucra los denominados riesgos inherentes, los cuales encajan perfectamente dentro de los denominados riesgos debidos, siendo estos pertenecientes a la esfera de asunción del paciente y no del médico que gestiona el servicio de salud.

Asumir el riesgo, significa apropiarse de las consecuencias negativas que puedan desprenderse de ejecutar la conducta que acarrea el riesgo, que para el caso en concreto de la medicina, se materializan en un daño en la entidad corporal o psíquica del paciente, que a su turno pudiera generar otros daños de naturaleza económica o incluso extrapatrimonial.

Es común para la teoría de la responsabilidad civil aceptar que cada vez que alguien crea una situación que posibilita la causación de daños, deba entrar a responder por ellos, sin mediar necesariamente el establecimiento de una culpa. En efecto, cada vez que la conducta de una persona genera mayores posibilidades de daño, de las que normalmente se está en capacidad de soportar, deberá el agente causante indemnizar tales daños, precisamente por aumentar los escenarios que posibilitan el desequilibrio en la vida social. Lo anterior justifica que los daños causados en estos espacios, sean indemnizados por quien los posibilitó.

La teoría del riesgo creado, como factor de imputación de responsabilidad civil, predica por el nacimiento de la obligación de reparar los daños que se devengan del ejercicio de ese riesgo, precisamente porque el escenario donde se producen se hace incontrollable a aquel que los causa, a lo menos de una forma completa. En efecto, el causante deberá entrar a repararlos bajo el esquema de responsabilidad objetiva.

En cambio cuando el riesgo es debido, la víctima lo debe asumir precisamente para salvaguardar otros bienes jurídicos que le resultan más importantes. En

el caso de prestación de servicios médicos, es el paciente quien debe asumir la materialización de un riesgo inherente en pro de su propia salud. Es decir, se prefiere la posibilidad de un mal menor, a cambio de procurar la vida, la salud, el bienestar y la recuperación del paciente.

## **XII. La pérdida del chance como perjuicio por faltar a la advertencia del riesgo inherente (consentimiento informado)**

Es exigible al médico, atendiendo a su obligación de información, que advierta a su paciente los riesgos que puedan presentarse con la práctica del procedimiento ofrecido.

Si el riesgo inherente no es advertido, habrá una culpa del médico por faltar a una de sus expresas obligaciones. Con todo, dicha culpa no servirían para explicar adecuadamente la aparición del accidente terapéutico, pues el mismo, sigue siendo ajeno al comportamiento médico; sea o no sea advertido.

Así las cosas podría pensarse a lo sumo en un sistema indemnizatorio bajo los parámetros de la pérdida del chance, donde la conducta culposa no quede impune, pero donde la extensión de la indemnización obedezca a la realidad del perjuicio causado. (Se atenta contra la posibilidad y no contra el beneficio obtenido).

Se hace necesario entonces un análisis estadísticos de las probabilidades de haberse evitado un perjuicio por la no realización del procedimiento riesgoso, al cual se hubiera podido haber negado el paciente.

Dicha teoría implicaría sujetar la cuantía de la indemnización al atentado contra la posibilidad de haber evitado un perjuicio, siempre y cuando no se haya demostrado que de haberse advertido el riesgo, el paciente de todas formas hubiese decidió aceptar el procedimiento, pues en este caso ni siquiera debe proceder la cuantificación del daño por pérdida del chance.

En este punto pensamos que es el paciente el que debe demostrar que no se hubiese sometido al procedimiento en caso de habersele advertido el riesgo inherente. En efecto, conforme la carga dinámica de la prueba, dicha situación (por ser un juicio personal) está más cercana al paciente mismo que al médico y por ende aquel debe proceder a soportar la prueba respectiva, so pena de no poder aplicar ni siquiera la teoría de la pérdida del chance para obtener al menos una indemnización equivalente al verdadero daño causado.

Es decir, si no prueba que se hubiese abstenido de realizarse el procedimiento en caso de habersele advertido el riesgo, no podrá reclamar indemnización alguna, pues la falta de esa prueba que al paciente correspondía debe beneficiar al médico (sujeto contradictor) por no demostrarse el supuesto de hecho que conllevaría el efecto favorable (carga de la prueba).

Ahora, advertimos que no estamos en presencia de una negación indefinida cuando el paciente argumenta que de habersele informado del riesgo, no se hubiese sometido al procedimiento, pues la misma simplemente es una negación formal que lleva implícita la afirmación contraria (si me hubiera sometido al tratamiento).

### **XIII. El régimen probatorio del riesgo inherente**

Es el médico quien debe probar que el daño ocurrido en el paciente es de aquellos a los cuales la medicina cataloga como de inherentes al procedimiento brindado. La prueba es de contenido científico y puede llegar al proceso por distintos medios como lo serían los documentales o a través de declaraciones o dictámenes periciales.

En efecto, es la ciencia médica quien advierte que dichos riesgos, a pesar de ser previsible son irresistibles para el médico, de tal suerte que acreditando el criterio científico (riesgo inherente) también se acreditará la fuerza mayor o caso fortuito.

También deberá probarse por el médico que al paciente se le advirtió de dicho riesgo, y que él lo tomó como suyo al consentir el procedimiento.

Si la responsabilidad obedece a un sistema de culpa probada, el paciente deberá distinguir la prueba de la culpa, la prueba del daño y la prueba del nexo causal entre estos.

No se estaría acreditando la culpa a través de la prueba del daño, ni tampoco se estaría acreditando la causalidad, demostrando el error de comportamiento del médico. Cada sistema probatorio es independiente a los demás.

Si la responsabilidad es con culpa presunta, el paciente estará relevado de demostrar la equivocación del médico, mas no estará relevado de demostrar que dicha equivocación es la causa del daño. No por el hecho de presumirse la culpa y de demostrarse el daño, se estará acreditando la relación de causalidad que también debe ser probada por el demandante de forma independiente

La materialización del riesgo inherente solo tiene efectos probatorios para el daño a la persona; los demás perjuicios como daño emergente, el lucro cesante y perjuicios extrapatrimoniales deberán ser acreditados ordinariamente por el demandante.

#### **XIV. Atribución del riesgo inherente o accidente terapéutico**

Se han establecido posibles soluciones para determinar quién debe asumir los efectos nocivos en caso de materializarse un riesgo inherente.

En primer lugar, se podría pensar en hacer responsable de estos daños a los médicos y establecimientos hospitalarios. Lo anterior equivaldría a extender la obligación médica al campo de la fuerza mayor o caso fortuito (obligaciones de garantía).

Esta solución sería factible bajo el entendido de los siguientes presupuestos:

- a. Utilización de la obligación solidaria (solidaridad imperfecta) entre hospitales y médicos.
- b. Distribución y manejo del riesgo bajo el sistema del seguro de responsabilidad civil obligatorio.
- c. Imprudencia de las acciones penales contra los profesionales de la medicina por homicidio o lesiones personales culposos.

En segundo lugar, se podría pensar en dejar a cargo de los pacientes dichos accidentes. Lo cual se fundaría en una aceptación de riesgos propios de la vida social, de la contingencia de la medicina y de la naturaleza humana.

Esta solución se complementaría para el paciente a través de un seguro que le permita administrar el riesgo.

En tercer lugar, se pueden soportar estos accidentes a través un fondo público, que conceda indemnizaciones automáticas. Esta última solución parte de un Estado capaz de configurar fondos de garantía, donde todos los administrados tengan capacidad económica para aportar la cuota que soporte y fortalezca el fondo. En países como el nuestro, dicho solución sería inviable por la poca capacidad de pago que se tiene.

Así las cosas, la solución más justa sería hacer soportar al paciente de este tipo de riesgos, a menos que medie una culpa del médico.

# LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO

Saúl Uribe García <sup>1</sup>

## CONTENIDO:

Introducción

Origen de la teoría del riesgo

Características de la responsabilidad por riesgo

Fundamento de la responsabilidad por riesgo

Tipicidad y atipicidad en la responsabilidad por riesgo

Otras disciplinas que se han ocupado del riesgo

Criterios de riesgo

Pro y contra de la responsabilidad por riesgo

Quién es responsable en la responsabilidad por riesgo

Responsabilidad por riesgo en Colombia

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

Jurisprudencia del Consejo de Estado

Doctrina

Daños ocasionados por perros potencialmente peligrosos

Conclusiones

---

<sup>1</sup> Abogado egresado de la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín. Candidato a Magister en responsabilidad de la Universidad Externado de Colombia. Miembro del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado. Profesor universitario. [sugar@geo.net.co](mailto:sugar@geo.net.co)



## 1. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad por riesgo no es más que la aplicación de la teoría del riesgo a la responsabilidad civil extracontractual. A título de prolegómeno, baste decir que la entrada al mundo jurídico de la teoría del riesgo sirvió para poner en jaque a la dogmática y milenaria culpa como fundamento de la responsabilidad civil, fue el primer criterio objetivo de imputación<sup>2</sup> y sin duda alguna, el centro de los más polémicos debates entre los partidarios de la culpa y los partidarios de la responsabilidad civil ausente de toda idea de culpa. La mayoría de la doctrina se refiere a la responsabilidad objetiva o por riesgo, afirmación que no es cierta porque el riesgo no es el único criterio objetivo de imputación.

Después del Código Civil de Francia de 1.804, conocido también como Código de Napoleón, el tema de la responsabilidad civil extracontractual permaneció pacífico. Este código estaba impregnado por un exagerado individualismo, el cual, en el transcurso del siglo antepasado, comienza a claudicar paulatinamente. A cambio de ello se observa una socialización del derecho y así se habla de la socialización de los derechos mediante la teoría del abuso de los derechos, de la socialización del contrato de trabajo, la socialización del derecho de los contratos y la socialización de la responsabilidad civil. Henry y León Mazeaud explican cuál fue la causa para que se diera la poderosa corriente social que ha atravesado la responsabilidad civil:

*“Los redactores del código de 1.804 se habían preocupado sin duda de asegurar la reparación de los daños. Habían instaurado al menos un sistema que, en muchos casos, impedía a la víctima obtener ese resarcimiento. El principio que establecieron – y que subsiste – es que la responsabilidad está fundada en la culpa: la víctima no obtiene reparación más que si consigue demostrar una culpa del autor del daño. Con la aparición del maquinismo y la multiplicación de los accidentes de la circulación, la víctima experimentaba las mayores dificultades para aportar tal prueba”.*<sup>3</sup>

El resultado de esa corriente social se plasmó, entre otras, en la ley de accidentes laborales, en la teoría de la responsabilidad a causa de las cosas inanimadas y en

2 La culpa y el dolo son criterios subjetivos de imputación. El riesgo es el criterio objetivo de imputación que impera a nivel mundial. La garantía, la equidad, la igualdad, la solidaridad, la convivencia y todos los criterios objetivos de imputación de la responsabilidad estatal, son otros criterios objetivos de imputación, pero de menor aplicación que el riesgo. De esta manera, la culpa no es el fundamento de la responsabilidad civil extracontractual, sino que es un criterio más de imputación, de tipo subjetivo. Con el moderno derecho de daños, el fundamento de la responsabilidad civil se centra en el daño. Consecuente con la afirmación anterior, basta con otear los artículos 1494, 2302 modificado por el art. 34 de la ley 57 de 1887 y 2341 del Código Civil para concluir que la obligación de reparar surge en virtud del daño.

3 MAZEAUD, Henry Y León. Lecciones de derecho civil. Vol. I. Buenos Aires. Europa América 1.959. p. 93.

la teoría del riesgo; confluyendo todas a la llamada teoría objetiva de la responsabilidad civil. Interesa para el trabajo, la teoría del riesgo, la cual tuvo origen en los llamados accidentes laborales para pasar posteriormente a la responsabilidad civil.

## 2. ORIGEN DE LA TEORÍA DEL RIESGO

El contrato de trabajo estaba regulado por los artículos 1.780 y 1.781 del Código Civil de Francia bajo el epígrafe de arrendamientos de servicios (en Colombia estaba regulado por los artículos 2045 a 2052 del Código Civil bajo el nombre de Arrendamiento de criados domésticos). Dice Adrien Sachet,<sup>4</sup> que el primer contrato de molde civil que ha sido roto por el maquinismo es el de locación de servicios. Si bien era una regla excelente para un obrero tomado aisladamente o para una reunión de dos o tres obreros, es insuficiente para un ejército de trabajadores. El contrato de arrendamiento de servicios no pudo satisfacer las necesidades de las grandes explotaciones industriales, especialmente para solucionar el problema de las innumerables víctimas como consecuencia de los accidentes ocurridos con ocasión o por razón del trabajo, las cuales no obtenían reparación.

Para solucionar el problema de los daños ocasionados en los accidentes de trabajo, inicialmente se recurrió a la teoría de la culpa civil. La víctima de un accidente laboral tenía que demostrar la culpa del patrono conforme el artículo 1.382 del Código Civil Francés,<sup>5</sup> de no hacerlo, no obtenía indemnización.

Ante el fracaso de la teoría anterior por la dificultad en probar la culpa, se recurrió a la teoría de la responsabilidad contractual. Se propuso que la responsabilidad del patrono no derivara del cuasidelito del artículo 1.382 de Francia, sino del mismo contrato de locación de servicios. Se argumentaba que el patrón debe devolver al trabajador después de cada jornada, tal como lo recibió al inicio de la misma y si ocurre un accidente del cual resulte dañado, se ha violado la obligación de seguridad que era menester cumplir por parte del patrono, obligación que no surge por responsabilidad extracontractual, sino como producto de una obligación contractual, por tanto se presume en culpa al patrono y para eximirse de responsabilidad debe probar fuerza mayor o caso fortuito o culpa del propio trabajador. Esta teoría tuvo sus opositores quienes argumentaron que en el contrato de trabajo el patrono no consiente en su voluntad de obligarse por el

4 SACHET, Adrien. Accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. t. I. Buenos Aires. Alfa. 1.947.

5 El artículo 1.382 del Código Civil francés, en su contenido, equivale al artículo 2341 del Código Civil Colombiano. En ambos, el criterio de imputación es la culpa probada.

detrimento en la integridad corporal o psíquica del trabajador, es la ley y no el contrato la que impone la obligación de reparar el daño.

Ante el fracaso de las dos teorías anteriores, dice Louis Josserand,<sup>6</sup> se pensó en utilizar el artículo 1.386 del Código Civil de Francia bajo la égida de los daños causados no sólo por la ruina de un edificio, sino por una cosa inanimada cualquiera, mobiliaria o inmobiliaria.<sup>7</sup> Por cuestión de técnica jurídica no se podía aplicar este precepto porque siempre se refería a vicios de construcción, además imponía a la víctima la prueba de un defecto de conservación o de un vicio de construcción.

Pertinaz continuaba Louis Josserand por encontrar solución al problema de los accidentes laborales sin solución de indemnización, que al encontrar el remedio, dice él, no estaba por inventar; existía ya desde 1.804 y se apoyaba en el apartado primero del artículo 1384 del Código Civil Francés que preside la responsabilidad de pleno derecho y que consagra formalmente la responsabilidad del guardador de una cosa cualesquiera sin hacer intervenir en modo alguno la idea de culpa. Se es responsable por el hecho propio, por el de las personas de las que se deba responder *“o de las cosas que se tienen bajo guarda”* (inciso primero. Art. 1.384). Antes de volcar la atención en la primera parte del artículo 1.384, dice Louis Josserand: *“Nadie pensaba en utilizarlo para mejorar la situación de la víctima, por cuanto el daño causado por las cosas inanimadas, distintas de los edificios caídos en ruina, era tributario de la responsabilidad delictual, la víctima no podía obtener reparación, sino en los términos de los artículos 1.382 y 1.383, con la condición consiguiente de probar la culpa del demandado”*.<sup>8</sup> Para sustentarla con respecto a los infortunios laborales se argumenta que basta establecer que se ha producido un daño y buscar el vínculo de causalidad entre el hecho del trabajo y ese daño, para proclamar de modo inmediato la responsabilidad que incumbe al dueño de la cosa, en este caso de la empresa por los daños producidos.

En el mismo año (1.897), Raymond Saleilles, en su obra *“Los accidentes de trabajo y la responsabilidad civil”* expone su teoría acerca de los accidentes laborales con la cual pretende que, basado en ella, la víctima de los infortunios laborales logre en todos los casos indemnización. La idea en cuanto a sus efectos era la misma expuesta por Josserand: borrar toda idea de culpa y de esa manera relevar al trabajador de su prueba, siendo responsable el patrón independientemente de cualquier

6 JOSSERAND, Louis. Derecho civil. Tomo II. V. I. Buenos Aires. Bosch. 1.950. p. 410.

7 El artículo 1.386 del Código Civil de Francia, en su contenido, equivale al artículo 2350 del Código Civil Colombiano.

8 JOSSERAND. Ob. Cit., p. 410.

culpa. Para sustentarla se basó en el riesgo, resumida de la siguiente manera: *“El que crea una fuente de daño, así el que explota una fábrica, debe reparación si los riesgos se concretan. El exclusivo hecho del perjuicio compromete su responsabilidad; es la contrapartida de los beneficios que obtiene de la empresa”*.<sup>9</sup> Nació de esta manera la teoría del riesgo.

Con los argumentos anteriores y al prescindir de la culpa cuando el daño era causado por el hecho de las cosas o basados en la teoría del riesgo, bastando únicamente la causalidad entre el daño y el hecho de la cosa o el riesgo, nace al mundo jurídico la teoría de la responsabilidad objetiva. Josserand con la tesis de la responsabilidad a causa de las cosas que se tienen bajo guarda y Saleilles con la teoría del riesgo, confluyeron a un punto común: el fundamento de la responsabilidad civil no es ya la culpa, sino el acto dañoso, cuya neutralización se logra mediante la reparación del daño.

Las ideas así propuestas tuvieron influencia en el Tribunal Francés al condenar el 16 de Junio de 1.897 al propietario de un remolcador por la muerte del mecánico, ocasionada por una explosión de la caldera, por el sólo hecho de ser propietario aunque el defecto se debiera a causas externas, como defectos de fábrica o causas desconocidas así demostrara culpa en el fabricante. Dice Josserand, que ese es el fallo inaugural de la Corte de Casación y que después de ese se han dictado centenares, consagrando la responsabilidad de pleno derecho, fundamentados en el artículo 1.384 del Código Civil y sin exigir la prueba de la culpa cometida por el adversario.

La teoría propuesta por Saleilles y Josserand fue y es producto de los más polémicos debates a nivel doctrinal, jurisprudencial y legislativo, no sólo en Francia, sino a nivel mundial. Se concluye con las tesis de Josserand y Saleilles:

*“Es el punto de partida de la evolución jurisprudencial y del movimiento doctrinal de mayor importancia, sin duda, tanto desde el punto de vista práctico como desde el punto de vista teórico, de todos los manifestados desde 1.804. Saleilles y Josserand se apoderaron de esa sentencia y construyeron, sobre el terreno del artículo 1.384, párrafo 1º, una teoría completa a causa de las cosas”*.<sup>10</sup>

Continuando con la responsabilidad por los accidentes ocurridos en derredor de la relación laboral, fue promulgada en Francia la ley del 9 de Abril de 1.898, posteriormente modificada en varias ocasiones, relativa a la responsabilidad de

9 MAZEAUD, Henry y León Y TUNC, André. Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad Civil. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1.963. Tomo I. V. I. p. 87.

10 MAZEAUD Y TUNC. Ob. Cit., Tomo II. V.I. p. 119.

los accidentes de que los obreros son víctimas en su trabajo. El motivo de expedición de la ley, dicen algunos, estuvo precedida por el dilema suscitado entre la necesidad de probar la culpa conforme el artículo 1.382 del Código Civil y la relevancia de probarla acorde con la teoría de Josserand y Saleilles, fundamentada en el artículo 1.384 del Código Civil. En el primer caso se hacía nugatoria la pretensión indemnizatoria, en el segundo se concedía siempre la indemnización. De esta manera, se dice que todos los argumentos expuestos por Josserand y Saleilles fueron recogidos por esta ley y efectivamente la idea de culpa ha sido suprimida y sustituida, pero únicamente en materia de accidentes laborales por otro concepto, conforme al sistema de responsabilidad objetiva que se pregonaba para la responsabilidad por accidentes laborales: el de Riesgo Profesional. Así, los partidarios de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil manifestaron no tener argumentos para referirse a la teoría objetiva, porque según ellos, ésta había sido absorbida por la ley de accidentes laborales, fin principal por el cual se había creado.

Los hermanos Henry y León Mazeaud y otros partidarios de la culpa reconocieron el éxito de las tesis, fundadas en las necesidades prácticas de la hora y hacer expedita la indemnización de los obreros víctimas de accidentes de trabajo.<sup>11</sup> Pero las tesis de Saleilles y Josserand no terminarían con la ley de accidentes laborales, antes por el contrario, era el comienzo de lo que Satchet<sup>12</sup> ha denominado como el punto de partida de una revolución jurídica bajo la apariencia seductora de una medida de equidad y buen sentido social para garantizar la indemnización de perjuicios por los accidentes laborales.

Las teorías acerca de los accidentes laborales continuaron en evolución hasta llegar a la teoría del riesgo social, más comúnmente conocida como seguridad social obligatoria. A la par, las tesis que sustentaban una responsabilidad alejada de toda idea de culpa también continuaron en evolución. Es verdad que el fin para el cual fueron propuestas se había satisfecho así hubiese sido indirectamente mediante la aplicación de una ley, pero la multiplicación de accidentes causados por cosas inanimadas no ya únicamente en el ámbito de los accidentes de trabajo hacía imperioso que las teorías propuestas por Josserand y Saleilles continuaran vigentes y más arraigadas. ¿Si los partidarios de la culpa miraron con buenos ojos las tesis propuestas para lograr la indemnización de perjuicios de los obreros por los accidentes laborales, por qué rechazaron de plano las mismas tesis aplicadas para los accidentes ocasionados por fuera de relaciones laborales? Igual dificult-

---

11 *Ibíd.* p. 119.

12 SACHET. *Ob. Cit.*, p. 9.

tad para probar la culpa se presentaba tanto en los accidentes laborales, como en los no laborales y la multiplicidad de los mismos era creciente.

### 3. CARACTERÍSTICAS DE LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO

Jaime Santos Briz,<sup>13</sup> dice que la responsabilidad por riesgo está identificada porque presupone un cierto riesgo de peligro, no bastando un peligro general inherente a toda suerte de actividad humana; Cada individuo debe tolerar el peligro y la coacción a que es sometido es ineludible. La responsabilidad por riesgo se caracteriza además por lo siguiente:

1. Se refiere a una actividad lícita y permitida. Lo anterior admite que desde el punto de vista jurídico penal el sólo ejercicio de la actividad catalogada de riesgosa no tenga relevancia porque para el derecho penal se trata de una conducta socialmente adecuada. Gunter Jakobs manifiesta que: *“La realización de la conducta socialmente adecuada está permitida. Sobre todo, los criterios de riesgo permitido, del principio de confianza, de la comisión referida al garante y de la prohibición de regreso no son sino desarrollo de la adecuación social”*.<sup>14</sup> Dice Claus Roxin,<sup>15</sup> que el prototipo del riesgo permitido es la conducción automovilística observando todas las reglas del tráfico viario y este constituye un riesgo relevante para la vida, salud y bienes materiales. No obstante el legislador permite el tráfico viario porque lo exigen intereses preponderantes del bien común.

2. En el aspecto probatorio, la prueba de la diligencia y cuidado no exonera de responsabilidad al causante del daño, en algunos casos la prueba parcial de lo que se denomina causa extraña libera de responsabilidad ( hay casos donde únicamente se permite la exoneración mediante el hecho exclusivo de la víctima, pero no mediante fuerza mayor, caso fortuito o hecho exclusivo de tercero), en otros casos cualquiera de las especies de causa extraña libera de responsabilidad y en casos extremos ni aun la causa extraña libera de responsabilidad (en esta última situación se está en presencia de la real responsabilidad civil objetiva ).

3. Se puede incurrir en responsabilidad por riesgo a través de la utilización de cosas riesgosas o en ejercicio de actividades riesgosas.

4. La teoría del riesgo se caracteriza por la facilidad para identificar no solamente al autor físico de daño, sino a una serie de personas que giran en torno al

13 SANTOS BRIZ, Jaime. La responsabilidad civil. v. II. Séptima Ed. Madrid. Montecorvo. 1.993. p. 552 y 553.

14 JAKOBS, Gunter. Derecho Penal (parte general). Marcial Pons. Madrid. 1.995. p. 225

15 ROXIN, Claus. Derecho Penal (parte general). Civitas. Madrid. 1.997. p.371

riesgo creado y/o se o lucran con él. Lo anterior permite que desde el punto de vista procesal no quepa la pregunta, ¿quién era el guardián de la actividad o cosa riesgosa causante del daño para saber quién es el sujeto pasivo de la pretensión procesal? En la responsabilidad por riesgo no se pregunta quién causó físicamente el daño,<sup>16</sup> sino, quién o quienes crearon el riesgo o se lucraron de él y que se concretó en un daño sin tener que recurrir al intrincado concepto francés de Guardián, utilizado en Colombia para las actividades peligrosas.

#### **4. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO**

Indagar por el fundamento de algo, es indagar por la razón o el motivo de ese algo. En la responsabilidad por riesgo se pregunta ¿por qué motivo está obligado el causante del daño a indemnizar? Dos son los motivos que se advierten para fundamentar la responsabilidad por riesgo. El primero tiene que ver con el estado permanente de inminente causación del daño en proporción mayor al riesgo común de vivir en sociedad. Es la zozobra y expectativa en que viven las personas cuando la actividad o cosa riesgosa los ronda y los obliga a comportarse cautelosamente, en muchas ocasiones en mayor grado que aquél que ejerce la actividad riesgosa, porque a decir verdad, la ocurrencia de potenciales daños se han evitado no gracias al comportamiento ajustado de quien ejerce la actividad catalogada de riesgosa, sino al devenir atento de quien es sometido a soportar el riesgo. Ahora, la responsabilidad no surge por el sólo hecho de que se ponga en riesgo a las personas con determinada actividad o cosa, tiene que producirse un daño como consecuencia de la concreción del riesgo.

El segundo motivo tiene relación directa con la coacción ineludible a que es sometido el ciudadano a soportar el riesgo, al fin de cuentas se trata de una actividad lícita, útil y necesaria.

#### **5. TIPICIDAD Y ATIPICIDAD EN LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO**

En los párrafos siguientes se expone la evolución que ha tenido la responsabilidad por riesgo en cuanto a su tipificación de manera expresa y para casos concretos y específicos y la evolución que ha tenido en cuanto a su tipificación, ya no para casos concretos, sino de manera genérica.

<sup>16</sup> Aunque en la responsabilidad por actividades peligrosas, quien ostenta la calidad de guardián y para efectos de responsabilidad, no requiere que directamente ocasione el daño ya que la dirección, control y manejo de la actividad peligrosa puede ser intelectual.

Inicialmente cuando se pregónó la responsabilidad por riesgo se pretendió por parte de sus benefactores y seguidores que se convirtiera en fundamento de la responsabilidad civil. En Francia fracasaron varios intentos para reformar el código civil y de paso sustituir la culpa, pero tan pronto la teoría del riesgo tomó rumbo en el mundo jurídico, de manera especial se legisló comenzando con la ley del 9 de Abril de 1.898 que consagraba el riesgo profesional para accidentes de trabajo y ubicaron la responsabilidad por riesgo en cubículo aparte, únicamente tenía aplicación cuando el legislador la contemplara de manera específica. Continuaba así como norma general la responsabilidad común por culpa y excepcionalmente la responsabilidad civil por riesgo. En la mayoría de países existe legislación específica para regular la responsabilidad por riesgo profesional y la segunda legislación que regula la responsabilidad por riesgo es la de los accidentes automovilísticos ya que después de los accidentes laborales, éstos se convirtieron en la segunda fuente de daños. Muchos países le dedican una legislación especial a los daños ocasionados como consecuencia de la actividad automovilística.

En etapas posteriores, con el devenir de nuevos daños consecuencia de otras actividades y la acechanza de riesgos para los ciudadanos, también muchos países tienen legislaciones específicas para la navegación aérea, daños nucleares, productos defectuosos, ejercicio de la caza, instalaciones de energía eléctrica y gas etc., pero siempre guardando la uniformidad y el criterio de que la responsabilidad por riesgo procede únicamente en los casos claramente delimitados por el legislador. De esta manera se habla de una tipicidad de la responsabilidad civil, en oposición a la atipicidad que caracteriza a la responsabilidad común o por culpa la cual no atiende a casos específicos, sino que marca un principio general, de aplicación residual porque todo lo que no esté regulado por leyes especiales, será el principio general el aplicable, es decir, la responsabilidad por culpa.

En pleno siglo XXI, siglo de la era tecnológica, nuclear e industrial es a la vez el siglo de la inseguridad material, del riesgo y del peligro. Para contrarrestar la incesante inseguridad material, Louis Josserand plantea la seguridad jurídica en los siguientes términos:

*“Sucede entonces naturalmente que, desprovistos de la seguridad material, aspiramos cada vez más a la seguridad jurídica. Ya que corremos serios riesgos de accidentes, tenemos por lo menos la certidumbre de obtener, llegado el caso, la reparación, nosotros mismos si sobrevivimos al penoso percance, o nuestros herederos si nuestro destino a de quedar sellado. Hay, en los espíritus y en los nervios, un espontáneo movimiento de defensa, una reacción instintiva: mientras más peligrá, más experimenta el hombre la necesidad*



*de ser protegido por el legislador o por el juez, de poder inculpar a un responsable. El desarrollo de la responsabilidad es así función de la inseguridad, y la fórmula vivir peligrosamente trae aparejada fatalmente otra, que constituye su réplica y su sanción: responder de nuestros actos”.*<sup>17</sup>

El legislador intuido por la realidad, comienza a olvidarse de la tipicidad de la responsabilidad por riesgo y al lado de la culpa como principio general o de responsabilidad común ha instaurado otro principio general de responsabilidad civil: la responsabilidad por riesgo. Se verá más adelante que ya varias legislaciones foráneas no hacen de la responsabilidad por riesgo la excepción, como principio general la colocan a la par con la culpa, pero llevada a la práctica y teniendo en cuenta la cantidad de daños, es posible que se recurra más a la responsabilidad por riesgo que a la responsabilidad por culpa, simplemente porque el riesgo se ha convertido en regla de la vida moderna.

A nivel internacional se advierte la regulación mediante tratados y convenios de las siguientes materias en las cuales se establece la responsabilidad por riesgo.

1. El transporte aéreo internacional regulado principalmente por el convenio de Varsovia de 1.929, protocolo de Guatemala de 1.971, protocolo de la Haya de Septiembre de 1.955, convenio de Roma de 1.933 y 1.952, convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional hecho en Montreal el 28 de mayo de 1.999.

2. La producción y utilización de energía nuclear regulada principalmente por la convención internacional firmada en París el 29 de Julio de 1.929 acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear y la convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares firmada en 1.963. La convención internacional de constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos firmada en Bruselas el 18 de Diciembre de 1.971, adicional del convenio celebrado en 1.969 y el protocolo correspondiente al convenio hecho en Londres el 19 de Noviembre de 1.976. El convenio de Basilea y sus anexos acerca de la responsabilidad civil por el manejo de desechos peligrosos.

3. En los últimos tiempos cobra fuerza la responsabilidad por riesgo de los daños ocasionados al medio ambiente y del productor de productos elaborados puestos en circulación que por su defecto ocasiona daños al consumidor. Se

---

<sup>17</sup> JOSSERAND, Louis. La evolución de la responsabilidad. En: Del abuso de los derechos y otros ensayos. Bogotá. Temis. 1.999. p. 63.

tiene el convenio de la Haya del 2 de Octubre de 1973 sobre la responsabilidad aplicable por productos. A nivel de Europa la Comunidad Económica Europea mediante la Directiva 85/374 del 25 de Julio de 1985 *“Relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos”* hace aplicable la obligación de introducir en la legislación interna de cada país miembro lo dispuesto en la Directiva. En la parte motiva, se considera: *“Considerando que únicamente el criterio de la responsabilidad objetiva del productor permite resolver el problema, tan propio de una época de creciente tecnicismo como la nuestra, del justo reparto de los riesgos inherentes a la producción técnica moderna”*. Se define quién es productor, qué es producto defectuoso, causales de exoneración de responsabilidad, clases de daños indemnizables etc.

A nivel interno, cada estado consagra en materias específicas la responsabilidad por riesgo, de esta manera es casi uniforme la tendencia en materias como: la responsabilidad por accidentes de trabajo, la actividad transportadora en todas sus modalidades, daños nucleares, productos elaborados, daños ocasionados por animales y otros países como España y Alemania contemplan los daños ocasionados por la caza. Pero algunos países ya han empezado a legislar sobre la responsabilidad por riesgo, no en materias específicas ni tipificando actividades concretas, lo hacen de manera abierta y hacen de la responsabilidad por riesgo una responsabilidad común, al igual que la responsabilidad por culpa. Los países que así lo han hecho, entre otros, son los siguientes:

El artículo 1.913 del código civil de México, prescribe:

*“Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima”*.

El artículo 1.932 *ibídem*, prescribe:

*“Igualmente responderán los propietarios de los daños causados: I. Por la explosión de máquinas, o por la inflamación de sustancias explosivas; II. Por el humo o gases que sean nocivos a las personas o a las propiedades; III. Por la caída de sus árboles, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor; IV. Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes; V. Por los depósitos de agua que humedezcan la pared del vecino o derramen sobre la propiedad de éste; VI. Por el peso o movimiento de las máquinas, por las aglome-*

*raiones de materias o animales nocivos a la salud o por cualquiera causa que sin derecho origine algún daño”.*

La doctrina de este país concluye que la institución del riesgo creado o responsabilidad objetiva ha tenido dos expresiones básicas: los riesgos profesionales y la utilización de objetos peligrosos, refiriéndose a esta última el artículo 1.913 del código civil. Pero también, el numeral VI del artículo 1.932 consagra un criterio de atribución de responsabilidad netamente objetivo y radica en causar un daño, sin derecho, sin estar al amparo de una justificante. En ambos se concluye responsabilidad objetiva, pero en el artículo 1.913 el criterio de imputación es el riesgo, en el numeral VI del artículo 1.932 el criterio de imputación es causar un daño sin derecho.<sup>18</sup>

El artículo 1.847 del Código Civil de Paraguay, prescribe:

*“El dueño o guardián de una cosa inanimada responde del daño causado por ella o con ella, si no prueba que de su parte no hubo culpa, pero cuando el daño se produce por vicio riesgo inherente a la cosa sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder”.*

El artículo 1.970 del código civil de Perú, prescribe:

*“Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”. El artículo 1.972 ibídem, prescribe: “En los casos del artículo 1.970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de imprudencia de quien padece el daño”.*

Se encuentra en las disposiciones del Perú, tanto el riesgo como el peligro y no únicamente de la cosa, sino también de la actividad. La doctrina de éste país para referirse a los adjetivos de riesgo y peligro, concluye:

*“Por consiguiente, desde el punto de vista estrictamente lingüístico no existe mayor diferencia entre ambos adjetivos. La reiteración parece obedecer más bien al deseo del legislador de que no quede duda que todo aquello que genere la proximidad de una daño esté sujeto a la responsabilidad objetiva”.*<sup>19</sup>

El artículo 1.113, modificado por la ley 17.711 de 1.968 del código civil de Argentina, prescribe:

18 ESTRADA CASTRO, Álvaro. Responsabilidad patrimonial del Estado. 2º ed. México. Porrúa. 2.000. p. 202 a 206.

19 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La responsabilidad extracontractual. 5º Ed. T. I. Bogotá. Temis. P. 99. 1.999

*“(…) En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable”.*

**El artículo 104 del Código Civil de Cuba, define qué es el riesgo, de la siguiente manera:**

*“Las actividades que generan riesgo son actos lícitos que por su propia naturaleza implican una posibilidad de producir daño o perjuicio”. El artículo 105 ibídem relaciona las actividades del transporte terrestre, marítimo o aéreo, la sustancias radiactivas, los hidrocarburos y el combustible como actividades y cosas riesgosas”.*

**El artículo 106 ibídem, prescribe:**

*“En los casos señalados en el artículo anterior sólo exime de responsabilidad la prueba de que los daños o perjuicios se produjeron como resultado de una acción u omisión intencional o imprudente de la víctima”.*

**El artículo 1.908 del Código Civil de España, prescribe:**

*“Igualmente responderán de los daños causados: 1. Por la explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia, y la inflamación de sustancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado. 2. Por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades. 3. Por la caída de árboles colocados en sitio de tránsito, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor. 4. Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, construidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen”. La más autorizada doctrina de este país, concluye que este artículo consagra la responsabilidad objetiva o por riesgo”.<sup>20</sup>*

**El artículo 1.808 del código civil de Puerto Rico, hace una transcripción textual del artículo 1.908 del código civil de España.**

**Recientemente, en la modificación al Código Civil de Brasil en el año 2002, el parágrafo único del artículo 927, prescribe:**

*“Habrá obligación de reparar el daño, independientemente de culpa, en los casos específicos en la ley, o cuando la actividad normalmente desarrollada por el autor del daño, implique, por su naturaleza, riesgo para los derechos de otro”.*

<sup>20</sup> DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. Tratado de Responsabilidad Civil. Civitas. Madrid. 1.993 p. 575 y siguientes. ENCARNA ROCA. Derecho de daños. Valencia. 2<sup>o</sup> edición. Tirant Lo Blanch. 1.998. p. 227. SANTOS BRIZ, Ob. Cit., p 847 y siguientes.

La actividad automovilística no ha sido ajena a la responsabilidad por riesgo. Se dijo anteriormente que la actividad automovilística se ha convertido, después de los accidentes laborales, en la segunda fuente de daños y podría decirse que de todas las actividades calificadas de riesgosas, la automovilística es la más acentuada, la más general y a la que más están expuestas un significativo número de personas en todo el mundo. De ahí la preocupación constante por determinar un mecanismo eficaz para lograr que la indemnización a las víctimas sea una realidad y de paso morigerar el drama de la siniestralidad vial. En algunos países se recurre a las reglas propias de la responsabilidad por el hecho de las cosas para fundar la responsabilidad por daños ocasionados en accidentes de tránsito, en otros, el caso de Colombia, se recurre al concepto de peligrosidad de la actividad, pero las legislaciones que desde pretérita época se ocupan de regular la responsabilidad civil que surge de los accidentes de tránsito de manera autónoma y especial siempre la fundamentan con base en la teoría del riesgo. Países como Alemania mediante las leyes de 3 de Mayo de 1.909 y 19 de Diciembre de 1.952; en Francia mediante la ley 85-677 de Julio de 1.985 "*Tendiente a la aminoración de la situación de las víctimas de accidentes de la circulación y la aceleración de procedimientos para la indemnización*" prevé una serie de disposiciones para que las víctimas de accidentes de tránsito logren de manera rápida y eficaz la indemnización de perjuicios. Se excluyen daños a los bienes. En España mediante la Ley 30 de 1.995 y el Real Decreto 7 de 2.001 regulan expresamente la responsabilidad originada en los accidentes de tránsito y la fundamentan en el riesgo.

Otros países se han dado a la tarea de regular en sus códigos civiles específicamente la responsabilidad civil originada en accidentes de tránsito. Así, el artículo 503 del código civil de Portugal, el artículo 2054 del código civil de Italia y los artículos 104 y 105 del código civil de Cuba fundamentan la responsabilidad proveniente de los accidentes de tránsito, exclusivamente en el riesgo.

De esta manera existe un progresivo avance hacia la tipicidad de la responsabilidad civil proveniente de accidentes de tránsito. Pero otros países, aunque no han regulado mediante leyes especiales la responsabilidad civil proveniente de accidentes de tránsito o no han hecho mención expresa en sus respectivos códigos civiles, fundamentan la responsabilidad civil proveniente de accidentes de tránsito, en el riesgo, bien sea de la cosa o de la actividad.

En Argentina, se fundamentan en el artículo 1113 del código civil el cual atribuye como causa de determinados daños, el riesgo o vicio de la cosa. La doctrina de este país, ha concluido:

*“Desde 1.980 y por influencia de las conclusiones de la doctrina, en las soluciones jurisprudenciales se fue generalizando la opinión respecto de la aplicación de la teoría del riesgo a todo daño ocasionado por la intervención de automotores, considerándose a estos como cosas riesgosas”.<sup>21</sup>*

La misma solución se aplica en el Perú, con fundamento en el artículo 1.970 del código civil. Prescribe este artículo que mediante bienes riesgosos o peligrosos o por el ejercicio de actividades riesgosas o peligrosas, se puede ocasionar daño. La doctrina de este país, ha sostenido:

*“Queda así claro que en la mente de nuestros juzgadores, el automóvil y, en general, los medios de locomoción impulsados por máquinas, son cosas peligrosas y que la circulación automotriz es una actividad riesgosa. Por consiguiente, los daños que resulten de estas cosas peligrosas o por el ejercicio de estas actividades riesgosas, están sujetos al principio de la responsabilidad objetiva que consagra el artículo 1.970”.<sup>22</sup>*

Desde el punto de vista positivo se tiene la evolución que ha experimentado la responsabilidad por riesgo. Se pretendió inicialmente que se constituyera en principio general y fundamento de la responsabilidad civil, luego se tipificó en casos delimitados y específicos y en la actualidad, al lado de la culpa, se constituye también en principio común de la responsabilidad civil, no en fundamento porque se vio al inicio de este trabajo, que tanto la culpa como el riesgo no son más que criterios de imputación, uno subjetivo, el otro objetivo. El fundamento de la responsabilidad civil está en el daño, al menos es la concepción moderna del derecho de daños.

## **6. OTRAS DISCIPLINAS QUE SE HAN OCUPADO DEL RIESGO**

No únicamente el riesgo es visto por el derecho civil para fundamentar la obligación de reparar, el derecho penal también se ocupa de él. La teoría Alemana de la Imputación objetiva trata el tema de la determinación de las propiedades objetivas y generales de un comportamiento imputable, es decir, de las propiedades objetivas generales de la conducta punible. Como condición para que se pueda dar la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un riesgo creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo y ese riesgo se ha realizado en el resultado. La creación de riesgos jurídicamente desaprobados permiten inferir la imputación al tipo objetivo y las conductas desarrolladas dentro del límite del riesgo permitido no son objeto de reproche penal.

21 MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela. La responsabilidad Civil en la era tecnológica. Abeledo Perrot. Buenos Aires. P. 61

22 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Ob. Cit., P. 107

El artículo 25 del Código Penal Colombiano acoge esta teoría. Se requiere que al agente se le haya encomendado como garante de la vigilancia de una determinada fuente de riesgo conforme a la Constitución o a la ley. El mismo artículo prescribe cuatro casos constitutivos de posiciones de garante: 1. Cuando se asuma voluntariamente la protección de real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio. 2. Cuando existe una estrecha comunidad de vida entre personas. 3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas. 4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente. Estas últimas cuatro situaciones sólo se tienen en cuenta para conducta punibles que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual y la libertad y formación sexuales.

La sociología moderna también dedica gran parte de su trabajo al estudio del riesgo. Autores de la talla de Anthony Giddens, Niklas Luhmann, Ulrich Beck y Mary Douglas, analizan cuál es el impacto en la sociedad de la tecnología, la ciencia y el avance científico. Con la modernidad, obligatoriamente los hábitos y costumbres cambian y ello conlleva repercusiones positivas y negativas para la sociedad. El estudio que hacen los sociólogos del riesgo no está referido a un caso concreto y la forma cómo se debe indemnizar, sino al impacto global y las repercusiones que conlleva para la humanidad a tal punto que la llaman sociedad del riesgo.

## 7. CRITERIOS DE RIESGO

En la evolución de la teoría del riesgo se han conocido distintos criterios, unas veces para imputar responsabilidad, otras veces para exonerar de responsabilidad dependiendo de la actividad que se ejerza y otras veces como simple criterio diferenciador, pero la doctrina, la legislación y la jurisprudencia se han referido a ellos. Los siguientes son los distintos criterios de riesgo que se conocen.

