

# Responsabilidad Civil y del Estado

Tomo I / Ediciones 1 - 7





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

Responsabilidad Civil y del Estado Tomo I / Ediciones 1-7  
ISBN: 978-958-59104-1-6

© 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>EDITORIAL</b>	
<i>Andrés Orión Álvarez Pérez</i> .....	10
<b>Responsabilidad Civil y del Estado N° 1</b> .....	13
<b>PRESENTACIÓN</b>	
<i>Gilberto Martínez Rave</i> .....	16
<b>LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD SIN CULPA</b>	
<i>Javier Tamayo Jaramillo</i> .....	17
<b>LA FALLA DEL SERVICIO EN EL CAMPO MÉDICO Y HOSPITALARIO</b>	
<i>Enrique Gil Botero</i> .....	33
<b>ACCIÓN DE TUTELA E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS</b>	
<i>Ricardo Hoyos Duque</i> .....	45
<b>LA INTERVENCIÓN DE UNA ENTIDAD ESTATAL COMO TERCERO DENTRO DEL PROCESO PENAL</b>	
<i>Mauricio Patiño Mariaca</i> .....	73
<b>PROBLEMÁTICA SUSCITADA POR LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 6ª DE 1991</b>	
<i>María Patricia Castaño de Restrepo</i> .....	101
<b>Responsabilidad Civil y del Estado N° 2</b> .....	125
<b>SIDA Y SEGUROS</b>	
<i>Graciela Medina</i> .....	127

<b>LA RESPONSABILIDAD LEGAL DEL ODONTÓLOGO</b>	
<i>Sergio Yépes Restrepo</i> .....	155
<b>LA RESPONSABILIDAD EN EL CAMPO LABORAL</b>	
<i>Gilberto Martínez Rave</i> .....	165
<b>ANOTACIONES EN TORNO A UNA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL ACTO DEL LEGISLADOR</b>	
<i>Bernardita Pérez Restrepo</i> .....	191
<b>LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN MATERIA DE SEGUROS</b>	
<i>Luis Alberto Botero Gutiérrez</i> .....	209
<b>EL SEGURO OBLIGATORIO</b>	
<i>Julio Cesar Yépes Restrepo</i> .....	219
<b>JURISPRUDENCIA</b>	
<i>Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia</i> .....	237
<b>Responsabilidad Civil y del Estado N° 3</b> .....	251
<b>RESPONSABILIDAD POR ACTOS DE PUBLICIDAD COMERCIAL DESLEAL</b>	
<i>Andrés Orión Álvarez P.</i> .....	253
<b>RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN</b>	
<i>Diana Lucía Barrientos Gómez</i> .....	281
<b>DE LA RESPONSABILIDAD BANCARIA CON OCASIÓN DE ALGUNAS OPERACIONES ACTIVAS Y PASIVAS</b>	
<i>Jesús Llano Ramírez</i> .....	299
<b>LOS DAÑOS EN UNA ECONOMÍA DE MERCADO</b>	
<i>Jorge Mosset Iturraspe</i> .....	335

<b>SOBRE LA SENTENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE MARZO DE 1993: UN REPERTORIO DE CUESTIONES DE RESPONSABILIDAD MÉDICA</b>	
<i>Ricardo de Ángel Yagüez</i> .....	351
<b>Responsabilidad Civil y del Estado N° 4</b> .....	385
<b>LIMITES ESTABLECIDOS POR LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA EN ALGUNOS CASOS DE INDEMNIZACIÓN</b>	
<i>Gilberto Martínez Rave</i> .....	387
<b>RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS EN LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA</b>	
<i>Ricardo de Ángel Yágüez</i> .....	407
<b>PARALELO ENTRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA SEGURIDAD SOCIAL</b>	
<i>Carlos Alberto Ghersi</i> .....	477
<b>LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS Y SU ASEGURAMIENTO</b>	
<i>Javier Tamayo Jaramillo</i> .....	485
<b>Responsabilidad Civil y del Estado N° 5</b> .....	569
<b>LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS EN LA ACCIÓN DE TUTELA</b>	
<i>Gilberto Martínez Rave</i> .....	571
<b>INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS A VÍCTIMAS DE VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS</b>	
<i>Saúl Uribe García</i> .....	585
<b>APUNTES ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD DE LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACIÓN</b>	
<i>David Andrés Halperín</i> .....	601

<b>RESPONSABILIDAD MÉDICA. RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y FACTORES DE ATRIBUCIÓN. CARGA PROBATORIA.</b>	
<i>Celia Weingarten</i> .....	619
<b>LA PRUEBA EN EL CONTRATO DE SEGURO</b>	
<i>Abel Augusto Zamorano</i> .....	635
<b>Responsabilidad Civil y del Estado N°6</b> .....	683
<b>ASPECTOS JURÍDICOS DE LA HISTORIA CLÍNICA</b>	
<i>Piedad Lucía Bolívar G.</i> .....	685
<b>RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL ANÁLISIS COMPARATIVO DEL PROBLEMA EN EL COMMON LAW (TORST) Y EN EL CIVIL LAW</b>	
<i>Aída Kemmelmajer de Carlucci</i> .....	701
<b>DAÑO AL PROYECTO DE VIDA</b>	
<i>Carlos Fernández Sessarego</i> .....	729
<b>LA RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES ESTATALES EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS MÉDICOS Y LAS PARTICULARIDADES QUE PUEDE PRESENTAR ESTE RÉGIMEN EN EL CAMPO DE LA GINECOLOGÍA Y LA OBSTETRICIA</b>	
<i>Daniel Suárez Hernández</i> .....	779
<b>Responsabilidad Civil y del Estado N°7</b> .....	799
<b>REFLEXIONES RESPECTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD</b>	
<i>Mateo Peláez García</i> .....	801

**GARANTÍAS LEGALES: UNA APROXIMACIÓN AL ANÁLISIS ECONÓMICO  
COMPARATIVO DE LA INSTITUCIÓN EN EL MARCO DE LA  
INTEGRACIÓN REGIONAL**

*Hugo A. Acciarri*.....819

**EL VALOR ECONÓMICO DE LA CONFIANZA PARA EMPRESAS Y  
CONSUMIDORES**

*Celia Weingarten*.....849

**BALANCE JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO DE ESTADO EN MATERIA DE  
RESPONSABILIDAD A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991**

*Ricardo Hoyos Duque*.....871





## EDITORIAL

### VEINTE AÑOS DE LA REVISTA “RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO”

Hace veinte años, en mayo de 1995, se publicó el primer número de la Revista “Responsabilidad Civil y del Estado”, fecha para la cual ya tenía dos años de creado el Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, hoy Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado, IARCE, cuyos fundadores fueron los doctores Javier Tamayo Jaramillo, Gilberto Martínez Rave (+), Enrique Gil Botero, María Patricia Castaño, Ricardo Hoyos Duque, Julio César Yepes Restrepo, Luis Alberto Botero Gutiérrez, Diana Lucía Barrientos y Andrés Orión Álvarez Pérez. Hoy, en 2015, somos 38 miembros activos y 52 miembros adjuntos.

Pues bien, ha decidido la Asamblea del IARCE, precisamente a raíz de los veinte años de surgimiento de la Revista, conmemorar este acontecimiento con la reimpresión, en edición de lujo, de todas las revistas, teniendo en cuenta que constituye un material académico y referente histórico de gran valor, además de estar agotado en el mercado, pues entre los 700 y 1000 ejemplares que se publican de cada número, sólo queda en las librerías del país los dos últimos números, para esta fecha las Revistas 34 y 35. Esto nos brinda la oportunidad a los estudiosos de la responsabilidad civil y el derecho de daños, de “recuperar” este valioso material, ya inexistente.

En sus inicios, y tal vez con una apuesta que generaba más dudas que certidumbre, se planeó su publicación anual, con el escepticismo que producen los nuevos proyectos. Pero poco a poco se fue consolidando como un referente académico regional y nacional, a tal punto que las directivas tomaron la decisión de modificar su frecuencia para pasar acertadamente de una publicación anual, a una semestral, como se mantiene hasta estos días.