**RIESGO INTEGRAL.** En un principio, los partidarios de la teoría del riesgo abogaban por una responsabilidad bastando para ello el daño y la causalidad entre el daño y la actividad del causante del daño, la culpa era indiferente y daba lo mismo que existiera o no existiera. Se conoció de esta manera el criterio del riesgo integral, abstracción hecha de toda idea de culpa y sólo bastaba la causalidad material entre el daño y la actividad del causante para ser garante de la indemnización

**RIESGO PROVECHO O BENEFICIO.** Quien instala una empresa y se aprovecha de sus beneficios y utilidades está obligado a indemnizar el daño ocasionado a las víctimas de los daños ocasionados dentro del giro ordinario de su empresa. Pero no únicamente quien instala una empresa está obligado por el criterio del riesgo provecho, todo aquel que de su actividad, cualquiera sea, obtiene provecho y causa daño, está obligado a indemnizar.<sup>23</sup>

**RIESGO CREADO.** Se recurrió entonces al criterio de riesgo creado donde la imputación de la responsabilidad no estaba dada por el beneficio o provecho, sino por la actividad del hombre. Así, el que cree un riesgo cualquiera, sin tener en cuenta si le reporta beneficio o no y consecuencia de ese riesgo se produce un daño, asume la obligación de indemnizarlo sin indagar por la culpa.

**RIESGO PROFESIONAL.** Se llama riesgo profesional al riesgo propio de la actividad laboral y con ella se causa daños a los trabajadores, bien a través de un accidente laboral o de una enfermedad profesional. Este criterio de riesgo tuvo su génesis en Francia mediante la ley del 9 de Abril de 1.998 y a partir de esa fecha se dio todo un desarrollo del tema, pasando por el riesgo de autoridad que en la actualidad se conoce en el mundo como seguridad social obligatoria. En Colombia concretamente la regula la Ley 100 de 1.993 e innumerables decretos que la reglamentan y el tema de los accidentes de trabajo se conoce como Riesgos Profesionales

**RIESGO DE DESARROLLO.** El llamado riesgo de desarrollo tiene relación directa con los productos elaborados y puestos en circulación. Cuando ocurre un daño por un producto puesto en circulación, se indaga si en el momento de ser puesto en circulación, dado el adelanto científico y técnico de la época era posible advertir la nocividad potencial. No se trata en este caso de la responsabilidad por productos elaborados puestos en circulación la cual se admite que es objetiva y tiene relación directa con defectos de fabricación. Tampoco se trata de productos bien elaborados, ajustados a las normas técnicas y científicas, pero por descuido en el mantenimiento, manejo o consumo por parte del consumidor se presenta el daño. El dilema que se presenta es, saber quién carga con el daño producido por el llamado riesgo de desarrollo, ¿el fabricante que puso en circulación el producto ceñido a las más estrictas normas técnicas y científicas de la época o el consu-

23 MAZEAUD-TUNC. Ob., Cit. t. I. v. II. Dicen que el término provecho en su sentido amplio se confunde con el criterio del riesgo integral, porque en cualesquiera actividad desarrollada por el hombre, siempre va insito un provecho. Los partidarios de la teoría del riesgo provecho se refieren a quien “especula económicamente” y con ello su teoría únicamente tiene aplicación en ciertas categorías de la responsabilidad civil. De esa manera, el criterio de riesgo provecho no puede constituirse en principio de la responsabilidad civil.



midor que asistido por igual convencimiento adquiere el producto, pero la causa del daño posteriormente fincó su génesis, no en un defecto de fabricación, sino en un estado de mejores conocimientos científicos y técnicos?

**RIESGO SOCIAL.** . El daño proveniente del llamado riesgo social tiene su génesis en la misma sociedad, así se desconozca al autor, pero el estado, por razones de solidaridad e igualdad entra a asumir en todo o en parte la reparación de ese daño. Obvio que no se trata de todos los daños padecidos. El ser humano por naturaleza es desigual, pero ante la estructura organizativa estatal y en el plano de los derechos y deberes, el ser humano es igual o al menos ese es el ideal de todo estado social y democrático de derecho. Se pasa así de una justicia conmutativa a una justicia distributiva.

**RIESGO DE EMPRESA.** Se conoce con este nombre los riesgos propios de la actividad empresarial. En un principio estuvo relacionado con el llamado riesgo provecho o riesgo beneficio para lograr la indemnización de los trabajadores víctimas de accidentes laborales. Más adelante, se amplió a todos los daños típicos de la actividad empresarial, tales como: los accidentes laborales conocidos desde un principio, daños al medio ambiente y daños a los consumidores, estos conocidos modernamente como responsabilidad por productos elaborados.

**RIESGO DEL AIRE.** Hasta el año de 1974, en Colombia la víctima de accidente aéreo asumía los riesgos propios del transporte. De esta manera la responsabilidad del transportador aéreo era de prudencia y diligencia y sólo bastaba que probara diligencia y cuidado para exonerarse de responsabilidad donde prácticamente los riesgos del aire eran asumidos por el pasajero. El avance tecnológico y científico relacionado con la aviación permitió predecir, prevenir y afrontar con seguridad los riesgos del aire, lo que permite que la obligación del transportista aéreo sea de resultado, asume el riesgo del traslado aéreo y no lo exonera la fuerza mayor ( art. 1003 C. Co. )

**RIESGO ACEPTADO.** Expuesta por Josserand para explicar la situación del ocupante de un coche a título gratuito que conociendo los riesgos se exponía voluntariamente. Inicialmente en el transporte a título gratuito el pasajero que resultara víctima de un accidente no podía invocar la responsabilidad a causa de las cosas del artículo 1.384 de Francia, en esas circunstancias debía invocar la responsabilidad de derecho común o por culpa del artículo 1.382 por el simple hecho de exponerse voluntariamente al riesgo que de antemano conocía. Ante la crítica por considerar que se trataba de una supuesta renuncia tácita de la víc-

tima a la protección legal y a la indemnización, posteriormente se admitió y se admite que en el transporte a título gratuito el pasajero víctima de un accidente invoque la responsabilidad a causa de las cosas que consagra la primera parte del artículo 1.384 del código civil Francés. El consejo de Estado Colombiano ha argumentado la teoría del riesgo aceptado en el caso de que se aborde un vehículo a sabiendas del estado de alicoramiento del conductor, no lo suficiente como para exonerar de responsabilidad, pero sí para reducción de perjuicios.<sup>24</sup>

También se habla de riesgo aceptado en el ejercicio de la medicina y profesiones afines. Se tiene aceptado a nivel mundial que el paciente antes de ser sometido a un acto quirúrgico tiene el derecho a ser informado y manifestar su asentimiento, salvo contadas excepciones, acerca de los riesgos previsibles que puedan generar daños. En estas circunstancias se dice que el paciente acepta los riesgos previstos y en el caso de producirse un daño, el profesional queda exonerado de responsabilidad civil y penal. Pero el hecho de que el paciente acepte el riesgo previsto no significa que el profesional de la medicina quede exonerado también de responsabilidad si el daño se ha producido por su culpa o dolo, aunque se trate de riesgos previstos.

**RIESGO PREVISTO.** Precisamente por evidenciar el ejercicio de la medicina Innumerables riesgos, unos de común ocurrencia o previstos, otros de escasa ocurrencia o imprevistos, al paciente le asiste el derecho a ser informado de los primeros y de las consecuencias adversas que previsiblemente podrían derivarse y el derecho a asentir o disentir, salvo que el paciente esté en imposibilidad de hacerlo, caso en el cual el asentimiento o disentimiento será dado por sus familiares o allegados. Si manifiesta su asentimiento por ende acepta los riesgos, si disiente en la información, de todas maneras será informado de las consecuencias de rechazar la realización del tratamiento o intervención. Si fue intervenido o sometido a tratamiento sin haber sido informado de las consecuencias de los riesgos previstos o habiendo sido informado no manifestó su asentimiento y como consecuencia de la intervención o tratamiento se ocasionó un daño, el profesional de la medicina será responsable civilmente, aunque el daño se haya ocasionado dentro de los llamados riesgos previstos.

**RIESGO PERMITIDO.** Expuesto desde el punto de vista penal por la teoría de la imputación objetiva. Un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico

24 Colombia. Consejo de Estado. Sentencia 13 de Septiembre de 2.001. Expediente 12487. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto.<sup>25</sup> Se está dentro del riesgo permitido por: la disminución del riesgo, falta de creación del peligro, estar dentro del principio de confianza y de esa manera la conducta no es punible. También se dice que mientras una persona ejerza una actividad catalogada de riesgosa, observando las reglas y normas para el ejercicio de la misma, ejerce un riesgo permitido. Verbigracia, vehículos automotores, empresas de gas, empresas de combustible, empresas de energía eléctrica etc.

**RIESGO DE LA PROPIEDAD.** Colin y Capitant al referirse al “descubrimiento” de la primera parte del artículo 1.384, lo hicieron en los siguientes términos:

*“Pero he aquí que se fijaron en un párrafo de una frase durante largo tiempo desconocido. Se le aisló, se le dio un significado y un alcance absolutos; se dedujo de él la solución de que el código consagraba el principio del riesgo de la propiedad en materia de accidentes producidos por una cosa inanimada, riesgo de que el propietario no podría ser librado ni por la prueba del caso fortuito”.*<sup>26</sup>

En el derecho Francés, inicialmente el responsable por el hecho de las cosas fue el guarda jurídico, generalmente el propietario, posteriormente y en la actualidad el responsable es el guarda material, que no siempre es el propietario de la cosa.

**RIESGO TECNOLÓGICO.** El riesgo tecnológico es denominado por la doctrina<sup>27</sup> como aquél que supera en creces al simple riesgo de vivir en sociedad, pero producido el daño, las consecuencias son de magnitudes insospechadas, que puede abarcar poblaciones enteras, desaparición de razas, delimitaciones territoriales extensas, incluso, hacer imposible la indemnización de perjuicios. En el prólogo a la edición española de la obra de Patrick Lagadec, Antonio Figueruelo Almazan se refiere al riesgo tecnológico en los siguientes términos:

*“El progreso técnico del hombre ha superado desde hace tiempo su capacidad de dominio sobre el proceso desencadenado. Las máquinas, las técnicas, los nuevos materiales y procedimientos, obedientes insensibles a las reacciones físico-matemáticas de las leyes de la naturaleza dominadas por el hombre, dependen, no obstante y como suprema paradoja de la imprevisibilidad del propio hombre, de sus humores y reacciones psíquicas, de esa línea ondulada que representa en último término su conducta. El ser humano afortunadamente no podrá nunca responder en términos fríamente matemáticos: esto quiere decir que los ingenios, materias y procedimientos surgidos de su lógica e inventiva, al depender en de-*

25 ROXIN, Claus. Ob. Cit., p. 363

26 COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henry. Curso elemental de derecho civil. Tomo 3. Madrid. Reus. 1.924. p. 785.

27 LAGADEC, Patrick. La civilización del riesgo (catástrofes tecnológicas y responsabilidad social). Madrid. Ed. Mafre. 1.983. Título original: La civilisation du risque. Traducción de: Luís Pardo Batiste.

*finitiva de su genio oscilante, pueden resolverse peligrosamente en el momento menos pensado. Este es el gran riesgo tecnológico a que nos ha abocado el proceso de la vida moderna*".<sup>28</sup>

La energía nuclear, los gases, los hidrocarburos, el sector químico y comienza su arribo la biotecnología y la Bioética, son todos agentes con los cuales se pueden ocasionar daños a personas o a bienes, no individualmente, sino de manera colectiva, en grandes proporciones al igual que el desencadenamiento de una fuerza bruta de la naturaleza, un desastre natural como ya se ha visto, desaparecen poblaciones enteras donde a nadie hay que reparar o el efecto contrario, desde el punto de vista económico, es imposible reparar a las víctimas.

**RIESGO CATASTRÓFICO.** Con consecuencias similares a las del riesgo tecnológico, pero con causa diferente, se encuentra el riesgo catastrófico. La fuente de riesgo ya no se centra en el mismo ingenio del hombre, en su inventiva y progreso, sino en la misma naturaleza. La doctrina se refiere así a los riesgos catastróficos:

*"La naturaleza de vez en cuando desata sus fuerzas y se encarga de recordarnos nuestra frágil debilidad pese al alto grado de civilización alcanzado por la humanidad. Basta un estornudo de GAIÁ en forma de terremoto, huracán, inundación o fenómeno similar para devolvernos a la noche de los tiempos en la que el hombre no dominaba la naturaleza, encontrándose a merced de sus fuerzas"*.<sup>29</sup>

**RIESGO EXCEPCIONAL.** En la responsabilidad extracontractual del estado se llama riesgo excepcional a uno de los tantos criterios objetivos de imputación. El riesgo excepcional tiene su origen en el derecho Francés, pero en el fondo no es más que la aplicación de la teoría del riesgo, agregando el calificativo de excepcional, para decir que es una carga excepcional que el administrado no tiene por qué soportar.

## **8. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA TEORÍA DEL RIESGO**

Si bien la teoría de la responsabilidad por el hecho de las cosas fue aceptada sin mayores problemas, no ocurrió lo mismo con la responsabilidad por riesgo, cuyo surgimiento originó los más fuertes debates y divisiones y para contrarrestar su operancia en el mundo jurídico una pléyade de juristas, entre ellos Marcel Planiol, George Ripert, Henry Capitant, Ambrosio Colin y los hermanos Henry y León Mazeaud esgrimieron sus argumentos para fundamentar que la teoría del riesgo era inconveniente, inútil y pernicioso al ver que la culpa, como fundamen-

28 LAGADEC, Patrick. Ob. Cit. P. VII.

29 JORDANO FRAGA, Jesús. La reparación de los daños catastróficos. Madrid. Marcial Pons. 2.000.

to de la responsabilidad civil estaba en juego. Josserand y Saleyilles recibieron el calificativo por parte de Henry Capitant como los síndicos en la quiebra de la culpa. Pero la más fuerte crítica y arremetida en contra de la teoría del riesgo fue recogida y expuesta por los hermanos Mazeaud.

Estuvo tan agudizada la división entre los partidarios de la culpa y los partidarios del riesgo, que se expusieron argumentos en favor de la culpa, se expusieron argumentos en favor del riesgo, se expusieron argumentos en contra del riesgo, se expusieron argumentos para contrarrestar los argumentos en contra del riesgo, se expusieron argumentos eclécticos y en la actualidad, lejos de acentuadas discusiones, se acepta como principio general que se es responsable también, cuando a causa de las cosas riesgosas o en ejercicio de actividades riesgosas, se causa un daño. En los párrafos siguientes se exponen las críticas que se hacen a la responsabilidad por riesgo y cómo se contrarrestan. El lector puede concluir que ninguna de las críticas, en un principio lanzadas en contra de la responsabilidad por riesgo, en la actualidad puede servir de base para los detractores.

1. Dicen los partidarios de la culpa que no puede haber nada más inequitativo que obligar a indemnizar a quien ha obrado sin negligencia ni imprudencia, lo que Planiol denomina *"injusticia social"*.

Se responde. Es indiscutible que la equidad ha sido una de las banderas de los partidarios del riesgo y de esta manera, dicen, es equitativo que las consecuencias dañosas recaigan sobre el autor del daño y no sobre la víctima que simplemente ha ejercido un papel pasivo. En la actualidad, para la exoneración de responsabilidad por riesgo, no basta probar la diligencia y prudencia porque la imputación no se hace desde el punto de vista de la culpabilidad (culpa), es únicamente a través de causa extraña que se exonera de responsabilidad. Esta misma fórmula se aplica en Colombia para las actividades peligrosas y desde este punto de vista no tiene cabida referirse a la Equidad para concluir que es inequitativo obligar a indemnizar a quien ha obrado sin negligencia ni imprudencia.

2. El aspecto moral propuesto por los partidarios del riesgo tuvo su acogida con los accidentes de trabajo. Expusieron que no había nada más inmoral que condenar a un obrero a la miseria absoluta, sin empleo y sin recursos, después de haber sufrido un accidente y no poder lograr ser indemnizado, simplemente porque no pudo probar la culpa de su patrón. En este punto los Mazeaud encuentran consenso y afirman que ante la moral y la equidad la teoría del riesgo encuentra

justificación y de esta manera, la culpa y el riesgo poseen un elevado fundamento moral, ninguna logra ventaja sobre la otra.

3. El juez tiene necesidad de nociones precisas y no de nociones de aspecto filosófico o económico de contornos mal definidos. Los tribunales no renunciarán a la culpa para lanzarse hacia lo desconocido de la teoría del riesgo.

Se responde. Si el riesgo no ofrece un principio definido, igual defecto se puede atribuir a la culpa. Henry Capitant, en el prefacio a la primera edición de la obra de los hermanos Mazeaud, se pregunta ¿qué es, pues, la culpa? Para responder, argumenta:

*“Noción fugitiva que resulta tan difícil de aprisionar en una fórmula y que, no obstante, responde a algo real; puesto que, cuando se le dice a cualquiera: “la culpa es suya”, cada cual comprende lo que eso significa. Existen así, en el derecho como en todos los órdenes de investigaciones, algunas ideas esenciales que se resisten a la definición”.*<sup>30</sup>

4. Es imposible proclamar ilimitadamente que quien obra sin culpa pueda ser responsable porque no se sabe hasta donde llevaría la aplicación de tal regla, pero es posible admitir la teoría del riesgo en esferas muy delimitadas por el legislador.

Se responde. Se vio anteriormente que ya no se legisla en materias precisas y específicas en torno a la responsabilidad por riesgo, en la actualidad, el legislador lo hace de manera abierta sin concretarla a materias precisas y hasta tiene su aplicación por la jurisprudencia. Así lo hace el Consejo de estado Colombiano.

5. La teoría del riesgo se neutraliza por sí misma, en cierto modo se devora a ella misma, simplemente porque la víctima también no sólo creaba riesgos, sino que los asumía por su actividad.

Se responde. Para calificar una actividad o cosa de riesgosa no es con el simple riesgo de vivir en sociedad. El riesgo que califica una actividad o cosa de riesgosa es aquel que se encuentra por encima de los estándares medios, el que está por encima del riesgo vital ordinario o aquel riesgo desfasado del simple riesgo de vivir en sociedad.

6. Admitir la teoría del riesgo sería paralizar toda iniciativa porque expondría al hombre a un sinnúmero de responsabilidades y en esa circunstancia nadie se atrevería a crear empresa.

Se responde. Las actividades en el mundo que son catalogadas de riesgosas han marcado un avance significativo y no porque se fundamenten en el riesgo

<sup>30</sup> Prefacio a la primera edición de la obra “Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil” de los hermanos Mazeaud. Ob. Cit. 8.

han permanecido estáticas o su avance haya sido lento. Antes por el contrario, las empresas se han multiplicado, las autopistas y vehículos se han multiplicado, el transporte aéreo se multiplicó, las comunicaciones y la informática se multiplicaron y la ciencia no hecha marcha atrás.

7. Admitir la teoría del riesgo sería retroceder a la época primitiva, a los tiempos bárbaros de la ley Aquilia, donde únicamente se atendía a la materialidad, al hecho en sí y la mera causalidad sin considerar la conducta del causante del daño.

Se responde. La responsabilidad por riesgo no atiende únicamente a la materialidad o al hecho en sí mismo porque desde el punto de vista procesal el demandado cuenta con los medios de defensa adecuados, esto es, se exonera si demuestra causa extraña (Fuerza mayor o caso fortuito, hecho exclusivo de la víctima o hecho exclusivo de tercero). Ocurrido el daño, el causante del mismo puede exonerarse de responsabilidad probando causa extraña, porque si fuera como lo plantean los detractores del riesgo, ni la causa extraña liberaría de responsabilidad.

## 9. ¿QUIEN ES RESPONSABLE EN LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO?

Si el responsable por los daños ocasionados en ejercicio de actividades peligrosas es quien de hecho tenga un poder de control, dirección y manejo sobre la actividad, indiscutiblemente el responsable en la responsabilidad por riesgo tiene que ser diferente, porque de no ser así, no habría lugar a establecer distinciones. Ya lo advertían los Mazeaud: “(...) en la teoría del riesgo, el responsable no debe ser el que tenga un poder de mando sobre la cosa, sino aquel que se aproveche de ella económicamente”.<sup>31</sup> Se hace claridad que en Francia el responsable por el hecho de las cosas inanimadas es el guardián de la cosa, distinto en Colombia cuyo responsable es el guardián de la actividad peligrosa, actividad que puede ser ejercida con cosas o sin ellas, aunque en un gran porcentaje las actividades peligrosas se ejerce con cosas.

En la responsabilidad por riesgo, el responsable es la persona que crea el riesgo o se lucra de él. ¿Pero es necesario responder a la pregunta, cuándo se entiende que se ha creado un riesgo o se obtiene lucro del mismo? No basta un riesgo general inherente a toda suerte del quehacer humano, porque el sólo hecho de vivir implica riesgos. Es necesario establecer un criterio de distinción y para establecer el criterio se debe tener en cuenta si el legislador de manera taxativa y

31 MAZEAUD, Henri y León, TUNC, André. Ob. Cit. Tomo Segundo, Volumen I. P. 360

específica regula el régimen de responsabilidad por riesgo, es decir, si aparece tipificada o si se establece el régimen de responsabilidad por riesgo planteado en términos generales abstracción hecha de actividad o cosa específica. Se recurre entonces a la legislación, a la interpretación judicial, a la jurisprudencia y a la doctrina, dependiendo de cada caso específico.

Se recurre a la legislación cuando la norma específica determina la responsabilidad por riesgo y la regula íntegramente, no quedando campo para interpretaciones por vía doctrinaria, jurisprudencial o judicial. De esta manera ocurrido el daño por la actividad o la cosa a las cuales la Ley les otorgó el calificativo ex ante de riesgosas y existiendo causalidad, el causante del daño únicamente puede liberarse de responsabilidad probando la causa extraña que la misma ley establece o cuando la ley guarda silencio, se entiende de manera genérica, que cualquier evento que configure causa extraña, exonera de responsabilidad.

Se recurre a la interpretación judicial, a la doctrina y a la jurisprudencia cuando el legislador a través de una disposición común y sin especificar la clase de actividad o de cosa, consagra un sistema de responsabilidad por riesgo. Se puede decir que en este caso existen dos regímenes de responsabilidades comunes, uno por culpa, otro por riesgo. ¿Pero a qué criterio se recurre en este último caso para calificar la cosa o actividad de riesgosa? Se ha dicho por la doctrina que el simple hecho de vivir en sociedad apareja riesgos, pero no es esta clase de riesgo la que califica una actividad o cosa de riesgosa. El riesgo que califica una actividad o cosa de riesgosa es aquel que se encuentra por encima de los estándares medios, el que está por encima del riesgo vital ordinario o aquel riesgo desfasado del simple riesgo de vivir en sociedad. ¿Cuál es el criterio para que el fallador determine el riesgo plus ultra o adicional del simple riesgo de vivir en sociedad? Se trata en este caso de realizar un juicio entre la mayor o poca probabilidad de ocurrencia de daño con respecto a la actividad o a la cosa.

*“De lo que se trata es de determinar si la probabilidad del daño es mayor si se da el comportamiento al que se pretende atribuir la responsabilidad, que sin él. Si la respuesta es negativa, el daño debe imputarse al riesgo vital normal de la víctima”.<sup>32</sup>*

No se trata acá de establecer cursos causales hipotéticos como lo hace la teoría de la imputación objetiva desde el punto de vista penal o de preguntarse desde el punto de vista de la teoría de la equivalencia de condiciones o de causalidad ocasional como alguna vez se pronunció la Corte Suprema de Justicia y verificar

32 SÁNCHEZ RIVERO, Juan Marcos. Responsabilidad civil. t. II. Segunda edición. Díké. 2.001. p. 154.



la relación de causa a efecto, respondiendo al interrogante, ¿qué habría ocurrido si el suceso causa no se hubiera dado, para hipotéticamente concluir cuál habría sido el resultado habiendo observado un comportamiento distinto?. No. Con el juicio que se realiza se trata es de establecer la mayor o menor probabilidad de daño con la actividad ejercida, sin importar la clase de daño ni la hipótesis de un resultado diferente. La misma legislación y la experiencia jurisprudencial han establecido una especie de catálogo y ex ante se sabe que ocurrido el daño a causa de determinada actividad o cosa es catalogada de riesgosa.

Así, desde el punto de vista procesal, las personas contra quienes va dirigida la pretensión son todas aquellas que crearon o se lucran del riesgo y de esa manera se recurre a la solidaridad que consagra el artículo 2344 del Código Civil. En el transporte público no es una persona la crea el riesgo. La empresa transportadora organiza, dirige, impone condiciones y se lucra por ello. El propietario del vehículo se lucra por la calidad de tal con respecto a la empresa transportadora. La empresa de Leasing es la propietaria del vehículo y en calidad de tal impone ciertas condiciones y se lucra por su actividad. El conductor del vehículo es quien directamente causa el daño, pero no la única persona que ejerce la actividad riesgosa, además se lucra por la actividad que ejerce. Vemos todo un engranaje, interdependiente, todos se lucran y en su conjunto generan las condiciones necesarias para que el daño se concrete. Sin empresa no puede operar el transporte, sin propietarios de vehículos la empresa no tendría vehículos afiliados, sin conductores los vehículos permanecerían inmovilizados y las empresas de leasing sin los tres anteriores no operarían en el ramo.

De aplicar el caso expuesto en el párrafo anterior a la actividad peligrosa, únicamente serían responsables los que ejercen la guarda de la actividad peligrosa, sin que se pueda generalizar, ya que en cada caso concreto corresponde determinar a quien se va a demandar, es decir, quién era el guardián, el cual se determina por el poder de dirección, control y mando y no como en la responsabilidad por riesgo que se determina por la creación del riesgo o el lucro del mismo.

## **10. RESPONSABILIDAD POR RIESGO EN COLOMBIA**

Aceptado como está, que el código civil en materia de responsabilidad civil extracontractual se fundamentó en la tesis netamente subjetivista de la culpa y digo se fundamentó porque si el legislador viviera en los tiempos actuales la redacción no sería la misma, no ocurre lo mismo con la jurisprudencia y la doctrina que gracias a ella se ha permitido poner al tanto el derecho con los tiempos mo-

ernos. Impensable sería concebir un derecho de la responsabilidad civil concretada a los veinte artículos del código civil Colombiano o en Francia a únicamente cinco artículos del código civil. ¿Cómo, entonces, ha evolucionado el instituto de la responsabilidad civil tan vertiginosamente con normas que datan de 1.804 en Francia y 1.873 en Colombia? Ya lo advertía Josserand:

*“La historia de la responsabilidad es la historia y es el triunfo de la jurisprudencia, y también, en ciertas medidas, de la doctrina. En términos más generales, es el triunfo del espíritu, del sentido jurídico”.*<sup>33</sup>

Los jueces han sido el alma del progreso jurídico, los artífices laboriosos del derecho nuevo contra las fórmulas caducas del derecho tradicional, anota el distinguido jurista. O, ¿de qué otra manera, ante una legislación exigua y anacrónica se ha permitido el avance y evolución al punto de estar al tanto con la realidad social, me pregunto?

En Colombia, igual que en la mayoría de países, ha sido la jurisprudencia y la doctrina la encargada de jalonar el crecimiento vertiginoso del derecho de daños y estar al tanto de la realidad social. Para mirar la evolución que ha tenido la responsabilidad por riesgo en el ámbito nacional, se hace menester desde dos puntos de vista, la jurisprudencia y la doctrina.

## 11. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

721

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se refirió por primera vez a la teoría del riesgo en sentencia del 5 de Agosto de 1937, con ponencia del magistrado Juan Francisco Mujica.<sup>34</sup> Aunque el caso sometido a casación fue por abuso del derecho, concretamente por denuncia penal, la Corte se refirió a la responsabilidad por riesgo no como aspecto central para resolver el asunto ya que lo resolvió sobre la base de la teoría del abuso del derecho, sino que lo hizo para concluir que como fuentes de la responsabilidad civil, existen cuatro clases de actos genéricos: el ilegal, el abusivo, el negativo y el de riesgo o excesivo. Con respecto al riesgo o excesivo, manifestó:

*“Este se encamina a que responda del daño que traiga tras sí su acto el que lo haya ejecutado con la necesaria previsión y prudencia y sin posibilidad alguna de prever el resultado dañoso. Se sustituye completamente por el objetivo el criterio subjetivo. La reparación del daño se basa entonces en la idea de que quien crea un riesgo debe sufrir las consecuencias de su realización, cuando perjudican a otro, abstracción hecha de toda culpa cometida”.*

33 JOSSERAND. Ob. Cit., p. 86

34 Colombia. Casación de 5 de agosto de 1937 G.J. Tomo XLV. p.418 y s.s.

La anterior mención que sobre el riesgo realizó la Corte, equivale a lo que es en la actualidad el obiter dicta de las sentencias, es decir, dichos de paso que no obligan ni se constituyen en precedente, por no estar inescindiblemente vinculados con la parte resolutive de la decisión.

En el año de 1938 con ponencia del magistrado Ricardo Hinestrosa Daza, la Corte decidió un caso cuyos hechos se centraron en el atropellamiento y posterior muerte de un ciclista por un vehículo. El conductor del vehículo fue investigado penalmente y se le sobreseyó (equivale a lo que es en la actualidad la preclusión de la investigación) a su favor la investigación penal. En el proceso civil, la defensa siempre se centró en los efectos de la cosa juzgada de la decisión penal, se decidió definitivamente que cuando la víctima no interviene en la actuación penal o no se decide allí lo relativo a los perjuicios, no se cierra la vía civil para que la víctima demande en proceso civil.<sup>35</sup> Resuelto lo anterior, la Corte entró a analizar de fondo la responsabilidad civil del conductor del vehículo y para ello se centró en la interpretación del artículo 2356 del Código Civil. Prácticamente en esta sentencia se estatuye el riesgo como fundamento, del artículo 2356, en los siguientes términos:

*“La teoría del riesgo, según la cual al que lo crea se le tiene por responsable, mira principalmente a ciertas actividades por los peligros que implican, inevitablemente anexos a ellas y mira a las dificultades, que suelen llegar a imposibilidad, de levantar las respectivas probanzas, los damnificados, por hechos ocurridos en razón o con motivo o con ocasión del ejercicio de esas actividades, un depósito de sustancias inflamables, una fábrica de explosivos, así como un ferrocarril o un automóvil, por ejemplo, llevan consigo o tiene de suyo extraordinaria peligrosidad de que generalmente los particulares no pueden escaparse con su sola prudencia. De ahí que los daños de esa clase se presuman en esa teoría, causados por el agente respectivo, como sería en estos ejemplos el autista, el maquinista, la empresa ferroviaria. Y de ahí también que el agente o autor no se exonere de indemnización, sea en parte en algunas ocasiones, sea en el todo a veces, sino en cuanto demuestre caso fortuito, fuerza mayor o intervención de elementos extraños. A esta situación se ha llegado en algunos países por obra de una labor jurisprudencial ardua, en cuyo desenvolvimiento no ha dejado de tropezar los juristas, en su camino a la humanización del derecho, con la rigidez de los textos legales. Fortuna para el juzgador colombiano es la de hallar en su propio código, disposiciones previsivas que sin interpretación forzada ni descaminada permitan atender al equilibrio a que se viene aludiendo o, por mejor decir, a la concordancia o ajustamiento que debe haber entre los fallos y la realidad de cada época y de sus hechos y clima. Porque a la verdad, no puede menos de hallarse en nuestro citado art. 2356 una*

35 Colombia. Casación 14 de Marzo de 1938. G.J. Tomo XLVI. Número 1934 p.211

*presunción de responsabilidad, de donde se sigue que la carga de la prueba, onus prodi (sic) no es del damnificado, sino del que causa el daño, con solo poder imputarse a su malicia o a su negligencia”.*

La sentencia contiene salvamento de voto por parte de los magistrados Hernán Salamanca y Arturo Tapias Pilonieta y con respecto a la teoría del riesgo acogido en la decisión, manifestaron que tanto el artículo 2341 como el 2356 del Código Civil tienen su fundamento en la culpa y no en el riesgo.

Se convertía para esta época la teoría del riesgo en fundamento de la responsabilidad civil por los daños causados en el ejercicio de actividades peligrosas. La doctrina anterior fue reiterada en sentencias de mayo 31 de 1938 con ponencia del magistrado Liborio Escallón y 25 de noviembre del mismo año con ponencia del magistrado Ricardo Hinestrosa Daza.

Esta corriente jurisprudencial de la teoría del riesgo, sufrió revés en sentencia de mayo 12 de 1939 con ponencia del magistrado Arturo Tapias Pilonieta.

Los hechos se refieren a la colisión de dos vehículos en los que resultó muerta una niña. Se demandó a la empresa Bavaria ya que era propietaria de uno de los vehículos, la primera instancia negó las pretensiones y la segunda instancia revocó y argumentó para ello, que quien hace u obra por otro hace u obra por sí, porque no es justo que quien se aprovecha o beneficia de la obra de otro en la ejecución de una obligación previa o de un mandato como resultado del cumplimiento del cargo que desempeña, no responsa del hecho del substituto como hecho suyo. Concluye que los beneficios aprovechaban a la empresa y no al conductor personalmente y de ahí nace la responsabilidad para la compañía.

La Corte, en la parte motiva de la sentencia, concluye:

*“De todo lo expuesto se deduce que el sistema del Código Civil colombiano no admite ni acoge en forma alguna la teoría de la responsabilidad objetiva, en virtud de la cual una persona responde de sus actos perjudiciales a otros, prescindiendo de toda idea de culpa; noción que en tal teoría se reemplazará por la del riesgo.*

*Esta última teoría es la que implícitamente acoge el sentenciador, según se infiere de sus razonamientos. La expresada teoría, al trasladar el fundamento de la indemnización por daño de la noción clásica de la culpa a la del riesgo, exige para su aplicación un texto expreso, un sistema legal completo, concienzudamente adoptado”.*

En decisiones posteriores, la Corte reafirmó su decisión de declinar de la aplicación de la teoría del riesgo. Manifestó que en las decisiones anteriores se limitó

a plantear una inversión de la carga de la prueba y que el principio de la culpa sigue siendo fundamento de la responsabilidad civil en Colombia. O también, que:

*“Cuando la Corte ha hablado de riesgo, en los fallos mencionados, no lo ha entendido en el concepto que este vocablo tiene en el sentido de responsabilidad objetiva, lo cual es claro y obvio, si se considera que en tales fallos se ha partido de la doctrina de la presunción de culpabilidad que por lo ya dicho es opuesta y contraria a la del riesgo creado”.<sup>36</sup>*

No obstante el rechazo por parte de la Corte de la aplicación de la teoría del riesgo, acepta que su aplicación puede tener lugar en un futuro y en la sentencia última citada textualmente, la Corte exige para su aplicación, la existencia de un texto expreso, un sistema legal completo, concienzudamente adoptado. En sentencia de Agosto 31 de 1954,<sup>37</sup> desechando la teoría del riesgo, la Corte acepta la conveniencia de acoger en el futuro la tesis de la responsabilidad por riesgo, bajo la condición de que el desarrollo social en Colombia se complique a tal punto que la proliferación de actividades peligrosas pueda rebasar los moldes de la responsabilidad subjetiva fundada en la noción clásica de culpa. En sentencia de 8 de Mayo de 1969,<sup>38</sup> la corte se refiere a la sentencia anterior (agosto 31 de 1954), pero no decide acoger el riesgo para resolver un caso donde un bien inmueble resultó dañado por una construcción contigua, sino que continuó con la tesis tradicional de la culpa ya que el artículo 2356 del Código Civil se fundamenta en la culpa presunta. Para no aplicar la teoría del riesgo, la Corte fundamentó así:

*“Esta teoría de la responsabilidad objetiva, de origen Alemán relativamente reciente y patrocinada por numerosos civilistas latinos, ha sido vigorosamente combatida por la mayoría de éstos últimos, algunos de quienes ven en ella un intento de retroceso del derecho occidental a sus más primitivas etapas en que la sanción pecuniaria de la compositio se imponía con la sola verificación del nexa físico entre el daño a la víctima y el hecho ajeno. Dícese entonces, que el acogimiento legislativo o jurisprudencial de la novedosa teoría haría perder el esfuerzo secular de los jurisconsultos romanos en pro de la humanización del derecho, esfuerzo que logró su primer triunfo definitivo con la adopción de la Ley Aquilia que erigió la valoración ético jurídica de la conducta social de los individuos como principal criterio para juzgar su posible responsabilidad, criterio que se ha considerado como el avance más importante alcanzado en el campo del derecho penal, y del privado, y celosamente defendido hasta nuestros días por el cristianismo y, en general, por el pensamiento espiritualista”.*

<sup>36</sup> Colombia. Casación 18 de Noviembre de 1.940

<sup>37</sup> Colombia. Casación 31 de Agosto de 1954 G: J: Tomo LXXVIII. M.P. José. J. Gómez R. p.425

<sup>38</sup> Colombia. Casación 8 de Mayo de 1969 G.J. Tomo CXXX Números 2310, 2311, 2312 p.96. M.P. Guillermo Ospina Fernández.

Parece que desde el año de 1954 el desarrollo industrial, científico y tecnológico permanece estático y que no ha habido proliferación de actividades peligrosas, porque si la corte en 1954 vaticinó la aplicación de la responsabilidad por riesgo condicionada a un futuro desarrollo social, lo cierto es que en pleno siglo XXI sus decisiones son idénticas a las proferidas en el año de 1954. En 1992<sup>39</sup> la Corte decidió:

*“Que existe una presunción de culpa en quienes se dedican al ejercicio de actividades peligrosas. Considerando pues, que no es la víctima sino el demandado quién crea la inseguridad de los asociados al ejercer una actividad que, aunque lícita, es de las que implican riesgos de tal naturaleza que hacen inminente la ocurrencia de daños, enseñó que, en tales circunstancias, se presume la culpa en quien es agente de actividad peligrosa (...)”. “Esta construcción jurisprudencial no entraña aceptación de la teoría de la culpa objetiva o del riesgo creado, pues de un lado descansa en la existencia de culpa del demandado, aunque ésta sea presunta, y de otro, admite su exculpación que demostrando que el daño ocurrió por fuerza mayor, intervención de un tercero o por culpa exclusiva de la víctima”.*

En sentencia de Mayo 5 de 1.999, se dispuso:

*“Ha puntualizado la Corte, que la regla del artículo 2356 del Código Civil apareja una presunción de culpa en contra de quien causa perjuicios con ocasión del ejercicio de aquellas actividades cuya ejecución entraña peligros o riesgos para las personas del entorno (...)”.*<sup>40</sup>

En reciente jurisprudencia, la corte acotó:

*“2. En Colombia, a pesar de la utilización más o menos esporádica del término “Riesgo”, por la época en que afloró la teoría que lleva su nombre, la Corte Suprema ha insistido en que la responsabilidad civil extracontractual prevista en el código civil viene impregnada de las tesis subjetivas que entronizan la culpa como criterio fundamental de la responsabilidad”.*<sup>41</sup>

A pesar del rechazo expreso de la responsabilidad por riesgo en la jurisprudencia de la Corte Suprema, en repetidas sentencias hace alusión indistintamente a la actividad peligrosa o riesgosa, todavía se maneja el temor fundado por parte de los partidarios acérrimos de la culpa en el sentido de que si se acepta expresamente la responsabilidad por riesgo es desnaturalizar la valoración ético jurídica de la conducta social de los individuos como principal criterio para juzgar su posible responsabilidad, criterio considerado como el avance más importante alcanzado en el derecho privado y celosamente defendido hasta nuestros días por el cristianismo y, en general, por el pensamiento espiritualista.<sup>42</sup>

39 Colombia. Casación 4 de Junio de 1992. C.P. Carlos Esteban Jaramillo S.

40 Colombia. Casación 5 de Mayo de 1.999. Exp. 4978 M.P. Jorge Castillo Rugeles

41 Colombia. Casación 22 de Mayo de 2000 Exp. 6264 M.P. Jorge Santos Ballesteros

42 Colombia. Casación 8 de Mayo de 1969. Ibíd. 35.

Como quedó anotado, si el responsable de los daños que se ocasionen en ejercicio de actividad peligrosa es el guardián y guardián es la persona que de hecho tiene la dirección, control y manejo de la actividad, no es explicable por qué la Corte Suprema de Justicia recurre la noción de riesgo creado, beneficio y provecho de cara a determinar responsabilidad civil, cuando son nociones propias de la responsabilidad por riesgo, que según el análisis jurisprudencial analizado, no es aceptado por la Corte Suprema. Lo afirmado se sintetiza en las siguientes sentencias.

En esta sentencia, como en muchas más, la Corte define quién es guardián, advirtiéndose en esta definición conceptos propios de la responsabilidad por actividades peligrosas y conceptos propios de la responsabilidad por riesgo.

*“Y el natural corolario que se sigue de cuanto queda expuesto es que, siendo en sí misma la actividad peligrosa la base que justifica en derecho la aplicación del artículo 2356 del Código Civil, preciso es establecer en cada caso a quien le son atribuibles las consecuencias de su ejercicio, lesivas para la persona, el alma o los bienes de terceros, cuestión esta para cuya respuesta es común acudir a la noción de “guardián de la actividad”, refiriéndose con tal expresión a quienes en ese ámbito tenga un poder efectivo de uso, control o **aprovechamiento** respecto del artefacto mediante el cual se realiza dicha actividad”.*<sup>43</sup>

*“Aun cuando la electricidad es sin duda alguna uno de los puntales del progreso humano y motor por excelencia de asombrosos avances tecnológicos, inevitables es reconocer que se trata al propio tiempo de un elemento cuyo **aprovechamiento implica riesgos** especiales (...)”.*<sup>44</sup>

*“En cuanto al tercer elemento, atinente a la existencia de un factor imputativo de responsabilidad a la sociedad en este proceso demandada, requisito que sin mayor análisis descarto el Tribunal, ha debido hacerse operar la norma contenida en el artículo 2356 del Código Civil por cuanto el hecho de **aprovecharse** de una construcción en la mitad de la vía pública(...)” . En la misma sentencia. “No puede negarse que las señaladas especificaciones del control indican de manera fehaciente que quien ejercía la administración de la caseta de peaje en el momento del accidente era la sociedad demandada que, por lo tanto, **se aprovechaba de su utilización por cuanto recibía remuneración por la prestación del servicio de cobro del peaje en carretera**”.*<sup>45</sup>

*“A fin de perfilar ese concepto en su debida dimensión, la Corte se ve en la necesidad de efectuar este formal reparo por cuanto, muy a pesar del alcance de los elementos de*

43 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Casación Civil. 4 de junio de 1992. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss

44 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Casación Civil. Octubre 8 de 1992. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss

45 Colombia. Corte Suprema de justicia. Casación Civil. 22 de febrero de 1995. Exp. 4345. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss

convicción obrantes en esta actuación, con tal consideración desconoció el Tribunal la apuntada vinculación y por ende la noción teórica de “guarda compartida”, según la cual en el ejercicio de actividades peligrosas no es extraña la concurrencia de varias personas que, desde diversos ángulos y en atención a sus propios intereses o beneficios, puedan ejercer al tiempo y a su manera la dirección o control efectivo de aquellas y que a todas les impone el deber jurídico de impedir que se convierta en fuente de perjuicios para terceros, cuestión que ciertamente omitió examinar el sentenciador en el caso sub-judice, a pesar de las evidencias existentes en el proceso que llevan a concluir que Postobón S.A., **sin embargo de efectuar la venta mencionada, no permaneció apartada ni indiferente al desempeño, funcionamiento y control intelectual de la actividad peligrosa desplegada por el automotor tantas veces citado, actitud que por fuerza ha de entenderse asumida por aquella entidad en cuanto y en tanto obtenía de esa actividad lucro o provecho económico evidente.** La posición de Postobón S.A. que en consecuencia muestra el proceso, es entonces significativa en poner de manifiesto la existencia de un **factor suficiente de atribución** de responsabilidad que no era dable desconocer por principio bajo el simple enunciado de la venta tantas veces referida, pues razones jurídicas existían para imputarle la correspondiente obligación resarcitoria en que dicha responsabilidad consiste, tanto a la compradora como a la vendedora”.<sup>46</sup>

“(…) más como también lo ha sostenido la jurisprudencia desde vieja data, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 2356 *ibídem*, a la víctima de un determinado accidente que provenga del ejercicio de una actividad peligrosa, le basta demostrar la existencia de éste y que le es completamente ajeno; que el control efectivo, **beneficio o goce** de la misma se halla en cabeza de la persona a quien se demanda (...)”.<sup>47</sup>

No empecé la pésima redacción y la mezcla de conceptos inextricables e irreconciliables los unos con los otros, la Corte Suprema de Justicia también se ha referido al guardián de la actividad peligrosa, no ya desde el punto de vista del provecho o lucro, sino desde el punto de vista de la creación del riesgo, para caer de esta manera en el riesgo creado:

“(…) existe una presunción de culpa en quienes se dedican al ejercicio de actividades peligrosas. Considerando, pues, que no es la víctima sino el demandado quien **crea la inseguridad de los asociados** al ejercer una actividad que, aunque **lícita**, es de las que **implican riesgos** de tal naturaleza que hacen inminente la ocurrencia de daños (...)”.<sup>48</sup>

“Esta afirmación, en efecto, también encuentra soporte en el contenido material de las aludidas pruebas testimoniales y documentales, y no en una sola de ellas vista de manera

46 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Casación civil. 22 de abril de 1997. Exp. 4753. M.P. Nicolás Bechara Simnacas

47 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Casación civil. 7 de septiembre de 2001. Exp. 6171. M.P. Silvio F. Trejos Bueno

48 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Casación Civil. 4 de junio de 1992. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss



*aislada e inconexa, conforme a las cuales la sociedad contratante también ostentaba, de una forma u otra, el control y la dirección de la actividad en general, en tanto que fue ella - y sólo ella - la que decidió voluntariamente adelantar dicho proyecto, tomó la iniciativa de edificar una construcción, seleccionó o escogió en forma autónoma al contratista que la ejecutaría, ordenó la realización de los trabajos respectivos, adoptó las medidas pertinentes para ponerlos en marcha, asignó los recursos necesarios para tal efecto y, desde luego, conservó un considerable e inocultable margen de control e influencia sobre tal operación, que no sólo era desplegada por su cuenta, sino que redundaba directamente en provecho económico suyo”.*<sup>49</sup>

¿A qué conclusión se llega después de conocer las sentencias anteriores? Que la Corte Suprema aunque lo niegue, aplica en el fondo la responsabilidad por riesgo y de manera anti técnica, hasta donde más, la sustenta en la presunción de culpa, pero no admite la prueba de la diligencia y cuidado de cara a exonerar de responsabilidad, sino que, únicamente admite la causa extraña como causal de exoneración.

Pero paradójicamente la Corte acepta expresamente la responsabilidad por riesgo creado en donde menos se esperaba que la aplicara; en la actividad bancaria y concretamente por el pago de cheques falsificados no imputables al librador. Con fundamento en el artículo 191 de la ley 46 de 1.923, hacía responsable al Banco por el pago de un cheque falso o cuya cantidad se haya aumentado, salvo que el depositante no notificara al banco dentro del año después de que se le devolvía el comprobante del pago del cheque falso o la cantidad aumentada. Esta norma sirvió de base para que desde finales del año 1.938 la corte profiriera las primeras sentencias con fundamento en la teoría del riesgo y respecto del pago de cheques falsificados. Pero en 1.971 con la expedición del Código de Comercio se amplió el radio de defensa de la situación para los bancos al consagrar en los artículos 732 y 1.391 que la culpa del cuentacorrentista, de sus dependientes, factores o representantes libra al banco de responsabilidad cuando hayan dado lugar a la adulteración. En este punto ha dicho la Corte:

*“Como la medida de responsabilidad de un banco por el pago de un cheque falso no se detiene en la culpa sino que alcanza el riesgo creado, no le basta el lleno de las precauciones habituales, sino que es preciso probar algún género de culpa en el titular de la cuenta corriente para que el banco quede libre. No interesa entonces la presencia o no de culpa del banco girado, pues por imposición legal este debe correr con el riesgo de esa actividad y concreta-*

---

<sup>49</sup> Corte Suprema de Justicia. Casación Penal. 13 de mayo de 2008 Exp. 11001-3103-006-1997-09327-01. M.P. César Julio Valencia Copete.

*mente con los riesgos derivados del pago de cheques falsificados o alterados, la que se reitera, es una responsabilidad objetiva, que se modera o elimina en los casos atrás mencionados”.<sup>50</sup>*

El Tribunal Superior de Medellín en sentencia de Octubre 23 de 2.001 acogió expresamente la teoría del riesgo, para aplicarla en un caso donde una persona se intoxicó al ingerir una bebida gaseosa. Este fue el punto toral de la decisión referente a la teoría del riesgo:

*“RESPONSABILIDAD OBJETIVA FUNDADA EN EL RIESGO CREADO. La evolución de la teoría de la responsabilidad extracontractual se ha movido entre dos extremos: La responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva. En la actualidad y con el desarrollo de la industria, de las empresas y el avance de la tecnología, se despliegan fuerzas incontrolables con la producción masiva y mecanizada lo cual puede generar muchísimos daños a las personas, y resultar insuficiente una teoría de la responsabilidad basada simplemente en la noción clásica de la culpa subjetiva, es decir, de la culpa probada, o en la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas. Por lo anterior, se habla de la teoría del riesgo creado que presume responsabilidad en quien crea un riesgo con su actividad, y de igual manera se alude al riesgo beneficio o riesgo provecho, que considera que no basta la existencia del riesgo sino que es necesario que el autor del daño obtenga un beneficio con esa actividad riesgosa.*

*La tesis del riesgo provecho, que es la llamada a ser aplicada en el asunto que se ha de resolver, no tiene consagración expresa en la legislación colombiana, sino que es creación jurisprudencial y analógica, y se apoya en el art. 2356 del C.C., como una analogía legis, por consagrar una hipótesis coincidente, en esencia, con la que presenta este evento. Además, lo dicho encuentra amplia acogida en la teoría general de la responsabilidad, como presunción de responsabilidad que debe ser desvirtuada por quien crea el riesgo y se aprovecha de él.<sup>51</sup>*

Por lo limitado de este trabajo, no se hace comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Medellín. Lo importante es que a mi juicio, puede ser la primera sentencia proferida a nivel Nacional sustentada en el riesgo, después de las mencionadas por la Corte Suprema de Justicia en el año 1938.

50 Colombia. Casación Julio 31 de 2001. Exp. 5831 M.P. Nicolás Bechara Simancas. Otras sentencias referente al tema: Casación del 29 de Noviembre de 1976, 30 de Septiembre de 1986, 24 de Octubre de 1994 y 9 de Septiembre de 1999

51 Colombia. Tribunal Superior de Medellín. Octubre 23 de 2001. Ddte. Jairo Alonso Gómez Mejía. Ddo. Panamco Industrial de Gaseosas. M.P. Rosa María Escobar Camargo.

## 12. JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO <sup>52</sup>

La jurisprudencia del consejo de estado de manera expresa, clara y categórica aplica la teoría del riesgo, lo que conlleva a la responsabilidad por riesgo. Aunque lo llaman riesgo excepcional, en el fondo no es más que la aplicación de la teoría del riesgo. Aun en el año de 1.976 el Consejo de Estado no admitía la responsabilidad por riesgo. Así se pronunció, en la época, el alto tribunal:

*“Conocido el criterio jurisprudencial, precisa concluir que el Consejo de Estado no ha reconocido la responsabilidad por riesgo y que cuando tangencialmente hace relación a tal figura, lo hace para relieves o destacar una falla o falta de servicio”.*<sup>53</sup>

En 1984 se comienza a aceptar la teoría del riesgo excepcional para aplicarla en los daños producidos por redes eléctricas. En 1989 se dice que según la teoría del riesgo excepcional el estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficios de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un “riesgo de naturaleza excepcional” que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio. Acota también la jurisprudencia que quién quiera que obtenga beneficios de una actividad generadora de riesgos, asume las cargas que de estos se deriven.<sup>54</sup>

En múltiples sentencias el Consejo de Estado se ha referido a las diferentes actividades que pueden enmarcarse y que son regidas por el régimen del riesgo creado. El transporte de explosivos, la demolición de edificios, la conducción de energía, la utilización de armas de fuego, vehículos automotores, entre otras, se rigen por la teoría del riesgo excepcional que no es otra cosa que la aplicación del riesgo creado. Si en un principio la aplicación de la responsabilidad por riesgo en la responsabilidad del estado se tornó inextricable y anfíbológica toda vez que no se tenía claro a cuáles actividades se aplicaba, en 1998 se hizo claridad al respecto y mediante decisión, se concluyó:

52 En este tema puede consultarse la excelente obra del Dr. Javier Tamayo Jaramillo intitulada “La responsabilidad del Estado (riesgo excepcional y las actividades peligrosas. El daño antijurídico”. Temis. 1.997. Segunda edición 2.000

53 Colombia. Consejo de Estado. Sentencia 28 de Octubre de 1.976. C.P. Jorge Valencia Arango

54 Colombia. Consejo de Estado. Sentencia 20 de Febrero de 1989.

*“En conclusión, los daños provenientes de las redes eléctricas así como del uso de armas de fuego o la conducción de vehículos automotores son conceptos que no presentan diferencia alguna pues se trata de la creación de un riesgo excepcional por el ejercicio de actividades peligrosas, en cuyo caso la responsabilidad es objetiva y el estado sólo se exonera o se libera por medio de la prueba de una fuerza mayor, del hecho de un tercero o de culpa exclusiva de la víctima (Causa extraña)”.*<sup>55</sup>

La jurisprudencia actual del Consejo de Estado, ha depurado el concepto de la responsabilidad por riesgo para referirse a su genuina división utilizada en el derecho civil, entre riesgo creado y riesgo provecho. Para que no surja duda que el Consejo de Estado se pliega por completo a la teoría del riesgo, en su doble vertiente de riesgo creado y riesgo beneficio en los últimos años son varios los pronunciamientos al respecto. Puede verse.

En la siguiente jurisprudencia, el Consejo de Estado se refiere a la energía eléctrica como actividad que tiene contingencia al daño y con ella se crea un riesgo. Además de que se presta un servicio a la comunidad, también la administración pública obtiene un provecho.

*“La conducta del demandado si bien está desprovista de falla, objetivamente le es imputable el hecho dañino, en este caso, porque el riesgo creado con la actividad de energía, que tiene contingencia al daño, fue causal en el apareamiento del mismo hecho; es claro que las redes de energía crean riesgo a terceros cuando invaden jurídicamente bienes y espacios públicos – como son el aire y un lugar que es de disfrute de todos – para poder prestar el servicio que no solo favorece a la comunidad sino que genera un provecho económico para la administración prestadora del servicio”.*<sup>56</sup>

La siguiente jurisprudencia se refiere al uso de armas de fuego. El Consejo de Estado ya no se refiere al riesgo provecho, pero sí al riesgo creado. Sólo basta que el riesgo se concrete en un daño y éste sea imputable al Estado.

*“Sin embargo, reflexiones similares a las realizadas para justificar la teoría de la responsabilidad por el riesgo excepcional, permiten afirmar, con fundamento en lo dispuesto en el Artículo 90 de la Constitución Política de 1991, que el régimen aplicable en caso de daño causado mediante actividades o cosas que exponen a los administrados a un riesgo grave y anormal, sigue siendo de carácter objetivo. En efecto, basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella”.*<sup>57</sup>

55 Colombia. Consejo de Estado. Sentencia Septiembre 10 de 1998. C. P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10820.

56 Colombia. Consejo de Estado. 26 de abril de 2001. Exp. 12917. M.P. María Elena Giraldo Gómez

57 Colombia. Consejo de Estado. 3 de abril de 2001. Exp. 12329. M.P. Alier E. Hernández Enríquez

Una vez más, el Consejo de Estado se refiere al riesgo creado el cual se concreta con la utilización de las cosas llamadas riesgosas, pero también se refiere al riesgo provecho y sin en cualquiera de las dos situaciones se causa daño antijurídico al administrado, sin más miramientos el Estado es responsable.

*“Cuando la responsabilidad se presume por el ejercicio de la utilización de cosas peligrosas o que en sí mismas representan un gran riesgo para los demás, como sucede, por ejemplo, con la utilización de vehículos automotores, armas oficiales de dotación, redes de conducción de energía, etc. Etc., el que las utiliza o ejerce para provecho o beneficio suyo le impone a los demás una carga excepcional que no tiene por qué soportar y si los daña debe resarcirlos (Restablecimiento que se impone como una solución de equidad). De allí que en estos eventos se mire más al daño jurídico producido por la irregularidad o no de la conducta oficial”.*<sup>58</sup>

En la siguiente jurisprudencia, el Consejo de estado se refiere a la vieja máxima de origen civilista para explicar la teoría del riesgo provecho. Decir que donde está la utilidad está la carga, equivale a decir que quien obtiene provecho de una actividad riesgosa, está obligado a resarcir los perjuicios que ocasione.

*“La responsabilidad derivada del ejercicio de actividades peligrosas o riesgosas se encuentra por completo desligada de toda consideración sobre la culpa o diligencia y prudencia de quién ocasiona el daño con fundamento en el principio ubi emolumentum ibi onus esse debet (donde está la utilidad debe estar la carga) que hace responsable de los perjuicios a quien crea la situación de peligro”.*<sup>59</sup>

En la siguiente jurisprudencia, el Consejo de Estado se refiere a la más pura expresión de la responsabilidad por riesgo, en su doble vertiente de riesgo creado y riesgo provecho y a las causales de exoneración de responsabilidad. Por parte de la doctrina civilista partidaria de la responsabilidad por riesgo, siempre se ha afirmado que quien en ejercicio de una actividad riesgosa causa un daño, está obligado a indemnizar los perjuicios.

*“En el caso presente, la sala reitera lo dicho en repetidas ocasiones, pues es evidente que la utilización de armas de fuego consiste una actividad peligrosa, que de por sí compromete la responsabilidad de la administración, quien se aprovecha de un riesgo, o quien lo crea, debe indemnizar los daños que de él se deriven. Así, probado el vínculo de causalidad entre la actividad peligrosa y el daño, la entidad pública sólo puede exonerarse demostrando una causa extraña, constituida por la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o del hecho exclusivo y determinante de un tercero”.*

58 Colombia. Consejo de Estado. 17 de mayo de 2001. Exp. 12503. M.P. María Elena Giraldo Gómez

59 Colombia. Consejo de Estado. 16 de junio de 1997. Citada en la sentencia de mayo 17 de 2001. Exp. 12503. M.P. María Elena Giraldo Gómez

Una vez más el Consejo de Estado se refiere al riesgo en su doble modalidad y siempre utiliza la conjunción disyuntiva “o”, nunca la conjunción copulativa “y”, para mostrar que quien crea un riesgo y ocasiona daño, es responsable, así como también, quien reporta provecho a través de una actividad riesgosa y ocasiona daño, también es responsable, obvio está, siempre referido a la administración pública.

*“Este asunto merece ser resuelto con fundamento en la tesis sobre responsabilidad objetiva, aplicable a los casos de accidentes causados con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas como la conducción de vehículos automotores, armas de dotación oficial, conducción de energía eléctrica, en vista que el factor de imputación lo constituye el riesgo a que la administración expone a sus asociados. En relación con la teoría de la responsabilidad por actividades peligrosas se ha reiterado que quien se aprovecha de un riesgo o quien lo crea, debe indemnizar los daños que de él se deriven, independientemente de la culpa adicional en que pueda incurrir quien originó la causa del daño. Ahora, para que la entidad demandada responda por el daño causado en ejercicio de una actividad peligrosa se requiere que haya creado conscientemente un estado riesgoso que finalmente desemboque en el daño de la víctima, en cuyo caso el demandado sólo podrá exonerarse demostrando causa extraña”.<sup>60</sup>*

Del acopio de la jurisprudencia de Estado con respecto a la teoría del riesgo, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

No diferencia entre actividades riesgosas y actividades peligrosas, toda vez que en su génesis, efectos, consecuencias y prueba exoneratoria no admiten diferencia alguna. Por obvias razones siempre se encuentra en la Jurisprudencia del Consejo de Estado refiriéndose indistintamente al ejercicio de actividades riesgosas o peligrosas.<sup>61</sup>

Entre el riesgo excepcional que no es más que la adaptación de la teoría del riesgo creado a la responsabilidad estatal, no se advierte ninguna diferencia, simplemente es un juego de palabras, aunque como se demostró, el Consejo de Estado en los últimos años abandona la gravedad y la excepcionalidad del riesgo, para centrarlo en la creación o provecho del riesgo. En las distintas sentencias el consejo de estado advierte que basta la realización del riesgo creado o el provecho por la administración, para que el daño resulte imputable a ella. Lo que pasa es que llevado a la responsabilidad estatal se habla de riesgo grave, excepcional o

60 Colombia. Consejo de Estado. 7 de noviembre de 2007. Exp. 13669. M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros

61 Colombia. Ver sentencias Mayo 4 1998 Exp. 11044. M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Marzo 15 de 2001 Exp. 11222. M.P. Alíer Hernández Enríquez Mayo 3 de 2001 Exp. 12329. M.P. Alíer Hernández Enríquez. Octubre 4 de 2001 Exp. 11365. M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

anormal para referirse a lo expuestos que están los administrados en el ejercicio de la actividad estatal.<sup>62</sup>

Puede concluirse con las sentencias del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia lo siguiente: Las actividades relacionadas con el transporte automotor, energía eléctrica, gas, armas de fuego, etc., el Consejo de Estado fundamenta el deber de responder por los daños ocasionados, en el riesgo, mientras que la Corte Suprema de Justicia fundamenta el deber de responder por daños ocasionados con las mismas actividades, en la presunción de culpa, pero de manera fehaciente, en el fondo aplican la teoría del riesgo.

### 13. LA DOCTRINA

Podría decirse que la doctrina nacional se ha mostrado ajena al tema de la responsabilidad por riesgo, al menos son pocos los estudios que se han realizado, simplemente para hacer una enunciación en cuanto a su origen, aumentar las críticas existentes ya conocidas y negar rotundamente que semejante absurdo jurídico pueda tener eco en el panorama del derecho nacional. La mayoría de doctrina nacional está dirigida a tratar el tema de la responsabilidad por actividades peligrosas, porque a esa solución llegó la Corte Suprema de Justicia para atemperar la falta de norma expresa en el código civil que regulara la responsabilidad por el hecho de las cosas y era casi una herejía hablar de responsabilidad por riesgo ya que la culpa aún se dice, tiene su sustento en el cristianismo y en el pensamiento espiritualista y sólo quien ha cometido ese “pecado jurídico” llamado culpa, está obligado a indemnizar. Entre la poca doctrina existente se puede hacer referencia a la siguiente:

Ricardo Uribe Holguín. Acepta que el maquinismo ha derivado actividades peligrosas y por ende se ha producido un cambio fundamental de vida, pero no para que a la ligera se pretenda suprimir el criterio de la culpa so pretexto de que ya no sirve. Dice él, que de la premisa no surge la conclusión y los siguientes argumentos para sustentar suposición. 1. El problema de la responsabilidad civil es un problema ético y no exclusivamente económico o de patrimonios. 2. Los sostenedores de la teoría del riesgo no tiene clara la idea de qué es la culpa y la manera como se aplica el riesgo creado. 3. Utilizar la teoría del riesgo es retornar a la época más remota y bárbara del derecho romano en la que únicamente se tenía en cuenta la materialidad el hecho cometido sin tomar en cuenta la voluntad de la gente.<sup>63</sup>

62 Colombia. Ver sentencias Exp. 11222 y 12329 vistas anteriormente.

63 URIBE HOLGUÍN, Ricardo. Cincuenta Breves ensayos sobre Obligaciones y Contratos. Segunda Edición.

Raimundo Emiliani Román. Se refiere a las críticas hechas por Mazeaud con respecto a que la responsabilidad civil no se fundamenta en la conducta del causante del daño sino en la causalidad de las cosas, que su aplicación lleva a la inacción y a la parálisis del progreso. Para solucionar el problema de la concurrencia de riesgos hay que apelar a la culpa y la víctima también crea riesgos. Concluye:

*“De todo lo anterior el buen criterio deduce que la llamada teoría del riesgo creado carece de la estructura jurídica necesaria para poder desplazar y sustituir a la culpa como fundamento de la responsabilidad. A la postre, a pesar de su simplicidad inicial, termina siendo una confabulación insoluble de conceptos inextricables. Ella no ha sido acogida ni por nuestro código ni por nuestra jurisprudencia. La corte Suprema siempre la ha rechazado. Se dice que, pese a esto, existen determinadas consagraciones legales de ella para casos determinados y concretos. Se suelen citar al respecto la Ley de Accidentes de Trabajo, los Art. 2354, 2355, 2366 y 2267 del Código Civil, y los artículos 1827, 1830, 1831, 1391 y 1398 del Código de Comercio”.*<sup>64</sup>

De la normatividad mencionada anteriormente el autor dice que la de más clara aplicación de la teoría del riesgo es la ley de accidentes de trabajo pero se trata de una teoría distinta como es la del riesgo provecho y las demás tienen su fundamentación no en la teoría del riesgo sino en una presunción de responsabilidad.<sup>65</sup>

El profesor Javier Tamayo Jaramillo después de hacer un pequeño recuento del origen de la teoría del riesgo concluye que esta teoría ha sido condenada por los tribunales colombianos desde el año de 1940.<sup>66</sup>

Álvaro Pérez Vives. Se refirió a la teoría del riesgo de la siguiente manera:

*En vano se ha pretendido por la fuerzas de la reacción echar atrás esta nueva doctrina. Ninguno de sus argumentos, por fuertes que parezcan, es suficiente a destruir la inmovible base de justicia que sustenta la teoría del riesgo. No se ve por qué razón deba soportar el daño causado por una actividad peligrosa o riesgo creado para utilidad de una persona o entidad, la víctima que ninguna culpa tuvo en el accidente, mejor que el responsable de esa actividad dañosa o de ese riesgo nuevo. Puesto que alguien debe sufrir las consecuencias, no es justo que se pretenda exonerar de ellas a quien se beneficia con el riesgo, a quien negocia precisamente con la inseguridad de los demás. Ante dos inocentes, que ninguna culpa tengan en el acaecimiento del daño, es simple concluir que*

Bogotá. Temis. 1979. p. 203 a 207.

64 EMILIANI ROMÁN, Raimundo. Fundamentación de la responsabilidad delictual civil. Bogotá. Hojas e ideas. 1.993. p. 102

65 <sup>64</sup> *Ibidem*. P. 102

66 TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad civil. T. II. Bogotá. Temis. 1.999. p. 221 a 224 y 261.



*la víctima lo fue de la fatalidad. Pero cuando el daño es el producto del peligro creado por una persona para su lucro, entonces la situación varía fundamentalmente. No es lícito crear nuevos motivos de inseguridad sin que ello acarree a quién lo hace una nueva fuente de responsabilidad. El daño debe de ser reparado, entonces, ineludiblemente, por quien, beneficiándose con él, lo ha creado y ha establecido la causa del perjuicio”.*<sup>67</sup>

Aunque está de acuerdo con la aplicación de la teoría del riesgo, este autor también está de acuerdo que se implante para casos concretos y en la medida de las posibilidades económicas y sociales ir poco a poco implantando una mejor equidad sobre tan difícil tema.

El profesor Gilberto Martínez Rave. Partidario de la Responsabilidad por Riesgo, dice él no es la solución para proteger y amparar el patrimonio del perjudicado y de la persona a quien se violenta o se desconoce un derecho. La Teoría del Riesgo al igual que la Teoría en la Falta en la Guarda o la Teoría de la Garantía son simples disquisiciones y rodeos para evitar llegar al mismo punto: El de la Responsabilidad Semiobjetiva o presunción de responsabilidad. Aboga por la implantación a nivel general, bien sea a través de la legislación o la jurisprudencia de las presunciones de culpa y presunciones de responsabilidad, como norma general, admitiéndole al demandado que se exonere de responsabilidad probando diligencia y cuidado o causa extraña, dependiendo de la clase de presunción. De esta manera se puede prescindir de criterios objetivos de imputación, entre ellos el riesgo, que en todo el espectro de la responsabilidad civil es simplemente una solución parcial al problema.<sup>68</sup>

La doctrina hasta ahora vista pasa desapercibida con la teoría del riesgo y los autores que se refieren a ella es para realizar las mismas críticas que en un comienzo lanzaron los autores franceses, pero en capítulo anterior se concluyó que en la actualidad estas críticas carecen de fuerza para demeritar el privilegiado lugar que ocupa la responsabilidad por riesgo en el moderno derecho de daños.

Quizá, de toda la doctrina nacional Manuel Guillermo Sarmiento García es quien abiertamente, hasta ahora, aunque someramente hace un pronunciamiento expreso acerca de la aplicación de la teoría del riesgo en varios de los artículos que componen el capítulo de la responsabilidad civil extracontractual.<sup>69</sup> Dice, que

67 PÉREZ VIVES, Álvaro. Teoría General de las Obligaciones. Vol. II. Universidad Nacional de Colombia. 1951 p. 496

68 MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. Responsabilidad Civil Extracontractual. Décima edición. Bogotá. Temis. 1.998. p. 649 a 653

69 SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo. Estudios de Responsabilidad Civil. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2.002

nuestro ordenamiento civil, a medida que regula los lineamientos esenciales de la responsabilidad civil extracontractual, evoluciona progresivamente del concepto de culpa probada al concepto de riesgo creado. Del concepto de culpa probada que sólo sirve para fundamentar la responsabilidad directa por el hecho propio o personal, se pasa a la presunción de culpa para regular los casos de responsabilidad indirecta por el hecho ajeno y por último la responsabilidad fundamentada en la noción de riesgo para regular los casos específicos de daños causados por las cosas, bien que se trate de cosas animadas o inanimadas. Explica cómo tiene aplicación la teoría del riesgo en algunos de los artículos ubicados dentro del capítulo de la responsabilidad civil extracontractual.

El artículo 2347 del Código Civil se fundamenta en la presunción de culpa y de no existir el inciso final de este artículo que a la letra reza: “*cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho*”, no habría dificultad en afirmar que el régimen de responsabilidad establecido en el artículo 2347 se sustenta en la noción de riesgo.<sup>70</sup>

El artículo 2348 *ibídem* tiene su fundamento en la idea de riesgo, en el caso específico la ley no les permite a los padres descargar su responsabilidad acreditando ausencia de culpa, sino que les impone de pleno derecho la obligación de indemnizar siempre y cuando el daño causado por el hijo menor provenga de mala educación o de hábitos viciosos. Dice este autor que el hecho de referirse la norma a “*las culpas o los delitos cometidos por sus hijos menores*” no afecta para nada la tesis propuesta ya que la norma se refiere a la responsabilidad de los padres y no de los hijos menores. El padre no responde porque haya incurrido en un error de conducta sobre la base de una culpa in vigilando, sino por el riesgo mismo que él asume como padre respecto del comportamiento desviado de sus hijos.<sup>71</sup>

El artículo 2354 regula la responsabilidad por daños causados por animales fieros o salvajes es una responsabilidad objetiva o de pleno derecho y tiene su fundamento en el riesgo creado por el dueño o guardián y no se admitirá más prueba que la causa extraña.<sup>72</sup>

Los artículos 2350 que regula los daños causados por la ruina de un edificio y 2355 que regula el daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte

---

70 *Ibídem*. P. 230

71 SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo. Ob. Cit. P. 231

72 *Ibídem*. P. 232

superior de un edificio, tienen fundamento en la noción de riesgo creado y se descarta por completo que se exonere de responsabilidad con la prueba de ausencia de culpa y únicamente para el artículo 2350 exonera de responsabilidad el caso fortuito. De igual manera el artículo 2355 está excluido cualquier elemento subjetivo, para ser sustituido por la noción de riesgo como fundamento de esta clase de responsabilidad.<sup>73</sup>

Con respecto al artículo 2356 del Código Civil dice, a partir de 1.938 sirvió para adaptar la norma a la realidad y acuñar el concepto de actividades peligrosas. Se mostró que la regulación del artículo 2341 era diferente a la planteada en el artículo 2356, contenía una presunción de responsabilidad, con fundamento en la noción de riesgo, correspondiendo al actor la prueba de una causa extraña. Hoy día, puede decirse que además de la presunción de responsabilidad consagrada en el artículo 2356 del

Código Civil, esta disposición contiene un principio general que regula la responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas, con fundamento en la noción de riesgo, que vendría a sustituir el concepto de peligrosidad a que se refirió la Corte en 1.938. Fundamenta su tesis en dos aspectos: el primero, los ejemplos que enumera el artículo 2356 son enunciativos y no taxativos y los ejemplos allí previstos, equivalen hoy día a los daños causados en la utilización de tecnologías modernas, la informática, rayos láser, naves espaciales, satélites de comunicación, etc.: *“Obviamente esta interpretación sólo es posible bajo una óptica dialéctica de la norma, que le imprime a ésta dinamismo, haciéndola evolucionar acorde con las nuevas situaciones y realidades que nutren de contenido vital el derecho”*.<sup>74</sup> El segundo argumento para fundamentar su tesis, lo finca en la sustitución de la noción de peligrosidad, utilizada por la Corte de 1.938 que tiene un carácter específico y limitado, por la de riesgo, en sus variantes de riesgo creado y riesgo provecho o beneficio, la cual posee una connotación más general. Actualmente nadie se atreve a dudar de la seguridad y eficacia del transporte aéreo razón por la cual el riesgo que en un principio debió soportar el pasajero, posteriormente y en la actualidad lo asume el transportador, pero con todo y eso los daños causados por accidentes aéreos son alarmantes. Lo anterior lleva a la conclusión que la peligrosidad de una actividad no deriva de su naturaleza, sino de los daños que efectivamente produzca. Acota este autor:

73 Ibídem. P. 232 y 233

74 SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo. P.239

*“Siendo la peligrosidad de una noción que sólo puede ser calificada de tal al momento de producirse el daño, el fundamento de la responsabilidad consagrada en el artículo 2356 del Código Civil radica entonces en la noción de riesgo, es decir, en la posibilidad de la realización de un daño, cuya potencialidad depende, no de la peligrosidad de la actividad o de la cosa, sino del riesgo que se crea al ejercerla o al utilizarla, caso en el cual estamos frente a la variante del riesgo creado, o del provecho o beneficio que obtenemos de la cosa, que obliga a indemnizar todos los perjuicios causados por ésta, dando lugar a la teoría del riesgo-provecho o riesgo-beneficio”.<sup>75</sup>*

Para concluir con este autor, su pretensión es que se sustituya la noción de peligrosidad por el de riesgo como fundamento del artículo 2356 del Código Civil para ampliar la responsabilidad a tal punto que regule en forma general aquellos daños producidos por todas las cosas inanimadas o con intervención de éstas. Aunado a lo anterior, el riesgo es el fundamento de la responsabilidad civil regulada por los artículos 2348, 2350, 2354 y 2355 del Código Civil. Concluye que la teoría del riesgo en el derecho colombiano ha sido objeto de trato discriminatorio en la doctrina y jurisprudencia y se ha dogmatizado en tal forma la idea de culpa como fundamento de la responsabilidad civil, que se ha convertido en mito y leyenda, pero ha llegado la hora de desmitificación, de abolir los dogmatismos jurídicos, de ver el derecho un poco más allá de los textos legales, de sustituir la frialdad de la ley por el calor de los hechos humanos y sociales que nutren de vida y contenido el mundo jurídico.<sup>76</sup>

## **14. DAÑOS OCASIONADOS POR PERROS POTENCIALMENTE PELIGROSOS**

La ley 746 de 2002 (Por la cual se regula la tenencia y registro de perros potencialmente peligrosos), cuyo objeto es regular la tenencia de ejemplares caninos, con el fin de proteger la integridad de las personas, la salubridad pública y el bienestar del propio ejemplar canino, después de determinar cuándo un perro se considera potencialmente peligroso, concluye que:

*“El propietario de un perro potencialmente peligroso asume la posición de garante de los riesgos que se puedan ocasionar por la sola tenencia de estos animales y por los perjuicios y las molestias que ocasione a las personas, a las cosas, a las vías y espacios públicos y al medio natural en general” (El artículo 2° de la ley 746 de 2002, adicionó el libro 3, título 4, del Código Nacional de Policía. Art. 108 F).*

<sup>75</sup> Ibidem. P. 241

<sup>76</sup> SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo. Ob. Cit. P. 242

Se torna indiscutible que si un perro de los llamados potencialmente peligrosos por la ley 746 de 2002, ocasiona un daño, el criterio de imputación es el riesgo.

## 15. CONCLUSIONES

1. Quienes afirman que no es posible fundar la responsabilidad civil extra-contractual, en el riesgo, se equivocan, bien por desconocimiento del desarrollo que éste ha tenido y tiene en todo el mundo, ora por el desconocimiento que estamos en el siglo XXI, época distante de la era del pastoreo, de la manufactura familiar, donde el transporte se realizaba a lomo de mula y probar la culpa era fácil. Se torna inicua e inocua para la era moderna, del tecnicismo, de la industria y la ciencia. No se pretende, ni más faltaba, que la culpa desaparezca, ésta tiene que continuar como base de la responsabilidad directa (artículo 2341 C.C.) y del artículo 2347 *ibídem* aunque presunta, pero existen otras normas que perfectamente deben regirse por el riesgo, tales como los artículos 2350, 2353, 2354, 2355 y 2356 *ibídem*. Así, el concepto de Actividad peligrosa se desplaza por el concepto responsabilidad por riesgo

2. La teoría del riesgo entró al mundo jurídico desde 1.897 y fue mirada con buenos ojos hasta por los partidarios de la culpa, debido a la dificultad para probarla en los accidentes laborales. ¿Si en esa época ya se advertía la dificultad de su prueba, será que el desarrollo técnico, científico e industrial ha permanecido inerte?

3. Con la aplicación de la responsabilidad por riesgo es fácil el principio de solidaridad del artículo 2344 del C.C. De esta manera, se abarca a todas las personas que intervienen en la creación del riesgo o se lucran económicamente de él y han generado las condiciones para que el daño llegue a producirse. Verbigracia, si es en accidente de tránsito, quedan comprendidos: el conductor, el propietario del vehículo, la empresa afiliadora y hasta la empresa Leasing, porque entre todos crearon un riesgo y se lucran del mismo. Así, la víctima no tiene que entrar a la tortuosa tarea de verificar quién tenía el control y mando de la actividad peligrosa, es decir, quién era el guardián de la actividad peligrosa como se utiliza en la actualidad. Más que nadie, el conductor ejerce la actividad riesgosa y se lucra de ella, el propietario se lucra de esa actividad riesgosa, la empresa afiliadora se lucra de esa actividad riesgosa y la empresa Leasing también se lucra de esa actividad riesgosa, pero no únicamente porque se lucran, sino porque crean el riesgo. Se forma así todo un engranaje, que en conjunto lleva a la creación del riesgo y éste al consecuente daño.

4. Con la aplicación de la responsabilidad por riesgo, se acaba de paso con la polémica existente acerca de que si el fundamento de la responsabilidad civil por el hecho de las cosas utilizadas en actividades peligrosas es la culpa probada, la presunción de culpa o la presunción de responsabilidad. Con la responsabilidad por riesgo se tiene lo siguiente: basta que un daño se produzca como consecuencia de una actividad o cosa catalogada de riesgosa, para que al demandado o demandados únicamente les quede como camino para exonerarse de responsabilidad, demostrar causa extraña. Si lo demuestran se exoneran de responsabilidad, en caso contrario habrá que declarar la responsabilidad. Basta mirar la normatividad foránea vista para concluir al respecto. Allí no se hace alusión a la culpa, ni probada ni presunta, ni de presunción de responsabilidad.

5. Con la aplicación de la responsabilidad por riesgo, se mejora la situación para la víctima desde el punto de vista procesal, se hace más expedito y se allana el camino para que ésta llegue fácil al proceso sin tener que indagar casi a escondidas quién era el guardián de la actividad o cosa y en el proceso todos los demandados están en igualdad de condiciones. Con ello en nada desmejora la situación hasta ahora presente de quien causa el daño, porque las mismas causas que tipifican causa extraña continúan sin variación en la responsabilidad por riesgo.

## BIBLIOGRAFÍA

COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henry. Curso elemental de derecho civil. Tomo 3. Madrid. Reus. 1.924. p. 785.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La responsabilidad extracontractual. 5° Ed. T. I. Bogotá. Temis. P. 99. 1.999

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. Tratado de Responsabilidad Civil. Civitas. Madrid. 1.993 p. 575 y siguientes.

ESTRADA CASTRO, Álvaro. Responsabilidad patrimonial del estado. 2° ed. México. Porrúa. 2.000. p. 202 a 206

EMILIANI ROMÁN, Raimundo. Fundamentación de la responsabilidad delictual civil. Bogotá. Hojas e ideas. 1.993. p. 102

ENCARNA ROCA. Derecho de daños. Valencia. 2ª edición. Tirant Lo Blanch. 1.998. p. 227.

JORDANO FRAGA, Jesús. La reparación de los daños catastróficos. Madrid. Marcial Pons. 2.000. p.

JAKOBS, Gunter. Derecho Penal (parte general). Marcial Pons. Madrid. 1.995. p. 225

JOSSERAND, Louis. La evolución de la responsabilidad. En: Del abuso de los derechos y otros ensayos. Bogotá. Temis. 1.999. P. 63.

----- Derecho civil. Tomo II. V. I. Buenos Aires. Bosch. 1.950. p. 410

LAGADEC, Patrick. La civilización del riesgo (catástrofes tecnológicas y responsabilidad social). Madrid. Ed. Mafre. 1.983. Título original: La civilisation du risque. Traducción de: Luís Pardo Batiste.

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. Responsabilidad Civil Extracontractual. Décima edición. Bogotá. Temis. 1.998. p. 649 a 653

MAZEAUD, Henry y León Y TUNC, André. Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad Civil. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1.963.

MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ. La responsabilidad Civil en la era tecnológica. Abeledo Perrot. Buenos Aires. p. 61

PÉREZ VIVES, Álvaro. Teoría General de las Obligaciones. Vol. II. Universidad Nacional de Colombia. 1951 p. 496

ROXIN, Claus. Derecho Penal (parte general). Civitas. Madrid. 1.997. p.371

SACHET, Adrien. Accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. T. I. Buenos Aires. Alfa. 1.947. p.

SANTOS BRIZ, Jaime. La responsabilidad civil. v. II. Séptima Ed. Madrid. Montecorvo. 1.993. p. 552 y

SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo. Estudios de Responsabilidad Civil. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2.002

SÁNCHEZ RIVERO, Juan Marcos. Responsabilidad civil. t. II. Segunda edición. Diké. 2.001. p. 154

TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad civil. T. II. Bogotá. Temis. 1.999. p. 221 a 224 y 261.

URIBE HOLGUÍN, Ricardo. Cincuenta Breves ensayos sobre Obligaciones y Contratos. Segunda Edición. Bogotá. Temis. 1979. p. 203 a 207.

# RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FALLA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO

**Cristina Díaz<sup>1</sup> & Leonardo Correa<sup>2</sup>**

## CONTENIDO:

Generalidades

Responsabilidad en la Prestación del Servicio Médico

Perjuicios

Bibliografía

La responsabilidad médica hospitalaria ha adquirido una gran relevancia en los pasados años, especialmente desde la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, la cual cristalizó la existencia del Estado Social de Derecho que tiene como característica principal la garantía y defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

El artículo 90 de la C.P. desencadenó el cambio jurisprudencial que alteró radicalmente temas tan relevantes como la carga de la prueba, la responsabilidad del Estado y la forma de indemnización.<sup>3</sup>

- 
- 1 Abogada de la Universidad de los Andes, con Especializaciones de la Universidad del Rosario en Hacienda Pública, Tributario y Gerencia Publica y Control Fiscal. Maestría en Derecho Público Universidad Externado y candidata a Doctor de la Univ. Externado de Colombia.
  - 2 Abogado de la Universidad Autónoma de Bucaramanga (UNAB). Realizo estudios de especialización en Derecho Tributario en la Universidad Externado de Colombia. Ha sido auxiliar de Magistrado en el Tribunal Superior de Bucaramanga. Fue funcionario de la Dirección de Impuestos y Aduanas nacionales. Es conciliador de la Cámara de Comercio de Bogotá.
  - 3 Colombia. Constitución Política de 1991. “Art. 90.- *El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas...*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, aquel deberá repetir contra éste”.



## 1.- Generalidades

Los fines esenciales del Estado según el Art. 2 de la Constitución Política, son servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes garantizados en la Constitución. Para cumplir las tareas esenciales encomendadas al Estado, éste debe desplegar acciones o desarrollar actividades de diversa naturaleza.

Una de esas actividades es la que corresponde a los llamados servicios públicos, que la Carta contempla en el Art. 365 cuando expresa que *“los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado”*. Estos servicios deben estar sometidos al régimen jurídico que fije la ley, pudiendo ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares.

Para que el Estado pueda satisfacer a plenitud los derechos de la sociedad se ha integrado a los derechos fundamentales el de la seguridad social siempre y cuando éste se encuentre ligado con la afectación directa de uno de los anteriores, y se le ha impuesto – entre otros - la obligación de prestar a los miembros de la comunidad nacional los servicios de salud. Por ello expresa el Art. 49 Constitucional que *“la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”*. Pero si bien está a cargo del Estado la atención de la salud, el inciso final del citado artículo impone a su turno a todas las personas *“el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad”*.

### Principios Rectores del Servicio Público de Salud

Conforme a la Constitución y a la Ley 100 de 1993 son principios rectores del servicio público de salud los siguientes: *Eficiencia, universalidad y solidaridad*<sup>4</sup>. *Equidad*.<sup>5</sup> *Obligatoriedad*.<sup>6</sup> *Protección integral*<sup>7</sup> *Libre escogencia*.<sup>8</sup> *Autonomía de las Instituciones. Descentralización Administrativa. Participación social. Concertación. Calidad.*

4 Estos principios, establecidos por el inciso 2º del Art. 49 y el inciso 1º del Art. 48 CN.

5 Colombia. Según el Art. 153 de la citada ley, se debe proveer gradualmente el servicio de salud de igual calidad a todos los habitantes en Colombia, independientemente de su capacidad de pago.

6 Por medio del cual todo colombiano deberá ser beneficiario del mismo.

7 Se debe atender en todas las fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención diagnóstico, tratamiento y rehabilitación.

8 Entre entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras del servicio de salud, cuando ello sea posible.

Las consecuencias del señalamiento de la prestación del servicio médico hospitalario donde hace parte de un servicio público, han sido señaladas constantemente en la jurisprudencia de nuestra Corte Constitucional. Por ejemplo, en la sentencia T-406 de 1993 se estableció que: *“El artículo 365 de la Constitución Política consagra que “los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”.* La finalidad social del Estado frente a la prestación eficiente de los servicios públicos, surge del análisis de los artículos 2º, que establece como uno de los principios fundamentales los fines esenciales del estado “asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado”, del artículo 113 que se basa en el principio de la separación de poderes para la realización de los fines del Estado y del artículo 209 que se refiere al principio de eficacia en la función administrativa”.<sup>9</sup>

### **Génesis Jurisprudencial**

Un primer momento en la evolución jurisprudencial sobre la responsabilidad por el servicio médico asistencial, exigía al actor aportar la prueba de la falla para la prosperidad de sus pretensiones. Posteriormente, en sentencia de octubre 24 de 1990,<sup>10</sup> la Sala consideró que el artículo 1604 del Código Civil debía ser aplicado también en relación con la responsabilidad extracontractual y en consecuencia, la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado en los casos de responsabilidad médica. La presunción de falla del servicio médico hospitalario que con esta posición jurisprudencial se acogió, fue reiterada en decisión del 30 de junio de 1992,<sup>11</sup> pero con una fundamentación jurídica diferente, la cual hacía referencia a la posibilidad que tienen los profesionales, dado su *“conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta”*, de satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que puedan formularse contra sus procedimientos.