En aquella época, en la nota de presentación del primer número de la Revista, el Presidente del Instituto, Dr. Gilberto Martínez Rave, expresó:

“Se ha considerado que un instrumento importante para promocionar e impulsar el conocimiento y estudio de estas disciplinas es la revista RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO, que anualmente publicará el Instituto, como su órgano oficial de difusión. Circulará a nivel nacional y con canje e intercambio internacional. En ella se incluirán los diferentes trabajos que los componentes del

Instituto presentan en sus reuniones de estudio para ser conocidos, estudiados y controvertidos por los demás miembros de la Institución.

También publicará artículos no solo de sus miembros sino de otras personas colombianas o extranjeras interesadas en hacer conocer sus puntos de vista sobre las disciplinas relacionadas con la responsabilidad de las personas o instituciones públicas o privadas.

Entregamos hoy a la comunidad estudiosa del país el primer número de la revista que, por su contenido, estamos seguros convocará a muchos profesionales al análisis y estudio de sus diferentes artículos.”

Palabras premonitorias que marcaron el rumbo del producto académico que hoy tenemos, con veinte años de maduración, de crecimiento, de formación, y sobre todo de gran aporte a la comunidad académica del país en estos temas del derecho de daños, al consolidarse como la única publicación periódica e ininterrumpida en la materia actualmente vigente en el país.

Acudo a las palabras del Dr. Maximiliano Aramburo Calle, soporte académico y editorial de la publicación, al referirse recientemente a la revista:

“Responsabilidad Civil y del Estado nació casi simultáneamente con el Instituto, como la materialización del sueño de un grupo de profesionales entusiastas que buscaban un espacio para la divulgación de sus escritos y reflexiones sobre la responsabilidad civil y su aseguramiento. Casi dos décadas después, cuando los jóvenes profesionales de entonces han llegado a las más altas dignidades en la Rama Judicial, la academia y el ejercicio profesional, nadie puede ignorar el exigente panorama de instituciones como la que nos agrupa: la excelencia se ha convertido en un imperativo, en un escenario en el que las profesiones jurídicas cada vez reciben más capital humano, ávido de conocimiento cualificado. Desde que se publicó por primera vez la revista, el número de facultades de derecho se ha multiplicado varias veces y, con ellas, se ha incrementado notablemente la cantidad de juristas que reclaman formación e información en las distintas especialidades. En ese período se han creado en varias ciudades del país diferentes posgrados que tienen por principal objeto de estudio de la responsabilidad y su aseguramiento, muchas de ellas, incluso, con el acompañamiento directo del IARCE o de sus miembros.”

Aparte de destacar la vinculación a la revista de las más altas dignidades de la Rama Judicial, y de los más connotados representantes de la academia nacional

como lo refiere el Doctor Aramburo, es pertinente hacer énfasis en la vinculación de los tratadistas más representativos del mundo en estas disciplinas, bien en los diversos foros, o con artículos publicados en la revista, entre los que destacamos a Christian Lanhstein de Alemania; Aída Kemelmajer de Carlucci, Atilio Aníbal Alterini, Carlos Alberto Gherzi, Celia Weingarten, Daniel Ramón Pizarro, Diego M. Papayannis, Hugo A. Acciarri, Jorge Mosset Iturraspe, Ricardo Lorenzetti, Roberto Vásquez Ferreyra, Waldo Augusto Sobrino, de Argentina; Jane Stapleton, de Australia; Carlos Pizarro Wilson, Carmen Domínguez Hidalgo, Hernán Corral Talciani, Hugo Cárdenas Villarreal, Mauricio Tapia Rodríguez, de Chile; Eugenio Llamas Pombo, Josep Aguiló, Juan Antonio García Amado, Luis Medina Alcoz, Luis Prieto Sanchís, Mariano Yzquierdo Tolsada, Marina Gascón Abellán, Miquel Martín-Casals, Oriol Mir Puigpelat, Pablo Salvador Coderch, Pilar Gutiérrez, Ricardo de Ángel Yagüez, de España; Jules Coleman, de Estados Unidos; Abel Augusto Zamorano, de Panamá; Christian Larroumet, François Chabas, Philippe Le Tourneau, de Francia; Carlos Fernández Sessarego, Fernando de Trazegnies, Manuel De La Puente y Lavalle, de Perú; entre otros doctrinantes, lo que nos llena de orgullo al tener la oportunidad de contar con su vinculación, bien como conferencistas, o como doctrinantes mediante sus escritos, tratándose sin duda de los más connotados profesionales en el mundo del derecho de daños.

Este es pues el aporte que ha realizado el Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado, IARCE, a través de su revista RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO, durante sus veinte años de circulación continua y sin interrupciones, lo cual nos compromete con el rigor y la seriedad hacia el logro de obtener los mejores estándares de calidad en la publicación, para lo cual estamos trabajando sin pausa y con un marcado interés y compromiso en lograrlo.

Hoy presentamos un material ya conocido, en un formato nuevo, para ponerlo al alcance de todos. En estos años, nuevas facultades de derecho se han fundado y se han graduado numerosas cohortes de posgrados en responsabilidad civil y del Estado. Ofrecer esta colección de la revista, entonces, no sólo es un homenaje a los autores que nos han acompañado en este propósito y un hito en la historia de la publicación, sino también una muestra de respeto a nuestro propio pasado y un compromiso con los juristas de hoy y de mañana, para que juntos sigamos aportando al estudio de nuestra disciplina y a la construcción de una dogmática cada vez más sólida.

Esperamos entonces que la recuperación de este valioso material doctrinario a través de su reimpresión en formato de lujo, continúe aportando a la doctrina

y en general al debate académico del país en estos temas. Estamos seguros de que la reconstrucción histórica es de gran ayuda para desentrañar la evolución, dinámica y avances de los que hemos sido testigos en estos veinte años.

**Andrés Orión Álvarez Pérez**

**Presidente IARCE**





## Responsabilidad Civil y del Estado N° 1

# Responsabilidad Civil y del Estado

No. 1  
Mayo de 1995

### Presentación.

Gilberto Martínez Rave

### Límites de la responsabilidad sin culpa.

Javier Tamayo Jaramillo.

### La falla del servicio en el campo médico y hospitalario.

Enrique Gil Botero.

### Acción de tutela e indemnización de perjuicios.

Ricardo Hoyos Duque

### La intervención de una entidad estatal como tercero dentro del proceso penal.

Mauricio Patiño Mariaca

### Problemática suscitada por la expedición de la ley 6ª de 1991

María Patricia Castaño de Restrepo







# PRESENTACIÓN

EL INSTITUTO ANTIOQUEÑO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO, es una corporación sin ánimo de lucro, con personería jurídica reconocida por la Gobernación de Antioquia, conformada por un grupo de profesionales del derecho cuya actividad primordial es el estudio y ejercicio de la responsabilidad en sus diferentes manifestaciones.

La importancia que está adquiriendo la responsabilidad civil dentro del campo del derecho, no solo a nivel mundial sino a nivel nacional, ha impulsado a este grupo de distinguidos profesionales del foro antioqueño, a organizar una institución que se encargue de promover y agitar en el medio profesional colombiano, la temática de la responsabilidad.

La moderna orientación del derecho que pretende fundamentar el concepto de responsabilidad en el elemento daño, variando la tendencia tradicional de manejarlo en relación con el elemento culpa del causante, implica una modificación sustancial en la forma como se ha venido manejando en el derecho colombiano.

La inclusión en la Constitución de 1991 de conceptos como responsabilidad objetiva, la solidaridad, garantía por parte del Estado de los derechos reconocidos en la Constitución como la vida, la integridad personal y los bienes, se unen a la tendencia mundial de favorecer o mejorar la situación procesal y jurídica de la víctima y de los perjudicados, con un hecho dañoso.