También, se observa que la presunción que en esas providencias adoptó la Sala, no es excepcional. En el apartado 2 del artículo 1 de la Proposición de Directiva de la Comisión de las Comunidades Europeas del 9 de noviembre de 1990 sobre la responsabilidad del prestador de servicios se dispone que *“la carga de la prueba de la falta de culpa incumbe al prestador de servicios”*.<sup>12</sup> Esta inversión de la carga de la prueba parte

9 Colombia. Corte Constitucional, sentencia No. T-406 de 1993, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

10 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 24 de octubre de 1990, C.P. Dr. Gustavo de Greiff Restrepo, Exp. 5902, María Helena Ayala de Pulido.

11 Colombia. Consejo de Estado - Sección Tercera, Sentencia de julio 30 de 1992, C.P. Dr. Daniel Suárez Hernández, Exp. 6897, Gustavo Eduardo Ramírez y Adiel Ocampo Rivera.

12 Cfr. DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial*

también en la Comunidad Económica Europea de la idea de que el profesional dispone de conocimientos técnicos, de las informaciones y de los documentos necesarios que le permiten aportar más fácilmente la prueba de su ausencia de culpa.<sup>13</sup>

Más recientemente, la Sala ha considerado que la presunción de falla en los casos de responsabilidad médico hospitalaria se deriva de la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba y por lo tanto, dicha presunción no debe ser aplicada de manera general sino que en cada caso el juez debe establecer cuál de las partes está en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia haciendo especial hincapié en la prueba indiciaria.<sup>14</sup>

*atención a la reparación del daño*), Madrid, Ed. Civitas S.A., 1995, p. 42.

13 En el mismo sentido el proyecto de ley relativo a la responsabilidad médica y a la asistencia a las víctimas de un accidente terapéutico presentado por el mediador francés Jean Legatte, por considerar que *"hoy es indispensable introducir un principio de responsabilidad objetiva que repose sobre la idea de que el daño resultante de las prestaciones de los servicios médicos defectuosos es un riesgo de la entidad que debe ser equitativamente cubierta, independientemente de toda noción de falta"*. Cfr. SOUSSE, Marcel. *La notion de réparation de Dommages en Droit Administratif Français*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 447.

14 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Alier E. Hernández Enríquez, 21 de febrero de 2002, Exp. 12.422, Nelson Hugo Tapia Sequeda y otros. En efecto, argumentó que: *"observaciones similares a las anteriores, que se refieren a las dificultades que ofrece para el demandante la demostración de la falla del servicio, se han hecho respecto de la prueba de la relación de causalidad existente entre el hecho de la entidad demandada y el daño del cual resultan los perjuicios cuya indemnización se reclama. En efecto, también en ello están involucrados elementos de carácter científico, cuya comprensión y demostración resulta, en ocasiones, muy difícil para el actor. Refiriéndose a este tema, la Sala expuso lo siguiente, en sentencia del 14 de junio de 2001 (expediente 11.901): "(...) se ha planteado un cierto aligeramiento de la carga probatoria del demandante, a quien, conforme a lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, corresponde demostrar los supuestos de hecho del artículo 90 de la Constitución Política, que sirve de fundamento a sus pretensiones. Así, en sentencia del 3 de mayo de 1999, está Sala manifestó: "En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos en que esté comprometida la responsabilidad profesional, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación causal, se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esa materia "el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia" "En términos generales, y en relación con el 'grado de probabilidad preponderante', puede admitirse que el juez no considere como probado un hecho más que cuando está convencido de su realidad. En efecto, un acontecimiento puede ser la causa cierta, probable o simplemente posible de un determinado resultado. El juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de probabilidad*

La carga dinámica de la prueba, nació como respuesta a la dificultad con las que se encuentra el paciente o sus herederos en caso de muerte del primero, para probar asuntos prácticos y que requieren de conocimientos científicos que no están presentes en el paciente y que solo pueden ser conocidos por medio de consulta y colaboración de otros médicos, donde estos últimos se mostraban renuentes en dictaminar en contra de los intereses de un colega.

Al ser adoptada la carga dinámica de la prueba dentro la responsabilidad médica, se determina que será “*el médico, en la medida en que las circunstancias de hecho se lo permitan, [quien] deba aportar al proceso la prueba de cómo ocurrieron los daños sufridos por el paciente, y cuál fue la diligencia y cuidado con que él atendió al enfermo*”.<sup>15</sup> Pero ésta posición al ser adoptada por el Consejo de Estado ha generado el efecto de pasar de una posición rígida a favor del médico demandado y ha pasado a una posición totalmente favorable para el paciente o el demandante, puesto que se tiene la tendencia a considerar que en todos los casos es el médico quien tiene la capacidad de probar la ausencia de culpa.

Según el Dr. Javier Tamayo Jaramillo,<sup>16</sup> considera que el Consejo de Estado Colombiano ha llevado muy lejos la teoría de la carga dinámica de la prueba, puesto que no solo ha llegado a presumir la falla del servicio médico, sino que ha llegado a presumir la causalidad entre la falla y el daño en los casos en que es imposible demostrar la causa del daño del paciente, donde se declara responsable a la entidad médica demandada.

## 2.- Responsabilidad en la Prestación del Servicio Médico

La apreciación de la falla del servicio es una ponderación de las circunstancias específicas en que se produce el daño, más los medios con que contaba efectivamente el ente público y finalmente la previsibilidad del daño causado. No obstan-

---

*predominante. No basta que un hecho pueda ser considerado sólo como una hipótesis posible. Entre los elementos de hecho alegados, el juez debe tener en cuenta los que le parecen más probables. Esto significa sobre todo que quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica. Basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe la prueba directa, llegue a la convicción de que existe una ‘probabilidad’ determinante”. (Ibídem, p. 78, 79)...”.*

15 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Alier E. Hernández Enríquez. Ob. Cit. p. 91.

16 Cfr. Ibídem, p. 85.

te en la jurisprudencia se ha tendido a considerar estándares de funcionamiento de servicio como lo vamos a ver adelante.

Las características de la falla del servicio serán descritas a continuación:

Las circunstancias del daño

Las circunstancias de tiempo

Las circunstancias de lugar

Los medios del ente público<sup>17</sup>

No obstante, si la insuficiencia de los medios puede servir para excusar los defectos de la acción administrativa, tales carencias pueden convertirse igualmente en un argumento válido para apreciar más severamente el funcionamiento del servicio público en la producción del daño. Tal y como se observa en el caso del servicio médico, donde el riesgo de los pacientes implica tratar este tipo de falla como una actividad riesgosa, por lo que el Consejo de Estado en la Sentencia del 30 de Julio de 1992 dice:

*“(...) en los eventos de responsabilidad por el hecho de las cosas o de las actividades peligrosas al actor sólo le incumbe probar el perjuicio sufrido por la conducta oficial, o sea el daño y la relación causal; quedándole a la parte demandada, para exonerarse, únicamente la prueba de la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho exclusivo del tercero. En otras palabras, no se exonera con la prueba de la diligencia y cuidado (...)”*

*Se justifica esa diferencia de trato entre la falla presunta en los servicios médicos y la que puede desprenderse de las actividades o casos peligrosos, porque si bien el ejercicio de la medicina en sí no puede calificarse como una actividad peligrosa, sí puede representar un gran riesgo para los pacientes por los imponderables que la rodean, por lo que significa para la integridad física y mental de las personas usuarias del servicio y porque, además, dichos pacientes no estarán en la mayoría de los casos en condición de evidenciar las fallas que puedan presentarse durante el proceso operatorio”.<sup>18</sup>*

Producido el daño, será al juez de la Administración a quien corresponderá entonces ponderar si las medidas administrativas que se hubieran podido evitar fueron exigibles como se dijo con anterioridad.

17 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, 11 de octubre de 1990, Exp. 5737, M.P. Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.

18 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de julio de 1992, Exp. 6897, M.P. Dr. Daniel Suárez Hernández. Ob. Cit.

La previsibilidad del daño, no es suficiente que la Administración haya sido teóricamente capaz de evitar la ocurrencia del daño, sino que haya tenido la posibilidad real de hacerlo en las circunstancias del caso. Ello tiene gran importancia cuando la Administración intenta prevenir la ocurrencia de un acontecimiento que le es exterior, o de limitar sus efectos.

## El Hecho Generador

Teniendo presente que las personas públicas no están obligadas a reparar de manera indistinta todos los daños susceptibles de ser provocados por sus actividades públicas, el derecho Administrativo ha desarrollado distintos matices que se resumen en la actividad desarrollada, el tipo de daño que se produce y la situación de la víctima antes, durante y después del daño. Así mismo se habla de la existencia de una culpa simple y en otros casos culpa calificada. Finalmente se requiere y será indispensable que la víctima aporte la prueba del carácter culposo del hecho generador del daño.

De lo anterior se desprenden los dos esquemas clásicos de la clasificación por culpa y la responsabilidad sin culpa.

## Existencia del Daño Antijurídico

El daño antijurídico es considerado como el primer elemento de la responsabilidad y se puede definir como toda afrenta a la integridad de una cosa, persona, actividad o situación. Éste es la causa de la reparación sin la cual no se debe entrar a observar otros factores de la responsabilidad inoficiosamente como son la imputabilidad y las causales de exoneración.

El daño tuvo ciertos cambios con la innovación de la responsabilidad del Estado suscitada gracias al artículo 90 de la Constitución Nacional, que consideró que el problema de la responsabilidad no debería centrarse únicamente en la conducta del ente responsable sino también en la víctima y el daño sufrido por ésta. De hecho, en ponencia del Dr. Juan Carlos Esguerra Portocarrero en la propia Asamblea Nacional Constituyente establece que en la nueva responsabilidad del Estado: “(...) se desplaza el soporte de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño producido por ella (...)”.<sup>19</sup> De igual manera la jurisprudencia

19 Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. Informe – ponencia, 22 de abril de 1991. Ponente: Juan Carlos Esguerra Portocarrero, Gaceta Constitucional Número 56, p. 15.

administrativa se expresó en el caso de Lidia Rosas de Noguera, reiterando que la Constitución de 1991 no se fijó en la conducta del causante del daño sino en la víctima misma; “(...) *por ello importa más reparar el daño causado que castigar una acción u omisión administrativa culpable*”.<sup>20</sup>

Lo anterior implica que una vez causado un daño se contempla la posibilidad de indemnizar al afectado por la existencia de un daño antijurídico, lo cual va de la mano del principio de la solidaridad (CN Art. 1º) y de igualdad (CN Art. 13). Por lo tanto, la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado “*es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino por el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar este perjuicio, por lo cual éste se reputa indemnizable. Esto significa obviamente que no todo perjuicio debe ser reparado porque pudo no ser antijurídico, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo*”. En otras palabras, la existencia de un daño antijurídico implica un detrimento patrimonial o del algún tipo en la persona que carece de título jurídico válido, excediendo a todas luces las cargas que ésta debe aguantar por ser administrado.

Entonces, la razón central del deber indemnizatorio por la existencia de un daño antijurídico radica en que cualquier particular, por el solo hecho de pertenecer a la esfera obligatoria de actuación administrativa, no lo obliga a un deber de sacrificio siempre que sufra un daño por la acción del Estado.

Sin embargo, en la opinión de los Doctores Juan Carlos Henao y Martín Bermúdez Muñoz,<sup>21</sup> la base de la Responsabilidad del Estado Colombiano seguirá siendo la Falla en la Prestación del Servicio y sería erróneo basarse únicamente sobre la base del daño antijurídico, salvo algunas excepciones de responsabilidad objetiva; por ejemplo la el desequilibrio de la igualdad frente a las cargas públicas, la responsabilidad del Estado por los hechos de las leyes, o la responsabilidad por el hecho de las cosas peligrosas. Para el Consejo de Estado la justificación de este principio es sencilla al decir que: “(...) *en efecto, si al juez administrativo le compete – por principio – una labor de control de la acción administrativa del Estado, y si la falta del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación administrativa a su*

20 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de diciembre de 1992, Exp. 7130, actora: Lidia Rosas de Noguera; C.P. Dr. Julio César Uribe Acosta.

21 BERMÚDEZ MUÑOZ, Martín. *Responsabilidad de los jueces y del Estado*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá. En donde se desarrolla una tesis similar del Dr. Juan Carlos Henao.

*cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual”.*<sup>22</sup>

Así las cosas se debe reconocer que en regímenes como el de falla en la prestación del servicio médico, para poder determinar la existencia del daño antijurídico, no basta únicamente con probar la existencia de un daño.

Primero, es necesario tener en cuenta que la entidad estatal o su agente asumen una obligación de medio o de prudencia y diligencia; de lo anterior se colige que cualquier procedimiento médico representa riesgos para el paciente, quien de una u otra manera podrá exigir la obtención de un resultado basado con un tratamiento o intervención preestablecido.<sup>23</sup>

Segundo, debe tenerse en cuenta que los riesgos de esta clase son asumidos por el propio paciente o su familia, a quienes el ente hospitalario deberá explicar el procedimiento y los riesgos, así sabrá si se encuentra en la obligación de asumirlos o no,<sup>24</sup> y en últimas, los daños necesarios que podrá esperar del procedimiento si se aplica cabalmente.<sup>25</sup>

Habiendo abordado la existencia del daño antijurídico se debe proceder a observar el vínculo que une un acto u omisión de la Administración con los perjuicios sufridos, por lo que se hace necesario analizar la figura del nexo causal.

22 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de febrero de 1993, Exp. 7742, Actor: Rodrigo Rivera Coronel; C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

23 Esto no implica que la responsabilidad derivada de la prestación del servicio médico se convierta en una obligación de resultado, sino que se aplique diligentemente el procedimiento acorde al caso que se trate, entonces se verá la presencia de la falla en la prestación del servicio cuando no se aplique el procedimiento debidamente, como en el caso de una cesárea mal practicada que lleva a la accionante a la esterilidad (sentencia de 24 de octubre 1990, Exp. 5902), o cuando no se encuentran los medios quirúrgicos o humanos necesarios para la debida atención (sentencia de 7 de octubre de 1991, Exp. 6367); en todo caso se exceptúan los casos de cirugía estética donde la obligación es de resultado.

24 Consejo de Estado, Sección Tercera, 3 de mayo de 1999, Exp. 11.169, C. P. Ricardo Hoyos Duque, Vicente Segundo Sierra Pérez vs. Instituto Nacional De Cancerología.

25 Como en el caso de la señora María Marleny Mahecha - sufriendo la parálisis de la mitad de su cara en la intervención de un tumor maligno – donde no se declaró la existencia de responsabilidad administrativa por falla en la prestación del servicio médico gracias a que el daño, pese a que se produjo de manos de la Administración, fue producto de un alea quirúrgica de un riesgo informado a la paciente (5 de junio de 1992, Exp. 6817).



## Nexo Causal

El nexo causal es el que ha planteado el tema de la imputación, pues consiste en atribuir a un sujeto determinado el deber de reparar un daño con base en la relación existente entre el hecho y el daño. Esta relación de causalidad del daño con el hecho o la omisión deberá ser desvirtuada por la autoridad encargada de prestar el servicio.

El Consejo de Estado se ha pronunciado, manifestando que no basta que exista el daño antijurídico sufrido por una persona, pues es necesario que dicho daño sea imputable jurídicamente al Estado. Este daño será imputable de acuerdo a los siguientes eventos que aplican a la actividad médica hospitalaria:

El funcionamiento normal del servicio<sup>26</sup>

El funcionamiento anormal del servicio

Cuando el daño es consecuencia del riesgo creado por la Administración<sup>27</sup>

La apreciación del vínculo de causalidad no admite el compromiso de la actividad administrativa, sino cuando es posible demostrar que entre el perjuicio invocado y una actividad pública existe un vínculo directo de causalidad. Lo que en palabras de Paillet<sup>28</sup> se denomina: *La exigencia de un vínculo directo de causalidad*.

Esto se puede abordar desde distintas teorías de la causalidad, como se verá a continuación.

## Las Teorías sobre la Causalidad

Teniendo presente que el Derecho es un sistema lógico y racional que ha tratado de resolver el complejo problema de las relaciones de causa y efecto.

### Teoría de la Equivalencia de Condiciones:<sup>29</sup>

Propuesta por Glaser (1858), quien afirma que solo de manera excepcional una consecuencia es resultado de una única causa, pues por regla general en la producción de los efectos participan diversos antecedentes. A partir del desarrollo

26 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, 3 de mayo de 1999. Actor: Vicente Segundo Sierra Pérez. Demandado: Instituto Nacional de Cancerología. Exp. 11.169, C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque. Ob. Cit.

27 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, 3 de mayo de 1999, Exp. 11943, C. P. Jesús María Carrillo Ballesteros, Fernando Sosa Nañez y Otros vs. MINSALUD, Departamento De Risaralda, Servicio Seccional De Salud, Hospital Universitario San Jorge, Universidad Tecnológica De Pereira.

28 PAILLET, Michel. *La Responsabilidad Administrativa*. Traducción y Estudio Introductorio Jesús María Carrillo Ballesteros. Editorial Universidad Externado de Colombia. Santafé de Bogotá 2001.

29 REYES ALVARADO, Yesid. *La Imputación Objetiva*. Editorial Temis, Santafé de Bogotá 1996, p. 8.

de ésta teoría, se puede concluir que cada una de las condiciones que intervienen en la ocurrencia de un hecho debe ser considerada como una causa, de tal manera que ninguno de los diversos factores que determinan el resultado tiene una importancia superior. La extensión de esta teoría se ha agrupado en una serie de criterios bajo el concepto de teorías individualizadoras.

Como en el caso Saltarín, en donde la esposa del actor entró a un Hospital del ISS en Barranquilla para dar a luz por un embarazo complicado que la tenía débil y anémica, luego de la demora del centro asistencial para atenderlos y una mala incisión en el parto la afectaron al punto de permitir que se desangrara y que falleciera cuando en el hospital no se contaba con los materiales necesarios para remediar la crisis; lo que se descubrió demasiado tarde porque la fallecida fue abandonada en una sala del hospital donde no le dejaban ser vista por su esposo, quien al verla en ese estado solicitó que se le enviara a un centro asistencial de mayor nivel cuando ya era tarde para salvarla. Lo anterior mostró que todas las condiciones presentes causaron el desmedro anímico y posterior fallecimiento de la paciente, viéndose todas relacionadas con la falla de la prestación del servicio médico hospitalario del centro asistencial en sus distintos niveles (incluido el administrativo).<sup>30</sup>

Así mismo se encuentra el caso Buriticá y otros, en el que fallece la esposa del actor a causa de un trauma craneoencefálico provocado por el atropellamiento de un vehículo fantasma, la tardanza de un neurocirujano en el hospital, la falta de un electro bisturí, y el traslado de la afectada hacia otro centro asistencial. En este caso también se declaró administrativamente responsable a la parte demandada porque las fallas del centro asistencial fueron las que produjeron la muerte, ya que empeoraron la crítica pero estable condición de la accidentada.<sup>31</sup>

### **Teoría de la Causalidad Adecuada<sup>32</sup>**

Al contrario de las teorías individualizadoras pretenden formular un principio de causalidad adecuada. Una teoría atribuida a Von Kries parte de la teoría de la equivalencia pero alejado de su indefinición, requiere distinguir causas de condi-

30 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, 24 de Agosto de 1992, Exp. 6754, C.P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo, Henry Enrique Saltarín Muñoz V. Instituto Colombiano De Seguros Sociales – Seccional Atlántico.

31 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, 7 de octubre de 1991, Exp. 6367, C.P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo, Fabio Buriticá Valencia y Otros v. Instituto de Seguros Sociales.

32 GOLDENBERG, Isidoro. *La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 1.

ciones. Donde las causas tienen distintas relaciones con el daño producido, puesto que existen en estas distintos potenciales de producir el daño y solo una de estas causas se podrá observar como directa y necesaria para la producción del daño. Es decir que aunque existen numerosas posibilidades para provocar y atribuir el perjuicio, sólo una de éstas puede ser considerada como la que verdaderamente lo hizo.

La anterior causalidad se puede ver en el caso del señor Caicedo González, a quien se le produce un perjuicio con la muerte de su hijo recién nacido, quien muere a causa de la caída de la camilla donde lo había colocado el medico que asistía el parto y la imposibilidad de hacer uso del equipo de resucitación que estaba bajo llave, donde la falta de diligencia fue la una causa eficiente para que se produjera la muerte del recién nacido.<sup>33</sup>

Así mismo se tiene como ejemplo de la causa eficiente el caso del señor Sierra Pérez, donde a su hija menor en un tratamiento quirúrgico para retirar un tumor que se encontraba próximo a su cadera se le produjo paraplejia, la cual se intentó corregir con otra intervención quirúrgica en la cual se retiró cera ósea de la columna pero la condición de la menor no cambio y luego con otra intervención se retiró la totalidad de la cera ósea, pero el perjuicio de la paraplejia no fue corregido. De todos estos hechos se observa que la causa directa y necesaria del perjuicio ocasionado a la menor fue la práctica incorrecta del primer procedimiento quirúrgico originada en la ausencia de exámenes necesarios, sin importar así la existencia de un tumor o las demás intervenciones quirúrgicas realizadas a la menor.<sup>34</sup>

Para determinar la existencia del nexo causal se hace necesario tratar la carga de la prueba, puesto que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha determinado en qué casos debe ser el demandante quién debe tener el deber de probar la existencia del nexo causal entre el hecho y el perjuicio.

### **Carga de la Prueba<sup>35</sup>**

En la evolución jurisprudencial sobre la responsabilidad por el servicio médico asistencial, al principio se le exigía al actor aportar la prueba de la falla para la prosperidad de sus pretensiones. Posteriormente, el Consejo de Estado en sentencia

33 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, 11 de noviembre de 1999, Exp. 12165, C.P. Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros, Actor: Roosevelt Caicedo González y Otros. Demandado: Hospital San Vicente de Palmira.

34 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, 3 de mayo de 1999, Exp. 11.169, C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque Actor: Vicente Segundo Sierra Pérez. Demandado: Instituto Nacional de Cancerología.

35 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, 22 de marzo de 2001, Exp. 13284, C. P. Dr. Ricardo Hoyos Duque, Jesús Alberto Rodríguez López y Otra vs. Hospital San Juan De Dios De Armenia Y Otro.

de octubre 24 de 1990<sup>36</sup> consideró que el artículo 1604<sup>37</sup> del Código Civil debía ser aplicado también en relación con la responsabilidad extracontractual, y en consecuencia la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado en los casos de responsabilidad médica. La presunción de falla del servicio médico que con esta posición jurisprudencial se acogió, fue reiterada en decisión del 30 de julio de 1992,<sup>38</sup> pero con una fundamentación jurídica diferente, la cual hacía referencia a la posibilidad en que se encuentran los profesionales, dado su “*conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta*”, de satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que puedan formularse contra sus procedimientos.

Más recientemente, el Consejo de Estado ha considerado que la presunción de falla en los casos de responsabilidad médica, se deriva de la aplicación de la teoría de la carga dinámica de las pruebas (explicada con anterioridad) y por lo tanto, dicha presunción no debe ser aplicada de manera general sino que en cada caso el juez debe establecer cuál de las partes está en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia.

En concordancia con lo anterior, el Consejo ha considerado que “(...) *no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas y científicas. Habrá que valorar en cada caso, si estas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí esta, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio*”.<sup>39</sup>

36 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, 24 de octubre de 1990, Exp. 5902, C.P. Dr. Gustavo de Greiff Restrepo, María Helena Ayala de Pulido v. Instituto De Seguros Sociales. Ob. Cit.

37 Colombia. Código Civil, “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 levisima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega. Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes”.* (subrayas fuera de texto)

38 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de julio de 1992, Exp. 6897, C.P. Dr. Daniel Suárez Hernández, Gustavo Eduardo Ramírez y Adiel Ocampo Rivera vs. Instituto de Seguros Sociales, apelación proveniente del Tribunal Administrativo de Risaralda. Ob. Cit.

39 Consejo de Estado, Sección Tercera, 10 de febrero de 2000, Exp. 11.878, C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Josué Reinaldo Durán Serrano y Otros vs. Hospital Universitario Ramón González Valencia Y Universidad Industrial De Santander - UIS.

Es así que, las dificultades que afronta el demandante en los eventos de responsabilidad médica han motivado, por razones de equidad, la elaboración de criterios jurisprudenciales y doctrinales tendientes a equilibrar dicha carga, no sólo se manifiestan en relación con la falla del servicio, sino también respecto a la relación de causalidad. En cuanto a este último elemento, se ha dicho que cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados, sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación, “*el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia*”,<sup>40</sup> es decir, que la relación de causalidad queda probada “*cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad*”.<sup>41</sup>

## Falla del Servicio

La responsabilidad requiere del soporte de la falla del servicio, la existencia del daño y el nexo causal entre los dos, si se logra demostrar la existencia de los tres elementos, la existencia de responsabilidad del Estado se declara, en caso contrario, es decir ante la ausencia de uno de estos elementos, esto sería imposible.

Siempre que hay responsabilidad hay falla del servicio, pero no siempre que haya falla del servicio cargamos con responsabilidad estatal. Entonces existe la falla:

*Cuando no se presta el servicio*

*Cuando se presta en forma irregular*

*Cuando se presta tardíamente*

Cuando se habla de falla del servicio se debe tomar en cuenta el contenido obligacional, que normalmente se exige al Estado al asumir una determinada función, y así para establecer cuándo había falla del servicio uno debía acudir a la norma y observar si ésta se había o no violado, en caso que se presentara la violación se podía afirmar con seguridad que se daba una falla del servicio.

Ese contenido obligacional tiene dos formas de presentarse: una forma específica y una genérica. La forma específica la encontramos en cada norma determinada al caso en el cual se aborde la supuesta falla. Pero hay ocasiones en que no se presenta tan claro ese contenido obligacional, entonces se dice que es un contenido obligacional de carácter genérico y la norma a la cual se accede en esos

40 *Ibíd.*

41 *Ibíd.*

casos es la imposición constitucional, del art. 2° C.N., que contiene la obligación del Estado de proteger la vida, honra y bienes de las personas, siendo esta obligación de medio y no de resultado.

### **Concepto de Falla del Servicio**

El concepto de falla en el servicio ha tenido una evolución histórica la cual en este texto dividiremos en clásico y moderno, los cuales se exponen a continuación.

#### **Concepto Clásico**

El Consejo de Estado consideraba que la falla del servicio se definía como la *“falta anónima, orgánica, funcional de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio”*,<sup>42</sup> de esta definición se deriva que el Estado era responsable por el mal funcionamiento, el no funcionamiento o el funcionamiento tardío del servicio, sin importar si el daño ocurrido en las anteriores situaciones tuvo origen en la conducta responsable o no del médico, puesto que como lo exponía una sentencia del Consejo de Estado del 28 de Septiembre de 1967, *“la administración debe responder cuando el daño se ha causado como consecuencia de una falla en el servicio que estaba obligado [sic] a prestar”*,<sup>43</sup> así mismo sostiene el Consejo de Estado que la responsabilidad del Estado es *“objetiva, anónima, basta que se acredite que el perjuicio se produjo como consecuencia de la prestación de un servicio a cargo del Estado”*.<sup>44</sup>

Se tenía así, que la administración se hallaba en un deber de indemnizar por todo perjuicio producido con o sin responsabilidad del agente que realizó la conducta que originó el perjuicio.

#### **Concepto Moderno**

En la actualidad se viene trabajando un nuevo concepto de falla del servicio en el Consejo de Estado, el cual dice que es *“la violación al contenido obligatorio que se impone al Estado, y que puede ser infringido ya sea porque así se deduce nítidamente de una norma que estatuye con precisión aquello a lo cual está obligado el Estado frente al caso concreto”*.<sup>45</sup> La novedad de este nuevo concepto de falla del servicio, consiste

42 SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo, *Nuevos Conceptos de Responsabilidad Médica*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Santafé de Bogotá D.C., 2000, p. 166.

43 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 28 de septiembre de 1967, C.P. Dr. Carlos Portocarrero Mutis.

44 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 24 de octubre de 1985.

45 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 30 de marzo de 1990, C.P. Dr. Antonio José

en que ésta se configura cuando se incumplen los contenidos obligacionales establecidos en la Constitución, la ley o en los reglamentos y en todos los eventos en que la administración asume u organiza un servicio.

### 3.- Perjuicios

Los perjuicios se han entendido como las secuelas derivadas de un daño causado a la víctima. Éstos han tenido una evolución que brevemente describiremos a continuación hasta llegar al concepto actual.

En la época victoriana el perjuicio fue visto en la jurisprudencia francesa como la violación de un derecho o de una situación jurídicamente protegida o legítima en cabeza de una persona.<sup>46</sup> Con el paso del tiempo, esta concepción del carácter personal del daño fue cambiando hasta transformarse actualmente en lo que el Consejo de Estado francés determinó como perjuicio personal, el cual consiste en todo perjuicio que afecte de forma directa a quien lo exige, sin importar que su origen esté en la muerte o invalidez de un tercero o si existe un nexo de parentesco con la víctima.

Los perjuicios para ser indemnizables deben tener como características el ser personales, directos y ciertos.<sup>47</sup> En cuanto a la característica personal de los perjuicios, esta se identifica con la legitimidad jurídica de la persona natural o jurídica que desea se le indemnice y esta petición podrá ser para sí o para otro.

En éste orden de ideas, la petición para sí por parte de personas individuales fue y es la forma tradicional de exigir la responsabilidad de la Administración, donde sólo se le exigirá identificar el título que le sirve para probar su derecho y hacerlo efectivo, aclarando que no solo puede pedir para sí sino a nombre de su representado. Así mismo puede realizarse una petición para otro, donde una persona pretende el resarcimiento colectivo y no propio. En éste caso se amplió el carácter personal del daño al protegerse un interés colectivo, lo cual implicó el ampliar la legitimación por activa.

Otra característica de los perjuicios es que sean ciertos, lo cual se refiere a la existencia de estos, la cual deberá ser demostrada con la certeza de su ocurrencia donde *“aparezcan como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual”*,<sup>48</sup>

---

de Irisarri Restrepo.

46 Cfr. HENAO, Juan Carlos, *El Daño*, p. 89.

47 HENAO, Juan Carlos. Ob. Cit. p. 87.

48 Cfr. Ibídem. p. 131.

lo cual no se opone a que los perjuicios sean futuros puesto que éstos serán indemnizables si se demuestra oportunamente que ocurrirán.

La tercera y última característica se refiere a la relación causal directa del perjuicio con el daño; simplemente se refiere a lo próximo que en la relación de hechos se encuentra el hecho generador del daño al perjuicio a indemnizar.

Así pasaremos a los niveles de certeza del perjuicio, donde se divide el perjuicio en perjuicio consolidado y no consolidado.

### **Perjuicio Consolidado**

Dentro de éste tipo de perjuicios se encuentran los que ya se han cristalizado o exteriorizado, los que ya están en el pasado y son *“una realidad aprehensible para el Juez, quien no puede adoptar un comportamiento diferente: la realidad muestra la existencia de un perjuicio que es incuestionable”*,<sup>49</sup> como son los gastos realizados por la víctima, ya sean médicos, funerarios o relacionados con la incapacidad sufrida y por otra parte la pérdida o deterioro de bienes materiales e inmateriales. De todo esto, se tiene que los perjuicios comprendidos dentro de esta clasificación son el daño emergente y el lucro cesante.

La otra cara de la moneda es el perjuicio no consolidado que se tratará a continuación.

### **Perjuicio No Consolidado**

En éste tipo de perjuicio el juez puede *“califica[r] la certeza del perjuicio a partir de una situación existente”* o calificar *“a partir de una situación que no es real en el momento de la calificación”*.<sup>50</sup> En estas dos situaciones el juez deberá realizar una ficción, ya sea en la extensión del tiempo transcurrido en el primer caso y en la situación misma, así como su extensión de tiempo en el segundo caso.

### **Perjuicio No Consolidado a Partir de una Situación Existente**

En el caso concreto, se adquiere la certeza del perjuicio de una situación existente al momento de calificarlo el juez, así el juez toma una situación actual y la prolonga a futuro, con la certeza que los efectos del daño se prolongaran en éste. Pero en ningún momento la mera expectativa genera el derecho a indemnización, puesto que *“no se puede asegurar que hay aminoración patrimonial”* y no es el perjuicio

49 HENAO, Juan Carlos. Ob. Cit. p. 135.

50 Ibídem. p. 136.



cio “cierto porque se tiene a lo menos la certeza de que la situación que expresa el daño existe”.<sup>51</sup> A la anterior prolongación a futuro se imponen límites para así evitar el “ocio improductivo”,<sup>52</sup> por lo cual los anteriores efectos sólo se prolongaran hasta cuando sea normal en la costumbre.

Así mismo, se dice que “El juez exige otros elementos para llegar a la conclusión y dar así mayor consistencia a la presunción que permite calificar como cierta la continuidad de una situación que, en términos de certeza absoluta jamás podría ser calificada como tal”,<sup>53</sup> lo que denota la necesidad del juez de buscar otros factores en los cuales apoyar sus proyecciones.

Finalmente se parte del principio en el cual no se avala la tragedia eterna y se advierte a la víctima de su deber de reaccionar frente al hecho dañino y sobreponerse. Es decir que no se indemnizará a la persona que permanece sin laborar, pese a haber superado la etapa de recuperación sin haber quedado con secuelas que lo incapaciten totalmente.

En contraste a continuación se tratará el perjuicio no consolidado a partir de una situación inexistente.

### **Perjuicio No Consolidado a Partir de una Situación Inexistente:**

En éste caso, “el juez analiza la existencia del perjuicio en relación con situaciones inexistentes al momento en que debe calificar la certeza”,<sup>54</sup> estas situaciones fictas se refieren a supuestos que, según la víctima, de no haber existido el daño se habrían dado.

Así la pérdida de oportunidad se tendrá que indemnizar en los casos en que se tenga certeza sobre la pérdida definitiva de la misma, esto a pesar de que exista un desconocimiento respecto de si la víctima habría o no podido lograr la ventaja esperada. Ejemplos de la anterior pérdida de oportunidad, son la pérdida de un ascenso o empleo, la pérdida de un contrato y la pérdida de la posibilidad de cura de una enfermedad.

De la pérdida de oportunidad en la cura de una enfermedad, se tiene como ejemplo el caso de Jorge Eduardo Polanco Rodríguez,<sup>55</sup> donde el Consejo trato

51 *Ibíd.* p. 139.

52 *Ibíd.* p. 146.

53 HENAO, Juan Carlos. *Ob. Cit.* p. 150.

54 *Ibíd.* p. 152.

55 Colombia. Consejo De Estado, Sección Tercera, 27 de marzo de 1987, Exp. 13006, C.P. Dr. María Elena Giraldo Gómez, Actor: Jorge Eduardo Polanco Rodríguez Y Otros. Demandado: Caprecom y Nación (Ministerio De Comunicaciones).

el tema de la pérdida de oportunidad dijo: “CHABAS ha hecho una reciente recapitulación del estado de la cuestión en este punto, poniendo, junto a ejemplos extraídos de la responsabilidad médica (donde esta figura encuentra su más frecuente manifestación), otros como los siguientes: un abogado, por negligencia no comparece en un recurso y pierde para su cliente las oportunidades que éste tenía de ganar el juicio; un automovilista, al causar lesiones por su culpa a una joven, le hace perder la ocasión que ésta tenía de participar en unas pruebas para la selección de azafatas. (...) Este autor señala que en estos casos los rasgos comunes del problema son los siguientes: 1. Una culpa del agente. 2. Una ocasión perdida (ganar el juicio, obtención del puesto de azafata), que podía ser el perjuicio. 3. Una ausencia de prueba de la relación de causalidad entre la pérdida de la ocasión y la culpa, porque por definición la ocasión era aleatoria. La desaparición de esa oportunidad puede ser debida a causas naturales o favorecidas por terceros, si bien no se sabrá nunca si es la culpa del causante del daño la que ha hecho perderla: sin esa culpa, la ocasión podría haberse perdido también. Por tanto, la culpa del agente no es una condición sine qua non de la frustración del resultado esperado”.

En la búsqueda de la certeza del perjuicio el juez recurre en muchas ocasiones a las presunciones, como apoyo a las pruebas que en cada caso particular ofrecerán la certeza buscada. En esta búsqueda el juez debe también tazar los perjuicios sufridos por la víctima, los cuales se describirán a continuación.

### **Tipología del Perjuicio**

Tradicionalmente en Colombia los perjuicios se han clasificado en patrimoniales y morales, siguiendo así la terminología de la doctrina francesa. Sin embargo esta clasificación poco a poco ha sido demeritada por considerarse que muchos de los perjuicios indemnizables no caben dentro de la clasificación.<sup>56</sup>

De hecho para el Dr. Juan Carlos Henao es imposible concebir un daño que se encuentre por fuera del patrimonio, porque si el patrimonio es el “conjunto de bienes y de obligaciones de una persona” y se considerase que toda lesión “no-patrimonial” afecta así los llamados “derechos subjetivos patrimoniales”, necesariamente todo daño afectará el patrimonio. Lo que ocurre para el autor, es que los llamados daños extrapatrimoniales, no tienen una naturaleza económica medible, lo que no necesariamente implica que éstos no afecten el patrimonio de la parte afectada.

56 Cfr. MARTÍNEZ RAVE, Gilberto, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Décima Edición, Santafé de Bogotá, Editorial Temis, 1998, p. 167.

De esta manera se ha llegado a confundir el concepto del daño como aminoración del patrimonio, con el de la indemnización pecuniaria del daño, llegando así a la clasificación del derecho colombiano de perjuicios patrimoniales y no patrimoniales. Dentro de los primeros se ha incluido el lucro cesante y el daño emergente, mientras que dentro de los segundos se ha comprendido el daño moral o *pretium doloris*, el llamado perjuicio fisiológico o daño en vida en relación, tratados posteriormente. Para conciliar la discusión, el Dr. Henao ha preferido idear la clasificación de perjuicios materiales e inmateriales, posición que se acoge y desarrolla dentro de este escrito.<sup>57</sup>

### **Daños Materiales**

Esta clasificación parte básicamente del contenido de los artículos 1613 y 1614 del Código Civil,<sup>58</sup> que suscita la subclasificación de lucro cesante y daño emergente. Para el tratadista Javier Tamayo Jaramillo, lo anterior se traduce en que hay un daño emergente “(...) cuando un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima; por el contrario, hay un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima”.<sup>59</sup>

Así como un lucro cesante que se entendería representado por los bienes que se dejaron o dejarán de percibir en el patrimonio de la víctima gracias al hecho dañoso. Sin embargo esta clasificación debe tener en cuenta la idea de que ambos pueden darse en eventos futuros o pasados, ya que todo depende del momento en el cual se esté desarrollando el proceso administrativo y la forma en la que se representa la lesión en la(s) víctima(s). De esta manera la jurisprudencia colombiana entendió que éstos se constituyen en distintos tiempos, subclasificándolo en “debido, vencido o consolidado” y “lucro cesante futuro”, teniendo un tratamiento pecuniario sustancialmente diferente. El lucro cesante consolidado o vencido es la pérdida de utilidad o ganancia que una persona sufre en su patri-

57 Cfr. HENAO, Juan Carlos, Ob. Cit. pp. 192 y 193.

58 Colombia. Código Civil de la República de Colombia, Art.1613: “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento. Exceptúense los casos en los que la ley la limita expresamente al daño emergente. Art. 1614: “Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de haberse cumplido o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento”.

59 TAMAYO JARAMILLO, Javier, *De la Responsabilidad Civil*, Tomo II – “De los perjuicios y su indemnización”, Bogotá, Editorial Temis, 1986, p. 117.

monio desde la fecha en la que se produjo efectivamente el daño hasta cuando la sentencia declara la obligación indemnizatoria. Mientras tanto el lucro cesante futuro es la liquidación del lucro cesante entre la fecha de la sentencia y la fecha en la que finalizará el deber de indemnizar. Estos dos conceptos serán tratados en el aparte correspondiente a la liquidación del perjuicio.

Así mismo es necesario tener en cuenta la subdivisión de daño emergente y lucro cesante sobre las cosas y las personas teniendo en cuenta dónde afecta primariamente el daño. El daño emergente será en las personas cuando el daño afecta primariamente la integridad física y psíquica de la persona (por ejemplo la afectación física de una persona para seguir laborando en su profesión, o la pérdida que sufre una familia del miembro que generaba el ingreso económico), mientras que la segunda se encuadra cuando el daño se da en la persona sin llegar a causarle un daño corporal sino en los demás bienes dentro de su patrimonio (la pérdida de un bien con el cual producía su sustento).

### **Daño Emergente**

El daño emergente surge como la pérdida patrimonial sufrida por la víctima o actor. Es necesario tener en cuenta que la anterior distinción es importante hacerla en razón de que puede ser la víctima u otras personas relacionadas quienes sufran los perjuicios. Así mismo, a continuación entraremos a tratar los perjuicios cristalizados y no cristalizados dentro del daño emergente, los cuales se diferencian si se produjeron con anterioridad o posterioridad a la sentencia en el proceso.

### **Lucro Cesante**

Ahora bien, el daño emergente no es el único daño patrimonial que se puede producir ante la existencia de una falla en la prestación del servicio médico. Es posible que los dañosos dejen de percibir ingresos a partir de la ocurrencia de la lesión, lo cual se considera como lucro cesante, aparte tratado a seguir teniendo en cuenta si se produce en afectación de las cosas o de las personas.

### **Perjuicios Inmateriales**

Esta clase de perjuicios recibe su nombre de aquellos que afectan elementos o intereses de difícil estimación pecuniaria, porque su esencia se encuentra por encima de la esfera económica. Por lo tanto su reparación no podrá ser efectuada integralmente, sino que se debe conformar con una compensación sustitutiva

pero no equivalente a la indemnización completa. Podría decirse que no indemniza pero hace la vida más llevadera.

### **El Pretium Doloris (precio del dolor)**

El *pretium dolores* o precio del dolor puede ser comprendido en dos especies diferentes. Por una parte se puede entender como una consecuencia de la lesión de una persona en su integridad física, que trasciende hacia lo moral ya sea en sensaciones de malestar u otra manifestación psíquica, tal y como el insomnio, la preocupación o el estrés. Por otro lado, puede entenderse como el puro daño moral que experimenta la persona víctima de la lesión, o sus familiares o allegados, caso en el cual se transforma en el denominado *pretium affectionis*.

### **El perjuicio Estético**

Se entiende como daño inmaterial sufrido por el afectado gracias al deterioro morfológico traducido dentro de la psiquis de la persona. Este perjuicio tuvo nacimiento en Europa a mediados de los setentas como una recomendación del Principio 75-7 del Consejo de Europa, viéndose representado en jurisprudencia del Tribunal Supremo español en los siguientes términos: *“(...) La belleza en abstracto constituye un valor cultural básico. Y que en lo que al hombre respecta, su morfología puede tener consecuencias graves en el aspecto económico, social individual, psicológico e incluso, psiquiátrico de la persona, se trate de una mujer o un varón (...) toda persona tiene derecho a mantener su belleza o a que no se acentúe su fealdad (...) la deformidad debe ser permanente, considerando tal la insubsanable por el transcurso del tiempo, sin que las eventuales mejoras obtenibles mediante ulteriores intervenciones reparadoras pueda hacer perder a la deformidad este carácter de permanencia. Ha de ser también física, es decir somática, con independencia de que pueda así mismo tener trascendencia sobre el psiquismo. (...) La noción de deformidad se extiende hoy a la generalidad del cuerpo, tanto porque se expone ahora con más frecuencia que antes en su práctica integridad a la contemplación ajena, como porque en la actualidad se conoce mejor que antes cuanto puede dejar afectada la vida afectiva o de relación por taras situadas en zonas del cuerpo ordinariamente tapadas”*.<sup>60</sup>

Vale la pena atender que dentro de las ocasiones en las que ha sido reconocido esta clase de perjuicio inmaterial, se ha entendido que el perjuicio estético no es el equivalente a un perjuicio funcional, sino la repentina sensación de pérdida, zozobra o fealdad que sufre esa persona con la lesión o secuela irreparable en

<sup>60</sup> España. Tribunal Supremo Español, Sala Segunda, 15 de noviembre de 1990; en: Ob. Cit. Saavedra Becerra, p. 645.

su ser.<sup>61</sup> Podrá verse también que este perjuicio obtiene especial trascendencia cuando la persona que lo sufre vive de la pulcritud de su imagen, entonces la pérdida es realmente catastrófica afectando en gran medida la imagen, el patrimonio, y la psiquis, lo que se puede sintetizar en el siguiente aparte del Consejo de Estado en sentencia de mayo 25 de 2000: *“El denominado “pretium pulchritudinis”, o precio de la belleza viene a compensar el perjuicio estético que resulta del atentado infringido a la armonía física de la víctima. Entonces la pérdida de la integridad corporal da lugar a la reparación de los daños materiales que haya podido causar. Así mismo el perjuicio estético stricto sensu, como una cicatriz en el rostro es suficiente para dar lugar al nacimiento de una acción en reparación, pero dicho perjuicio es puramente moral, aunque puede tener repercusiones patrimoniales si la víctima fuere rechazada en su trabajo o no pudiere ejercer una actividad profesional en razón de dicho defecto”*.<sup>62</sup> Gracias a lo anterior no sería para nada difícil otorgar el pago por el perjuicio estético, por ejemplo, a una presentadora de televisión notoriamente desfigurada gracias a la falta de diligencia de un enfermero de un hospital estatal, que deja caer un escalpelo en su pómulo izquierdo mientras hace una curación de rutina.

### **La Ambivalencia del Perjuicio Fisiológico y el Daño a la Vida en Relación**

Es necesario entender que pese a su nombre, los perjuicios inmateriales del perjuicio fisiológico y el daño a la vida en relación han sido tratados en Colombia de manera casi sinonímica y errada, y aunque puedan ser considerados distintos nuestra jurisprudencia los ha tratado dentro de una sola confusa unidad. En este capítulo se avanza en la línea jurisprudencial puesta en escena por el Profesor Juan Carlos Henao, quien acertadamente encuentra que el trato unificado a este par de perjuicios inmateriales es erróneo por cuanto la denominación de éstos excluye que los daños fisiológicos se centran en lesiones personales que alteren la anatomía o la fisiología, llegando a parecerse al estético. Así mismo, halla también la equivocación en que los daños a la vida en relación medran en el concepto de un daño que se produce por la drástica variación en la vida de la víctima de una falla en la prestación del servicio médico – en el caso que se trata en este escrito – y no en la pérdida fisiológica *per se* (pérdida funcional del organismo u órganos humanos); aunque lo más natural y válido es considerar que los perjui-

61 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, 25 de septiembre de 1997, Exp. 10421, C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque, Edelmira Cano.

62 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, 25 de mayo de 2000, Exp. 12550, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

cios fisiológicos y los de la vida en relación provienen de un daño físico original, no se debe confundir el principio con el fin.<sup>63</sup>

Ante todo no debe confundirse daño a la vida en relación con la figura de “*la alteración de las condiciones de existencia*” ya que esta última es una figura de la jurisprudencia francesa que tiene relación con la situación que asumen las personas cuando la desaparición de un ser querido o el perjuicio del perjudicado les hace cambiar o modificar, las condiciones de su vivir. Ésta no puede confundirse con el perjuicio moral, pues su naturaleza y estructura son en esencia diferentes; al respecto Juan Carlos Henao ha señalado: “*Esta noción, que puede ser definida según por el profesor Chapus como “una modificación anormal del curso de la existencia del demandante en sus ocupaciones, en sus hábitos o en sus proyectos”, ya sea por la muerte o enfermedad del ser querido o miembro de la familia que necesariamente cambia la forma de vivir de la familia y tiene repercusiones morales dentro de ésta*”.<sup>64</sup> Para el Dr. Henao, “*También por fuera de la hipótesis de la muerte de una persona el juez reconoce la existencia de las alteraciones, cuando una enfermedad de un ser próximo cambia la vida de la otra persona. En el caso por ejemplo del fallo Pol, en el cual el juez condenó a indemnizar por las alteraciones de las condiciones de existencia que se presentan para un padre cuya hija quedó paralítica*”.<sup>65</sup> Inclusive se llega a pensar en que éste rubro es un estado intermedio entre el perjuicio moral y el perjuicio fisiológico o a la vida en relación (como les ha unido la jurisprudencia colombiana).

Paralelamente, el tratadista Renato Scognamiglio, frente a la naturaleza y autonomía de este perjuicio, razona así: “*El daño asignado a la vida en relación constituye un daño resarcible, o está destinado a permanecer sin significado. Quien no esté dispuesto a aceptar este último término deberá cuando menos reconocer la insuficiencia de los principios actualmente dominantes en la determinación del daño indemnizable. Opinión que, por último, comienza a ser manifestada por la doctrina, que recomienda en todos los casos la consideración del daño a la persona y afirma directamente la necesidad de una renovación del derecho vigente*”.<sup>66</sup>

63 HENAO, Juan Carlos. Ob. Cit. p. 274.

64 CHAPUS, René. Responsabilité publique, Cit. p. 414. Citado por Enrique Gil Botero. *Temas de Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

65 Francia. Consejo De Estado Francés, Sección 2 de octubre de 1970. Époux Pol, Rec., Pág. 543. Rev. Trim. Droit Sanitaire et Social, 1972, concl. Morisot. En: BOTERO GIL, Enrique, *Temas de Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Librería Jurídica Sánchez R. Limitada.

66 HINESTROSA, Fernando (traductor y comentarista), *El Daño Moral*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1962. Págs. 24 y 25.

Ahora bien, en Colombia, podría decirse que el fundamento de la indemnización del daño inmaterial tiene su origen en un pequeño acercamiento de la Corte Suprema en el año de 1921, donde consideró la obvia necesidad del perjudicado a ser indemnizado por la persona que causó el daño.<sup>67</sup> Posteriormente, en abril 4 de 1968 se expide fallo que reconoció “(...) *reparación o compensación del daño a la actividad social no patrimonial y (al) daño moral propiamente dicho*”.<sup>68</sup>

Luego, el primer antecedente tangible en la materia se encuentra en el fallo de Mariana Barazutti Chiapolino,<sup>69</sup> en donde se dio una poco usual reparación de 1.800 gramos de oro puro en el rubro de daño moral, y aunque sólo se habló de daño moral en el considerando del fallo se encontraron alusiones a un nuevo tipo de perjuicio cuando el Dr. Betancur Jaramillo trata de equiparar los perjuicios reconocidos con los solicitados en la demanda; efectivamente se habló: “(...) *sólo de perjuicios del orden moral en su más amplio sentido, comprensivo, en las excepcionales circunstancias que muestra este proceso, no sólo del aspecto que tradicionalmente se ha indemnizado por el concepto aludido, sino por las incidencias traumáticas que en el campo afectivo le quedaron a la señora Barazzutti por lo que en la demanda se denomina “daños fisiológicos”, los que en definitiva no pudieron quedar totalmente reparados y siguen pesando en el tiempo*”. Sin embargo aún no se tocó este rubro.

En el fallo del 6 de Mayo de 1993 el Consejo de Estado reconoce la indemnización por el llamado perjuicio fisiológico, o a la vida de relación a una persona que quedó postrada en una silla de ruedas gracias a la perdida de sus dos extremidades inferiores, ya que la vida de la víctima: “(...) *seguirá estando muy lejos de la situación privilegiada en que se encontraba antes del hecho dañino, pues no podrá seguir disfrutando de los placeres de la vida. Esto nos indica que el daño moral subjetivo y fisiológico son diferentes (...) repetimos: La indemnización por perjuicios morales subjetivos repara la satisfacción síquica o el daño físico de la víctima; en cambio, la indemnización del perjuicio fisiológico, repara la supresión de las actividades vitales.*” En efecto, la citada jurisprudencia también afirmó en forma genérica que “(...) *procede a dar el paso jurisprudencial en virtud del cual hay lugar, en casos como el en casos como el presente, al reconocimiento y pago del PERJUICIO FISIOLÓGICO O A LA VIDA DE RELACIÓN. Éste*

67 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 21 de julio de 1922, Gaceta Judicial No. 1515 de 1922.

68 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 4 de abril de 1968, M.P. Dr. Fernando Hines-trosa, Gaceta Judicial CXXIV.

69 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, 14 de febrero de 1992, Exp. 6477, C.P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo, Actor: Mariana Barazutti Chiapolino. En esta sentencia la actora quedó afectada en sus actividades sexuales e higiénicas tras haber recibido un desgarre en el esfínter perianal, lo que le provocó severos daños psicológicos y la zozobra de su matrimonio.



debe distinguirse, en forma clara, del DAÑO MATERIAL, en su modalidad de DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE, y también de los perjuicios morales subjetivos. Mientras que el primero impone una reparación de la lesión pecuniaria causada al patrimonio, y el segundo busca darle a la víctima la posibilidad de remediar en parte “(...) no solo las angustias y depresiones producidas por el hecho lesivo, sino también el dolor físico que en un momento determinado pueda sufrir la víctima de un accidente”(Javier Tamayo Jaramillo. De la Responsabilidad Civil, Tomo II, pág. 139), el PERJUICIO FISIOLÓGICO O A LA VIDA DE RELACIÓN, exige que se repare la pérdida de la posibilidad de realizar (...) otras actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia (...)”<sup>70</sup>

Así las cosas, surge ésta paridad desde la clásica división del perjuicio como un medio para indemnizar no la pérdida física sino el grado de goce físico-psicológico que se le despoja a la víctima a raíz del hecho dañoso. A propósito se trae a colación la aclaración de voto de Dr. Hoyos Duque, en providencia del Dr. Carillo Ballesteros describió la confusión de términos en Colombia a la manera que se cita:

“(...) la indebida utilización del concepto fisiológico parece derivarse de una mala traducción e interpretación de la jurisprudencia francesa, la cual en un sentencia de la Corte de Casación del 5 de marzo de 1985 distinguió entre el daño derivado de la “privación de los placeres de la vida normal, distinto del perjuicio objetivo resultante de la incapacidad constatada y los problemas psicológicos que afectan las condiciones del trabajo de existencia de la vida”. El perjuicio fisiológico de acuerdo con esta distinción, constituye un perjuicio corporal de carácter objetivo que se distingue del perjuicio moral reparado bajo la denominación de perjuicio de placer. Sea de ello de lo que fuere, lo cierto es 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.) (...) Con la tesis de la Sala cualquier pérdida anatómica de un órgano, por ejemplo un riñón, comporta la existencia de un perjuicio fisiológico entendida esa expresión en su alcance literal. Si por el contrario, se considera que el llamado perjuicio fisiológico en su aceptación técnico jurídica es disminución o pérdida del placer de la vida, debe concluirse que no toda lesión o daño corporal implica su existencia y consiguiente indemnización”.

De hecho la confusión creada por la sentencia de John Jairo Meneses continuó en una serie de fallos que llegaron a afianzar la confusión de un perjuicio fisiológico parecido a una especie de lucro cesante, consistente en los gastos con los que el afectado tendrá que correr para hacer su vida más llevadera en un futuro físicamente disminuido. Es así como el Dr. Henao Resalta una lista de fallos en los

70 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de mayo de 1993, Exp. 7.428, C.P. Dr. Julio Cesar Uribe Acosta, Actor: John Jairo Meneses.

que se fijan sumas en millones de pesos para asumir, por ejemplo los gastos que acarreará la contratación de una enfermera (Sentencia de 02 de octubre de 1996, expediente 9948) o las cuentas de profesionales que le permitirán al actor llevar una “*existencia más agradable*” (Sentencia de abril 04 de 1997, exp. 11026). Inclusive se llegó a decir que los perjuicios fisiológicos se utilizaron como una figura pretoriana con la que se administraría justicia y se indemnizarían perjuicios que no cupieran dentro de la esfera moral o material en la sentencia de 13 de junio de 1997.<sup>71</sup> Aun así, éste fallo presentó aclaración de voto del Dr. Ricardo Hoyos Duque dónde al referirse al perjuicio fisiológico o perjuicio de placer, como así prefirió denominar, encontró un perjuicio extrapatrimonial que tiene una entidad propia, inconfundible con el moral (*pretium doloris* o *Schemerzgeld*). Tampoco, dijo, podría encuadrarse con un perjuicio material como cuando con la acción dañosa pereció un bien material de alguna forma avaluable en dinero, por cuanto al reemplazar el bien se tendría que hacer una erogación pecuniaria. Mucho menos podría asentarse dentro de las consecuencias materiales causadas por un daño moral, o daño moral objetivado, como cuando alguien percibe un lucro cesante por no poder trabajar a causa de la profunda depresión causada (piénsese posiblemente en el cantante que deja de componer por la muerte de su esposa, víctima del suministro erróneo de tabletas de cianuro en un hospital público).<sup>72</sup>

Posteriormente, el mismo Dr. Ricardo Hoyos Duque delineó mejor su argumento en la sentencia de septiembre 25 de 1997, donde acoge su anterior aclaración de voto diciendo que: “*el perjuicio de placer es un perjuicio extrapatrimonial que tiene una entidad propia, lo cual no permite confundirlo con el daño moral (pretium doloris o Schemerzgeld) o precio del dolor, especie también extrapatrimonial, ni con el daño material (daño emergente y lucro cesante, art. 1613)*”.<sup>73</sup> Hablamos de un perjuicio en el que no se trata de indemnizar la tristeza o el dolor experimentado, como intentando pesar el alma en una balanza con una bolsa de oro puro al otro extremo, se trata de “*(...) compensar, en procura de otorgar al damnificado una indemnización integral, por la totalidad de los intereses humanos jurídicamente tutelados que resultaron comprometidos por la conducta dañina, dentro de las cuales ocupa lugar principal, la mengua de las posibilidades de realizar ciertas actividades, que la víctima bien podría haber realizado o realizar, de no mediar la conducta dañina que se manifestó en su integridad corporal*”.<sup>74</sup>

71 Cfr. HENAO, Juan Carlos. Ob. Cit. p. 267.

72 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, 13 de Junio de 1997, Exp. 12499, C.P. Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros.

73 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, 25 de septiembre de 1997, Exp.10421, C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

74 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, 2 de octubre de 1997, Exp. 11652, C.P. Dr. Daniel Suárez

Posteriormente se determinó que el ahora llamado daño a la vida de relación, quedo consagrado en la jurisprudencia como la disminución funcional o pérdida de los órganos de una persona, no permitiéndole disfrutar de la vida de la misma manera en la que se desempeñaba anteriormente en labores cotidianas, que disfrutaba o en las que se destacara socialmente.<sup>75</sup> Así mismo se logró determinar en sentencia de julio 19 de 2000 del Consejo de Estado, que el perjuicio en cuestión también es indemnizable a personas distintas de la víctima, como podría ser las personas que por su parentesco o gran afinidad, sufren un perjuicio fisiológico por la pérdida física, perdiendo la oportunidad de seguir gozando de la compañía y protección de esa persona, acceso a ciertos círculos sociales, etc. En estos casos no se estaría hablando de un perjuicio indirecto, y por ello nacería la potestad de indemnización.<sup>76</sup>

Por lo anterior se llega entonces a un daño que pretende indemnizar un daño irreparable, reconociendo que no puede reparar pero si compensar tratando de reivindicarle esperanzas e igualdad de oportunidades con el Común. Es así como para indemnizar se llega a ver que en las sentencia operan criterios objetivos como porcentaje de invalidez, grado de afectación a la profesión, y hasta subjetivos como el grado o gusto que se le sacó a una actividad arrebatada por la lesión. Eso sí, lo que se ha anticipado en toda la jurisprudencia, es que no se indemnizará el dolor sino la pérdida de facultad de hacer cosas y de vivir como cualquier persona.<sup>77</sup>

La condición particular del afectado, el criterio del juez, e inclusive “*el grado de afectación emotiva*” del Consejo pueden llegar a variar la indemnización por este rubro por encima de cualquier otro, por lo que no nos atrevemos a dar topes, y de hecho nos aventuramos a decir que entre mejor se fundamente la pérdida por daño fisiológico o a la vida en relación, mejores oportunidades se tendrán de recibir una indemnización alta. Lo que no debe olvidarse nunca es que no debe manejarse como la pérdida fisiológica de un órgano o la esfera moral del daño, sino en la forma que se varía la vida a raíz de ese daño, lo que se pierde, lo que se puede dejar de hacer a raíz del daño y como *todo esto* afecta a la víctima; todo lo cual lleva a que se considere como una denominación correcta – desde la pers-

---

Hernández.

75 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. ver sentencias de marzo 2 de 2000, Exp. 11250, C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque; abril 13 de 2000, Exp. 13.342, C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

76 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, 18 de octubre de 2000, en: Ob. Cit. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, *La Responsabilidad Extracontractual de la Administración pública*, pp. 655-656.

77 Al respecto es útil ver cómo se taza cada uno de los casos en las sentencias de la Sección Tercera; 5 de marzo de 1998 (exp. 11041) o el exp. 11247.

pectiva jurisprudencial colombiana – como *daño fisiológico o a la vida en relación*, como el proceso, y no el comienzo o el final.<sup>78</sup>

Nunca se debe olvidar que cuando alguien sufre un daño lo sufre un individuo productivo que sufre daños materiales, un ser humano con sentimientos que se afecta por daños morales, y un ser social que pierde ventajas ante el resto de la sociedad que merecen ser indemnizados por medio de la consideración del daño fisiológico o de la vida en relación. Por ello se dedica el aparte inmediato.

## **Causales de Exoneración de la Responsabilidad**

La posibilidad de establecer una relación causal entre la actuación del ente público y el daño se dificulta o se hace imposible cuando interviene una causa externa. Es decir, si el daño no es imputable exclusivamente a la actividad administrativa, sino a una causa exterior. Si ello ocurre es posible que la responsabilidad estatal quede atenuada o incluso sea suprimida. Es claro en los casos de culpa presunta como en la responsabilidad objetiva, corresponde a la entidad administrativa demostrar la ocurrencia de la causa exterior. Estas causales de ruptura tradicionalmente son las llamadas causales de exoneración que enumeraremos explicativamente más adelante.

La exoneración de responsabilidad en los casos de servicio de salud médico hospitalario se da en forma general de dos maneras, en primer lugar, rompimiento del factor subjetivo de atribución, es decir, cuestionando el elemento culpa, y en segundo lugar, demostrando causa extraña, que rompe el nexo causal entre el acto médico y el daño.

## **Ausencia de Culpa**

---

<sup>78</sup> Como último paralelo se sugiere – aunque no raye en la falla de la prestación del servicio médico hospitalario - la lectura de las sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, 10 de agosto de 2000, Exp. 11845, C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez Actor: Antonio Vélez Vélez y Otros, Demandado: MINDEFENSA- Ejército Nacional, y Consejo de Estado, Sección Tercera, 18 de octubre de 2000, Exp 11948, C.P. Dr. María Elena Giraldo Gómez, Actor: Dinora Sofía Vásquez, Demandado: Hospital San Marcos, Departamento de Sucre y Nación (Ministerio De Salud).

La responsabilidad médica está estructurada en un factor de atribución subjetivo, como lo es la culpa, una forma de exoneración es la prueba que el profesional de la medicina no incurrió en ninguna de las posibles formas de culpa en su actuar, y antes al contrario el acto médico se adecua a todos los cánones legales, científicos y éticos exigidos.

Lo anterior se ejemplifica el caso de Reynel Gómez G., donde éste fue tratado por una caída por la cual debieron colocarle un clavo de Jewet, procedimiento que derivó en osteomielitis y que hizo necesario retirar posteriormente el clavo de Jewet, dejándole al paciente un pierna más corta que la otra. De los hechos del caso el Consejo determinó, que no se probó que el tratamiento médico no hubiera estado acorde a la obligación de medio en cabeza del médico.<sup>79</sup>

Otro caso como el del señor Bernardo Patiño Jaramillo se ejemplifica la ausencia de culpa, donde a su esposa se le trató quirúrgicamente una luxación en la columna vertebral, lesión que después de dos intervenciones quirúrgicas y supervisión por varios meses en cuidados intensivos, fue dada de alta con una cuadriplejía, la cual no fue considerada por el Consejo como consecuencia de los actos de los médicos realizados por el ISS, los cuales fueron diligentes de acuerdo a los procedimientos de la “*lex artis*”.<sup>80</sup>

### **Causa Extraña**

Causa extraña es la manera de destruir el elemento objetivo de la atribución, como lo es la causa, lo que implica demostrar que entre el acto médico y el daño se interpuso una causa que le es completamente ajena del actuar.

La demostración de la causa extraña permite a la entidad demandada liberarse de responsabilidad, al considerar que así el médico haya incurrido en falta, el daño no es consecuencia de la conducta médica, sino que se debe a una causa extraña. Así, el daño fue producido por un fenómeno exterior al acto médico, rompiéndose de ese modo el nexo causal. La causa extraña puede ser el caso fortuito o la fuerza mayor, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima.

79 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, 27 de marzo de 1987, Exp. 3671, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, Actor: Reynel Gómez G. Demandado: ISS.

80 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, 3 de abril de 1997, Exp. 9467, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, Actor: Bernardo Patiño Jaramillo. Demandado: ISS.

## Culpa Exclusiva del Paciente

El daño se considera que fue ocasionado por culpa exclusiva de la víctima cuando es provocado por la misma y su hecho origine el perjuicio. Es decir, una actuación con culpa grave o dolo. En estos eventos se exonera de responsabilidad el Estado.

Esta culpa debe ser causa eficiente del daño, debe provenir de un hecho exclusivo de la víctima, y que sea imprevisible e irresistible para la entidad demandada. La conducta culposa del paciente puede dar lugar a exonerar parcial o totalmente al médico que ha causado un daño, en la medida en que la negligencia del paciente haya sido la causa exclusiva o parcial del daño. El desacato del paciente, su resistencia y en general su conducta negligente, como cuando las reticencias de este conducen al médico a un falso diagnóstico o cuando imprudentemente incumple el tratamiento o no acata los cuidados o recomendaciones médicas pese a la advertencia expresa de los peligros y complicaciones que le podían sobrevenir.

Cuando esas conductas producen incidencia en el perjuicio o por lo menos contribuyen con la falta médica a la producción del daño. Pueden en el primer evento exonerar la responsabilidad del médico y de ser parcial dar una concurrencia de culpas.

Un ejemplo lo encontramos en la jurisprudencia donde el Consejo de Estado en la Sentencia del 30 de Julio de 1992 exime parcialmente a la administración puesto que *“el comportamiento omisivo de Gustavo Eduardo Ramírez Morales repercutió en la agravación de su enfermedad, permitió el proceso infeccioso y, consecencialmente facilitó las dificultades para adelantar el tratamiento de cirugía a que se sometió y que culminó con la parálisis facial del lado derecho. En tales condiciones, estima la Sala que hubo culpa parcial de la víctima en el resultado dañoso que lo afectó, culpa que calculada en un 20%, implica a su vez atenuar la responsabilidad del ente demandado y la correspondiente condena en el mismo porcentaje”*.<sup>81</sup>

Es claro para la jurisprudencia y la doctrina que el fundamento de la falla del servicio es siempre el incumplimiento de una obligación a cargo del Estado, debido a tres presupuestos básicos: El hecho dañoso que sea constitutivo de la falta del servicio, el daño antijurídico y el nexo causal entre ese hecho y ese daño.

Precisamente, dentro de las causales de exoneración se pretende desvirtuar casi de manera general, el nexo causal entre el daño sufrido por el accionante y la acción del ente hospitalario o del médico al servicio del Estado. Esta desvirtua-

81 Colombia. Consejo de Estado, 30 de julio de 1992, Exp. 6897, C.P. Dr. Daniel Suárez Hernández, Actor: Gustavo Eduardo Ramírez y otro, Demandado: ISS.

ción es crucial, llegando inclusive a exonerar aun cuando el daño haya ocurrido en frente del personal médico y en sus propias instalaciones. Tal es el caso de Gerardo Forero contra el Hospital Departamental de Villavicencio, en el que se logró probar que la muerte de uno de sus gemelos se produjo a causa de “*insuficiencia respiratoria*” debido a “*inmadurez pulmonar*” gracias al descuido de la madre al no atender a los controles y no por descuido del personal médico. En efecto, gracias a peritaje del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses -Regional Oriente - se advirtió que: “*...todos los embarazos gemelares (múltiples) son considerados de alto riesgo por las complicaciones que pueden presentar tanto para la madre como para los fetos de los cuales una, precisamente es la prematuridad como el caso específico en referencia, cuando el médico encuentra falta de coincidencia entre la edad gestacional y la altura uterina (33 semanas y 32 cms respectivamente en este caso) debe solicitarse ecografía obstétrica, pero ésta es solamente diagnóstica y prevé mejor atención del parto pero en ningún momento es condición sine qua non para que el parto llegue a feliz término por lo expresado inicialmente...*” (fl. 159). Por lo anterior, el Consejo de Estado consideró que otro hubiera sido el desarrollo de los hechos, si la madre de la víctima desde el inicio de su embarazo se hubiere preocupado por tal situación y de la misma manera se hubiera sometido a un control prenatal como lo indica la mínima prudencia de una materna, y hubiera exigido a los médicos los exámenes ginecológicos propios a su situación, para que ellos pudieran atender el parto tomando las medidas que requería dicha situación; de esta manera la Sala revocó la decisión del Tribunal Administrativo del Meta por haber encontrado a todas luces la causal de exoneración por culpa exclusiva de la víctima.

Así en el caso de existir culpa por acción u omisión de la víctima, quedaría desvirtuado el primer presupuesto de la falla del servicio. Sin embargo no basta que el centro hospitalario haya probado culpa exclusiva de la víctima, porque si el paciente sufre de alguna patología que le nubla el juicio, se encuentre bajo el efecto de algún tipo de medicamento o anestésico, o simplemente se pueda hacer daño por incidencia de sus acciones, el Centro hospitalario deberá aplicar especial cuidado en la vigilancia de éste. Así ocurrió en el caso de JAIME MONCADA MARÍN, quien pese a haber obtenido la atención adecuada para el tratamiento de su dolencia, no fue cuidado adecuadamente, en el caso, La Sala estuvo de acuerdo con la declaración de responsabilidad del ISS por la lesión del Accionante y la indemnización por perjuicios morales en cuantía equivalente en pesos a 600 gramos de oro fino. Sin embargo, consideró la existencia de perjuicios materiales y morales dentro del caso, ya que: “*(...) Está acreditado que el actor se encontraba hos-*

*pitalizado en el seguro social, para un tratamiento de una lesión de la columna cervical, cuando sufrió una crisis convulsiva que ocasionó su caída del lecho de enfermo al suelo, a cuya consecuencia recibió una “luxofractura cerrada a nivel del hombro derecho”, generadora de los perjuicios materiales y morales sufridos por el demandante. La lesión padecida por el actor, si bien no fue probada directamente en su ocurrencia, es factible deducirla de las distintas informaciones procesales. Hubo pues, una falla en el servicio por parte de la entidad demandada, al permitir por descuido y negligencia que el paciente cayera de su cama y se lesionara su hombro derecho. El usuario ingresó al servicio sin la fractura y al salir lo hizo disminuido físicamente por razón de la lesión de su hombro, sin que en su causación se hubiera presentado alguna causal eximente de responsabilidad”. De acuerdo a testimonios de varios médicos, las convulsiones del paciente eran de fácil ocurrencia, y que pudo evitarse cualquier daño por medio de la colocación de barandas en la cama y vigilancia constante, acción omitida por el Accionado.<sup>82</sup>*

La culpa concurrente hace relación a la reducción de responsabilidad del Estado, por tratarse de un hecho inadecuado cuya causalidad no reviste gravedad. Tiene fundamento en el art. 2357 del Código Civil.

Siempre que queramos hablar de culpa exclusiva de la víctima como eximente de responsabilidad, la culpa, la participación de la víctima debe ser total, si es solamente parcial, ya no podemos hablar de exclusión de responsabilidad sino de responsabilidad compartida.

### **Hecho Determinante y Exclusivo de un Tercero**

Otra especie de causa extraña que exonera de responsabilidad Administrativa para los casos médicos hospitalarios, es el daño ocasionado durante la intervención médica pero causado exclusivamente por el hecho de un tercero, al romperse el nexo causal de la conducta atribuible. Es de agregar que el hecho debe ser impredecible e irresistible, que quede excluida la negligencia.

El tercero que ocasionó el daño debe ser individualizado, identificado y debe ser causa exclusiva del daño, no debe existir ninguna dependencia de ese tercero con el ente público. Como lo pregunta Paillet<sup>83</sup> “¿Podrá la Administración escapar

82 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, 7 de mayo de 1993, C.P. Dr. Daniel Suárez Hernández, Exp. 7715, Jaime Moncada Marín v. Instituto de Seguros Sociales.

83 PAILLET, Michel. *La Responsabilidad Administrativa*. Traducción y Estudio Introdutorio Jesús María Carrillo Ballesteros. Editorial Universidad Externado de Colombia, 2001.



completa o parcialmente a su responsabilidad invocando la del tercero?”. Existen varias hipótesis:

Consiste a la Administración frente a la víctima responder solo frente a la parte que fue directamente por sus actos u omisiones, y nunca por la totalidad.

Otra corriente ideológica expone que las reglas adoptadas dentro del marco de responsabilidad sin culpa no son las mismas, ya que la Administración no puede ver atenuada la responsabilidad, debe responder la víctima por el perjuicio integral aunque la entidad podrá devolverse contra el tercero para obtener la compensación.

Esta situación donde se exime a la administración por los actos de un tercero tal y como se ve la sentencia del 5 de junio de 1992 del Consejo de Estado que dice: *“que si se hubiera presentado una falla del servicio, ésta no es atribuible a la caja por cuanto no fue su personal quien practicó la intervención, sino el del Instituto mencionado, circunstancia que configuraría el hecho de un tercero y como tal, exoneraría a la Caja de responsabilidad”*.<sup>84</sup>

El hecho debe ser exclusivo y determinante, de lo contrario solo respondería de manera solidaria.

### **Fuerza Mayor**

En la actualidad el Consejo de Estado manifiesta que lo único que exonera es la fuerza mayor y no el caso fortuito, por cuanto, lo que otorga responsabilidad es la omisión de la Administración. Cuando la Administración crea el riesgo debe responder por el daño. Manifiesta que la fuerza mayor obedece a causas externas y el caso fortuito a una causa desconocida y no puede ser imputada a la falla del servicio del Estado.

En el Derecho Administrativo colombiano la fuerza mayor se ha definido tradicionalmente como un hecho exterior a las partes, el cual es a la vez imprevisible e irresistible.

Exterioridad

Imprevisibilidad

Irresistibilidad

---

84 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, 5 de junio de 1992, Exp. 6817, C. P. Daniel Suárez Hernández, María Marleny Mahecha v. de García. vs. Caja De Previsión Social de Bogotá e Instituto Nacional de Cancerología.

Al respecto se hace la salvedad de que no existe caso alguno en responsabilidad del Estado por la falla en la prestación del servicio médico hospitalario en la que haya prosperado la excepción de caso fortuito.<sup>85</sup>

Por lo tanto, pese a que ha sido invocada por las entidades oficiales en numerosas ocasiones, eventualmente no se ha logrado desvirtuar la evidente falla de cada uno de los casos en particular, por lo cual nos atrevemos a concluir, que esta excepción, aunque muchas veces invocada, nunca resulta viable en este tema.

A lo largo de este texto se constató que la responsabilidad del Estado incluye la concepción de la falla de la prestación del servicio del Estado, es un concepto jurídico que ha evolucionado conforme al génesis y maduración del Consejo de Estado de la República de Colombia. En este marco, se observó primariamente una férrea tradición civilista que poco a poco se fue transformando en el contexto de la Responsabilidad del Estado matizada por el ordenamiento constitucional de 1991, en particular su artículo 90, y la evolución que los consejeros estatales han impregnado por medio de su jurisprudencia.

#### BIBLIOGRAFÍA:

ARÉVALO REYES, Héctor Darío., Responsabilidad del Estado y sus Funcionarios, 2ª. Edición. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá – Colombia 2002.

Asamblea Nacional Constituyente. Informe – ponencia, 22 de abril de 1991. Ponente: Juan Carlos Ezquerro Portocarrero, Gaceta Constitucional Número 56.

BERMÚDEZ MUÑOZ, Martín. Responsabilidad de los jueces y del Estado, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá.

BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro., Derecho Administrativo Colombiano, Editora Jurídica de Colombia, Bogotá, 1994.

Código Civil Colombiano.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño). Madrid, Ed. Civitas S.A., 1995.

85 Colombia. Consejo de Estado – Sección Tercera, 8 de noviembre de 2001, Exp. 13.093, C.P.: Dr. Alier E. Hernández, Enríquez Omaira Martínez Martínez y otros v. Hospital Universitario Ramón González Valencia. Por ejemplo en el caso de María Teresa Cañas contra el ISS, el accionado argumentó caso fortuito por la falla de los equipos anestésicos, pero la Sala la consideró no procedente la excepción porque la debida diligencia y cuidado en el mantenimiento de los equipos incluye su mantenimiento. Así mismo en similar caso de Omaira Martínez, donde fallece su hija por la ausencia de aparatos necesarios para practicar una resucitación cardíaca, el Hospital Universitario Ramón González Valencia argumentó la existencia de caso fortuito por falta de fondos para la adquisición de los equipos necesarios. Al respecto consideró el Consejo de Estado, que la no procedía la causal de exoneración por ser deber del centro hospitalario la prestación del servicio médico con los equipos necesarios para prestar el servicio ofrecido.

GIRALDO ÁNGEL, Jaime, GIRALDO L., Oswaldo, Metodología y Técnica de la Investigación, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1998.

GOLDENBERG, Isidoro. La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil. Editorial Astrea, Buenos Aires 1984.

HENAO, Juan Carlos., El Daño, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2001.

HINESTROSA, Fernando (traductor y comentarista), EL DAÑO MORAL, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1962.

Instituto Colombiano De Derecho Procesal XXI Congreso Colombiano de Derecho Procesal – Ponencia de Martín Bermúdez Muñoz, La Noción de la Carga de la Prueba y el Régimen de la Falla Presunta en la Responsabilidad de las Entidades Públicas Prestadoras de los Servicios Médicos, Cartagena de Indias, Septiembre del año 2000.

LÓPEZ MORALES, Jairo., Responsabilidad Patrimonial Del Estado, Evolución de la Jurisprudencia Colombiana. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá – Colombia Tomo I de 2002 y Tomo II de 1997.

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto, Responsabilidad Civil Extracontractual, Décima Edición, Santafé de Bogotá, Editorial Temis, 1998.

PAILLET, Michel. La Responsabilidad Administrativa. Traducción y Estudio Introductorio Jesús María Carrillo Ballesteros. Editorial Universidad Externado de Colombia. Santafé de Bogotá 2001.

PARRA QUIJANO, Jairo. Tratado De La Prueba Judicial – Prueba Pericial. Tomo V. Segunda Edición, Ediciones Librería del Profesional, Santafé de Bogotá, 1996.

-----, Manual de Derecho Probatorio. Sexta edición. Ediciones Librería del Profesional, Santafé de Bogotá 1.996 Pág. 57.

REYES ALVARADO, Yesid. La Imputación Objetiva. Editorial Temis, Santafé de Bogotá 1996.

SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2003.

SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo., Nuevos Conceptos de Responsabilidad Medica. . Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá – Colombia 2001.

SOUSSE, Marcel. La notion de réparation de Dommages en Droit Administratif Français, Paris, L.G.D.J., 1994.

TAMAYO JARAMILLO, Javier, De la Responsabilidad Civil, Tomo II – “De los perjuicios y su indemnización”, Bogotá, Editorial Temis, 1986.

-----, Sobre la Prueba de la Culpa Médica, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín-Colombia, 2001.

**JURISPRUDENCIA:**

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de Julio 30 de 1992, C.P. Dr. Daniel Suárez Hernández, Exp. 6897, Gustavo Eduardo Ramírez y Adiel Ocampo Rivera.

Consejo de Estado, Sala Plena De Lo Contencioso Administrativo, sentencia de 27 de marzo de 1990, M.P.: Dr. Guillermo Chahín Lizcano., expediente S-021, Esther Bodmer vda. de Garavito.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de agosto 5 de 1998, exp. ij-001.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 14 de diciembre de 1993, C.P.: *Dr. Daniel Suárez Hernández*, Exp No. 8423, Martín Bernardo Tangarife Velásquez.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 15 de septiembre de 1993, C.P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 8 de noviembre de 2001, Exp. 13.093, C.P. *Dr. Alier E. Hernández*, Enríquez Omaira Martínez Martínez y otros vs. Hospital Universitario Ramón González Valencia.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 27 de marzo de 1987, Exp. 13006, C.P. Dr. María Elena Giraldo Gómez, Actor: Jorge Eduardo Polanco Rodríguez y Otros, Demandado: Caprecom y Nación (Ministerio de Comunicaciones).

Consejo de Estado, Sección Tercera, marzo 27 de 1987. Actor: Reynel Gómez G. Demandado: ISS. Exp.: 3671, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

Consejo de Estado, Sección Tercera, abril 3 de 1997. Actor: Bernardo Patiño Jaramillo. Demandado: ISS. Exp.: 9467. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

Consejo de Estado, Sala Plena, Diciembre 11 de 1992, C.P. *Dr. Julio César Uribe Acosta*, Exp. 7416, Henry Villegas Giraldo, y otros V. Instituto De Seguros Sociales – ISS – Seccional Antioquia.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 4 de julio de 1997, C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque, María Luisa Valenzuela, Exp. No. 110182.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 24 de octubre de 1990, C.P. Dr. Gustavo de Greiff Restrepo, Exp. 5902, María Helena Ayala de Pulido v. ISS.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 5 de junio 1992, C.P. *Daniel Suárez Hernández.*, Expediente No. 6817, María Marleny Mahecha v. de García. V. Caja de Previsión Social de Bogotá e Instituto Nacional de Cancerología.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 25 de septiembre de 1997, C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque, Exp. 10421, Edelmira Cano.

Consejo de Estado, Sección Tercera, mayo 25 de 2000, exp. 12550, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Consejo de Estado, Sección Tercera, mayo 6 de 1993, exp. 7428, C.P. Dr. Julio Cesar Uribe Acosta, actor: John Jairo Meneses.

Consejo de Estado, Sección Tercera. 2 de marzo de 2000, expediente 11.250, C.P. Ricardo Hoyos Duque; 13 de abril de 2000, exp. 13342, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sección Tercera, fallo de 17 de julio de 1992, sentencia de 13 de septiembre de 1999, exp. 15504 C.P.: Dr. Alier Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sección Tercera, *sentencia de* 10 de junio de 1993, C.P. Dr. Julio César Uribe Acosta, Exp. 8248, Lourdes Rubiela Girón Martínez.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 14 de diciembre de 1993, C.P. Dr. Daniel Suárez Hernández, Exp. 8423, Martin Bernardo Tangarife Velásquez.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia acumulada de septiembre 06 de 2001, Exps. 13232 – 15646, C.P. Alier Hernández Enríquez, Actores: Belén González y otros - William Alberto González y otra.

Consejo de Estado, Sección Tercera., 5 de junio de 1992, C.P. Dr. Daniel Suárez Hernández, Exp. 6817, María Marleny Mahecha v. de García. Vs. Caja de Previsión Social de Bogotá e Instituto Nacional de Cancerología.

Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Alier E. Hernández Enríquez, 21 de febrero de 2002, Exp. 12.422, Nelson Hugo Tapia Sequeda y otros.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Octubre 11 de 1990, Exp. 5737, C.P. Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de julio de 1992, Exp. 6897, C.P. Dr. Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de diciembre de 1992, Exp. 7130; actora Lidia Rosas de Noguera; C.P. Dr. Julio César Uribe Acosta.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 31 de octubre de 1991, Exp. 1059, C.P. Dr. Julio César Uribe Acosta.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 31 de octubre de 1991, Exp. 6515, C.P. Dr. Julio César Uribe Acosta.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de febrero de 1993, Exp. 7742, Actor: Rodrigo Rivera Coronel; C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

Consejo de Estado, Sección Tercera, C. P. Ricardo Hoyos Duque, 3 de mayo de 1999, Exp. 11.169, Vicente Segundo Sierra Pérez vs. Instituto Nacional de Cancerología.

Consejo de Estado, Sección Tercera, C. P. Jesús María Carrillo Ballesteros, 3 de mayo de 1999, Exp. 11943, Fernando Sosa Nañez y Otros vs. MINSALUD, Departamento De

Risaralda, Servicio Seccional de Salud, Hospital Universitario San Jorge, Universidad Tecnológica de Pereira.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 22 de marzo de 2001, C. P. Dr. Ricardo Hoyos Duque, Exp. 13284, Jesús Alberto Rodríguez López y Otra vs. Hospital San Juan de Dios de Armenia y otro.

Consejo de Estado, Sección Tercera. 10 de febrero de 2000, Exp. 11878, C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Josué Reinaldo Durán Serrano y Otros vs. Hospital Universitario Ramón González Valencia y Universidad Industrial de Santander - UIS.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 29 de Septiembre de 1983, C.P. Eduardo Suescún, Exp. 2867, Actor Martha Claudia Higuera de Zamudio.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de octubre 7 de 1991, C.P. Doctor Carlos Betancur Jaramillo, Expediente 6367, Fabio Buriticá Valencia y Otros v. Instituto de Seguros Sociales.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 11 de noviembre de 1999. Actor: Roosevelt Caidedo González y Otros. Demandado: Hospital San Vicente de Palmira. Exp.: 12165. Ponente: Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de marzo 16 de 1989, C.P. (¿?), Expediente 3.931.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Diciembre 14 de 1987, Exp. 4804 C.P.: Dr. Antonio Irisarri Restrepo.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Febrero 21 de 1997. Exp. 10083 C.P.: Dr. Carlos Betancourt Jaramillo.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Noviembre 12 de 1992. Exp. 7404 C.P.: Dr. Julio Cesar Uribe Acosta.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de Agosto 24 de 1992, C.P. Dr. Carlos Betancur, Exp. 6754, Henry Enrique Saltafán Muñoz V. Instituto Colombiano De Seguros Sociales – Seccional Atlántico.

Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia de Diciembre 11 de 1992, C.P. Dr. *Julio César Uribe Acosta*, Exp. 7416, Henry Villegas Giraldo, y otros C. Instituto de Seguros Sociales – ISS – Seccional Antioquia.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de febrero 14 de 1992, Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo, exp. 6477, actor: Mariana Barazutti Chiapolino.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de Junio 13 de 1997, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, exp. 12499.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de octubre 2 de 1997, C.P. Daniel Suárez Hernández, exp. 11652.

Constitución Política de Colombia de 1991.

Corte Constitucional, sentencia no. T-406 de 1993, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 21 de julio de 1922, Gaceta Judicial No. 1515 de 1922.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 04 de abril de 1968, M.P. Dr. Fernando Hinestrosa, Gaceta Judicial CXXIV.

Tribunal Supremo Español, Sala Segunda, sentencia de 15 de noviembre de 1990.

# RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LAS ACTIVIDADES DE LA CONSTRUCCIÓN

Oscar Marín Martínez

## CONTENIDO:

Resumen

Introducción

Antecedentes y marco de referencia Roma, Francia y España

Reflexiones acerca del contrato de confección para una obra material

Naturaleza de la responsabilidad por defectos en la construcción

Conclusiones

Bibliografía

783

## RESUMEN

Hace más de nueve mil años, proyectar y ejecutar obras es una de las principales actividades humanas, satisfaciendo, de esta manera, sus diversas necesidades<sup>1</sup> y, en esta evolución, a través de obras públicas o privadas, se ha marcado significativamente el desarrollo de los pueblos, introduciendo y ejecutando obras más complejas, colosales y diseñadas para soportar mayores cargas, así como el rigor del tiempo y los cambios climáticos.

Gracias a estas exigencias estructurales y a la necesidad de proteger el orden público, los intereses colectivos y la participación de quienes contratan e invierten sus intereses, resulta menester establecer la obligación y la capacidad de las personas que intervienen en las actividades de la construcción, asegurando así la tranquilidad de quienes financian, compran, usan o poseen cualquier tipo de edificación.

---

1    PODETTI, Humberto, Contrato de Construcción, Editorial Astrea. Buenos Aires, 2004, Pág. 1.



Esta reflexión está orientada a determinar la responsabilidad de las personas que tienen participación en los distintos procesos y actividades constructivas a la luz de la legislación colombiana, comparada con la experiencia española en donde se dio práctica solución a las normas sobre la construcción, problemática y vacío legal que ahora se está presentado en Colombia.

## INTRODUCCIÓN

Las construcciones y las obras, en todas sus manifestaciones, son el reflejo del desarrollo y cultura de cualquier sociedad y, por su diseño, naturaleza y envergadura se convierten en factor determinante de progreso, detonan la economía y generan importante volumen de empleos, bien sea que el Estado actúe de manera directa, ahora muy poco usual, o que la actividad la desplieguen los particulares, pero en todo caso, ambos requieren de la misma materia y el concurso de personal calificado en todas sus profesiones y oficios.

El contrato de obra o de construcción, es uno de los contratos con mayor ocurrencia<sup>2</sup> y, en el mismo orden, ostenta un carácter particular por su especialidad, pues en él concurren distintos actores necesarios para llevar a cabo la realización de un determinado proyecto cualquiera que sea su envergadura, desde que se imagina, se plasma, se ejecuta, se vende, ocupa o utiliza.

La arquitectura y la ingeniería, tan antiguas como la misma necesidad del hombre por construir y mantener en perfecto estado su infraestructura, durante su evolución ha sufrido grandes transformaciones, ha debido enfrentar todo tipo de obstáculos, de los cuales, contrario al desenlace trágico, la actividad se fortalece con el descubrimiento de nuevas tecnologías e innovadoras propuestas económicas.

Por principio general, se ha mantenido el criterio de que el constructor desarrolla una actividad peligrosa y, en consecuencia, es responsable de manera objetiva por los daños que causa, aunque esto tiene todas las contemplaciones posibles al momento de su estudio y análisis, de igual manera caben todas posibilidades para su exoneración, *verbi gratia*, el hecho fortuito,<sup>3</sup> además de las estipuladas por la culpa de la víctima y el hecho de un tercero.

2 TAMAYO JARAMILLO, Javier, Tratado de la Responsabilidad Civil, Editorial Legis, Bogotá, 2007, Tomo 1, Pág. 529.

3 RUBIO SAN ROMÁN, José Ignacio, La Responsabilidad Civil en la Construcción, Editorial Colex, Madrid, 1987, Pág. 25 y ss.

La actividad constructora aunque avanza con la tecnología y se acompaña del maquinismo, la electrónica, la computación y la medición satelital para lograr un ejercicio preciso y muy cerca de lo perfecto, todavía no logra la eliminación total de los riesgos, sobre todo cuando debe cargar con la estigmatización de “*actividad peligrosa o riesgo azaroso*” en virtud de las fuerzas mecánicas que se despliegan y que ostensiblemente superan la del hombre.

No obstante el desarrollo inusitado de las actividades constructivas, la doctrina colombiana se ha comportado de manera pasiva frente a estos nuevos retos, su análisis ha sido demasiado tímido, aun siendo posible estructurar una institución adecuada, contractual o extracontractual, hasta convertirse en uno de los temas más arduos dentro del derecho de daños.<sup>4</sup>

De manera concreta, en la legislación colombiana la materia es regulada en el Código Civil, Capítulo VIII, “*De los contratos para la confección de una obra material*”, pero al mismo tiempo, es necesario atender lo citado por la regulación de la compraventa y del arrendamiento,<sup>5</sup> así como algunas normas sobre diseño, construcción y supervisión de las edificaciones nuevas.<sup>6</sup>

El tratamiento legal era semejante en España, no obstante evolucionó jurídicamente y se atrevió suplir las deficiencias contenidas en el Código Civil, el cual se prestaba para diversas interpretaciones, que en muchas ocasiones, so pretexto de adaptar la letra de la ley a las nuevas circunstancias, sin uniformidad en sus criterios, llegó mucho más lejos.<sup>7</sup>

Hecho semejante se presenta ahora con en el Código Civil colombiano, de avance contrario a la exigencia de la actividad constructora, el cual enfrenta a constructores, vendedores, intermediarios y consumidores, obligando a que se propongan ingeniosas fórmulas de arreglo, apegadas, gracias al vacío legal, a los tribunales especializados o técnicos o, lo que es peor, a que se imponga la voluntad del más fuerte.

En una primera y ligera mirada a la jurisprudencia nacional sobre el tema, su estudio y desarrollo se ha dado de manera particular en materia de cumplimiento, encontrando en este evento la gran mayoría de las controversias y, solo en

4 SANTOS BALLESTEROS, Jorge, “Instituciones de Responsabilidad Civil” Tomo I, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2006, Pág.

5 BOHÓRQUEZ ORDUZ, Antonio, De los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, 2005, Pág. 502.

6 Ley 400 de 1997

7 LÓPEZ RICHART, Julián, Responsabilidad Personal e Individualizada y Responsabilidad Solidaria en la Ley de Ordenación de la Edificación, Editorial Dikinson, 2003, Pág. 15.

menor escala, escenas de discusión sobre la ruina, la impericia profesional, la culpa y, el dolo, entre otros, bien distinto a lo ocurrido en España, donde la jurisprudencia se ha desarrollado considerablemente en todas las líneas y abarcando las diferentes áreas de la actividad constructora.<sup>8</sup>

## ANTECEDENTES Y MARCO DE REFERENCIA ROMA, FRANCIA y ESPAÑA

Es posible afirmar que dentro del Derecho Privado Romano no hubo una figura que regulara las consecuencias jurídicas de la ruina de un edificio, atribuible a culpa del constructor o director de la obra – *conductor* – frente al que le encomendó la construcción o dirección de la misma – *dominus operis* –<sup>9</sup>. La doctrina española, mayoritariamente, considera que la responsabilidad regulada por el artículo 1591 del Código Civil Español,<sup>10</sup> tiene su origen en el Derecho Romano,<sup>11</sup> pues, como se puede observar en el siguiente texto, se encuentran antecedentes del Artículo 1591 del Código Civil Español en el *Codex Theodosianus*:

*“Omnes, quibus vel cura mandata fuerit operum publicorum vel pecunia ad extractionem solito more decreta, usque ad annos quindecim ab opere perfecto cum suis heredibus teneantur obnoxii, ita ut, si quid vitii in aedificatione intra praestitutum tempus provenierit, de eorum patrimonio, exceptis tamen his casibus qui sunt fortuiti, reformetur”*.<sup>12</sup>

Se concluye, entonces, de la norma citada del *Codex Theodosianus*, contenida en el Derecho Público Romano, que la responsabilidad de los curadores de las obras públicas alcanzaba hasta sus herederos y, comprende, no solo el supuesto de ruina, sino cualquier vicio en la edificación, sin embargo, exclusivamente se fundamenta en la culpa, ya que se excluye el caso fortuito, con el propósito de obtener, en caso de daño, la reparación *in natura*.<sup>13</sup>

8 LÓPEZ RICHART, Julián. Ob. Cit. Pág. 17 y ss.

9 RUBIO SAN ROMÁN, José Ignacio. Ob. Cit. Pág. 25.

10 España. Artículo 1591 C.C. Español. El contratista de un edificio que se arruina por vicios de la construcción, responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviere lugar dentro de diez años, contados desde que concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiere, si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección.

Si la causa fuere la falta del contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años.

11 ARNAU MOYA, Federico, Los Vicios de la Construcción, Editorial TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2004, Pág. 17.

12 Imperatoris Theodosii Codex, Liber Quintus Decimus, 1.24.

13 RUBIO SAN ROMÁN. Ob. Cit. Pág. 28.

Francia inspirada en la historia romanista, mediante su jurisprudencia, incorporó al Artículo 1.792 del *Code Civil*,<sup>14</sup> la responsabilidad de los contratistas y arquitectos, tomada y admitida de manera general por el derecho español, recogiendo en la redacción de la Ley de las Siete Partidas,<sup>15</sup> conservando su sentido *iuspublicista*,<sup>16</sup> aunque también se da cuenta de otra referencia en la Ley XVI, Título VIII, Partida V, en la cual se advierte la responsabilidad del constructor de obras a destajo que por codicia las realiza con calidad inferior. Anota que si la obra falla antes de su conclusión, el constructor tendrá que rehacerla o, en consecuencia, devolver el valor correspondiente a los daños y perjuicios a quien la ordenó. Respecto de los daños sufridos con esta ocasión no existe plazo de garantía y se responde por ruina y por vicios en la construcción.<sup>17</sup>

Hoy, en el mismo orden, el Código Civil francés indica *“que el propietario de un edificio es responsable del daño causado por su ruina, tanto si esta es debida a falta de reparaciones como a vicios en su construcción”*,<sup>18</sup> favoreciendo así los derechos de la víctima al presumir la culpa del propietario, trasladando a este, sencillamente, la obligación de responder de manera objetiva, no obstante el desarrollo de la jurisprudencia francesa del Artículo 1.384.1 instituyó el principio general de responsabilidad por el hecho de las cosas el cual se aplicó, tanto a cosas muebles como inmuebles, de tal forma que quien ostente la guarda de la cosa responda por los daños causados en virtud de su condición.<sup>19</sup>

En España, la discusión doctrinaria se ha dividido entre quienes consideran que la responsabilidad derivada de la actividad constructora corresponde al régimen subjetivo y entre quienes piensan que el régimen es objetivo, no obstante

14 Francia. Code Civil, Art. 1.792, Todo constructor de una obra es responsable de pleno derecho ante el propietario o quien adquirió la obra, de los daños, incluso resultantes de un vicio del suelo, que comprometan la solidez de la obra o que, afectándola en uno de sus elementos constitutivos o uno de sus elementos de equipamiento, la hagan impropia para su destino. Esta responsabilidad no tendrá lugar si el constructor prueba que los daños provienen de una causa ajena.

15 Las siete partidas (Partidas) es un conjunto de normas redactado en Castilla durante el reinado de Alfonso X (1252-1284), con el objeto de conseguir cierta uniformidad jurídica de su Reino.

16 ARNAU MOYA, Federico. Ob. Cit. Pág. 18.

17 GARCÍA CANTERO, Gabriel, La responsabilidad por Ruina de los Edificios Ex Art. 1591 del Código Civil, ADC, 1963, Pág. 1053 y ss.

18 Francia. Art. 1386: «Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction »

19 FEMENIA LÓPEZ, Pedro J., “Responsabilidad Extracontractual por Ruina de Edificios”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, Pág. 33 y ss.

el criterio dominante es el que la califica como *presunción de culpa*,<sup>20</sup> de todas maneras, es necesario examinar el tipo de responsabilidad, bien sea contractual o extracontractual, para su graduación, elemento, que en este orden de ideas.

## REFLEXIONES ACERCA DEL CONTRATO DE CONFECCIÓN PARA UNA OBRA MATERIAL

Respecto a la denominación que hace el Código Civil Colombiano en el Capítulo VIII para referirse a los contratos para la confección de una obra material, esta corresponde a una designación genérica y que puede ser utilizada, como bien lo advierte, para cualquier obra material, v. gr. una pintura, un cuadro artístico, una escultura, una pieza en madera o metal, es decir, no hay distinción para la fabricación o elaboración de cualquier bien material, lo que se presta para diversas interpretaciones y exégesis.

En la búsqueda de un concepto actual para definir el contrato de arrendamiento de obra, se ha llegado a denominar como de “*arrendamiento de industria*”,<sup>21</sup> concepto que acogió el Código Civil Suizo y que prefirió designarlo como “*contrato de empresa*”, que a su vez también se ha definido como aquel, al que una persona llamada empresario o contratista se obliga a ejecutar una obra en beneficio de otra, denominada capitalista o propietario, quien se obliga a pagar por ella un precio cierto.<sup>22</sup>

La denominación “*contrato de empresa*” que también hace el Código Civil francés para contextualizar el contrato de construcción es equívoca,<sup>23</sup> pues a juicio de Wayar, citado por Podetti, este nombre abarca la totalidad de los contratos comerciales, ya que finalmente todos los contratos son de empresa, de tal suerte que dicha calificación resulta inadecuada a la luz de la importancia que reviste en la actualidad la contratación de cualquier obra civil, mayor o menor.

En el mismo sentido se considera obsoleto la *denominación de contrato de arrendamiento de obra*, lo que ha motivado un intento de la doctrina y la jurisprudencia española para separarlo del mismo arrendamiento, nombrándolo, a su parecer, de manera más correcta, como *contrato de ejecución de obra*.<sup>24</sup>

20 *Ibidem.*, Pág. 33 y ss.

21 RUBIO SAN ROMÁN, José Ignacio. *Ob. Cit.* Pág. 45

22 *Ibidem.*, Pág. 45

23 PODETTI, Humberto. *Ob. Cit.* Pág. 43

24 RUBIO SAN ROMÁN, José Ignacio. *Ob. Cit.* Pág. 55 y ss.

Colombia al adoptar el Código Civil redactado por don *Andrés Bello* no introdujo ningún tipo de modificación respecto “*de los contratos para la confección de una obra material*”, contrario a lo que hizo Ecuador, valga la pena resaltarlo, que lo llamó “*contrato de construcción*”,<sup>25</sup> definición acertada para un sector de la economía de gran envergadura y desarrollo, que requiere, como su propia ejecución, la mayor claridad y precisión posibles.

De todas formas, con lo que se tiene hoy, el contrato de obra o de construcción o de empresa, conforme sea denominado por los distintos códigos civiles, es el elemento fundamental en el cual debe quedar plasmada la buena fe y, de manera equilibrada, los intereses, la intención y la voluntad de las partes, así como la estipulación detallada de los conceptos, cantidades y precios, de tal manera que se vea calcada la obra.

En fin, por contrato de obra, en sentido amplio, como lo define *Ludwing Ennekerus*, citado por *Santos Ballesteros*, es aquel mediante el cual “*se obliga una de las partes (el empresario) a producir un resultado de trabajo (obra) y la otra parte (el comitente) a pagar una remuneración*”,<sup>26</sup> se trata pues, en un engranaje perfecto, de un acto jurídico entre dos partes para la realización de una obra material determinada a cambio de una remuneración, pero a su vez, sin ningún tipo de subordinación o dependencia del contratista frente al comitente.

Ahora bien, el Contrato de Construcción es una modalidad del contrato de obra, o también llamado de empresa, en el cual se establece la construcción de edificios<sup>27</sup> u obras de cualquier envergadura con carácter de durabilidad y adheridos al suelo.

El contrato para la confección de una obra material se enmarca en el Código Civil colombiano en los Artículos 2053 a 2062 en los cuales se define la naturaleza, la determinación del precio, la indemnización por incumplimiento, los efectos de la pérdida de la materia, el reconocimiento de la obra, los efectos de la ejecución imperfecta, la ejecución a precio único y su terminación.

El contrato de obra, de acuerdo a su naturaleza, puede entenderse como de arrendamiento o de venta, diferenciándose por la forma del suministro de los materiales, de tal manera que si el artífice (contratista) suministra los materiales el contrato es de venta, pero si la materia principal es suministrada por el comi-

25 Ecuador. Código Civil de Ecuador. Artículo '09548'20954 d

26 SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Ob. Cit. Pág. 359.

27 Diccionario de la Real Academia de la Lengua: Edificio: Construcción fija hecha con materiales resistentes, para habitación humana o para otros usos.

tente (el que ha ordenado la obra), el contrato es de arrendamiento, el cual está sometido a las reglas generales del contrato de arrendamiento.

Esta división y terminología es propia de la mayoría de las legislaciones que siguieron al Código Civil francés y a los pandectistas alemanes, quienes a su vez, lo heredaron del derecho romano, que reunieron bajo el género *locatio* el alquiler de las cosas (*locatio conductio rerum* o locación de cosas) y, para el aprovechamiento del servicio de los hombres (*locados*), aunque fuera de manera temporal, (*locatio conductio operarum* o locación de servicios), o bien la promesa para la realización de una obra bajo la supervisión y responsabilidad del *locador* (*locatio conductio operis* o locación de obra).<sup>28</sup>

El Artículo 1973 del Código Civil define el contrato de arrendamiento como aquel, en el que las dos partes se obligan recíprocamente, una a conceder el goce de una cosa, o a “ejecutar una obra” o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, “obra” o servicio un precio determinado, además es bilateral, oneroso, consensual, conmutativo y de ejecución sucesiva.

Como lo señala Aparicio, citado por Podetti, “*las legislaciones más modernas se apartan de este sistema tradicional y han desgajado la rama de la locación de la obra, del tronco común al que estuvo secularmente unida, para erigirla en un contrato autónomo y regularla como tal*”.<sup>29</sup> De acuerdo a esto es posible apreciar que el contrato de obra determinado en el Código Civil colombiano está constituido por elementos vagos y vacíos enormes con total abandono a la actualización de la regulación, incluso, alejado de los grandes avances de la ingeniería.

De aquí, que ante tales falencias y baches jurídicos, sea necesario atender convenciones internacionales, como los principios de *UNIDROIT* que rigen los contratos internacionales y, a los cuales, en ascenso, los distintos empresarios y comerciantes del ramo de la construcción se están acogiendo para la elaboración de sus contratos, especialmente, cuando se trata de cruzar las fronteras, pues de esta manera, sin duda alguna, se unifican los diversos criterios.

El contrato de obra no está individualizado ni regulado por el ordenamiento civil o mercantil colombiano, no obstante se realiza de manera reiterada por el conglomerado social, incluso con función plenamente identificable y apegado a la regulación existente<sup>30</sup> para los contratos de arrendamiento o de venta, con-

28 PODETTI, Humberto. Ob. Cit. Pág. 41.

29 PODETTI, Humberto. Ob. Cit. Pág. 42.

30 ARRUBLA, Jaime, Contratos Mercantiles, Tomo II, Editorial Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 2004, Pág.

textualizándose así como un contrato atípico en el cual quedan plasmados las obligaciones de las partes.

Sobre el contrato de arrendamiento, se entiende que este es de servicios y, se divide en dos especies clásicas: *la locatio operarum* de los romanos que tiene por objeto el trabajo humano en sí mismo, sin tener en cuenta el resultado final que se produzca en la obra y la retribución se hace normalmente por unidades de tiempo y, una segunda especie determinada como de obra, *locatio operis*, en el cual se compromete el resultado sin consideración del trabajo que lo produce y la retribución consiste en precio alzado.<sup>31</sup>

Visto de otra manera, es posible mencionar que *la locatio operarum*, de acuerdo a la distinción que se hace, es la que actualmente se denomina como *Obligaciones de Medio*, mientras que *la locatio operis* corresponde a las *Obligaciones de Resultado*, prescritas en el Artículo 5.4 de los Principios de UNIDROIT para los contratos internacionales.<sup>32</sup>

Aun esta división, por la naturaleza de este contrato, *prima facie*, es considerado como de resultado o determinadas,<sup>33</sup> sin embargo, de acuerdo a lo consagrado en el Código Civil,<sup>34</sup> el deudor estaría frente a una obligación de medios en cuanto a la conservación de la materia que le fue entregada para la confección de la obra,<sup>35</sup> situación que dificulta la configuración del contrato, sobre todo porque, ni los mismos intervinientes tienen claro cómo se están obligando.

Corresponde pues, el análisis detallado y riguroso del objeto de la construcción, toda vez que son varios los contratos y relaciones que se generan en la realización de una obra, como entre el propietario y el contratista, entre este y los sub-contratistas, entre estos y sus dependientes, así como los demás participantes del proyecto, topógrafos, ingenieros, geólogos, calculistas, diseñadores, arquitectos, técnicos, maestros, oficiales, obreros y proveedores, entre otros.

Así pues, es posible deducir que el contrato de arrendamiento de obra es aquel por el cual una persona, pone a disposición de otra su actividad, a título oneroso, prometiendo la realización de una obra o, en caso de que no sea una

---

28.

31 RUBIO SAN ROMÁN, José Ignacio. Ob. Cit. Pág. 44.

32 Artículo 5.4. UNIDROIT. Obligaciones de Resultado y Obligaciones de Medio.

33 HINESTROSA, Fernando. Ob. Cit. P. 236.

34 Colombia. Código Civil, Artículo 2057

35 TAMAYO JARAMILLO, Javier, Tratado de la Responsabilidad Civil, Editorial Legis, Bogotá, 2007, Tomo 1, Pág. 530.



manifestación material, la realización de un resultado,<sup>36</sup> o dicho de otra forma, es “*la necesidad que tiene el hombre de servirse de otros teniendo en cuenta su propia limitación humana*”.<sup>37</sup>

El contrato de arrendamiento de obra se diferencia de otros contratos, como el de servicios, con el cual hay gran semejanza, en la relación de subordinación del deudor del trabajo con el acreedor, mientras en el primero la empresa o contratista corre con todos los riesgos de manera autónoma, en el segundo los riesgos son asumidos por el acreedor teniendo en cuenta que el deudor no tiene capacidad para asumir dicha responsabilidad.

En la segunda modalidad, sobre el contrato de venta,<sup>38</sup> en el cual se puede enmarcar también el contrato para la confección de una obra, es necesario hacer varias reflexiones y consideraciones respecto de lo definido en la Ley, pues como en el de arrendamiento, aquí también hay deficiencias y vacíos que impiden la confección de un contrato perfectamente claro, en el cual, quedan espacios para la interpretación subjetiva, sobre todo, cuando la relación se da entre consumidor y constructor.

Valga resaltar que el punto de partida para determinar el tipo de contrato es la identificación del tipo de labor negocial concreto que se va a realizar,<sup>39</sup> pues, como ya se advirtió, de la clara voluntad e intención de las partes, de las especificaciones del objeto y el tiempo de ejecución o entrega, depende la realidad contractual, pues si se pacta la entrega de la obra en determinado tiempo sin tener en cuenta el trabajo de una de las partes, el contrato será de venta, pero si por el contrario, una de las partes aceptó la ejecución de la obra sobre la base de un diseño, además de tener en cuenta el trabajo de uno de los intervinientes, entonces el contrato será de arrendamiento de obra.<sup>40</sup>

Del contexto jurídico actual se desprende una serie de inconvenientes y quejas para la elaboración de contratos para las actividades de la construcción, pues su confección se debe realizar con préstamos que hay que hacer al contrato de arrendamiento, de arrendamiento de servicios, del mandato y, de compraventa, entre otros, de tal suerte redacte sin abuso del convenio, atendiendo los requisitos regulares del derecho, las obligaciones y los efectos que produce entre las

36 RUBIO SAN ROMÁN. Ob. Cit. Pág. 42.

37 GARCÍA CANTERO, Gabriel. Ob. Cit. 1963, Pág. 1053.

38 Diccionario de la Real Academia de la Lengua: Contrato en virtud del cual se transfiere a dominio ajeno una cosa propia por el precio pactado.

39 ARRUBLA, Jaime. Ob. Cit. Pág. 23.

40 RUBIO SAN ROMÁN, José Ignacio. Ob. Cit. Pág. 44.

partes contratantes,<sup>41</sup> siendo el problema mayor, la calificación inadecuadamente del tipo con el objeto de sustraerse de determinados efectos jurídicos en detrimento de una de las partes.<sup>42</sup>

Esta situación ambigua ya ha sido superada en España<sup>43</sup> con la promulgación de la Ley de Ordenación de la Edificación, la cual, tuvo como objeto reglamentar en un texto unitario distintos aspectos de la actividad edificatoria que hasta su momento era insuficiente o carecía de regulación, aportando un marco normativo al sector de la edificación garantizando y definiendo con esto los derechos y obligaciones de todas las partes intervinientes.<sup>44</sup>

La transformación en España con la Ley de Ordenación en la Edificación fue total y, aunque tuvo como propósito regular los aspectos esenciales de un sector de la economía, alcanzó desde la terminología en general hasta la doctrina y el resultado de la jurisprudencia, de tal suerte que en principio se le llamó arrendamiento de obra, arrendamiento de industria, contrato de empresa, contrato de obra y, ahora más correctamente quizá, contrato de ejecución de obra.<sup>45</sup>

## **NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD POR DEFECTOS EN LA CONSTRUCCIÓN**

La responsabilidad es la obligación que tienen las personas de asumir las consecuencias de los actos que realizan, o de las omisiones, que causan daño a otro, de tal manera, que en virtud del daño causado, están llamados a reparar el detrimento causado de manera integral.<sup>46</sup>

En renglones anteriores se había advertido que en el derecho privado no había norma que estableciera la responsabilidad de los artífices después de la entrega y aprobación de las obras, solo en el ámbito del derecho público se contemplaba tal obligación,<sup>47</sup> pero con el tiempo la doctrina se ha encargado de elaborar varios

41 *Ibidem*. Pág. 57

42 ARRUBLA, Jaime. Ob. Cit. Pág. 24

43 España. Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación.

44 ÁLVAREZ OLALLA, Pilar, La Responsabilidad por Defectos en la Edificación, Editorial ARANZADI S.A., Navarra, 2002, Pág. 13.

45 DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, Sistema de Derecho Civil, Vol. II, P 332 y ss.

46 Colombia. Artículo 16 de la Ley 446 de 1998. Valoración de 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.

47 Código de Teodosio, (Libro 15, 1.24), expresado de la siguiente manera "todos aquellos, a quienes el cuidado de las obras públicas fuere encomendado o el dinero fuere destinado del modo acostumbrado

fundamentos para determinar las obligaciones del constructor, como la cláusula decenal, considerada teniendo en cuenta a) *el interés general*, b) *la naturaleza misma de los edificios* y, c) *el deber profesional de quienes intervienen en la obra*.<sup>48</sup>

La cuestión es de interés general, pues la comunidad exige y requiere que las construcciones tengan una duración prolongada y estén construidas con apego a la reglas técnicas de la *lex artis*, ya que por la naturaleza misma de los edificios, se entiende que los vicios o defectos solo aparecen en el tiempo y no de manera inmediata, situación que motiva el deber de cuidado y profesional de quienes intervienen en la obra, pues estos son responsables en virtud de su oficio y conocimiento.

De manera general la doctrina sostiene que el empresario o constructor, una vez terminada la obra, debe responder por un tiempo determinado de los vicios o defectos de la obra, es decir, el empresario es responsable por la durabilidad y utilidad de la obra construida, aunque la haya entregado, situación que no lo libera, al menos en determinado tiempo, de la obligación de responder por los perjuicios, que por su culpa, pueda causar.<sup>49</sup>

El numeral tercero del Artículo 2060 del Código Civil determina que el constructor deberá responder por diez años por los vicios de la construcción o por vicio del suelo, siempre y cuando el empresario o sus dependientes hayan debido conocer en razón de su oficio.

Respecto de los materiales que suministra el empresario o constructor, este será responsable teniendo en cuenta que fue el adquiriente y que tuvo la oportunidad, nuevamente en razón de su oficio, del control y de la verificación de la calidad de los elementos constructivos.

La responsabilidad del constructor tiene un carácter excepcional tras la recepción de la obra, solo en caso de ruina del edificio,<sup>50</sup> no queda liberado de su responsabilidad porque el adquiriente o consumidor es una persona que no tiene los conocimientos necesarios para determinar el estado de la construcción que recibe, enmarcándose además en los motivos de orden público, los cuales, exigen de los especialistas y constructores respeto por las reglas de la pericia y la *lex artis*, pues se entiende que los vicios en la construcción van más allá del posible

---

para la construcción, dentro de los quince años están obligados con los herederos en la obra perpetua, a tal punto que si algo defectuoso llegare a darse dentro del tiempo establecido, se reforme con el patrimonio de ellos, exceptuados sin embargo los casos fortuitos”.

48 ARNAU MOYA, Federico. Ob. Cit. Pág. 21 y ss.

49 ÁLVAREZ OLALLA, Pilar. Ob. Cit. Pág. 31.

50 *Ibidem*. Pág. 32.

perjuicio derivado de un incumplimiento contractual “*inter partes*” pues afectan la seguridad del público en general.<sup>51</sup>

Agregado a los supuestos mencionados, el constructor no queda relevado de su responsabilidad, aunque quien reciba la obra tenga todos los conocimientos en virtud de su oficio o profesión, de tal manera que se mantendrá la contingencia de la responsabilidad respecto de terceros, aunque la obra le haya sido recepcionada con pleno conocimiento de vicios o defectos.

## CONCLUSIONES

Se ha concluido que en el Derecho Público Romano la responsabilidad era de los curadores de las obras públicas y que esta alcanzaba hasta sus herederos, la cual comprendía el supuesto de ruina y el vicio en la edificación, de la cual solo se podía excluir el caso fortuito.

Francia y España siguieron la teoría romanista e introdujeron la tesis en sus ordenamientos conservando su sentido *iuspublicista*, teoría que trascendió hasta el Código Civil colombiano en el cual se hace la misma advertencia de responsabilidad por ruina por vicios en la construcción.

Ahora bien, los contratos para la confección de una obra material están enmarcados en el Código Civil como de arrendamiento o de venta, solo diferenciándose por la forma del suministro de los materiales, distinción pobre para las necesidades de la actividad constructora.

Dados los avances y evolución de la industria de la construcción se requiere que Colombia supere este híbrido como bien lo hizo España con la promulgación de la Ley de Ordenación de la Edificación, la cual tuvo como objetivo fundamental, reglamentar y unificar los distintos criterios.

Solo hay claridad en las confusiones para la elaboración de los contratos de obras civiles al no tener naturaleza y fundamentos propios, ya que se requiere, por analogía, la aplicación de otras establecidas para el arrendamiento y la compraventa.

Igualmente sucede en la forma de establecer la responsabilidad de los artífices o constructores, pues las normas existentes tampoco son claras y, de ninguna manera, se está protegiendo a las víctimas, compradores o poseedores de las obras, pues no se está garantizado que, por lo menos durante diez años, se obli-

51 ÁLVAREZ OLALLA, Pilar. Ob. Cit. Pág. 33 y ss.

que al constructor a mantenerse en el mercado o, en su defecto, otorgar pólizas que respalden sus obras.

Se trata de un tema de interés general pues es necesario que las construcciones tengan una duración prolongada y estén construidas con apego a la reglas técnicas y a leyes de la *lex artis*, pues se entiende que los vicios o defectos en las edificaciones solo aparecen en el tiempo.

## BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ OLALLA, Pilar, “La Responsabilidad por Defectos en la Construcción”, Editorial ARANZADI, Navarra, 2002.

ARNAU MOYA, Federico, “Los Vicios de la Construcción” Su régimen en el Código Civil y en la Ley de Ordenación de la Edificación, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto, “Contratos Mercantiles” Tomo II, Editorial Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 2004.

BARRIENTOS, Diana, *Responsabilidad Civil en el Sector de la Construcción*, en Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, No. 3, Julio de 1997, Medellín, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

BENAVIDES, José, “El Contrato Estatal Entre el Derecho Público y el Derecho Privado”, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

BOHÓRQUEZ, Antonio, “De los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano”, Volumen 3, Editorial DOCTRINA Y LEY LTDA., Bogotá, 2005.

BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro, “Los Principales Contratos Mercantiles y su Paralelo con los Comerciales”, Editorial Librería del Profesional, Bogotá, 2000.

DEL CASTILLO, Luis, “Manual del Contrato de Obra Privada, Materias Afines”, Editorial JURÍDICA RADAR, Bogotá, 2000.

FEMENIA LÓPEZ, Pedro J., “Responsabilidad Extracontractual por Ruina de Edificios”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

FRADES DE LA FUENTE, Eva, “La Responsabilidad Profesional Frente a Terceros por Consejos Negligentes”, Editorial Dykinson, Madrid, 1999.

GHERSI, Carlos A., ROSELLO, Gabriela, HISE, Mónica, “Derecho y Reparación de Daños”, Editorial UNIVERSIDAD, Buenos Aires, 1998.

GÓMEZ, Miguel, “Responsabilidad del Promotor por Daños en la Edificación”, Editorial DYKINSON, Madrid, 2004.

HINESTROSA, Fernando, “Tratado de las Obligaciones”, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

JUSTINIANO, “El Grande”, “Instituciones de Justiniano”, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1998.

LE TOURNEAU, Philippe, “La Responsabilidad Civil », Editorial Legis, Bogotá, 2004.

LÓPEZ RICHART, Julián, “Responsabilidad del Promotor por Daños en la Personal e Individualizada y Responsabilidad Solidaria en la Ley de Ordenación de la Edificación”, Editorial Dykinson, Madrid, 2003.

LÓPEZ, Hernán, “Contrato de Seguro”, Ed. Dupre Editores, Bogotá, 1999.

MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, “La Responsabilidad por Riesgos en la Construcción”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.

PODETTI, Humberto, “Contrato de Construcción” Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2004.

SANTOS BALLESTEROS, Jorge, “Instituciones de Responsabilidad Civil” Tomo I, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2006.

TAMAYO JARAMILLO, Javier, “Tratado de Responsabilidad Civil”, Editorial Legis, Bogotá, 2007.

VALLEJO, Felipe, La Responsabilidad Profesional en la Construcción de Obras, La Responsabilidad Profesional y Patrimonial y el Seguro de la Responsabilidad Civil, en Memorias del XXIV Encuentro Nacional de Acoldece, Página 51 a 73, Editorial Guadalupe Ltda., Bogotá, 2005.



# DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD PARCIAL DEL ARTÍCULO 108 DE LA LEY 906 DE 2004

**Manuel Antonio Echavarría Quiroz**

## **CONTENIDO:**

Señalamiento de la norma acusada como inconstitucional y su transcripción literal de la publicación oficial

Señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas

Razones por las cuales dichos textos se estiman violados

Razón por la cual la honorable Corte Constitucional es competente para conocer de la demanda.

En el desarrollo del derecho Colombiano, ha resultado controversial la vinculación de las Entidades Aseguradoras dentro del Proceso Penal; es así que puede resaltarse antes del actual Código de Procedimiento Penal, en vigencia de la Ley 600 de 2000, la discusión igual que hoy, si podía o no tenerse a las Compañías de Seguros como parte pasiva o llamada en garantía como manifestación de la Acción Civil dentro del Proceso Penal; lo que generó diversas posiciones, unas a favor y otras en contra.<sup>1</sup>

---

1 - Sentencia del 16 de Diciembre de 1998, expedida por la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, radicado 10.589, M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote; en la cual se dijo que no podían ser llamadas en garantía la Aseguradoras en el Proceso Penal.

- Posición de diversos doctrinantes quienes conceptúan a favor de la vinculación dentro del Proceso Penal de las Compañías de Seguro, como el Profesor Gilberto Martínez Rave, Revista Responsabilidad Civil y del Estado Nro. 16 Pág. 193-205 / En igual sentido lo expone el Dr. Harold Aristizábal Marín, ibídem Nro. 9 Pág. 93-100 quien cita al Profesor Javier Tamayo Jaramillo (La indemnización de perjuicios en el Proceso Penal " Biblioteca Jurídica Diké, 1993



Actualmente existe debate sobre el mismo tema, debido a la regulación que trae el Código de Procedimiento Penal que nos rige, Ley 906 de 2004, quien en su artículo 108<sup>2</sup> regulo la participación de la Aseguradoras de forma explícita, manifestando que únicamente para efectos de la conciliación señalada en el artículo 103 del mismo Estatuto podrá citarse dicha Entidad.

No obstante la clara intención del legislador en pretender que la participación del Asegurador dentro del Proceso Penal se diera solamente dentro de una Audiencia de Conciliación; se han encontrado posiciones apoyando la vinculación de la Entidad Aseguradora, unos aceptando la vinculación que la victimas realicen en uso de la acción directa,<sup>3</sup> y otros defendiendo la atadura del Asegurador dentro del Proceso Penal pero mediante la figura del llamamiento en garantía por parte del tercero civilmente responsable.

Nuestros Jueces se encuentran igualmente divididos respecto el tema; el H. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, tiene disparidad en el mismo. Se conoce que una de las Salas de decisión penal que integran el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, acepta la vinculación del Asegurador, así lo expresó mediante Auto de segunda instancia, Rad. 05-001-60-00-206-2006-03064-01—6003064 (P2/042/2006)—, de mayo 30 de 2007, integrada por los Magistrados Javier Gonzalo Montoya Urrego, con adición de voto; Rubén Darío Pinilla Cogollo, ponente, y César Augusto Rengifo Cuello, donde se admitió la vinculación de la Entidad Aseguradora, inaplicando parcialmente el artículo 108 de Ley 906 de 2004 por estar contraria a la Constitución. Distintamente se sabe de pronunciamientos por parte de otras Salas de Decisión Penal de la misma corporación.<sup>4</sup>

2 Colombia. Artículo 108 ART. 108. —Citación del asegurador. Exclusivamente para efectos de la conciliación de que trata el artículo 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. (énfasis a voluntad).

3 Colombia. Acción directa, establecida en el artículo ART. 87 de Ley 45 de 1990 que reza:—Acción de los damnificados en el seguro de responsabilidad. El artículo 1133 del Código de Comercio, quedará así: “En el seguro de responsabilidad civil los damnificados tienen acción directa contra el asegurador. Para acreditar su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077, la víctima en ejercicio de la acción directa podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador”.

4 Colombia. Sala de decisión Penal del Honorable Tribunal de Medellín, radicado 05-001-60-00206-2006-80706 (2007-10025).

Ya la Honorable Corte Constitucional se ha manifestado indirectamente sobre el tema referido, declarando en diversas sentencias, sentencia C-425, C417, C-717 de 2006 de la H. Corte C, que existe la posibilidad de llamar en garantía a la Entidad Aseguradora en aras de exigir el pago hasta el límite de la póliza, a que se vea obligado a responder según decisión del Juez.

Indicó la Honorable Corte en Sentencia C-425 de 2006:

*“En este orden de ideas, la Corte encuentra que (i) el tercero civilmente responsable en el sistema acusatorio no es una parte o interviniente, en los términos del título IV del libro I del Código de Procedimiento Penal sino que su actuación se limitará a participar, en igualdad de condiciones que la víctima, en el incidente de reparación integral al cual (ii) deberá ser citado, de conformidad con la ley, o acudirá al mismo en caso de buscarse una reparación de carácter económico; (iii) podrá llamar en garantía a un asegurador; y (iv) gozará de todas las garantías procesales, en especial aportar y controvertir pruebas, para desvirtuar la presunción legal según la cual los daños que ocasionaron las personas a su cuidado le son imputables por no haber ejercido adecuadamente un control y vigilancia sobre aquellos; rebatirá la existencia del daño causado, el monto el mismo, la calidad de víctima, e incluso, podrá llegar a una conciliación con la misma”. (Énfasis fuera de texto).*

Los detractores del anterior criterio, basan entre otras su raciocinio, en la falta de cosa juzgada constitucional de lo dicho por la H. Corte Constitucional ya que se piensa que solo lo es la decisión y la ratio decidendi de la decisión; la ratio decidendi es el fundamento inescindible de lo que decide la Corte C., En ese sentido son aquellas partes de la motivación que tienen nexo causal inescindible con la decisión o constituyen una condición sin la cual no se sostendría lo decidido o sería de otra manera, es en dicho sentido que lo que hace la Corte es crear una reglas de derecho que se incorporan al ordenamiento jurídico.

Se dice, ...” que la posibilidad de llamar al Asegurador no es un fundamento inescindible adoptado por la Honorable Corte Constitucional en las decisiones citadas, ya que la ratio decidendi que inspiró tal fallo es que la regulación de los artículo 103 y 107 del Código de Procedimiento Penal no violan el Derecho al Debido Proceso, ni el Derecho de Defensa del Tercero Civilmente Responsable, porque éste puede controvertir y pedir pruebas para discutir su responsabilidad y tiene distintas opciones de defensa; esa se constituye en la regla de derecho que establece la H. Corte.

Esas decisiones la Corte no se pronunció sobre el debido proceso y el derecho de defensa del asegurador. No parece entonces, que el sentido del derecho de defensa del tercero civilmente responsable, que es lo que define la Corte en esa decisión, incluya una carga

*para el asegurador cuyo derecho de defensa no se examinó en esa decisión sin verificar si ese derecho estaba previamente asegurado”.*

Pues bien, en beneficio de la comunidad jurídica, acudimos directamente ante la Honorable Corte Constitucional, a fin de solicitar el análisis de constitucionalidad parcial del artículo 108 de la Ley 906 de 2004, para que se adopte por parte de dicho Organismo una posición directa sobre el asunto de marras.

Presentamos a continuación la acción de inconstitucionalidad parcial del artículo citado:

**Honorable Corte Constitucional**

Bogotá D.C.

**Asunto- Acción de Inconstitucionalidad**

El suscrito, mayor vecino de la Ciudad de Medellín, identificado como aparece al pie de mi firma; muy respetuosamente presentamos acción de inconstitucionalidad de conformidad con el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política y el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991; de la siguiente forma:

802

## **1. SEÑALAMIENTO DE LA NORMA ACUSADA COMO INCONSTITUCIONAL Y SU TRANSCRIPCIÓN LITERAL DE LA PUBLICACIÓN OFICIAL**

Acusamos parcialmente el artículo 108 de la Ley 906 de 2004 en la expresión que se subraya continuación:

DIARIO OFICIAL 45.658

01/09/2004

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

LEY 906

31/08/2004

Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

(Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004)

DECRETA

TITULO PRELIMINAR

## PRINCIPIOS RECTORES Y GARANTÍAS PROCESALES

[ ... ]

ART. 108. —Citación del asegurador. **Exclusivamente para efectos de la conciliación de que trata el artículo 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. (Énfasis a voluntad)

[ ... ]

## 2. SEÑALAMIENTO DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES QUE SE CONSIDEREN INFRINGIDAS

La expresión subrayada y resaltada, vulnera los Artículos: 250 en sus numerales 6 y 7, 13 y 29 de la Constitución Política de Colombia, los cuales rezan: "

*Artículo 250: ...“En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación deberá:*

*(...)*

6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.

7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa".

*ART. 13.—Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

*El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.*

*El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.*

**ART. 29.** —*El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*

*En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.*

*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.*

*Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.*

### **3. RAZONES POR LAS CUALES DICHOS TEXTOS SE ESTIMAN VIOLADOS**

A continuación presentamos las razones de manera: clara, cierta, específica, pertinente y suficiente, de conformidad con la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional (Sentencia C-1052 de 2001, C-143 DE 1993, C-428 DE 1996, c-362 de 2001, c-504 de 1995, c-1544 de 2000, C-113 DE 2000, C-1516 DE 2000, C-1552 DE 2000, C-1048 DE 2000, C-509 DE 1996, C-011 DE 2001, C-568 DE 1995, C-447 DE 1997, entre otras)

#### **Violación del Artículo 250 de la Constitución política en sus numerales 6 y 7.**

El artículo 102 y siguientes de la Ley 906 de 2004, regula el incidente de reparación integral

El fin de dicho incidente es asegurar a la víctima la reparación integral de los perjuicios causados con el delito cometido. (Artículo 12 y 102 y ss. ibídem).

La víctima puede ejercitar dicho incidente en contra del declarado penalmente responsable (art. 103 ibídem) El tercero civilmente responsable (art. 107 ibídem) y el asegurador de la responsabilidad civil amparada (art. 108 ibídem)

El artículo 108 se entiende de la siguiente forma:

**Primero**, la ley fijó una mera facultad de citación a voluntad de “la víctima, el condenado, su defensor o el tercero civilmente responsable” de hacer comparecer al incidente a la compañía aseguradora.