Ahora la responsabilidad civil no es una sanción que tenga como fundamento la voluntariedad o culpa del causante. Ahora es un conflicto económico que hace necesario definir si es el patrimonio del causante o el patrimonio del perjudicado el que debe cargar con las consecuencias dañinas y económicas del hecho. Por eso muchos tratadistas internacionales pretenden que no se siga manejando el concepto de responsabilidad civil sino el de derecho de daños ya que el elemento fundamental de la acción es el daño y no la conducta del causante.

Esos nuevos enfoques originan posiciones encontradas, tesis distintas, decisiones opuestas, que justifican un estudio y análisis detenido y profundo de la actualidad de la responsabilidad civil y de Estado en Colombia. Esas discusiones, análisis y estudios son los que han ocasionado la conformación del INSTITUTO ANTIOQUEÑO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO.

Su objetivo principal es el de hacer conocer esa disciplina, de promocionar su estudio en facultades, academias y demás instituciones, de organizar congresos nacionales e internacionales que traten la responsabilidad en cualquiera de sus manifestaciones, de orientar seminarios o cursos que profundicen sobre las diferentes disciplinas que se relacionen con la responsabilidad, incluyendo la profesional en las diferentes disciplinas, como la Medicina, el Derecho, la Ingeniería, etc.

Se ha considerado que un instrumento importante para promocionar e impulsar el conocimiento y estudio de estas disciplinas es la revista RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO, que anualmente publicará el Instituto, como su órgano oficial de difusión. Circulará a nivel nacional y con canje e intercambio internacional. En ella se incluirán los diferentes trabajos que los componentes del Instituto presentan en sus reuniones de estudio para ser conocidos, estudiados y controvertidos por los demás componentes de la Institución.

También publicará artículos no solo de sus miembros sino de otras personas colombianas o extranjeras interesadas en hacer conocer sus puntos de vista sobre las disciplinas relacionadas con la responsabilidad de las personas o instituciones públicas o privadas. El comité de redacción se encargará de seleccionar y aprobar los artículos, escritos o comentarios que deben ser publicados.

Entregamos hoy a la comunidad estudiosa del país el primer número de la revista que, por su contenido, estamos seguros convocará a muchos profesionales al análisis y estudio de sus diferentes artículos.

Esperamos encontrar en el ámbito judicial y profesional colombiano una respuesta positiva a este esfuerzo publicitario para que el Instituto pueda cumplir así sus objetivos.

Medellín, marzo 30 de 1995

**Gilberto Martínez Rave**

**Presidente**

# LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD SIN CULPA

**Javier Tamayo Jaramillo<sup>1</sup>**

## **CONTENIDO:**

1. Planteamiento del problema
2. Nuevas instituciones de responsabilidad objetiva
3. Responsabilidad por el hecho propio
4. Responsabilidad por el hecho ajeno. Casos donde la culpa debe seguir siendo fundamento de la responsabilidad
5. Opiniones doctrinales
6. Limitaciones de tipo económico
7. Aceptación de riesgos
8. Limitaciones provenientes del ejercicio del derecho
9. Limitaciones en materia contractual
10. Limitaciones de tipo lógico
11. Responsabilidad por productos
12. Conclusión

19

## **1. Planteamiento del problema**

Algunos autores y Tribunales continúan aferrados a la idea de que toda responsabilidad civil se fundamenta en la culpa, para lo cual deben hacer esfuerzos desesperados que los llevan a vaciar de contenido el concepto mismo de culpa. De otro lado, desde el siglo pasado, pero sobre todo, en las últimas décadas, una enorme corriente doctrinal viene propugnando por la generalización de la responsabilidad objetiva y, en consecuencia, arremetiendo contra la culpa como elemento esencial de la responsabilidad civil.

---

<sup>1</sup> Magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Miembro del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado.

Es innegable que la responsabilidad civil objetiva ha ido ganando terreno día a día, todo ello a costa de la responsabilidad con culpa. El problema pues, no consiste ya en decidir si toda la responsabilidad se fundamenta o no en la culpa, sino hasta qué punto el concepto mismo de culpa es imprescindible en algunos casos de responsabilidad. Dicho de otra manera: ¿qué límites lógicos y prácticos tiene el legislador para hacer que absolutamente toda la responsabilidad civil sea objetiva? Imaginemos un legislador que tome la decisión de objetivar hasta donde sea posible la responsabilidad civil. A nosotros nos corresponde en estas páginas, marcar esos límites.

Se trata de plantear la discusión sobre un plano radicalmente distinto del que hasta la fecha se ha utilizado. En efecto, tradicionalmente la discusión entre partidarios de la culpa y los enemigos de la misma se ha centrado en aspectos de tipo ético o axiológico. Este modo de ver el problema ya carece de sentido pues, de hecho, todos los ordenamientos jurídicos consagran instituciones de responsabilidad con culpa e instituciones de responsabilidad objetiva. De lo que se trata es de hacer el esfuerzo intelectual de pulsar al máximo la entidad de la responsabilidad objetiva, pues sus partidarios hablan de ella, creando la sensación de que la culpa es un elemento estorbo absolutamente en todas las instituciones de la responsabilidad civil.

20

Pero antes de abordar el tema, conviene evitar una confusión a la que parecerían llegar los que, más con el corazón que con la razón, pretenden objetivar toda la responsabilidad civil.

En efecto, no podemos identificar los sistemas de seguridad o de solidaridad social que buscan reparar los daños sufridos por las personas, mediante la intervención estatal, con el sistema de la responsabilidad civil objetiva.<sup>2</sup> Mientras que en la primera hipótesis, la idea de responsabilidad desaparece por completo, puesto que la sociedad distribuye entre ella los costos de algunos daños, sin mirar en el agente ni en la causa del daño, en la responsabilidad civil, el centro de imputación son los individuos causantes de los daños, así la responsabilidad sea objetiva, y así el responsable esté protegido por un seguro.

Así, por ejemplo, en algunos países se han establecido fondos de garantías para indemnizar a las víctimas de terrorismo, lo que no quiere decir que con ello se haya establecido un régimen de responsabilidad objetiva del Estado. Son la solidaridad y la seguridad social las que entran en acción para proteger a las

2 Sobre esta distinción, ver TUNC, André. *La responsabilité civile*. Économica Paris, 1981, N° 20 y ss.

víctimas. En cambio, las víctimas que valiéndose de la responsabilidad civil pretendan una indemnización de los actos del terrorismo, necesariamente requieren de una decisión judicial que declare responsable al agente causante de los daños. Curiosamente esta doble reparación del daño parece instaurarse en Colombia, pues no sólo existe el fondo de garantías, sino que el Consejo de Estado acaba de aceptar que la doctrina de la responsabilidad civil por el daño especial se aplique a las víctimas de los actos de terrorismo que tengan como destinatario al Estado.

Esta aclaración es importante ya que nadie se opone al ideal de que la sociedad, a través del Estado, indemnice a las víctimas. Este es un ideal de toda sociedad, que siempre y cuando sea costeable, debe constituirse en política social. Pero el hecho de que un país llegue a esta solución, óptima, no significa que, con ella se haya instaurado un régimen de responsabilidad objetiva, pues, como se ha dicho, se trata de dos sistemas por entero diferentes. El objetivo de esta exposición, pues, hace caso omiso de esa especie de seguridad social, y se circunscribe al análisis de la responsabilidad civil objetiva que tiene como obligado a la reparación, al causante del daño.

Hecha esta aclaración, pasemos al plan de nuestra exposición. En primer lugar, trataremos de demostrar cuáles instituciones de la responsabilidad civil pueden tornarse objetivas, pese a que actualmente se fundan en la culpa. (Sección I). Posteriormente veremos cuales deben permanecer ligadas a éste último elemento. (Sección II).

## **SECCIÓN I**

### **Nuevas instituciones de responsabilidad objetiva**

2. En la actualidad hay algunas instituciones de la responsabilidad civil que se siguen fundamentando en la culpa. Sin embargo, nada impide, desde el punto de vista lógico, que el legislador las convierta en responsabilidades objetivas. Veamos algunas de ellas.

### **3. Responsabilidad por el hecho propio**

En general, toda la responsabilidad directa por el hecho propio descansa en el fundamento de la culpa probada, según se desprende de lo establecido por el art. 2341 del C.C. En ese orden de ideas, la responsabilidad extracontractual de

los médicos, la de los periodistas, la de los comerciantes, etc., no puede comprometerse mientras no haya una culpa comprobada de su parte.

Sin embargo, creemos que nada impediría institucionalizar una responsabilidad civil objetiva para aquellos casos en que el agente físicamente destruye o deteriora cosas o atenta contra la integridad física de una persona. Es decir, todos los daños físicos, bien sea materiales o corporales, podrían ser indemnizados sin necesidad de exigir una culpa probada por parte del demandado. Este principio sólo tendría como excepciones los daños extracontractuales imputables a la actividad médica o a la actividad deportiva (INFRA N° 7).

En cambio, y según veremos más adelante (INFRA N° 8) en aquellos casos en que el agente causa un daño económico o moral, pero sin que físicamente afecte personas o cosas, la responsabilidad por el hecho propio necesariamente deberá seguir fundamentándose en la culpa probada del agente.

#### 4. Responsabilidad por el hecho ajeno

En la responsabilidad civil de los padres por el hecho de los hijos menores que habitan la misma casa, casi todas las legislaciones establecen una presunción de culpa en contra del civilmente responsable, quien podrá desvirtuar la presunción que pesa en su contra, demostrando buena vigilancia y buena educación del menor.<sup>3</sup>

En cuanto a la responsabilidad de los patronos por el hecho de sus dependientes, unas veces, como en el derecho francés, se establece una responsabilidad objetiva en contra de los patronos, ya que una vez demostrado el hecho ilícito del dependiente en el ejercicio de sus funciones, el patrono deberá responder, y nada lo libera de su responsabilidad. En otros derechos como el colombiano, también el patrono puede demostrar ausencia de culpa en caso de daños causados por sus dependientes en el ejercicio de sus funciones (art. 2347 del C.C.).

En nuestro concepto, no solamente es posible sino también deseable que el legislador establezca una responsabilidad objetiva en contra de todas las personas que tienen que responder por los actos ilícitos de otras que están a su cuidado. Así las cosas, establecido que el hijo, el pupilo, el aprendiz, el dependiente, etc., causaron un daño ilícito mientras estaban al cuidado de la persona que por ellos debe responder, esta persona civilmente responsable no tendría forma de exone-

3 WEILL et JERRE, *Droit civil, les obligations* 3ª ed. Ed. Dalloz París, 1980 N° 658; TAMAYO JARAMILLO, Javier. *La responsabilidad civil*. Ed. Temis. Bogotá, 1983. Tomo I. N° 11

rarse, es decir, su responsabilidad no descansaría en una presunción de culpa de ese civilmente responsable, pues se trataría de una responsabilidad puramente objetiva.

## SECCIÓN II

### Casos donde la culpa debe seguir siendo Fundamento de la responsabilidad

#### 5. Opiniones doctrinales

Pero la responsabilidad civil objetiva tiene sus límites. Ella no puede dar cuenta absoluta de todos los daños que una persona cause a otra. Unas veces tiene limitaciones de tipo económico, otras, de tipo axiológico y otras, de tipo lógico. En esas hipótesis que veremos a continuación, la culpa sigue siendo elemento necesario de la responsabilidad civil, bien sea por una necesidad práctica, bien sea por una necesidad teórica.

Aún los autores que han marchado a la vanguardia de las responsabilidades objetivas admiten que bajo ciertos parámetros la culpa debe continuar rigiendo algunas hipótesis de responsabilidad civil.

Así, por ejemplo, René Savatier, luego de sentar el principio general<sup>4</sup> según el cual tenemos el deber general de no causar daño a otro, afirma que en algunos casos excepcionales los individuos tienen el derecho de dañar a otro, sin que por ello tengan que pagar indemnización alguna.<sup>5</sup> En estas hipótesis, sólo el comportamiento culposo generaría la responsabilidad del agente causante del daño. Más adelante veremos cuáles son las hipótesis planteadas por este autor.

De su lado, Boris Starck, autor de la conocida teoría de la garantía, afirma que en caso de daños de naturaleza puramente económica o moral, independientes de todo atentado corporal o material, la culpa debe seguir siendo el eje de la responsabilidad civil. Por el contrario, en aquellos casos en que haya deterioro físico de personas o de cosas por parte del agente, la responsabilidad será objetiva, pues el Estado debe garantizar el derecho que los individuos tienen sobre esos bienes.<sup>6</sup>

4 SAVATIER, *Traite de la responsabilite civile*. 2ª ed. L.G.D.T. París, 1951, Tomo I, N° 35.

5 *Ibidem*. Tomo I N° 36.

6 STARCK, Boris. *Droit Civil, les obligations*. Lib. Techniques. París 1972. N° 57 y ss.



Por otra parte, André Tunc, cuya animadversión a la culpa como elemento de la responsabilidad civil es manifiesta, termina por aceptar que los atentados a los intereses económicos, a los intereses morales y a los intereses de los consumidores, deben seguir estando sometidos al imperio de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil.<sup>7</sup>

Otros autores contemporáneos, bajo argumentos de diversa índole, y pese a su orientación objetivista, advierten que la culpa sigue gobernando algunas esferas de la responsabilidad civil. Tal es la opinión de Geneive Viney<sup>8</sup> y de Patrice Jourdain.<sup>9</sup>

Algunos de los autores mencionados explican en mayor o menor medida las hipótesis dentro de las cuales la culpa debe seguir imperando. Sin embargo, no siempre se enumeran todos los casos que deben regirse por la culpa, o la justificación teórica no es satisfactoria. A continuación trataremos de demostrar cómo la responsabilidad objetiva tiene límites de tipo económico, de tipo filosófico – jurídico y de tipo lógico.

## 6. Limitaciones de tipo económico

A lo largo del presente siglo, las responsabilidades objetivas se han ido multiplicando gracias al mecanismo del seguro, bien sea de responsabilidad civil, bien sea de accidentes. Básicamente, este desarrollo se ha producido en la responsabilidad por el hecho de las cosas o de las actividades peligrosas.

La mayoría de los autores<sup>10</sup> admite que si no fuera por el mecanismo del seguro, las responsabilidades objetivas carecerían de sentido, ya que un daño puramente accidental podría dejar en la ruina económica y moral al agente. Lamentablemente, en algunos ordenamientos jurídicos, como el colombiano, la jurisprudencia ha institucionalizado la responsabilidad por actividades peligrosas o por el hecho de las cosas, sin que exista de por medio un seguro obligatorio. En esta forma, a menudo, vemos personas de escasos recursos enfrentar cuantiosas condenas por daños causados con vehículos automotores, pese a que no ha habido culpa de su parte en la producción del daño.

7 TUNC, André. Ob. Cit. N° 186

8 VINEY, Geneive. Traite de droit civil L.G.D.J. París, 1982, Tomo IV, N° 60

9 JOURDAIN, Patrice. Les principes de la responsabilite civile. Ed. Dalloz, París, 1992, pág. 17

10 TUNC, André. Ob. Cit. N° 175

En la actualidad, algunos autores, entre ellos Guido Calabressi<sup>11</sup> y André Tunc,<sup>12</sup> han mostrado como en el desarrollo de la responsabilidad civil objetiva va necesariamente ligado a factores de tipo económico razón por la cual mientras no haya mecanismos de socialización de los riesgos, algunos de estos deberán seguir rigiéndose por el criterio de la culpa.

Ahora, en su soberanía el legislador a 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 práctico 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 objetivización.