**Segundo**, la ley igualmente consagró una mera facultad, que no obligación expresa, para la compañía aseguradora de asistir a la audiencia de conciliación. Obsérvese que la ley emplea el giro “tendrá la facultad de participar”, es decir, que no impuso una obligación vinculante.

**Tercero**, quiere decir lo dicho, que igualmente la compañía aseguradora tiene la facultad de ejercer un comportamiento diferente, esto es, de no participar en la audiencia de conciliación.

**Cuarto**, si la compañía aseguradora decide no acudir a la audiencia de conciliación ningún efecto desfavorable se le puede endilgar, pues las sanciones deben ser expresas, claras y ciertas, y la ley nada dijo sobre el particular, así que no es posible aplicar por analogía el artículo 101 del C. de P. Civil y tener su conducta como “*indicio grave*” en su contra (además porque es analogía desfavorable), así como tampoco se le puede imponer la sanción contemplada en el parágrafo del artículo 104 de la Ley 906 de 2004 en tanto ésta norma se refiere a la segunda audiencia de conciliación.

La expresión acusada como inconstitucional, consagra la facultad para citar al Asegurador únicamente para los efectos de la audiencia de conciliación consagrada en el artículo 103 de la Ley 906 de 2004.

La expresión acusada como inconstitucional se presenta entonces como obstáculo del derecho de reparación integral de las víctimas; ya que solo se podría citar exclusivamente al Asegurador para los solos efectos de la Audiencia de conciliación que trata el artículo 103 *ibídem*, vulnerándose los derechos de las víctimas al restablecimiento del derecho y la reparación integral de los afectados con el delito de conformidad con el artículo 250 de la Constitución Política en sus numerales 6 y 7, en concordancia con el artículo 93 de Nuestra Constitución donde se dice que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia; así se consagra en la Ley 742 de 2002 (Junio 5) “Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma”.

Si no se vincula al Proceso Penal la Aseguradora, con la cual el victimario o tercero civilmente responsable contrato una póliza de seguro en aras de precaver una eventual reparación de perjuicios; se constituye una flagrante omisión en la preservación del interés que tiene nuestra Constitución en preservar la reparación integral de las víctimas, debido a las precarias condiciones económicas del asegurado y victimario, quienes en un altísimo porcentaje carecen de las condiciones económicas necesarias para reparar al menos de forma económica los perjuicios a favor de las víctimas; hecho que no se presentaría de permitirse la vinculación de la Entidad Aseguradora quien a través de su posición financieramente sólida podría albergar en el límite de la póliza la obligación pactada con su Asegurado en pro de las víctimas.

La expresión acusada como inconstitucionalidad viola los derechos de las víctimas, al no permitirles acceder a una reparación integral y efectiva que protege el Constituyente.

El Acto Legislativo No. 03 de 2002 por el cual se reformó la Constitución Política para introducir un sistema de investigación y enjuiciamiento criminal de tendencia acusatoria, asignó a la Fiscalía General de la Nación unas específicas funciones en relación con las víctimas de los delitos. Así, en su artículo 2° que reformó el 250 de la Constitución estableció que, *“En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación deberá:*

(...)

6. *Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.*

7. *Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa”.*

A continuación traemos a colación importantes pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional mediante Sentencia C-454 de 2006, la cual fue corregida en alusión a la condición de un interviniente mediante auto 248 de 2006.

*De esta consagración constitucional de los derechos de las víctimas se derivan dos fundamentos constitucionales relevantes: (i) la especial consideración que el texto constitucional confiere a la protección de las víctimas, y (ii) la ampliación de las competencias que la*

*Constitución asigna a la Fiscalía en relación con las víctimas de los delitos, en materia de asistencia y de restablecimiento del derecho y reparación integral.*

43. *La explícita consagración constitucional de la víctima como sujeto que merece especial consideración en el conflicto penal, se deriva la profundización de las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho penal del Estado social de derecho, que promueve una concepción de la política criminal respetuosa de los derechos fundamentales de todos los sujetos e intervinientes en el proceso. Los intereses de la víctima, elevados a rango constitucional se erigen así en factor determinante de los fines del proceso penal que debe apuntar hacia el restablecimiento de la paz social.*

*Esta consagración constitucional de la víctima como elemento constitutivo del sistema penal, es así mismo coherente con los paradigmas de procuración de justicia provenientes del derecho internacional,<sup>5</sup> que han sido acogidos por la jurisprudencia de esta Corte tal como se dejó establecido en aparte anterior. La determinación de una posición procesal de la víctima en el proceso penal conforme a esos paradigmas, debe establecerse tomando como punto de partida un sistema de garantías fundado en el principio de la tutela judicial efectiva,<sup>6</sup> de amplio reconocimiento internacional,<sup>7</sup> y con evidente acogida constitucional a través de los artículos 229, 29 y 93 de la Carta. Este principio que se caracteriza por establecer un sistema de garantías de naturaleza bilateral. Ello implica que garantías como el acceso a la justicia (Art.229); la igualdad ante los tribunales (Art.13); la defensa en el proceso (Art.29); la imparcialidad e independencia de los tribunales;<sup>8</sup> la efectividad de los derechos (Arts. 2° y 228); sean predicables tanto del acusado como de la víctima. Esta bilateralidad, ha sido admitido por esta Corporación al señalar que el complejo del debido proceso, que involucra principio de legalidad, debido proceso en sentido estricto, derecho de defensa y sus garantías, y el juez natural, se predicán de igual manera respecto de las víctimas y perjudicados.*

*c. También ha indicado la jurisprudencia de esta Corte que el nuevo sistema no se puede catalogar como un modelo típicamente adversarial, en donde el juez funge como árbitro entre dos partes que se enfrentan en igualdad de condiciones. El juez cumple un papel activo de garante de los derechos del imputado o acusado y de las víctimas:*

5 Fundamentalmente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pero también del Derecho Internacional Humanitario y del emergente Derecho Penal Internacional.

6 El principio de la tutela judicial efectiva, encuentra ubicación constitucional en los artículos 229 y 29 de la Carta, sin perjuicio de su ampliación por la vía del artículo 93, que ha permitido el ingreso de las fuentes internacionales que consagran esta garantía.

7 Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

8 Artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.



d. El sistema procesal penal configurado por la Ley 906 de 2004 pone el acento en la garantía de los derechos fundamentales de quienes intervienen en el proceso (inculcado o víctima), con prescindencia de su designación de parte o sujeto procesal:

*Así las cosas, los fundamentos constitucionales de los derechos de las víctimas, así como los pronunciamientos que sobre la ley 906 de 2004 ha realizado la Corte, permiten afirmar que la víctima ocupa un papel protagónico en el proceso, que no depende del calificativo que se le atribuya (como parte o interviniente), en tanto que se trata de un proceso con sus propias especificidades, en el que los derechos de los sujetos que intervienen están predeterminados por los preceptos constitucionales, las fuentes internacionales acogidas por el orden interno y la jurisprudencia constitucional. El alcance de los derechos de las víctimas debe interpretarse dentro de este marco.*

Y es precisamente por conexidad que resulta igualmente vulnerado el artículo •ART. 93 de Nuestra Constitución donde se dice que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Así se consagra en la Ley 742 de 2002 (Junio 5) “Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)”.ART. 75.—Reparación a las víctimas.

1. La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. Sobre esta base, la Corte, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda.

2. La Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación. Cuando proceda, la Corte podrá ordenar que la indemnización otorgada a título de reparación se pague por conducto del fondo fiduciario previsto en el artículo 79.”

El artículo 93 de la C. P., que establece que los tratados internacionales ratificados por el Congreso, prevalecen en el orden interno, por cuanto de conformidad con la Ley 742 de 2002 que aprobó el Estatuto de Roma, en donde se incluye la Corte Penal Internacional, en él se incluyen como derechos de las víctimas, no solo el de la reparación, sino igualmente el de la verdad y la justicia

Nos obstante lo anterior hay quienes piensan (Sala de decisión Penal del Honorable Tribunal de Medellín, radicado 05-001-60-00206-2006-80706 (2007-10025)) “ que:

*“ Es cierto que con el advenimiento del sistema de la oralidad se ha reconceptualizado el papel de las víctimas en el proceso penal (C-454/2006, C-209 y 210 de 2007 y C-060/2008, entre otras), pero con el entendimiento que le da esta Sala al contenido del artículo 108 no se menguan en modo algunos sus prerrogativas o derechos.*

*En efecto, nada impide que la víctima o el tercero acudan en acción directa ante la jurisdicción civil contra la aseguradora para lograr el pago de la indemnización o el reembolso de lo pagado.*

*Esa demanda civil no está sujeta o condicionada a la existencia de sentencia de condena penal. Es decir, que la víctima o el tercero o el interesado pueden ejercer la acción directa ante la jurisdicción civil en contra de la aseguradora sin esperar la sentencia del proceso penal, con lo cual se evita la posible prescripción de la acción cuyo cómputo inicia desde la ocurrencia del hecho y así se interrumpe la prescripción. En el proceso civil se podrá solicitar la suspensión por prejudicialidad en los términos del artículo 170 del C. de P.C.*

...

*Así pues, la expresión “exclusivamente” se encuentra ajusta a la Carta Fundamental.”*

Replicamos manifestando que la Justicia Restaurativa, se aplica es en el Proceso Penal, no espera a que se de en otro tipo de Proceso. Ello impide que se cumpla con los fines y propósitos del Constituyente al pretender que la víctima se le restituya en otro proceso y no dentro del Sistema que de conformidad con la Carta Magna y los tratados Internacionales suscritos por Colombia vela por los derechos de reparación integral y resarcimiento de las víctimas.

No se respeta y acata los derechos protegidos por el Constituyente, al esperar que las víctimas sean reparadas no en el Proceso Penal, sino en el Proceso Civil, avocando al asegurado a otro tipo de proceso que es el Ordinario, el cual no es desconocido para ninguna persona, que dichos proceso hacen gala del aforismo popular que dice : “La vida útil de un Abogado son dos Procesos Ordinarios ” apotegma que resalta lo muy, pero muy demorado que son en su trámite dichos

proceso Ordinarios, en contraste con los beneficios que tenemos en el tiempo de las decisiones que se esperan dentro de los Incidentes de Reparación Integral.

Evidentemente al no permitir la vinculación de las Aseguradoras en el Proceso Penal dentro del incidente de reparación integral, se está cometiendo una grave denegación de justicia hacia las víctimas; al no permitirles obtener de conformidad con el Constituyente los derechos legítimamente consagrados a su favor.

Será que se respeta con dicho argumento la más autorizada doctrina y jurisprudencia internacional en derechos humanos, de la Honorable Corte Constitucional, quien ha construido una sólida y consistente jurisprudencia sobre el alcance constitucional de los derechos de las víctimas y perjudicados con las conductas punibles.

Se itera el pronunciamiento de la Honorable Corte Constitucional mediante Sentencia C--454 de 2006,

“ ...

*En aplicación de las facultades de interpretación que se derivan del artículo 93 de la Carta, en punto a la determinación del alcance de los derechos conforme a estándares internacionales, esta Corporación ha acogido los desarrollos que el derecho y la doctrina internacionales han efectuado en relación con los derechos de las víctimas en los delitos graves conforme al derecho internacional, haciendo extensivos sus principios y concepciones básicas, a las víctimas de los delitos en general. Así ha señalado que, “las víctimas de los delitos tienen un derecho a la verdad y a la justicia, que desborda el campo de la simple reparación, tal y como lo ha señalado con claridad la doctrina internacional en materia de derechos humanos, que es relevante para interpretar el alcance de los derechos constitucionales (CP art. 93). Por ello, los derechos de las víctimas trascienden el campo puramente patrimonial”.*<sup>9</sup>

*Esta reconceptualización de los derechos de las víctimas, a partir de la Constitución, se funda en varios principios y preceptos constitucionales: (i) En el mandato de que los derechos y deberes se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (Art. 93 CP); (ii) en el hecho de que el Constituyente hubiese otorgado rango constitucional, a los derechos de las víctimas (Art. 250 núm. 6 y 7 CP); (iii) en el deber de las autoridades en general, y las judiciales en particular, de propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de los bienes jurídicos (Art. 2° CP); (iv) en el principio de dignidad humana que promueve los derechos a saber qué ocurrió, y a que se haga justicia (Art.1° CP); (v) en el principio del Estado Social de Derecho que promueve la participación, de donde deviene*

9 Colombia. Cfr. Sentencia C- 228 de 2002.

*que la intervención de las víctimas en el proceso penal no puede reducirse exclusivamente a pretensiones de carácter pecuniario; (vi) y de manera preponderante del derecho de acceso a la administración de justicia, del cual se derivan garantías como la de contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de los derechos y las obligaciones, la resolución de las controversias planteadas ante los jueces dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, la adopción de decisiones con el pleno respeto del debido proceso, así como la existencia de un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias. ”*

Como apoyo se encuentran los siguientes pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional:

En la sentencia C-578 de 2002, revisión de la Ley 742 de 2002, “*por medio de la cual se crea el Estatuto de La Corte Penal Internacional*”, se destacan la efectividad de los derechos de las víctimas y el propósito de evitar la impunidad, como razones políticas para declarar la exequibilidad de la Ley

La sentencia C-775 de 2003 estudió la constitucionalidad del artículo 21 de la ley 600 de 2000 sobre restablecimiento del derecho. Reiterando la doctrina sobre la trilogía de derechos de que son titulares las víctimas: verdad, justicia y reparación, destacó su valor como bienes cardinales de una sociedad que persiga un orden justo, y la interdependencia que existe entre ellos, de manera que “*no es posible lograr la justicia sin la verdad. No es posible llegar a la reparación sin la justicia*”.

En la sentencia C- 899 de 2003 se efectuó el estudio de constitucionalidad sobre los artículos 38 (parcial), 42, 48 (parcial), 52 (parcial), 55, 57 (parcial) de la Ley 600 de 2000. En esta sentencia se destacó la relevancia de la explícita consagración del derecho de acceso a la administración de justicia (229) en la nueva conceptualización de los derechos de las víctimas, en particular de su derecho al proceso penal.

Es en entonces, reiteramos, en el Proceso Penal donde se debe velar por el restablecimiento del derecho de las víctimas, y no en otro tipo de proceso.

Igualmente se dice por unos, traemos a colación por lo pertinente del punto en discusión, apartes del auto de 27 de julio de 2006, Rad. 05 001 60 00 206 2006 00144, con ponencia del magistrado León Darío Botero Escobar, Magistrado del Honorable Tribunal Sala Penal de Medellín, donde se expresó:

*“Y es que, en verdad, por muy sugestiva que parezca la posibilidad de concentrar en un solo proceso la relación directa del responsable del delito con la colateral de la compañía transportadora y el dueño del vehículo y con la contractual entre los dos últimos y las dos compañías aseguradoras, la verdad es que hacerlo entrañaría una injerencia anómala del*

*juez penal en asuntos que son por completo ajenos a su competencia natural. Piénsese, por ejemplo, en las exclusiones que suelen incorporarse en las pólizas de seguros para la cobertura del riesgo, aspectos que son exclusivamente de contenido contractual entre el tomador del seguro y la compañía aseguradora y cuyo debate corresponde entonces a la órbita de definición de conflictos privados propia de la jurisdicción civil, por lo que, de incluirse a las aseguradoras dentro de la relación jurídica que se traba en el incidente de reparación del proceso penal, tendría el juez penal que distraer su función esencial para dedicarse a la definición previa de asuntos como el de la validez o no de determinada exclusión, pues sólo así podría al final imponer o no la condición de obligado solidario a la aseguradora de que se trate. Esa, sin duda, no puede ser la función que cumpla el juez penal, menos aún en un procedimiento oral y concentrado que se supone diseñado para dar agilidad y celeridad a los procedimientos, aparte de que obligar al juez penal a decidir ese tipo de asuntos marcharía en contra del principio de la especialidad que rige en materia de jurisdicción como garantía de acierto en las decisiones judiciales”.*

En la anterior motivación se puede sintetizar el argumento que se tiene para decir que lo tocante a cuestiones relativas al contrato de seguro son incidencias ajenas al Juez Penal, por lo cual debe remitirse dicho litigio a su Juez Natural.

Hoy en día no se tiene duda alguna sobre la importancia de los mecanismos procesales dispuestos para el resarcimiento de las víctimas, considerándose así como un instrumento de política criminal; así se tiene entendido del concepto de reparación integral que se maneja por consagración constitucional (artículo 250 numeral 6 y 7) legislación extranjera adoptada por nuestro Estado de conformidad con el artículo 93 ibídem ( Ley 742 de 2002 por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional).

Dentro de la discusión de la reforma constitución que fraguo la expedición del Nuevo Código de Procedimiento Penal, se expuso la posición de las víctimas, teniendo siempre presente la desaparición de la acción civil dentro del Proceso Penal como se le venía conociendo, albergándose finalmente que se debía dejar un mecanismo para hacer valer las pretensiones de las víctimas, siendo así que se reguló el incidente de reparación integral como medio idóneo y eficaz para la real reparación de las víctimas; el cual comienza una vez se emita el sentido del fallo que declarar la responsabilidad penal del acusado (artículo 102 C. de Procedimiento P.). Es así que solo una vez se conozca el fallo declarando la responsabilidad del acusado se podrá iniciar dicho incidente.

Véase entonces que las cuestiones no inherentes a lo penal, es decir incidencias relativas del contrato de seguro que benefician a la reparación de las vícti-

mas, se verían tocadas o conocidas por el Juez Penal después de haber puesto su atención exclusivamente en el juicio de responsabilidad penal que haya declarado; avance significativo que representa una celeridad y garantía en la reparación de las víctimas.

### **Violación del artículo 29 Debido proceso – Derecho de Defensa-**

Tercero civilmente responsable es según el “ART. 107. —Tercero civilmente responsable. Es la persona que según la ley civil deba responder por el daño causado por la conducta del condenado”.

Ya vimos que la expresión acusada como inconstitucional, consagra la facultad para citar al Asegurador únicamente para los efectos de la audiencia de conciliación consagrada en el artículo 103 de la Ley 906 de 2004.

De igual forma como anteriormente se advirtió, la expresión acusada se presenta como impedimento, ya que solo se podría citar exclusivamente al Asegurador para los solos efectos de la Audiencia de conciliación que trata el artículo 103 ibídem, vulnerándose los derechos que detenta el tercero civilmente responsable quien vería transgredido su derecho de defensa.

Dentro de un incidente de reparación integral que se dirija contra un tercero civilmente responsable, este tiene diferentes medios de defensa (sentencia C-425, C417, C-717 de 2006 de la H. Corte C.) dentro de los cuales existe la posibilidad de llamar en garantía a la Entidad Aseguradora en aras de exigir el pago hasta el límite de la póliza, a que se vea obligado a responder según decisión del Juez.

Dijo la Honorable Corte en Sentencia C-425 de 2006:

*“ En este orden de ideas, la Corte encuentra que (i) el tercero civilmente responsable en el sistema acusatorio no es una parte o interviniente, en los términos del título IV del libro I del Código de Procedimiento Penal sino que su actuación se limitará a participar, en igualdad de condiciones que la víctima, en el incidente de reparación integral al cual (ii) deberá ser citado, de conformidad con la ley, o acudirá al mismo en caso de buscarse una reparación de carácter económico; (iii) podrá llamar en garantía a un asegurador; y (iv) gozará de todas las garantías procesales, en especial aportar y controvertir pruebas, para desvirtuar la presunción legal según la cual los daños que ocasionaron las personas a su cuidado le son imputables por no haber ejercido adecuadamente un control y vigilancia sobre aquellos; rebatirá la existencia del daño causado, el monto el mismo, la calidad de víctima, e incluso, podrá llegar a una conciliación con la misma ”. (Énfasis fuera de texto)*

Resultaría entonces quebrantado el artículo 29 de Nuestra Constitución Política; al no respetarse el derecho de defensa incluido dentro del derecho fundamental al debido proceso en cabeza del tercero civilmente responsable vinculado por la víctima en el incidente de reparación integral, ya que no podría ejercer como opción de defensa de sus intereses, el realizar llamamiento en garantía a la Entidad Aseguradora que ampara el siniestro acaecido; para que responda hasta por el límite de la póliza en caso de considerarse obligado a responder por los perjuicios ocasionados a la víctima.

Se presenta un argumento en contra de quienes sostiene que no se infringe el derecho de defensa del tercero civilmente responsable por que este puede acceder a la administración de justicia para exigir el cumplimiento del clausulado establecido en la póliza de seguro; al respecto manifestamos:

Si se condena al tercero civilmente responsable dentro del incidente de reparación integral a cancelar perjuicios a favor de la víctima, las sumas de dinero que deberá que disponer para cancelar dichos perjuicios tendrían que salir de su peculio, y de no tenerlo, de algún modo debe adquirirlo, porque de lo contrario se ve expuesto hacer demandado ejecutivamente con el perjuicio adicional de cancelar dineros superiores a los fijados dentro del incidente de reparación integral, con el riesgo de perder bienes por medidas cautelares que se le impongan dentro de un Proceso Ejecutivo.

Resulta muy claro entonces, que los dineros que deba cancelar por orden de la decisión adoptada dentro del incidente de reparación integral, puedan sufragarse por parte de la Entidad Aseguradora con la cual contrata el riesgo de responsabilidad que ampara el hecho sancionado penalmente.

Es así, que de una condena inicial, que se puede incrementar por no cancelarse de parte del tercero civilmente responsable, lo cual es muy viable en nuestro medio ya que dicho tercero no posee fácilmente las sumas de dinero a que son condenadas por pago de perjuicios, razón por la cual adquirió un seguro, y se justifica el pretenderlo hacer valer. Dicho incremento y perjuicios por concepto de posibles medidas previas que se den en un proceso ejecutivo; no podría exigirlos a su Segurador, quien tendrá que rembolsar a su Asegurado el valor a que fue condenado hasta el límite de la póliza contratada. Perdiendo entonces el tercero civilmente responsable los demás dineros y perjuicios que tuvo que cancelar por haber sido demandado ejecutivamente.

Hay que agregar los perjuicios que le causan al tercero civilmente responsable, el hecho de intentar recuperar los valores del contrato de seguro, por medio de un Proceso que en la mayoría de los casos serían Ordinarios, ya que se presentan dos opciones, Proceso Ordinario o Ejecutivo, este último lo podría iniciar el asegurado según el artículo 1053 del Código de Comercio:

“ La póliza prestará mérito ejecutivo contra el asegurador por sí sola, en los siguientes casos:

3) Transcurrido un mes contado a partir del día en el cual el asegurado o el beneficiario quien lo represente, entregue al asegurador la reclamación aparejada de los comprobantes que, según las condiciones de la correspondiente póliza sean indispensables para acreditar los requisitos de la artículo 1077, sin que dicha reclamación sea objetada de manera seria y fundada... ” (énfasis fuera de texto).

Es muy poco probable que proceda entonces un juicio ejecutivo, ya que las Entidades Aseguradoras lo más seguro, como lo hacen actualmente, dentro del mes siguiente a la reclamación presentan objeciones argumentándolas indebidamente, precaviendo así un proceso ejecutivo, por lo cual avocan al asegurado a otro tipo de proceso que es el Ordinario, el cual no es desconocido para ninguna persona, como lo dijimos anteriormente, que dichos procesos hacen gala del aforismo popular que dice : “ La vida útil de un Abogado son dos Procesos Ordinarios ” apotegma que resalta lo muy, pero muy demorado que son en su trámite dichos procesos Ordinarios, en contraste con los beneficios que tenemos en el tiempo de las decisiones que se esperan dentro de los Incidentes de Reparación Integral.

Se presenta entonces el cuestionamiento de si se infringe el derecho de defensa del tercero civilmente responsable al no poder ejercer el llamamiento en garantía para que la Aseguradora responda hasta el límite de la póliza por los dineros a que sea condenado dentro del incidente de reparación integral; sabiendo que el tercero tiene la posibilidad de reclamar a su Segurador en otro escenario (justicia civil, ordinario o tal vez ejecutivo) Creemos firmemente que si se vulnera su derecho de defensa, por los argumentos expuestos anteriormente, donde se puede observar la inminente posibilidad de mayores perjuicios que tendría que soportar el tercero civilmente responsable si no se acepta la vinculación de la Aseguradora a través del llamamiento en garantía.



**Violación del Artículo 13 la Constitución derecho de igualdad:**

El artículo 108 de la Ley 906 de 2004, estable un trato diferente para el asegurador, un trato diferente al que se le da a los terceros civilmente responsable; todo trato diferente tiene que tener una justificación objetiva y razonable, se debe observar si dicho trato tiene justificación seria, objetiva, y razonable.

Limitar la vinculación del asegurador dentro del incidente de reparación integral, puede tener dos justificaciones o sentidos:

Nos permitimos citar los argumentos adoptados por una de las Salas Penales del Honorable Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal, Auto de segunda instancia, Rad. 05-001-60-00-206-2006-03064-01 —6003064 (P2/042/2006) —, de mayo 30 de 2007, integrada por los magistrados Javier Gonzalo Montoya Urrego, con adición de voto; Rubén Darío Pinilla Cogollo, ponente, y César Augusto Rengifo Cuello, donde se admitió la vinculación de la Entidad Aseguradora, inaplicando parcialmente el artículo 108 de Ley 906 de 2004 por estar contraria a la Constitución, al decir entre otras cosas:

Que el tercero civilmente responsable tiene una relación de derecho sustancial con la víctima por ser según la ley civil responsable por los hechos de terceras personas, mientras que el asegurador tiene una relación por virtud del contrato suscrito.

Que con el ánimo de depurar el proceso penal de otros incidentes u otras incidencias distintas las propiamente penales, el legislador quiso limitar la intervención de diferentes partes o intervinientes con el fin de garantizar el acierto en las decisiones judiciales en respeto al principio de especialidad que rige en materia de jurisdicción.

En cuanto a la primera diferencia, la misma no se encuentra relevante, ya que el tercero civilmente responsable tiene el deber de reparar el daño por una disposición legal que lo obliga a indemnizar, y el Asegurador tan bien tiene una obligación de indemnizar que se deriva de un contrato, el cual según el artículo 1606 del Código Civil, el contrato es ley para las partes, y constituye también una norma jurídica, por ende si el contrato es norma jurídica no es relevante la diferencia de que la responsabilidad de uno provenga del texto de la ley impersonal y abstracta y la responsabilidad del otro provenga de una ley particular como lo es el contrato, en ambos casos hay obligación de indemnizar y ese fundamento de la diferencia no es relevante ni justificable.

Que el deber de indemnización provenga de la ley o provenga de un contrato, no es una diferencia relevante que justifique un trato diferente; menos puede ser

una diferencia relevante si conforme al Código de Comercio y particularmente el artículo 1133 C.co., la víctima en materia civil puede acudir y demandar directamente al asegurador para la indemnización del daño. No tiene sentido alguno que en materia penal entonces, se excluya al asegurador o a la compañía aseguradora de la discusión de la reparación integral.

### **Respecto el segundo punto:**

La ley 906 de 2004, consagra el incidente de reparación integral, permitiendo discutir la responsabilidad del tercero civilmente responsable. No se ve diferencia por qué entonces no se pueda discutir en ese incidente la responsabilidad de la aseguradora. El fin legítimo que se persigue con esa depuración o con esa norma, es asegurar o hacer efectivos los derechos de las víctimas, garantizar la efectividad de la indemnización de la víctima; si ese es el fin que se persigue con la depuración del Proceso penal para no hacerlo engorroso; sustraer de ese procedimiento a la Compañía Aseguradora, o en otros términos al asegurador, es un trato que no se amolda a ese fin perseguido por la Constitución y la ley (artículo 11 y 26 de la Ley 906 de 2004). En otros términos, sustraer al asegurador es un medio inadecuado e innecesario para concebir ese fin legítimo; por el contrario, es un medio que atenta contra el fin legítimo que persigue la Constitución y la Ley, por ende el tratamiento diferente que se le da al asegurador no tiene justificación objetiva y razonable; por ende ese tratamiento diferente es inconstitucional porque es contraria a la Constitución ( artículo 13, 29 y 250 #6 y 7), porque constituye un trato discriminatorio a favor del asegurador y en contra de la víctima y del tercero civilmente responsable.

Además debe recordarse que la especialidad de cada Juez de la Republica, no raya con el necesario conocimiento de otro tipo de normas aplicables rigurosamente en la función que desarrolla. Es así que dentro de la interpretación que se hace de la Ley penal, concretamente de los tipos penales, existen normas de reenvío, y así se encuentra autorizado por la norma rectora consagrada en el artículo 25 C.P.P., que integra todo el ordenamiento, entonces tendrá el Juez Penal que conocer aquellas normas que atañen delitos tributarios, o de carácter económico, etc., agregando la competencia como Juez de Tutela, que atañe a derechos fundamentales no vistos como dentro de la especialidad del Juez Penal; razón por la cual no es excusa valida el pretender desconocer las normas comerciales que regulan el contrato de seguro para evitar vincular a la Entidad

Aseguradora, en detrimento del derecho de reparación integral de las víctimas, y de defensa del Tercero Civilmente Responsable.

#### **4. RAZÓN POR LA CUAL LA HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL ES COMPETENTE PARA CONOCER DE LA DEMANDA**

De conformidad con el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política, la Honorable Corte Constitucional es competente para conocer de esta demanda

“ 241. —A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

...

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”.

MANUEL ANTONIO ECHAVARRÍA QUIROZ.

# LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Diego Fernando García Vásquez<sup>1</sup>

## CONTENIDO:

La responsabilidad contractual en derecho privado

La responsabilidad contractual del Estado

## I. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN DERECHO PRIVADO

### 1. Concepto

La responsabilidad civil contractual es la obligación de resarcir los daños que una persona le genera a otra por el incumplimiento de obligaciones concretas que existan entre ambas. Las obligaciones incumplidas pueden originarse en cualquiera de las fuentes de obligaciones que reconoce la ley.<sup>2</sup>

Esta definición es acogida por buena parte de los autores<sup>3</sup> y por la Corte Suprema de Justicia, en jurisprudencia<sup>4</sup> ciertamente minoritaria. Hay otra buena parte de la doctrina que define la responsabilidad contractual como la obligación de resarcir los daños inferidos por el incumplimiento de obligaciones contrac-

---

1 Abogado de la Universidad de la Sabana, especialista en Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana y en Derecho Financiero y Bursátil de la Universidad Externado de Colombia. Abogado litigante y consultor en responsabilidad civil y contratación privada, socio de la firma García & Hernández Abogados Ltda. y miembro del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado.

2 Colombia. El artículo 1494 del Código Civil enlista como fuentes de las obligaciones los contratos, convenciones, las declaraciones unilaterales de voluntad, los hechos ilícitos y la ley.

3 SANTOS BALLESTEROS, Jorge. *Instituciones de responsabilidad civil* T.II, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2004, p.190; OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*, Temis, Bogotá, 1998, pp. 85 y 86; URIBE HOLGUÍN, Ricardo. *De las obligaciones y de los contratos en general*, Temis, Bogotá, 1982, p.69.

4 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 29 de marzo de 1962, 11 de mayo de 1970, 21 de mayo de 1983 y 13 de diciembre de 2001.

tuales exclusivamente.<sup>5</sup> Esta tesis ha contado con más resonancia en la Corte Suprema de Justicia.<sup>6</sup>

La primera definición es más acertada, porque las normas que regulan la responsabilidad contractual están contenidas en el título XII del libro cuarto del Código Civil, que se denomina “*del efecto de las obligaciones*”, y, como es sabido, las obligaciones no tienen como fuente sólo al contrato.

Ciertamente, las normas que regulan los efectos de las obligaciones contienen la regulación sobre los efectos tanto de las obligaciones como de los contratos, pero no se refieren exclusivamente a los segundos, ni su aplicación se concreta en obligaciones originadas sólo en esa fuente.

Sobre el particular, ha dicho la Corte Suprema:

“...La necesidad jurídica de reparar un daño en que una persona se coloca frente a otra puede tener varias causas. Unas veces es la mora o el simple incumplimiento **de obligaciones previamente adquiridas**, evento que supone que las personas involucradas estaban atadas por un vínculo obligacional (sic), **normalmente aunque no siempre un contrato**, razón por la cual la nueva obligación se denomina genéricamente como responsabilidad contractual...”<sup>7</sup> (Énfasis añadido).

Y en otra ocasión dijo la Corte:

“... **la responsabilidad civil contractual nace del incumplimiento de una obligación, vale decir de un vínculo concreto preexistente entre las partes [...]** así entendida la responsabilidad contractual, su denominación resulta impropia, como quiera que **el vínculo obligatorio que ella supone puede emanar de fuentes distintas de los contratos**”.<sup>8</sup> (Énfasis añadido).

Tiene razón la Corte al afirmar que es una impropiedad llamar a la responsabilidad contractual en esa forma, porque esa denominación desconoce que el incumplimiento puede venir de la defraudación de obligaciones cuyo origen no sea el contrato.

5 TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*, Legis, Bogotá, 2007; TAMAYO LOMBANA, Alberto. *Manual de obligaciones*. T.II *La responsabilidad civil fuente de obligaciones*, Temis, Bogotá, 1998, p.242; PÉREZ VIVES, Álvaro. *Teoría general de las obligaciones* V.II, Temis, Bogotá, 1954, p.13; TAPIAS ROCHA, Hernando. “La acción de responsabilidad contractual”. En *Los contratos en el derecho privado*, Legis, Bogotá, 2007, p.226.

6 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 28 de junio de 1989, 23 de noviembre de 1989 y 12 de agosto de 2002, entre otras.

7 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 21 de mayo de 1983.

8 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 11 de mayo de 1970.

Se propone la denominación responsabilidad por incumplimiento, que es comprensiva del fenómeno generador de esta clase de responsabilidad y no mira la fuente de la obligación incumplida.

Una de las consecuencias que se derivan de definir la responsabilidad contractual en los términos propuestos es que los daños ocasionados en la etapa precontractual deben ser reparados de acuerdo con el régimen de responsabilidad contractual.

Los tratos precontractuales o preliminares se pueden definir como *“los actos realizados por una o más personas tendientes a definir los términos en los que una o unas de ellas le harían una posible oferta de contrato a las otras”*.<sup>9</sup>

La ruptura abrupta e injustificada de los tratos preliminares o la no aceptación de la oferta propuesta, sin justificación para hacerlo, y a pesar de que se haya incurrido en gastos durante la fase de tratativas, generan daños resarcibles.

Esa ruptura abusiva configura culpa *in contrahendo*, y es fuente de responsabilidad para quien en ella incurre. Esa responsabilidad es contractual, porque se origina en el incumplimiento de una obligación concreta entre personas definidas, y su fuente es la ley.

Así lo ordena el artículo 863 del Código de Comercio, cuando dice: *“Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”*.

## 2. Elementos de la responsabilidad contractual

Los elementos de la responsabilidad contractual son los mismos de la aquiliana: hecho dañoso, daño, relación de causalidad y factor de atribución. La diferencia con los elementos de la responsabilidad extracontractual es que el hecho dañoso en la contractual siempre es el incumplimiento de la obligación.

El incumplimiento puede concretarse en una inejecución total de la obligación, en una ejecución imperfecta o en una ejecución extemporánea. Sea cual sea la hipótesis del incumplimiento, el acreedor tendrá derecho a percibir la indemnización moratoria o el cumplimiento equivalente de la prestación incumplida.

En cuanto al factor de atribución, en responsabilidad contractual siempre es la culpa, pues la aplicación de la clasificación de las obligaciones en de medio y de resultado así lo impone. Al entrar a valorar si la obligación es de medio o de

9 BARRERA TAPIAS, Carlos Darío. *Las obligaciones en el derecho moderno. Las fuentes, el acto jurídico*, Temis, Bogotá, 2004, p.46.

resultado, para determinar con ello si se debe probar la culpa del deudor o si ésta se presume, es evidente que siempre estará en consideración el elemento subjetivo de la culpa, ya sea porque haya que probarla, si la obligación es de medio, o porque se presume, si la obligación es de resultado.

El incumplimiento puede concretarse en una inejecución total de la obligación, como cuando el vendedor no transfiere el dominio del bien vendido; en una ejecución imperfecta, como cuando el transportador lleva las mercancías a su destino, pero en mal estado; o en una ejecución extemporánea, como cuando se transportan las mercancías en buen estado, pero por fuera del plazo establecido para hacerlo. Sea cual sea el hecho constitutivo del incumplimiento, el acreedor tendrá derecho a percibir la indemnización moratoria o el cumplimiento equivalente de la prestación incumplida.

A la reparación compensatoria se la ha denominado erradamente ejecución de la prestación por equivalente. Es errado denominarla ejecución por equivalente, porque la compensación no es equivalente a la prestación incumplida, sino el resarcimiento del daño que el incumplimiento le genera al acreedor.

### 3. La culpa contractual

El hecho de que la culpa sea un elemento siempre concurrente en la responsabilidad contractual vuelve pertinente hacer algunos comentarios referidos a las nunca pacíficas discusiones sobre la pertinencia de la graduación<sup>10</sup> y prestación<sup>11</sup> de culpas.

Colombia consagró una división de la culpa en grave, leve y levísima, y cada uno de esos conceptos corresponde a la valoración subjetiva de las distintas clases de negligencia en que puede incurrir una persona manejando negocios propios, ajenos e importantes.<sup>12</sup> Así mismo, el Código Civil colombiano establece un grado de responsabilidad del deudor, en consideración del beneficio que el acto jurídico le reporta.

Estas dos circunstancias implican, *prima facie*, que en la responsabilidad contractual siempre debe el acreedor probar la culpa del deudor, en caso de incumplimiento, y la culpa que deberá probarle y por la cual el deudor deberá responder será aquella que corresponda según el grado del beneficio que el contrato provea.

10 La graduación de la culpa es la división de la misma en grave, leve y levísima, contenida en el artículo 63 del Código Civil.

11 La prestación de culpas es el grado de responsabilidad en que incurre el deudor según el beneficio que el contrato le reporta, contenida en el artículo 1604 del Código civil.

12 Colombia. Cfr. Código Civil, art. 63.

Sin embargo, aplicar la prestación de culpas es una tarea ciertamente compleja. Piénsese, por ejemplo, cómo puede determinar un juez el comportamiento que utiliza una persona promedio en el manejo de sus negocios propios, o qué diferencia de conducta hay entre el manejo de los negocios propios y los importantes, o, peor aún, cómo establecer si un negocio es importante o no.

Por otro lado, cuando el juez avoque el conocimiento de unas pretensiones de responsabilidad contractual, y advierta la prueba del incumplimiento, no mirará si la culpa generadora del incumplimiento fue grave o leve, simplemente establecerá que hay una culpa dañosa, que el deudor no hizo lo que se esperaba de él y declarará la obligación resarcitoria a cargo del demandado.

Por todo lo anterior, comparto parcialmente el comentario de Javier Tamayo, cuando dijo que “...en la mayoría de los casos, el artículo 1604 -que consagra la prestación de culpas- es prácticamente letra muerta”.<sup>13</sup> Lo comparto parcialmente, porque creo que el penúltimo inciso sí es aplicable. Dice el referido texto: “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”.

Tanto la diligencia o cuidado y el caso fortuito son alegatos de exculpación, que, de resultar probados, generan irresponsabilidad, y la carga de probarlos ciertamente corresponde a quien los alegue, quien obviamente será el deudor incumplido, según las reglas de las obligaciones de medio y de resultado, que se explicarán más adelante.

Por todo lo dicho, se propugna una concepción unitaria de la culpa, pues “... por los mismos motivos de carencia de utilidad y de consecuencias prácticas (...) la división tripartida de la culpa es algo totalmente superado en el estado actual de la doctrina y de la técnica imperante en el campo de la responsabilidad civil”.<sup>14</sup>

### **3.1. El concepto de buen padre de familia**

La culpa es el elemento subjetivo por antonomasia. Su reglamentación está constituida por factores igualmente subjetivos, como los de buen padre de familia, negocios propios, ajenos e importantes y buen hombre de negocios, utilizado este último en el régimen de responsabilidad de administradores de sociedades.

13 TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. Cit., p.98.

14 TAMAYO LOMBANA, Alberto. Ob. Cit. p.248.



Esa forma de valorar la culpa en la responsabilidad civil deja en claro que en nuestro medio sólo es aplicable el sistema de valoración en abstracto de la culpa, el cual establece parámetros promedio de conducta en situaciones similares.

Es la adopción legal de la canónica definición de culpa expuesta por los hermanos Mazeaud, según la cual la culpa es un error de conducta en que no habría incurrido una persona informada puesta en la misma situación del agente del daño.

Ha habido quienes advirtieron modificaciones radicales y evolución técnica en el parámetro de la culpa que se estableció en la ley 222 de 1995, en el capítulo de responsabilidad de administradores de sociedades.

Según el artículo 23 de la referida ley, una de las directrices que debe seguir el administrador social es la diligencia de un buen hombre de negocios. La Corte Constitucional<sup>15</sup> y algunos autores<sup>16</sup> consideran que ese parámetro del buen hombre de negocios es novedoso, y que, además, hace más rígida la responsabilidad de los administradores. Para ellos, el administrador social es una persona que debe conocer de técnicas de administración, gerencia y exposición al riesgo, por lo que el parámetro del padre de familia es insuficiente.

Así lo expresó Francisco Reyes Villamizar:<sup>17</sup>

“El enfoque de la ley 222 de 1995 comprende un modelo más exigente desde el punto de vista profesional. Así las determinaciones que adopten los administradores de las compañías deben ser con una particular diligencia que representa una forma de actuar propia de personas conocedoras de técnicas de administración.

*[...] el buen hombre de negocios, en algunas circunstancias, puede aprovechar la alternativa de asumir riesgos en forma consciente y razonada. En efecto, el riesgo es, en alguna medida, propio de la vida de los negocios. Así, mientras que una parte de la actividad empresarial está asociada a la asunción de riesgos, la circunstancia de la vida familiar, a la que está expuesto el padre de familia, está más bien ligada a la prevención del riesgo...”.*

En mi opinión, el concepto de buen hombre de negocios no hizo ningún aporte novedoso, ni cambió nada de lo que ya existía. Lo que se espera de un buen padre de familia en el ámbito de los asuntos familiares es lo mismo que se espera del buen hombre de negocios en el ámbito empresarial. De ambos se espera una

15 Colombia. Corte Constitucional, sentencia C - 123, del 22 de febrero de 2006.

16 REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho societario* T.I., Temis, Bogotá, 2002, p.447; LÓPEZ ROCA, Luis Fernando. “La responsabilidad del administrador bancario por el deber de velar por el cumplimiento de la ley y los estatutos”. En *Temas de derecho financiero contemporáneo*, obra colectiva, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, p.247.

17 *Ibidem*. P.447.

conducta ordinaria, media y prudente en la atención de los aspectos puntuales de cada órbita de ejercicio, es decir, la familia y la empresa.

Tener conocimiento en técnicas de administración es un mínimo que se espera de un administrador social, como manejar prudentemente el gas en la casa es un mínimo que se espera del buen padre de familia. De cada uno en su entorno se esperan esos mínimos.

En relación con la asunción de riesgos, tampoco es correcto afirmar que en la familia hay aversión al riesgo. Piénsese, por ejemplo, en la decisión de no asegurar la casa de habitación, por invertir el precio de la póliza en un portafolio financiero riesgoso con alta rentabilidad. En el ejemplo, se estarían asumiendo dos riesgos: el de no asegurar el predio y el de invertir la liquidez familiar en una inversión riesgosa.