## 7. Aceptación de riesgos

Desde el punto de vista estrictamente lógico, el legislador podría establecer una responsabilidad objetiva en caso de daños por actividades médicas y deportivas. Sin embargo, ello significaría prácticamente la desaparición de ambas actividades, pues es de su esencia la producción de daños a terceros.

Ahora, es innegable que en el desarrollo actual de la sociedad ambas actividades están permitidas en virtud de la denominada aceptación de riesgos y, en consecuencia, las víctimas de los daños causados por quienes las ejercitan carecen de una acción en responsabilidad, a menos que haya una culpa comprobada del agente causante del daño.<sup>13</sup> En efecto, es impensable que el médico responda objetivamente por los riesgos terapéuticos inherentes a la actividad médica. De igual manera es impensable que el deportista que, cumpliendo las reglas de su disciplina, cause un daño a su rival, responda civilmente.

En consecuencia, en materia médica y deportiva la culpa sigue siendo elemento estructural de la responsabilidad civil.

---

11 CALABRESSI, Guido. El costo de los accidentes. Ed. Ariel. 1984

12 TUNC, André. Ob. Cit. N° 170

13 STARCK, Boris. Ob. Cit. N° 60

## 8. Limitaciones provenientes del ejercicio de un derecho

Ya hemos dicho (Supra N° 5) que para Savatier y para Starck hay ciertas hipótesis donde el agente no es responsable de los daños que cause en el ejercicio de un derecho.

En ese sentido, Savatier justifica los daños producidos en el ejercicio de la competencia comercial, en los derechos de defensa, en los derechos de promiscuidad y en los derechos de libertad de expresión.<sup>14</sup> Todo ello con fundamento en la equidad.

Lamentablemente, este autor no da una explicación satisfactoria de sus conclusiones.

De su lado, Starck, al exponer su teoría de la garantía, expresa que en la responsabilidad civil existe un conflicto de derechos. Por una parte está el derecho de actuar y por la otra está el derecho a la seguridad.

Con base en el derecho de actuar estamos legitimados para causarle daño a los demás, a condición de que no atentemos contra su integridad personal o contra la integridad de sus bienes. En este caso, el agente sólo sería responsable si el daño se hubiere causado con culpa.

26

Por el contrario, según Starck, en el ejercicio del derecho a la seguridad, estamos legitimados para reclamar indemnización, independientemente de toda culpa del agente, en caso de atentados a la integridad personal o a la de nuestros bienes. En este caso estamos ante una responsabilidad puramente objetiva.

Al respecto, el citado autor expresa:

*“Así se diseña la gran división de los daños sobre la cual descansa la teoría de la garantía”. De una parte los daños corporales y materiales, que son garantizados objetivamente, sin que se exija la prueba de la culpa del responsable. De otra parte, los daños de naturaleza puramente económica o moral, independientes de todo atentado corporal o material, que no son garantizados, en principio porque ellos son la consecuencia normal, incluso necesaria, del ejercicio del derecho de actuar y de dañar que posee el autor del daño.<sup>15</sup>*

Aunque, de hecho la práctica jurisprudencial llega a soluciones más o menos similares a las propuestas por Starck, lo cierto es que su justificación filosófico – jurídica no es del todo satisfactoria. Veamos por qué.

<sup>14</sup> SAVATIER, René. Ob. Cit. T.I. N° 37

<sup>15</sup> STARCK, Boris. Ob. Cit. N° 68

En primer lugar, no vemos por qué razón el derecho a la seguridad sólo esté referido a la protección de las personas y de las cosas, cuando el argumento sería igualmente válido en el caso de los derechos morales y económicos. De otro lado es claro que los daños que causamos a las personas o a las cosas se producen también en el ejercicio de nuestro derecho de actuar, en cuyo caso Starck debería admitir que tampoco en estos casos la responsabilidad podría ser objetiva.

Por otra parte, Starck afirma que la responsabilidad objetiva es aplicable cada vez que haya daños materiales o corporales. Y que por el contrario, la responsabilidad con culpa es fundamental cuando no proviniendo el daño del ejercicio de un derecho, sólo haya daños morales o económicos.

Sin embargo, estos dos argumentos no son del todo exactos.

En efecto, hay algunos casos de daños puramente económicos o morales, donde no hay destrucción de personas ni de cosas, y sin embargo, la culpa no es elemento fundamental de la responsabilidad. Es lo que ocurre por ejemplo en la responsabilidad por perturbaciones del vecindario. En estos casos, el dueño de un predio puede ver disminuido el valor de éste como consecuencia de la instalación de una industria contaminante a su lado. En tales circunstancias, hay una responsabilidad objetiva por un perjuicio puramente económico (disminución del valor del predio), son que se afecte físicamente el bien.

En consecuencia podemos afirmar que la teoría de Starck no es válida cuando los perjuicios morales o económicos, que no conllevan a la destrucción de un bien o de una persona, se producen con cosas.

En cambio, puede presentarse el caso de daños materiales o corporales donde no se aplica la teoría de la garantía propuesta por Starck, en cuyo caso la justificación de su teoría sería inexacta. Piénsese por ejemplo en el caso del comerciante que como consecuencia de la ruina económica derivada de la competencia de otro comerciante, sufre una grave depresión que arruina cultivos de su propiedad y que finalmente lo lleva al suicidio. En este caso hay perjuicios materiales y corporales, y sin embargo no puede haber responsabilidad objetivo como lo pregonaría Starck.

Sin embargo, Starck entrevé la solución del problema así no alcance a vislumbrarla totalmente. Creemos que debe hacerse algunos correctivos.

En efecto, creemos que lo importante no es tanto el bien sobre el cual recae el daño, como lo propone Starck, sino más bien la naturaleza del derecho que al

ser ejercido produce un daño de cualquier naturaleza, pero donde el cuerpo del agente no hace contacto físico con los bienes o la integridad personal de otro individuo.

Así las cosas, cuando en el ejercicio de su libertad, el hombre al actuar causa un daño sin que su cuerpo destruya o deteriore físicamente los bienes o la integridad física de otro individuo, la responsabilidad se funda necesariamente en la culpa. Es decir, mientras su cuerpo no haga contacto físico con los bienes de otro, la responsabilidad exige la culpa. Mientras Starck afirma que la responsabilidad objetiva basada en la teoría de la garantía no se aplica cuando los daños sean de naturaleza moral o económica, nosotros consideramos que es el hecho de que la víctima no lesione física o personalmente, en el ejercicio del derecho de actuar, la persona o los bienes de la víctima, lo que hace que la culpa sea elemento indispensable de la responsabilidad en esos casos. Poco importa que al ejercerse estos derechos se causen daños materiales o corporales. Lo que sucede, y es allí donde puede surgir la confusión de Starck, es que cuando no hay contacto físico del agente con el bien de la víctima, lo que se puede presentar inicialmente es un daño puramente moral o económico, del cual se pueden derivar daños materiales o corporales según lo vimos en el ejemplo planteado. En este caso, el ejercicio del derecho de actuar causa dos daños: uno material o corporal y otro puramente moral o económico. Según la teoría de Starck, mientras un daño debería fundamentarse en la responsabilidad objetiva, el otro necesariamente se fundamentaría en la culpa. Sin embargo, la realidad nos enseña que en ambos daños se exige la culpa del agente dada la naturaleza del derecho ejercido y el hecho de que el agente no haya hecho contacto físico con los bienes de la víctima.

En consecuencia, no es tanto la naturaleza del daño lo que exige la culpa, como lo plantea Starck sino el hecho de que el demandado en el ejercicio de su derecho de actuar no haga contacto físico con los bienes o la persona de la víctima.

Esta solución tiene su fundamento en un argumento de tipo filosófico – político.

En efecto, la función del Estado y del derecho consiste en brindar a los individuos el máximo posible de espacios de libertad. En ese orden de ideas, el Estado garantiza el ejercicio de nuestra propia existencia y el ejercicio de nuestro derecho de libertad. Ahora, la práctica social muestra que, bajo determinadas circunstancias, el Estado, sin que se afecte mayormente el ejercicio de esos derechos,

establece una responsabilidad objetiva por atentados físicos contra las personas o las cosas. Cuantitativamente, esos espacios de libertad no se restringen en forma notoria al consagrarse esta responsabilidad objetiva.

En cambio, en caso de daños puramente económicos y morales donde el agente no entra en contacto físico con las personas o las cosas, el Estado no puede establecer una responsabilidad objetiva porque la restricción de las libertades y de la existencia serían de tal magnitud, que la vida misma perdería su razón de ser. No solamente en el campo económico, sino en todas las esferas de la vida humana, los individuos compiten por el simple hecho de existir, y en esa competencia siempre habrá ganadores y perdedores. Si estos últimos pudiesen reclamar indemnización a los primeros que no actuaron culposamente, la vida se aniquilaría a sí misma.

En consecuencia, no se trata de un conflicto entre el derecho a la seguridad y el derecho a actuar como lo plantea Starck. Se trata de una solución eminentemente pragmática que le permite al Estado brindar a sus súbditos la mayoría de derechos posibles.

Así las cosas, todos tenemos derecho a usar nuestra libertad de existir, mientras que en ejercicio de dicha libertad no destruyamos físicamente los bienes o la integridad de los demás. Si en el ejercicio de dicha libertad causamos daño, no habrá responsabilidad de nuestra parte, a menos que actuemos culposamente.

De acuerdo con este postulado, podemos analizar algunas hipótesis donde se ve con claridad que la culpa sigue siendo elemento esencial de la responsabilidad civil.

En primer lugar, en la competencia económica y en general en todas las competencias entre los individuos, todos tenemos derecho a causar daño a los demás competidores, a condición de que actuemos lealmente.<sup>16</sup> Si el legislador estableciese una responsabilidad de tipo objetivo en esta clase de actividades, la economía liberal y en general las actividades humanas serían completamente impracticables.

En segundo lugar, todos tenemos derecho a expresar nuestro pensamiento y divulgar noticias que sean ciertas. Si en el ejercicio de este derecho causamos daño a terceros, estos no tendrán derecho a indemnización alguna, a menos que en el ejercicio de ese derecho hayamos actuado culposamente.<sup>17</sup> En efecto, si

16 STARCK, Boris. Ob. Cit. N° 72

17 Ibídem. N° 72

un periodista publica una información cierta sobre la existencia de un delito, el delincuente que se ve perjudicado con dicha información no podrá reclamar indemnización alguna por parte de la persona que suministró la información. Sólo cuando se suministre informaciones falsas, o se suministre informaciones ciertas con la única intención de perjudicar a un tercero, habrá responsabilidad del informador. Pero en tales circunstancias la responsabilidad será culposa.

También exige culpa la responsabilidad por acudir a las vías judiciales en contra de un tercero. En efecto, todos tenemos el derecho de acción, de acuerdo con el cual podemos poner en funcionamiento el aparato estatal para que mediante sentencia se pronuncie en contra de un tercero. En tales circunstancias, el tercero no podrá cobrar indemnización de los perjuicios sufridos con nuestro comportamiento, a menos que demuestre que actuamos temeraria o imprudentemente.<sup>18</sup> El simple hecho de la acción judicial no genera una responsabilidad objetiva.

Tampoco podrá haber una responsabilidad objetiva en caso de daños sufridos por el simple hecho de nuestra presencia física. Así por ejemplo, si un hombre sufre traumas psíquicos y pérdidas económicas porque una mujer de la cual está enamorado no accede a sus pretensiones, no es posible pretender que por ese sólo hecho la mujer deba responder de dichos perjuicios. Sólo en la medida en que ella imprudentemente juegue con los sentimientos de la víctima, es decir, actúe culposamente, habrá responsabilidad de su parte.

De igual manera, si el hecho de que una persona habite cerca de otra le cause a esta perjuicios materiales o morales, no por ello puede predicarse una responsabilidad objetiva del causante del daño. En la medida en que nos comportemos prudentemente, todos tenemos derecho a estar en cualquier lugar que no esté prohibido por la ley. Los demás deben soportar el daño que nuestra simple presencia física les cause.

En ese mismo orden de ideas, podemos afirmar que sí una persona se contagia de la enfermedad que sufre otra, ésta no será responsable, a menos que el contagio se haya producido por su culpa. Todos los individuos tienen la obligación de soportar la presencia de los otros, así estos, con dicha presencia, puedan transmitirle alguna enfermedad.

Así mismo, sí en el ejercicio de nuestra libertad religiosa le causamos daño a un tercero, este deberá soportar el perjuicio sin que pueda invocar la responsabilidad de quien en su comportamiento religioso lo ha perjudicado. Así, por

18 STARCK, Boris. Ob. Cit. N° 72

ejemplo, si una madre de familia entra en una grave crisis depresiva como consecuencia de la irreligiosidad de su hijo, éste no será obligado a indemnizarla de perjuicios, pues su libertad de religión lo legitima para actuar.

Finalmente, tampoco habrá responsabilidad, a menos que actúe culposamente, de quien en uso del derecho de huelga protegido por la ley, cause daño a su patrono.

## **9. Limitaciones en materia contractual**

Hasta ahora hemos analizado las limitaciones que tiene la responsabilidad objetiva en materia extracontractual. Sin embargo, también, en materia contractual existen algunas limitaciones a la responsabilidad objetiva. No obstante, no se trata de limitaciones de tipo lógico, sino de tipo práctico.

En efecto, en tratándose de típicas obligaciones de medio, donde el resultado buscado por el acreedor es bastante aleatorio, desde el punto de vista práctico es impensable que el legislador establezca una responsabilidad de tipo objetivo.

Ya hemos hablado de la responsabilidad civil de los médicos donde el riesgo terapéutico impide contemplar la posibilidad de una responsabilidad objetiva del galeno. También es un imposible práctico el establecer una responsabilidad objetiva en el contrato de mandato, en lo que se relacione con la gestión que le ha sido encargada por el mandante. Así, por ejemplo, no sería concebible que un corredor de bolsa tuviese que asumir, en forma objetiva, las pérdidas sufridas por un cliente que le ordena llevar a cabo una operación bursátil. El riesgo de pérdida o de ganancia deberá ser asumido por el mandante, a menos que llegase a demostrar que hubo culpa del mandatario en la ejecución del encargo.

Por los mismos motivos, el legislador no puede institucionalizar una responsabilidad objetiva a cargo de los abogados por los daños por ellos causados en el ejercicio de su profesión.

## **10. Limitaciones de tipo lógico**

Pero, en los casos hasta ahora analizados, son argumentos de tipo práctico los que impiden que el legislador establezca en todos ellos una responsabilidad objetiva. Por muy injusta que pudiese ser la solución, el legislador podría tomar la decisión soberana de convertir todas esas hipótesis en responsabilidad objetiva. Es la vida práctica y el desenvolvimiento normal del mundo jurídico y económico,



los que exigen que, de hecho, esas responsabilidades se sigan fundamentando en la culpa.

Pero existe un campo donde el legislador le queda absolutamente imposible establecer una responsabilidad civil objetiva, por más que esa fuera su decisión.

En efecto, tanto en materia contractual como extracontractual la responsabilidad por omisión supone necesariamente la culpa, ya que de otra manera no habría nexo de causalidad entre la omisión y el daño. Si la culpa es el incumplimiento de una obligación o de un deber preexistente, es claro que quien no realice la conducta a que estaba obligado, habría incurrido en culpa, y esta omisión se considera causa del daño. En cambio, si la omisión es realizada por quien no tenía la obligación contractual o el deber legal de actuar, es claro que ninguna responsabilidad podrá endilgársele, así se llegase a demostrar que con su comportamiento hubiese podido evitar el daño.

Este planteamiento es válido tanto en materia contractual como extracontractual.

Pero hay otros dos casos de responsabilidad civil donde faltando un nexo de causalidad física es la culpa del agente lo único que permite predicar la causalidad jurídica.