Esta tesis es ciertamente minoritaria, pero se encuentran algunos adeptos:

*“... no encontramos elementos que permitan concluir que es diferente la conducta exigida a un buen padre de familia a la que resultaría esperable de un buen hombre de negocios [...] En ambos casos se está aludiendo a una diligencia ordinaria, que es la atención mediana que una persona responsable le presta a todos los asuntos que como padre de familia debe resolver en el diario transcurrir de su vida en relación.*

*[...] Lo que haría un buen padre de familia en el giro de acción propio de negocios que pueden incidir en el núcleo familiar es lo que, a su turno, habría de hacer un buen hombre de negocios en el contexto de aquellas actividades que deben desplegar para el buen suceso de una empresa social”.*<sup>18</sup>

#### **4. Las obligaciones de medio y de resultado**

Lo primero que hay que decir es que la clasificación de las obligaciones en de medio y de resultado no está consagrada en la legislación colombiana. Su aplicación en el Derecho patrio se debe a la creación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que importó del Derecho civil francés la clasificación.

Aunque en Colombia no existen los equivalentes de los dos artículos del Código Civil francés que llevaron a René Demogue a elaborar la clasificación, la Corte se vio obligada a traerla y adaptarla, pues la responsabilidad contractual fundamentada en la graduación de la culpa era y sigue siendo inaplicable, por las razones expuestas en el numeral anterior.

18 SILVA GARCÍA, Fernando. “Régimen de responsabilidad de administradores de instituciones financieras”. En *Revista de derecho privado* # 8, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p.79.

Las obligaciones de medio son aquellas en las que el deudor se compromete a poner todos los medios de que disponga para alcanzar un resultado establecido, sin que se obligue a la consecución del mismo. Así, por ejemplo, las sociedades fiduciarias asumen obligaciones de medio en los contratos de fiducia de inversión, pues se comprometen a invertir las sumas de dinero transferidas por el fideicomitente en portafolios rentables para sus clientes, pero no pueden garantizar utilidades en las inversiones que realizan.<sup>19</sup>

Por su parte, las obligaciones de resultado son aquellas en las que la prestación del deudor consiste en producir un resultado concreto a favor del acreedor. No basta la puesta en marcha de diligencia y medios, pues se exige un resultado concreto, y sólo su cumplimiento se tiene como pago efectivo de la obligación.

Ejemplo típico de obligación de resultado es la que está a cargo del vendedor en el contrato de compraventa, pues se obliga a transferir el dominio del objeto vendido, y sólo el resultado, que se concreta en la transferencia, constituirá pago de su obligación. Así mismo, quien se obliga a dar un cuerpo cierto o a pagar obligaciones dinerarias asume deudas de resultado.

#### **4.1. Carga de la prueba en las obligaciones de medio y de resultado**

En las obligaciones de medio, el acreedor debe probar la culpa del deudor, si pretende una declaración resarcitoria. Deberá demostrar que el deudor no cumplió, y que su incumplimiento fue consecuencia de no haber dispuesto todos los medios de que disponía para cumplir.

El deudor quedará exonerado de responder, si demuestra que obró con diligencia y cuidado en la ejecución de su obligación, y que, pese a ello, el incumplimiento se concretó.

En las obligaciones de resultado, el hecho del incumplimiento es indicador de la culpa del deudor. Si el resultado comprometido no se produce, la culpa se presume contra el deudor, quien sólo quedará libre de responsabilidad, si logra probar la concurrencia de una causa extraña.<sup>20</sup>

Obviamente, quien pruebe la fuerza mayor o caso fortuito estará probando al mismo tiempo la diligencia y cuidado, pues la fuerza mayor o caso fortuito tiene

19 Valga aclarar que no todas las obligaciones derivadas de contratos de fiducia son de medio. También las hay de resultado, como la de rendir cuentas al fideicomitente y la de obrar con diligencia, pero la obligación fundamental es de medio.

20 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de julio de 1955.

la característica esencial de ser imprevista, y al serlo, excluye de plano la posibilidad de que concurra una negligencia en su ocurrencia.

## **5. El incumplimiento y sus consecuencias**

El deudor incurre en incumplimiento cuando no paga su obligación, cuando la paga extemporáneamente o cuando la paga defectuosamente. Cualquiera sea la forma de incumplimiento, las consecuencias son las mismas: el acreedor tendrá el derecho de demandar el cumplimiento de la obligación incumplida o la ruptura del vínculo jurídico que le sirve de fuente, en ambos casos con indemnización de perjuicios.

Tanto el artículo 1546 del Código Civil como el 870 del Código de Comercio consagran las acciones antedichas, cuando el incumplimiento se deriva de obligaciones originadas en contratos bilaterales.

### **5.1. Ejecución en naturaleza y ejecución compensatoria de obligaciones contractuales**

Si el acreedor elige iniciar una acción de ejecución coactiva de la obligación incumplida, su pretensión consistirá precisamente en que la misma se pague de acuerdo con los términos estipulados, y además tendrá derecho a reclamar la indemnización de los perjuicios moratorios que el incumplimiento le generó.

Si opta por iniciar una acción conducente a romper el vínculo jurídico que originó la obligación insoluta, podrá pedir además la indemnización compensatoria de los perjuicios a que haya lugar. La ruptura del vínculo contractual puede consistir en la resolución o en la terminación, dependiendo de que el contrato sea de ejecución instantánea o de tracto sucesivo respectivamente y del carácter retroactivo o futuro de los efectos de la ruptura.

Si la obligación es dineraria, sólo es procedente el cumplimiento en naturaleza, y la única indemnización que se genera es la moratoria, por los daños derivados de la tardanza. Además, el acreedor no tiene que probar esos daños, pues la ley entiende que con la mora por lo menos se dejaron de percibir los frutos civiles del dinero, que el acreedor hubiera percibido si lo hubiera podido utilizar a tiempo.<sup>21</sup> Si se prueban otros perjuicios adicionales, deberán reconocerse y resarcirse.

---

21 Colombia. Cfr. Código Civil, art. 1617.

Las acciones de responsabilidad contractual que tengan por fuente el incumplimiento de una obligación concreta pero no contractual no pueden fundamentarse en las acciones resolutorias o coactivas que consagran el código civil y de comercio, pues sus normas se refieren específicamente al incumplimiento de contratos bilaterales.

Dice el artículo 1546 del Código Civil: *“En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado...”* (Énfasis añadido).

Y el 870 del Código de Comercio dice: *“En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación...”* (Énfasis añadido).

## 5.2. Precisiones terminológicas

La resolución contractual suele confundirse con otras figuras afines. Suele hablarse de condición resolutoria tácita, resciliación, rescisión y revocación para referir un mismo fenómeno, cuando en realidad son cosas distintas.

La resolución no es sinónimo de condición resolutoria tácita, porque para que ésta exista, es menester que el contrato cause obligaciones condicionales, es decir, que su nacimiento o extinción dependan de un hecho futuro e incierto que se determine. La resolución, por el contrario, puede recaer también sobre obligaciones puras y simples. Siendo resolutoria la condición, su acaecimiento producirá la extinción de la obligación, pero no por resolución, sino por el cumplimiento de la condición resolutoria.

No se produciría el elemento esencial de la resolución, que es el incumplimiento culpable del deudor. Por otra parte, no podría hablarse de condición resolutoria tácita, porque las condiciones deben ser expresas. Por otra parte, las condiciones producen sus efectos con su sola ocurrencia, mientras que el incumplimiento generador de la resolución debe declararse judicialmente. Por último, la ocurrencia de la condición no produce efectos retroactivos, mientras que la resolución sí los genera.

También se confunden resolución y resciliación. En el Derecho francés, se denominó resciliación a la ruptura de un contrato de tracto sucesivo, con efectos hacia el futuro. Ello equivale a la terminación del Derecho colombiano. También se denomina resciliación a la terminación del contrato por mutuo disenso.

Otro término similar con el que se confunde la resolución es la rescisión. La rescisión es la acción conducente a declarar la nulidad relativa de un negocio jurídico, y también es el efecto de la declaración de esa nulidad. Así, la acción de nulidad relativa se llama rescisoria, y el contrato declarado relativamente nulo estará rescindido.

Finalmente, se la confunde con la revocación, que es la terminación unilateral del contrato por el incumplimiento de la contraparte. Es una figura excepcional, porque los negocios jurídicos deben terminarse de la misma forma en que se perfeccionaron, es decir, con la concurrencia de las voluntades.

Sin embargo, es posible romper un negocio unilateralmente cuando la obligación se ha contraído sin límite de duración, o cuando se ha mermado la confianza en la contraparte, como en los contratos de mandato y fiducia, que tienen su fundamento en la confianza.<sup>22</sup> También hay casos en los que la ley autoriza la terminación unilateral, como en el de seguro<sup>23</sup> y en el de agencia.<sup>24</sup>

### 5.3. Acción indemnizatoria

La acción de resolución o terminación y la de ejecución coactiva sólo serán de responsabilidad cuando lleven pretensión indemnizatoria, y ello sólo ocurrirá cuando con el incumplimiento se hayan generado daños, lo cual no siempre sucede. No estoy de acuerdo con quienes afirman que las referidas acciones siempre son de responsabilidad,<sup>25</sup> pues el daño y su resarcimiento serían indispensables, y éstos no siempre se causan con el incumplimiento.

Piénsese en el remitente que espera de parte de un transportador la llegada de un semoviente para que el destinatario pueda participar en una carrera ecuestre, en un día determinado. Si el transportador incumple con la fecha de llegada de la carga, pero la carrera se aplazó, habrá incumplimiento, pero no habrá daño, y si se solicita la resolución o la terminación, no podrá pretenderse ninguna indemnización.<sup>26</sup>

22 BOTERO ARISTIZÁBAL, Luis Felipe. "Apuntes sobre la terminación unilateral de los contratos en el derecho privado colombiano". En *La terminación del contrato*, obra colectiva, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, p.383., y NAVIA ARROYO, Felipe. "La terminación unilateral del contrato de derecho privado". En *Revista de derecho privado* #14, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p.37.

23 Colombia. Cfr. Código de Comercio, art. 1071.

24 Colombia. Cfr. Código de Comercio, art. 1325.

25 Entre ellos, SANABRIA GÓMEZ, Arturo. "La resolución en el derecho colombiano". En *La terminación del contrato*, obra colectiva, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, p.152.

26 Ver: TAPIAS ROCHA, Hernando. "La acción de responsabilidad contractual". En *Los contratos en el derecho privado*, obra colectiva, Legis, Bogotá, 2007, p.228, quien también opina que las acciones resolutorias y de ejecución coactiva no son siempre indemnizatorias.

Si solo hay incumplimiento, sólo podrá demandarse la declaración de incumplimiento y la consecuente resolución o terminación, o la ejecución coactiva.

#### **5.4. Desistimiento contractual**

En el contrato de compraventa civil existe un caso de responsabilidad contractual especial. Se concreta en que una de las partes no concurra a una diligencia para pesar, contar o medir las cosas vendidas, o cuando el vendedor demora la entrega por un hecho imputable a su culpa.

La parte cumplida tendrá derecho a revocar el contrato y recibir la correspondiente indemnización, por lo que se trata de un caso de responsabilidad, y es especial no sólo por aplicarse a un tipo contractual específico, sino porque no se requiere acción judicial.

#### **5.5. Magnitud del incumplimiento**

Ya se dijo que el incumplimiento puede concretarse en inejecución, ejecución tardía o ejecución defectuosa. Si se concreta en inejecución, no hay duda de que lo procedente es declarar la resolución o la terminación.

No ocurre lo mismo cuando el incumplimiento se debe a tardanza o imperfección, también llamados incumplimientos parciales,<sup>27</sup> pues en esos casos puede que la utilidad del contrato no sea menguada para la víctima, a pesar del incumplimiento, con lo cual será improcedente su ruptura.

Así lo determinó la Corte Suprema de Justicia, en los términos que siguen: "... en justicia el contrato no se podrá resolver si el incumplimiento de una de las partes contratantes tiene muy escasa importancia en atención al interés de la otra",<sup>28</sup>

### **6. La excepción de contrato no cumplido**

La *exceptio non adimpleti contractus* es la manifestación del secular principio "la mora purga la mora". Es la contrapartida de las acciones resolutoria y coactiva que consagran los códigos de Derecho privado a favor del acreedor que ha sido víctima del incumplimiento contractual.

<sup>27</sup> SANABRIA GÓMEZ, Arturo. Ob. Cit., p.156.

<sup>28</sup> Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 11 de septiembre de 1984.

Y digo que es la contrapartida, porque mientras aquellas acciones se establecieron en cabeza del acreedor, ésta se radicó en cabeza del deudor al que se le reclama el incumplimiento de una obligación nacida en un contrato bilateral.

Según esta excepción, ninguna de las partes del contrato bilateral estará en mora de cumplir sus obligaciones, si la otra no ha cumplido lo que a su vez le corresponde.

Debe quedar claro que a pesar de denominarse excepción, su aplicación es procedente incluso por fuera de un proceso judicial. El supuesto fáctico de la norma no exige que se esté dentro de un proceso, para que proceda su aplicación. Así lo entendió Voirin,<sup>29</sup> que al respecto dijo: *“El nombre no debe ilusionar. No se trata de una excepción procedimental sino más bien de una vía de hecho...”*

Por otra parte, debe decirse que la excepción no es una vía para aniquilar el contrato, pues más bien tiene la característica de la temporalidad, en la medida en que sólo tiene vigencia mientras subsista la mora de la contraparte. Así lo entendió también Don Fernando Vélez: *“quien deja de cumplir, si ve que el otro cumple, debe cumplir por su parte, para no constituirse en mora”*.<sup>30</sup>

Finalmente, debe decirse que las obligaciones susceptibles de no cumplirse por el incumplimiento de la contraparte deben ser correlativas. Así, por ejemplo, la obligación de pagar el precio es correlativa a la de transferir el dominio y entregar el bien objeto de la venta, pero no lo será de la de sanear los vicios derivados de la evicción, por lo cual el comprador no podrá relevarse de su obligación de pagar el precio porque el vendedor no haya proveído el saneamiento.<sup>31</sup>

Así mismo, la conexidad de las obligaciones se manifiesta en que deben venir todas del mismo contrato, por lo que no será dable justificar el no pago de un flete de transporte con el no pago del canon de un contrato de arrendamiento entre transportador y pasajero.

Otra característica de esta excepción es que las obligaciones incumplidas deben ser de ejecución simultánea. Si se estipula que primero debe cumplirse la obligación de alguna de las partes, éste debe ejecutar su prestación, sin derecho a proponer la excepción, porque la de la contraparte no se ha debido ejecutar aún, por lo que no podrá predicarse mora.<sup>32</sup>

29 Citado por TAMAYO LOMBANA, Alberto. Ob. Cit., p.268.

30 VÉLEZ, Fernando. *Estudios sobre el derecho civil colombiano* T.VI, Imprenta París-América, 1926, p. 233.

31 En igual sentido VON THUR, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. T.II, núm. 63, IV.

32 En igual sentido VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil* T. III. De las obligacio-



## 6.1. Fundamento de la excepción

Algunos autores franceses atribuyen a la teoría de la causa el fundamento de la excepción de contrato no cumplido, que también llaman de inexecución.<sup>33</sup> Según ellos, la interdependencia de las obligaciones del contrato bilateral hace que las prestaciones asumidas por cada parte sean la causa de las que a su vez se compromete a ejecutar la otra.

No estoy de acuerdo con esa teoría, porque la causa es un requisito para la validez del contrato, y como requisito de validez, debe estar presente al momento del perfeccionamiento del negocio, no durante su ejecución.

Esta tesis es compartida por algunos autores franceses.

*“Si se dijera que no hay causa sino cuando hay ejecución de la prestación, la existencia de la causa quedaría condicionada a tal ejecución. La realidad es otra: el contrato se perfecciona y existe desde antes de la ejecución de las obligaciones. Precisamente por tal razón el contratante puede exigir su cumplimiento, si es que no opta por la resolución”.*<sup>34</sup>

Se encuentra en el Derecho canónico el fundamento más adecuado de la excepción de contrato no cumplido, atribuyendo al respeto a la buena fe y a la confianza depositada en la contraparte, la razón de avalar la mora cuando ha habido una mora previa de la contraparte.<sup>35</sup>

## 7. La mora

La mora es la tardanza culpable en el cumplimiento de una obligación. Se hace particular referencia a ella, porque es requisito *sine qua non* para establecer el incumplimiento en dos de sus tres manifestaciones, la inexecución y la ejecución tardía. Por el contrario, si el incumplimiento se da por ejecución defectuosa, la mora pierde relevancia, como cuando el transportador entrega las mercancías a tiempo, pero dañadas. El incumplimiento no se concreta por la mora, sino por el daño a las mercancías.

El Código Civil determina las circunstancias que configuran la mora:<sup>36</sup> cuando no se cumple la obligación dentro del término establecido; cuando la obligación

---

nes, Temis, Bogotá, 1998, p.343.

33 Entre ellos FLOUR, Jacques y AUBERT, Jean Luc. *Les obligations*, V.I, Armand Colin, París, 1975, p.258.

34 MARTY y RAYNAUD, citados por TAMAYO LOMBANA, Alberto. *Manual de obligaciones T.I, Teoría del acto jurídico y otras fuentes*, Temis, Bogotá, 2004, p.228.

35 Colombia. Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 28 de julio de 1970.

36 <sup>36</sup> Colombia. Cfr. Código Civil, art. 1608.

sólo pudo ejecutarse dentro de cierto tiempo y éste pasó sin que se ejecutara y cuando el deudor es reconvenido judicialmente.<sup>37</sup>

La constitución en mora se entiende producida con la notificación del auto admisorio de la demanda, en las obligaciones puras y simples, por lo que ya no se exige la reconvencción judicial. En las obligaciones sujetas a plazo, la constitución en mora se produce por ministerio de la ley, si llegado su vencimiento, el deudor no se allana a pagar. Es la concreción del principio *dies interpellat pro homine*.

### 7.1. Efectos de la mora

Los tres grandes efectos que genera la incursión en mora son los siguientes: desde que el deudor se constituye en mora, debe responder por los daños que sufra el acreedor como consecuencia del incumplimiento;<sup>38</sup> la mora hace responsable al deudor incumplido, incluso en los eventos de fuerza mayor, si ésta se concreta después de haberse constituido el deudor en mora, salvo si, tratándose de la pérdida del cuerpo cierto o de su detrimento, éstos se hubieran producido, caso en el que sólo se deberá la indemnización moratoria;<sup>39</sup> finalmente, la mora radica en cabeza del acreedor cumplido las acciones de cumplimiento o resolución del contrato.<sup>40</sup>

### 7.2. La mora del acreedor

Aunque no sea un fenómeno común, puede darse el caso de que la parte incumplida sea el acreedor, por lo que el ordenamiento jurídico regula lo referente a este incumplimiento. La mora del acreedor se concreta en que no facilita el cumplimiento del deudor, impidiendo la prestación del objeto debido. Esa reticencia en recibir puede generar daños al deudor.

Como bien lo anota Arturo Valencia Zea, el Código Civil no establece un estatuto sobre la mora creditoria, sino que regula algunos casos especiales, que pueden aplicarse por analogía a los demás casos.<sup>41</sup> Así, por ejemplo, en el artículo 1739 del Código Civil, se establece que “*La destrucción de la cosa en poder del deudor,*

37 <sup>37</sup> A partir de la ley 794 de 2003, la reconvencción judicial se entiende surtida con el auto admisorio de la demanda.

38 Colombia. Cfr., Código Civil, art. 1615.

39 Colombia. Cfr., Código Civil, arts. 1607 y 1731.

40 Colombia. Cfr., Código Civil, art. 1546 y Código de Comercio, art. 870.

41 VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. Ob. Cit. p.337.

*después de haber sido ofrecida al acreedor, y durante el retardo de este en recibirla, no hace responsable al deudor sino por culpa grave o dolo”.*

Este artículo debe aplicarse en todos los casos de obligaciones de cuerpo cierto. En las de género, como las dinerarias, el objeto debido no perece, por lo que la consecuencia de la mora del acreedor consiste en que no se deben intereses desde cuando el acreedor se constituye en mora.

### **7.2.1. Efectos de la mora del acreedor**

Los efectos de la mora del acreedor son tres: Se atenúa la responsabilidad del deudor, quien sólo responderá por dolo; La obligación se extingue para el fiador; y el acreedor en mora se vuelve responsable de los daños que su morosidad le cause al deudor cumplido.

Esta consecuencia resulta de la aplicación analógica del artículo 1883 del Código Civil, que regula la responsabilidad del comprador en mora de recibir, que preceptúa: “Si el comprador se constituye en mora de recibir, abonará al vendedor el alquiler de los almacenes, graneros o vasijas en que se contenga lo vendido...”

En este caso, la ley establece una responsabilidad contractual por daño emergente, que puede aplicarse analógicamente a todos los casos en que el deudor cumplido incurre en gastos, por el incumplimiento del acreedor en su obligación de recibir el pago.

## **8. Responsabilidad contractual derivada de la violación a la buena fe**

El principio de la buena fe contractual enseña que los contratos obligan no sólo a lo que en sus textos se establece, sino también a todas aquellas cargas que nacen de la naturaleza del contrato y de la lealtad contractual que las partes deben ofrecerse. Así lo ordena el artículo 1603 del Código Civil:

*“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley, pertenecen a ella”.*

Por su parte, el artículo 871 del Código de Comercio establece el mismo principio, pero lo hace valer no sólo en la ejecución contractual, sino también en la celebración.

Es evidente que la regulación de los términos contractuales es una actividad autónoma de las partes, pues son ellas quienes, en ejercicio de la autonomía de

la voluntad, definen las características de la relación jurídica que acometen a través del contrato.

Sin embargo, es obvio que la autonomía de la voluntad no alcanza a abarcar absolutamente todas las situaciones que pueden sobrevenir en el decurso de una relación contractual, ni existe la manera de prever los imponderables de la ejecución del negocio, ni la determinación de las eventuales controversias y sus soluciones.

Por esa circunstancia, existe todo un catálogo de obligaciones y reglamentaciones contractuales implícitas, de obligatorio cumplimiento para las partes, que sirven de sistema integrador del contrato.<sup>42</sup> Esas obligaciones han sido denominadas deberes secundarios de conducta, y su inobservancia es fuente generadora de daños resarcibles.

## **8.1. Tipos de obligaciones originadas en la buena fe contractual**

Las obligaciones originadas en la buena fe contractual son, según doctrina mayoritaria, las de seguridad, información, reserva y fidelidad.

### **8.1.1. Obligación de seguridad**

Se refiere a la carga que tienen los contratantes de acompañar el cumplimiento de su obligación principal con otras obligaciones de cuyo cumplimiento se deriva la garantía de la integridad de la contraparte. El ejemplo típico de esta clase de obligaciones es el que asumen las clínicas en la ejecución de contratos de hospitalización y arrendamiento de quirófanos para cirugía.

La clínica, aunque no lo diga el contrato, debe garantizar la seguridad del paciente, mientras permanezca en la clínica, por lo que cualquier lesión en su integridad, debida a negligencia en la administración de la seguridad, será responsabilidad de la misma.

### **8.1.2. Obligación de información**

Se aplica principalmente en aquellos contratos en los que una de las partes es conocedora de un ramo de negocios específicos y la otra busca ser cliente de ese ramo. Así, por ejemplo, en el contrato de seguro esa obligación es fundamental, porque el futuro tomador debe hacer una declaración exacta del estado de ries-

42 Ver: SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. "La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta". En *Revista Universitas* 109, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005, p.291.

go en que se encuentra su bien asegurado, para que las condiciones de pago de pólizas y medición de la siniestralidad sean acertadas.

### **8.1.3. Obligación de reserva**

La información que con ocasión del contrato sea conocida por las partes debe conservarse bajo estricta confidencialidad. Es censurable que se defraude la confianza, y se distribuya la información a terceros que pueden utilizarla en perjuicio de sus dueños. Se aplica, por ejemplo, cuando en los tratos preliminares las partes tienen acceso a conocer procedimientos industriales aplicados por la contraparte, y dolosamente distribuyen ese conocimiento.

### **8.1.4. Obligación de fidelidad**

Se concreta en ejecutar las labores encomendadas de acuerdo con los mandatos de la confianza. Cobra especial relevancia en contratos como el de mandato o fiducia, en los que se encomienda la administración de negocios y bienes ajenos.

También tiene cargas negativas, como la abstención de trabar relaciones jurídicas generadoras de conflictos de interés.

## **8.2. Régimen de responsabilidad**

Si los deberes secundarios de conducta son verdaderas obligaciones contractuales, su incumplimiento dañoso debe generar responsabilidad contractual. En este concepto hay uniformidad, salvo cuando la inejecución de esas obligaciones se produce en la etapa precontractual. Como dije en otro aparte de este capítulo, la responsabilidad por daños causados en la fase de tratos previos es contractual, por corresponder a la violación de obligaciones concretas entre personas específicas.

La Corte ha tenido posiciones ambivalentes sobre el particular. En el 2001, reconoció que el artículo 1603 -norma de responsabilidad contractual- era aplicable a los casos de ruptura de los tratos preliminares, en violación del deber secundario de fidelidad, aunque dijo que a pesar de aplicar esa norma, la responsabilidad era aquiliana.<sup>43</sup>

En 2002, la Corte fue enfática en establecer que el régimen de responsabilidad por incumplir las obligaciones derivadas de la buena fe en la etapa precontractual era aquiliana, por no haber, en esa fase, un contrato válido entre las partes.<sup>44</sup>

43 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 13 de diciembre de 2001.

44 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de agosto de 2002.

## 9. Responsabilidad por nulidad imputable a alguna de las partes

La nulidad es la sanción que se impone al negocio jurídico que padece deficiencias en sus requisitos de validez. Debe ser declarada judicialmente, y sus efectos son retroactivos, salvo cuando el negocio declarado nulo es de tracto sucesivo.

La nulidad puede irrogar perjuicios a cualquiera de las partes, por lo que la parte damnificada tendrá derecho a demandar su resarcimiento. La naturaleza de esa responsabilidad debe ser contractual, porque resulta de la trasgresión a una obligación de lealtad que estaba a cargo de la parte en quien se radica el vicio desencadenante de la responsabilidad y a favor de su contraparte.

En los tratos preliminares, ambas partes tienen a su cargo determinar los potenciales factores desencadenantes de vicios de nulidad, y, si los encuentran, deben advertirlos, pues omitir ese deber constituye una conducta dolosa generadora de responsabilidad.

Ihering, diseñador de la culpa *in contrahendo*, era del mismo parecer, porque, según él, antes de la existencia del contrato, opera un deber de lealtad entre las partes, consistente en verificar todas las actuaciones conducentes a que el futuro contrato produzca efectos.<sup>45</sup> En igual sentido Claro Solar expresó: *“La convención comprende así, a más del contrato propiamente dicho, un pacto que hace al oferente responsable de los perjuicios que puedan resultar de haber quedado sin efecto o de ser declarado nulo el contrato...”*<sup>46</sup>

El destinatario de la oferta acepta su contenido, en el entendido de que el oferente es consciente de que no hay deficiencias que afecten la validez del contrato propuesto, conclusión a la que el oferente debe llegar con una investigación diligente de sus circunstancias personales y de las circunstancias propias del objeto contractual. Por ello debe hacerse un análisis sobre las condiciones que puedan llegar a afectar la capacidad, la libertad del consentimiento y la licitud de la causa y el objeto, para precaver la consumación de un vicio de nulidad.

45 SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Ob. Cit., p.233.

46 Citado por SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Ob. Cit., p.234.

## 10. La responsabilidad derivada del incumplimiento de los cuasicontratos

Los cuasicontratos son actos jurídicos lícitos que generan obligaciones sin que concurran la voluntad del deudor y el acreedor. Sus especies son la agencia oficiosa, el pago de lo no debido y la comunidad.

La agencia oficiosa consiste en gestionar negocios ajenos, sin el consentimiento de aquel en cuyo favor se hace la gestión, como cuando alguien paga una deuda por otro para evitar que lo embarguen, o cuando alguien hace una reparación urgente en una casa ajena.<sup>47</sup> Puede incluir la gestión de actos materiales, a diferencia del mandato, que sólo comprende la realización de actos jurídicos.<sup>48</sup>

El pago de lo no debido es un acto jurídico en el que una persona paga una deuda que no existe. Ese pago lo convierte en acreedor de la restitución de la suma pagada. La comunidad se da *“siempre que haya copropiedad por un hecho ajeno a la voluntad de los titulares del derecho...”*<sup>49</sup>

En los tres casos puede presentarse incumplimiento de aquellas obligaciones originadas sin el consentimiento del deudor. Si el beneficiario de la gestión de negocios ajenos no reembolsa los costos en que incurrió el agente oficioso, o si quien pagó lo que no debía no recibe la devolución de su pago, o si se violan los cánones de la administración en comunidad, habrá claros incumplimientos de obligaciones concretas, por lo que el resarcimiento que genere su incumplimiento debe regirse por el régimen de responsabilidad contractual.

## 11. La prueba en la responsabilidad contractual

En otro aparte de este escrito se dijo que las cargas probatorias dependen de si la obligación en cuyo incumplimiento se funda la acción de responsabilidad es de medio o de resultado. Allí se dijo que en las de medio el acreedor tiene la carga de probar los hechos constitutivos del incumplimiento, es decir, que el deudor no actuó con disposición de colocar todos los medios disponibles a favor del cumplimiento. Se dijo también que en las obligaciones de resultado opera una presunción de culpa contra el deudor, por el hecho de su incumplimiento.

47 Ejemplos de TAMAYO LOMBANA, Alberto. *Manual de obligaciones. Teoría del acto jurídico y otras fuentes*, Temis, Bogotá, 2004, p.296.

48 BARRERA TAPIAS, Carlos Darío. *Las desventuras de Pedro Pérez y Juan Gómez. Casos prácticos de derecho privado*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2004, p.96.

49 SALAMANCA, Hernán. *Derecho civil (curso IV contratos)*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1977.

Desde el punto de vista procesal, la regla de la prueba de los hechos constitutivos de responsabilidad está en consonancia con la teoría general de la prueba, es decir, que *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*.<sup>50</sup>

En los procesos de responsabilidad contractual debe probarse la existencia de la obligación que se afirma incumplida, pues según el artículo 1757 del Código Civil, *“incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta”*.

Además deben probarse los elementos de la responsabilidad: hecho dañoso (incumplimiento), daño, relación de causalidad y factor de atribución, que en RC contractual será la culpa. Una vez que se prueben esos elementos, ya se habrá cumplido con lo que establece el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil: *“probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*.

El supuesto de hecho es la responsabilidad, la que se demuestra probando sus elementos constitutivos. Probados éstos, el juez deberá declarar la condena a cargo del demandado, lo cual hará con fundamento en la pretensión principal y autónoma que en tal sentido haga el demandante.

Debe quedar claro que la pretensión indemnizatoria no es subsidiaria de la declaración de responsabilidad civil, pues ésta es el supuesto de hecho que ha debido probarse para que se declare la condena indemnizatoria.

Sobre este punto, resultan pertinentes los comentarios de María Cecilia Mesa:

*Existe el error frecuente de formular demanda solicitando, como objeto de la pretensión principal, que se declare a x civilmente responsable, y que, como consecuencia de dicha declaración, se le condene a indemnizar al demandante [...] La declaración que satisface a la víctima es la de condena. La responsabilidad se constituye en el supuesto fáctico de la pretensión y no en su objeto. La responsabilidad debe ser alegada y demostrada con el objeto de que el juez pueda proferir condena a indemnizar...”*<sup>51</sup> (Énfasis añadido).

### 11.1. Prueba de la obligación

Según el artículo 1757 del Código Civil, quien alegue la existencia o extinción de una obligación debe probarlas. La prueba de las obligaciones es libre, aunque

50 Colombia. Código de Procedimiento Civil, art. 177.

51 MESA CALLE, María Cecilia. “Reflexiones procesales sobre la acción directa en el seguro de responsabilidad civil”. En *Revista Responsabilidad Civil y del Estado* #22, Medellín, 2007.



en el caso de obligaciones originadas en contratos, el artículo 232 del Código de Procedimiento Civil hace más rígida la prueba, pues si no constan la obligación contractual o su pago en un documento escrito, ese hecho se toma como indicio en contra del alegato de existencia o pago de la obligación.

## 11.2. Prueba del incumplimiento

Las tesis sobre la prueba del incumplimiento son variadas. Hay quienes afirman que el principio *onus probandi incumbit actori* debe seguirse textualmente, por lo que el demandante debe acreditar todos los hechos en los que funda su acción.<sup>52</sup>

Oros consideran que si la obligación es positiva, el demandante está eximido de probar el incumplimiento, por ser un hecho negativo, por lo que le bastará afirmar el incumplimiento. Si las obligaciones son negativas, deberá el demandante probar el hecho positivo contrario.<sup>53</sup>

Existe una tercera tesis, a la cual adhiero, según la cual la regla general es que el demandante debe probar el incumplimiento, salvo en aquellos casos en que el mismo deba proponerse como negación indefinida, la cual, según el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, no requiere prueba.

En suma, si se puede probar el incumplimiento, como cuando se alega que la mercancía no llegó a su destino en buen estado, el remitente debe probar ese mal estado, porque está en la posibilidad de hacerlo.<sup>54</sup> Por el contrario, si la obligación incumplida es dineraria, lo único que podrá hacer el demandante es afirmar que el deudor no pagó, lo que constituye una negación indefinida que no requiere prueba.

## 12. Teoría de los riesgos de pérdida de la cosa debida

La pérdida de la cosa debida es una de las formas de extinción de las obligaciones, según el numeral 7 del artículo 1525 del Código Civil. Aunque la regulación de los riesgos de la cosa debida está en el título XII del libro cuarto, regulatorio de la responsabilidad contractual, su desarrollo pertenece más al tema del Derecho de las obligaciones.

52 JOSSEAND, Louis. *Cours de droit civil*. T.II, #617, p.300.

53 HINESTROSA FORERO, Fernando. "La responsabilidad civil". En *Escritos varios*, Colegio de Abogados de Medellín, 1980, p.381.

54 SUESCÚN MELO, Jorge. *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. T.I, Legis, Bogotá, 2003, p.264.

Las discusiones sobre si la cosa perece para su dueño o para el acreedor y el tratamiento diferencial que sobre el particular traen los dos códigos de Derecho privado son profundidades que se alejan del tema propio de la responsabilidad civil contractual, no obstante su ubicación en el Código, por lo que dejo su estudio para otra oportunidad.<sup>55</sup>

## II. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO

La responsabilidad contractual del Estado es la obligación que tiene la administración de reparar al contratista los daños que a éste se generen por el incumplimiento de las obligaciones nacidas en el contrato y en la ley, causados tanto en la fase preparatoria, como en la ejecutiva y liquidatoria.

Los contratistas pueden sufrir daños por el incumplimiento puro y simple del Estado, por circunstancias derivadas de hechos imprevistos (teoría de la imprevisión), por el ejercicio de las facultades exorbitantes de la administración (*ius variandi*) o por actuaciones administrativas generales que incidan negativamente en el contrato (hecho del príncipe).

A primera vista, parecería que sólo el incumplimiento puro y simple del Estado es fuente de su responsabilidad contractual, pero en el desarrollo del escrito se verá que las otras circunstancias referidas -imprevisión, *ius variandi* y hecho del príncipe- también son fuentes obligatorias a cargo de la administración, por lo que su desacato genera derechos resarcitorios a cargo del Estado.

### 1. La ecuación financiera del contrato estatal

La ecuación financiera del contrato es la correspondencia entre las obligaciones, facultades y derechos de las partes. Desde luego que el equilibrio entre obligaciones, facultades y derechos está referido a las implicaciones económicas que de ellos se derivan. La ecuación o equilibrio deben mantenerse desde la celebración hasta la liquidación contractual.

Sin embargo, a pesar de que la ley establece la permanencia del equilibrio en todas las fases del contrato, ese equilibrio puede alterarse por distintas causas. La jurisprudencia ha reconocido por lo menos tres eventos en los que puede romperse el equilibrio contractual: hechos imprevistos, *ius variandi* y hecho del príncipe.

<sup>55</sup> Estudios pomenorizados de la teoría de los riesgos de la cosa debida se encuentran en las obras de SUESCÚN MELO, Jorge y TAMAYO LOMBANA, Alberto, referidas en varias notas al pie de este trabajo.

A continuación, se pasa a explicar el fundamento de cada una de estas instituciones y su relevancia en el tema de la responsabilidad contractual del Estado.

## 1.2. La teoría de la imprevisión

Valga decir que fue en el Derecho administrativo francés donde se originó la aplicación de esta teoría, consistente en que la concurrencia de hechos externos a las partes, caracterizados por ser imprevisibles, inevitables y posteriores a la celebración del contrato, torna exageradamente oneroso su cumplimiento.

Esa mayor onerosidad debe ser asumida por el contratista, quien no podrá dejar de ejecutar su compromiso por las circunstancias imprevistas sobrevinientes. *“La teoría de la imprevisión evita que el contratista detenga la ejecución del contrato, en perjuicio de los intereses comunes que orientan la contratación estatal”*.<sup>56</sup>

Una vez se prueban los elementos de la teoría de la imprevisión, el Estado queda en la obligación de restablecer la ecuación financiera del contrato, mediante el reembolso de los costos en que debió incurrir el contratista para poder ejecutar el contrato.

Ciertamente, en estos casos de alteración del equilibrio económico del contrato no puede afirmarse que el Estado ha ocasionado un daño y que lo debe resarcir. Por el contrario, el daño emergente que se le causa al contratista, porque sí se causa un daño en su patrimonio, en estos casos se debe a circunstancias imprevistas, por completo ajenas a la administración.

No hay un daño imputable ni una relación de causalidad entre el daño y una conducta de la administración, por lo que no hay lugar a predicar su responsabilidad. Pero, si no hay daño ¿cuál es la naturaleza jurídica de la compensación que debe hacer el Estado al contratista por las pérdidas que sufrió con ocasión de los hechos imprevistos?

Considero que la compensación es simplemente una obligación a cargo del Estado, cuya fuente es la ley. El Estatuto de la Contratación Estatal, ley 80 de 1993, establece que la entidad contratante debe garantizar que el contratista quede en un punto de no pérdida, cuando sobrevienen hechos constitutivos de la teoría de la imprevisión. El punto de no pérdida se consigue cuando los costos y

56 HERNÁNDEZ SILVA, Aida Patricia. “La responsabilidad contractual del estado ¿una responsabilidad sin imputación?”. En *Revista de derecho privado* #14, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p.174.

gastos de la ejecución del contratista concuerdan exactamente con los ingresos que percibió de parte de la entidad.

Así lo estableció el Consejo de Estado: *“Cuando se demuestra la ocurrencia del hecho imprevisible [...], surge el deber de compensar al contratante afectado el desmedro sufrido”*.<sup>57</sup> (Énfasis añadido).

Nótese que el Consejo de Estado habla de compensar, no de indemnizar, reconociendo tácitamente que esa prestación es una obligación a su cargo. Es apenas natural que el Estado deba hacer esa compensación, porque según la propia ley de contratación estatal, el contratista es un *“colaborador de las entidades estatales en el logro de sus fines”*,<sup>58</sup> y no habría justicia alguna en que además de colaborar, el contratista debiera asumir pérdidas por hacerlo.

### 1.3. El *ius variandi*

Una de las diferencias más descollantes entre la contratación pública y la privada es que en la primera una de las partes contractuales, el Estado, cuenta con facultades exorbitantes, con las que ejerce sus potestades de control y dirección del contrato. En virtud de esas facultades exorbitantes, el estado incluye ciertas cláusulas que son extrañas a los contratos privados, y otorgan beneficios a la administración.

Las cláusulas exorbitantes más comunes son las de interpretación unilateral, modificación unilateral, terminación unilateral, sometimiento a leyes nacionales y caducidad. La aplicación legítima de cualquiera de estas cláusulas puede causar daños al contratista.<sup>59</sup>

Piénsese en el caso de un contratista de una obra pública, al que se le obliga a construir un tramo adicional de una vía, excediendo los límites de carretera a que se había comprometido inicialmente. Obviamente el contratista deberá incurrir en costos adicionales, los cuales deben ser compensados por la administración. Al igual que los casos de imprevistos, las compensaciones derivadas del ejercicio legítimo de las facultades exorbitantes no constituyen indemnización de daños, por no haber un daño antijurídico ni una relación de causalidad.

57 Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de febrero de 2004.

58 Cfr., Ley 80 de 1993, art.3.

59 Para profundizar sobre las cláusulas exorbitantes, se recomienda la lectura de RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho administrativo general y colombiano. Temis, Bogotá, 2005.

Por el contrario, si el ejercicio de las potestades exorbitantes causa daño a los contratistas, bien por interpretar ilegalmente el contrato, o por haber ejercido las potestades en forma irregular, como cuando se pretermiten los procedimientos establecidos por la ley para su ejercicio, si esa irregularidad genera daños al contratista, éste tendrá derecho a percibir la indemnización correspondiente, porque habrá, ahí sí, un daño antijurídico imputable a la administración.

Así lo explicó el Consejo de Estado, quien determinó que las cláusulas exorbitantes deben aplicarse cumpliendo con el postulado de la buena fe contractual:

*“La cláusula exorbitante de que se trata [...] comporta la obligación de ser cumplida dentro de los límites impuestos por el principio de la buena fe, según reza el artículo 1603 del Código Civil [...]. El ejercicio indebido de la cláusula exorbitante, equivale a no cumplir con la obligación contractual, conducta ésta que genera la correspondiente indemnización de perjuicios...”<sup>60</sup>*

#### **1.4. El hecho del príncipe**

De acuerdo con esta teoría, la entidad contratante debe resarcir los daños que ocasione al contratista con ocasión de proferir un acto general y abstracto, en ejercicio de sus funciones públicas, que perjudique al contratista, por romper la ecuación económica del contrato.

Si el acto general lo profiere otra entidad estatal distinta de la contratante, el fundamento de la compensación será la imprevisión, por ser un hecho ajeno, imprevisible e inevitable.

El hecho del príncipe sí genera responsabilidad, porque concurren sus elementos: una actuación administrativa, acto administrativo general; un daño antijurídico, que se concreta en la ruptura de la ecuación, y que es antijurídico porque el contratista no está en el deber de soportar semejante carga; y una relación de causalidad entre la actuación y el daño.

El régimen de esta responsabilidad es el contractual, aunque el acto general no provenga de una actuación que la entidad haga como contratante, sino en ejercicio de sus funciones públicas. Eso no interesa. Lo que debe indagarse es cuál es el interés que ve menguado el contratista por la expedición del acto general. La respuesta tiene que ser que el interés agredido es el “derecho de crédito del contratista” contra el Estado.

<sup>60</sup> Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de octubre de 1999.

La lesión a ese interés “... se deduce mediante el análisis comparativo de las prestaciones pactadas a favor del contratista [...] y la situación en que aquel quedó a consecuencia de la incidencia del acto general...”<sup>61</sup>

En conclusión, la obligación de compensar los gastos en que incurra el contratista por la ocurrencia de situaciones imprevistas, por el ejercicio del *ius variandi* o por el hecho del príncipe no es indemnizatoria, porque no convergen los elementos de atribución a la entidad contratante. Lo que se genera en este caso es una obligación compensatoria a cargo del Estado, cuya fuente es la ley, y cuya exigibilidad no se origina en una actuación antijurídica ni dañosa de la administración pública.

Sin embargo, cuando esa obligación legal que tiene la entidad de restablecer la ecuación contractual no se cumple por ella, se genera su responsabilidad contractual, porque la ley 80 de 1993 tipificó el incumplimiento como un evento de desequilibrio económico. Por tanto, si se incumple, se genera un desequilibrio, que si no se restablece genera responsabilidad.

Valga decir que cuando el Estado incurre en incumplimiento de sus obligaciones contractuales, deben aplicarse en el correspondiente proceso de responsabilidad las normas que rigen la responsabilidad contractual de los particulares, contenidas en el Código Civil, pues así lo establecen la Ley 80 de 1993<sup>62</sup> y la jurisprudencia del Consejo de Estado.<sup>63</sup>

61 HERNÁNDEZ SILVA, Aída Patricia. Ob. Cit., p.185.

62 Colombia. Cfr. Ley 80 de 1993, art. 13

63 Colombia. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Tercera, sentencias del 13 de mayo de 1988 y 24 de octubre de 1994