32

En efecto, en aquellos casos de responsabilidad por el hecho de las cosas, si el bien personal o material de la víctima se lesiona físicamente, pero la cosa del demandado se encuentra inerte al dañado, entonces la culpa es elemento necesario de la responsabilidad.

Así, por ejemplo, si el conductor de un automotor lanza su vehículo contra una casa, por no colisionar con otro conductor que viene en sentido contrario, éste último no responde mientras no se demuestre que infringió una norma de tránsito, y que tal trasgresión es la causa del accidente. De igual manera, si la víctima colisiona con un vehículo que se encuentra estacionado, el guardián de éste sólo será responsable en la medida en que haya infringido alguna norma de tránsito al estacionar su automotor. En estos dos casos la responsabilidad por actividades peligrosas o por el hecho de las cosas no es de recibo.

Finalmente, en la responsabilidad por abuso del derecho, la culpa es elemento indispensable de la misma. En efecto, es un imposible lógico el pensar en la responsabilidad objetiva cuando el agente ha abusado de su derecho. Inclusive, nos plegamos a la teoría de quienes piensan que sólo existe el abuso del derecho

cuando su titular hace uso del mismo con la intención de causarle daño a un tercero.

## **11. Responsabilidad por productos**

La responsabilidad civil de los fabricantes de productos elaborados sólo puede ser relativamente objetiva. En efecto, es factible pensar en una responsabilidad objetiva del fabricante de un producto defectuoso. Significa lo anterior que aunque el productor no haya tenido culpa del defecto del producto, de todas maneras debe indemnizar a la víctima del mismo. Ahora, mientras el producto no sea defectuoso, el fabricante no será responsable, ya que de lo contrario la circulación de bienes y servicios sería prácticamente imposible. Los fabricantes de cigarrillos, de medicamentos o de máquinas, se arruinarían rápidamente si se estableciera en contra de ellos una responsabilidad objetiva por daños ocasionados con productos aún no defectuosos.

## **12. Conclusión**

En conclusión, por más que la responsabilidad civil objetiva vaya ganando terreno a costa de la responsabilidad civil fundamentada en la culpa, lo cierto del caso es que hay una serie de circunstancias de tipo económico, lógico o axiológico que impiden pregonar un principio general y absoluto de responsabilidad civil objetiva. Inclusive, aunque las limitaciones de tipo económico pudieran ser desatendidas por el legislador, lo cierto es que las limitaciones de tipo lógico y axiológico no podrían ser desatendidas por el orden jurídico.



# LA FALLA DEL SERVICIO EN EL CAMPO MÉDICO Y HOSPITALARIO

**Enrique Gil Botero<sup>1</sup>**

*“El estudio del derecho no supone el descubrimiento de algo misterioso sino de una realidad bien conocida, es decir, de la actuación de los jueces”. (Oliver W. Holmes: “The Path of the Ian”, en Collected Legal Papers, Harconrt, 1920, pág. 167).*

## **CONTENIDO:**

1. Consideraciones previas
2. Estado actual de la jurisprudencia en la materia
3. Campo de aplicación de los conceptos falla simple y falla burda
4. Conclusión particular

## **1. Consideraciones previas**

Dentro de los sistemas de responsabilidad administrativa, encontramos en primer lugar, el de la FALLA DEL SERVICIO, en este se requiere demostrar la totalidad de los elementos estructurales que reconocen la jurisprudencia y la doctrina, y de manera inicial, en una visión coprogramática, acreditar por el actor, la existencia de la falla misma, a efectos de sacar adelante las pretensiones; entre el anterior sistema que podría denominarse como Clásico, o de la responsabilidad común y los denominados regímenes de RESPONSABILIDAD OBJETIVA, existe un sistema intermedio, que se ha calificado como el de la FALLA PRESUNTA, en ésta categoría, el actor está relevado de la carga procesal, en lo concerniente a la acreditación misma de la falla, en otros términos, esta se presume en disfavor de la administración, a su turno, si ella busca exonerarse de responsabilidad, debe demostrar la inexistencia de la falla, esto es, que su conducta acató el contenido de la obligación administrativa; dentro de este sistema el concepto falta de servi-

---

<sup>1</sup> Miembro del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado

cio sigue existiendo, pero en sentido inverso, y corresponde a la administración enervarlo, buscando que la jurisdicción realice una valoración positiva del actuar administrativo. Obvio resulta además, que en la relación procesal la entidad demandada podrá exonerarse, acreditando alguna de las causales eximentes de responsabilidad, que en el fondo se reduce a una ruptura de un nexo causal.

Hasta hace poco, 30 de julio de 1992, la jurisprudencia administrativa colombiana, manejó los asuntos de responsabilidad médica y hospitalaria en el Derecho Público, bajo el régimen clásico o genérico o de Derecho Común administrativo, denominado de la falla probada del servicio.<sup>2</sup> Hasta esta histórica decisión el actor dentro de la relación procesal debía acreditar la totalidad de los elementos estructurales y en primer lugar, le correspondía la carga probatoria, en el sentido de establecer, que la administración incumplió con la **obligación** impuesta por la ley o el reglamento o que dejó de cumplir una función propia del Estado en el manejo de los servicios que este debe asumir; era al actor a quien le correspondía la carga probatoria que materializaba jurídicamente la existencia de la falla del servicio.

Ahora bien, conforme al universo del Derecho Administrativo, la responsabilidad por falla del servicio de la salud a cargo del Estado, debe ser conocida y manejada conforme a las normas y principios del Derecho Público, pues la autonomía del Derecho Administrativo, respecto a la normatividad del Derecho Privado, en el campo específico de la responsabilidad de la administración, deviene clara desde el 8 de febrero de 1873, cuando se pronunció por el Tribunal de Conflictos el fallo blanco, donde se estructuró el régimen específico de la responsabilidad del poder público, con independencia del Derecho Civil, como conquista y reacción, superando así el estadio conocido como el RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO.

En nuestro ordenamiento jurídico, mediante el Decreto 528/64, la ley reconoció que el manejo de la responsabilidad de la administración es un asunto de naturaleza especial y que por lo mismo debía ser resuelto por la jurisdicción administrativa, comenzó a aplicarse definitivamente a la responsabilidad de las personas públicas un régimen propio del Derecho Público, consagrando así la autonomía del Derecho Administrativo en el marco de la responsabilidad. En otros términos, dentro de las etapas de evolución del concepto de responsabilidad de

2 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de julio de 1992, expediente N° 6897, Actor Gustavo Ramírez, Consejero Ponente Dr. Daniel Suárez Hernández, Archivo de la Secretaría, Sección Tercera, Tomo 165, págs. 349 y ss.

la administración, se pasó por la disposición legal, de la responsabilidad civil del Estado a la responsabilidad de la administración fundada en normas y principios del Derecho Público, se consagró el principio de autonomía e independencia frente al Derecho Civil.

Pese a lo que se viene de indicar, la pregunta que cabría formularnos sería la siguiente: ¿EN LOS EVENTOS DE RESPONSABILIDAD ESTATAL POR LA FALLA DEL SERVICIO MÉDICO U HOSPITALARIO, REALMENTE SE ESTÁN APLICANDO LAS NORMAS Y LOS PRINCIPIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO PÚBLICO?

La jurisdicción Contenciosa Administrativa Colombiana, ha efectuado un replanteamiento en materia de responsabilidad de la administración, cimentado en criterios de avanzada, que orbitan no sólo en principios de naturaleza sustantiva, sino también en aspectos de naturaleza procesal y probatoria, prueba de ello lo constituye, el reconocimiento jurisprudencial de algunas presunciones, la consagración del principio *iura novit curia*, la posibilidad de que la responsabilidad de la administración no sólo tenga origen en un hecho, omisión u operación administrativa, sino que además, pueda derivar por el hecho de las leyes y por la administración de justicia, la acumulación perjuicios morales, el reconocimiento del perjuicio fisiológico, etc.; los avances en este campo, corresponden a un desplazamiento, donde la figura de la víctima y el perjuicio sufrido por aquella constituyen elemento cardinal, dentro de la institución. Los ajustes jurisprudenciales, posibilitan que la jurisdicción, de manera frecuente enrute sus decisiones bajo criterios tan novedosos, como los factores de atribución objetivos vg. **La equidad**: “La EQUIDAD, se enseña, permite a quien debe juzgar el caso, dejar de lado el texto legal o la jurisprudencia misma, para realizar la solución exigida por la naturaleza de las cosas”;<sup>3</sup> **la solidaridad**: “La filosofía que informa todo este universo jurídico se apoya en EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD, que se recoge también en el artículo primero de la Constitución Nacional cuando se afirma que Colombia es un Estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad de la persona humana y en LA SOLIDARIDAD DE LAS PERSONAS QUE LA INTEGRAN”,<sup>4</sup> **el de la igualdad ante las cargas públicas**, como manifestación del principio de igualdad

3 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de julio de 1992, expediente N° 7122, Actor: María Luz Dary Mapura, Consejero Ponente Dr. Julio César Uribe Acosta, Archivo de la Secretaría, Sección Tercera, Tomo 164, pág. 142 a 179

4 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de noviembre 22 de 1991, expediente N° 6784, Actor Emilia Guido de Mazenett, Consejero Ponente Dr. Julio César Uribe Acosta, Archivo de la Secretaría, Sección Tercera, Tomo 147, págs. 36 y ss.

ante la ley; se han desarrollado también conceptos como el daño antijurídico y antijuricidad objetiva, con fundamento en las precisiones que la jurisprudencia y la doctrina española han elaborado;<sup>5</sup> etc., todo ello encontrando eco en la Constitución Nacional de 1991. Frente a ésta postura, que ha desplazado inclusive el orden del análisis de los elementos estructurales, pues ya este se debe iniciar a partir del elemento cardinal del sistema – el daño –, y no como se hacía antes – la falta del servicio –, ocurre sin embargo que en cierta medida, pese a los avances, se está retornando a un sistema ya superado dentro de la evolución de la responsabilidad estatal, se ha regresado al estadio de la RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO, al resolver los asuntos indemnizatorios, en el campo específico de la falla del servicio médico y hospitalario con normas y principios propios del Derecho Civil.

Paradójicamente la sentencia que en materia de responsabilidad médica y hospitalaria del Estado, sirvió de punto de reflexión y de división y que posibilitó el avance, el surgimiento y la consagración de la falla presunta en la actividad médica estatal, sirve de marco de referencia, por el manejo que allí se dio de principios, normas y fundamentos de Derecho Privado, fue una decisión del 24 de octubre de 1990, en el proceso N° 5902.<sup>6</sup> En efecto, se hizo un estudio excelente en lo relacionado con la culpa, su naturaleza, sus modalidades, el acto ilícito, el principio general de responsabilidad consagrado en el artículo 2341 del Código Civil Colombiano, las obligaciones de medio y de resultado, el campo de aplicación del artículo 1606 del C.C., la carga probatoria, sus efectos, etc., todo ello, se repite bajo la orientación de normas y principios de derecho privado. Frente a la situación descrita los tres restantes Consejeros de Estado, integrantes de la Sección Tercera, aclararon sus votos, pues aunque se encontraban completamente de acuerdo, en lo concerniente a la declaración de responsabilidad de la administración, no compartían la motivación y argumentación de la sentencia, por su fundamentación civilista. Lo anterior lo confirma nuestro aserto.

Con posterioridad, a esta sentencia se dieron otras, donde la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, de una u otra manera seguía reiterando los conceptos de obligaciones de medio y obligaciones de resultado, y además se requería de la

5 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 1991, expediente N° 6515, Actor: Fabio Ruiz Ospina y otros, Consejero Ponente Dr. Julio César Uribe Acosta, Archivo de la Secretaría, Sección Tercera, Tomo 144, págs. 296 y ss.

6 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de octubre de 1990, expediente N° 5902, Actor: María Helena Ayala de Pulido, Consejero Ponente Dr. Gustavo de Greiff Restrepo, Revista Jurisprudencia y doctrina N° 229, Enero 1991.

falla probada: “Le correspondía a la parte demandante demostrar los cargos que en tal sentido formuló en su líbello demandatorio, debía acreditar por los medios legales los fundamentos fácticos de su pretensión indemnizatoria, estaba obligado a probar la falla del servicio y su relación causal frente a la lesión cerebral de la menor”.<sup>7</sup> Aún hoy día, el criterio que se ha venido filtrando sutilmente está pergeñado de sabor privatista, cuando en verdad el modelo de identificación de la obligación administrativa, implica que su incumplimiento se califique como falla o falta de servicio; se ha considerado como obligación administrativa, la que corresponde a una función que el Estado deba cumplir de acuerdo con la ley o los reglamentos. La doctrina y la jurisprudencia han ampliado el marco de la obligación administrativa no solo a los casos en los cuales la ley o el reglamento la consagran clara y expresamente, sino también a todas aquellas situaciones en que de hecho la administración asume un servicio o lo organiza, o cuando la actividad desarrollada está implícita en la función que el Estado debe cumplir.

El examen de las obligaciones de medio y de resultado en el Derecho administrativo, entraña ni más ni menos que un examen del problema práctico de la distribución de la carga probatoria, aspecto que se define, estableciendo si la víctima en la relación médica quien debe probar la culpa o si es el facultativo quien debe probar que actuó con observancia de la *lex artis*; la categoría de la culpa como criterio de atribución subjetivo, constituye una aureola que permea los conceptos de obligaciones de medio y obligaciones de resultado, en una u otra forma siempre se encuentran relacionados. Y lo anterior, realmente en el juzgamiento de la responsabilidad administrativa, es accesorio, pues de la administración no se espera diligencia y cuidado entendidas en el sentido del derecho privado, la culpa por su naturaleza psicológica es incompatible de predicar frente a una institución como tal, será predicable de la persona humana mas no de la persona jurídica; por el contrario, de la administración “se debe exigir una actitud dinámica enmarcada dentro de la ley, pero siempre atenta y dispuesta a realizar lo razonablemente necesario para la mejor prestación del servicio”.<sup>8</sup>

La aclaración de voto del Consejero de Estado Carlos Gustavo Arrieta Padilla, a la sentencia del 24 de octubre de 1990, expediente N° 5902, constituye el

7 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de noviembre de 1991, expediente N° 6463, Actor Fernando Díaz y otra, Consejero Ponente Dr. Daniel Suárez Hernández, Archivo de la Secretaría, Sección Tercera, Tomo 147, págs. 345 y ss. Véanse entre otras: sentencia del 16 de marzo de 1992, expediente 6637; sentencia de octubre 7 de 1991, expediente 6367

8 Aclaración de voto del H. Consejero de Estado Dr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla, jurisprudencia citada, expediente 5902



punto de anclaje que permitió el ajuste jurisprudencial, dominante hoy día, en materia de responsabilidad médica y hospitalaria en el Derecho Público, cuando allí se puntualizó: “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, **esta se presumirá y corresponderá al Estado demostrar su inexistencia o la presencia de causales exonerativas de responsabilidad**”.

## 2. Estado actual de la Jurisprudencia en la materia

El CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, recogió los principios que marcan la pauta en esta materia en la actualidad, al establecer que el sistema que gobierna la responsabilidad médica y hospitalaria en el derecho público, es el de la falla presunta:

*“Sin duda resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general, resolver esta clase de conflictos, sí en lugar de someter al paciente, normalmente el actor o sus familiares a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueron éstos, los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional quienes satisfacían directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan.*

40

*Podrán así los médicos exonerarse de responsabilidad y con ello los centros clínicos oficiales que sirven al paciente, mediante la comprobación, que para ellos, se repite, es más fácil y práctica, de haber actuado con la eficiencia, prudencia o idoneidad requeridas por las circunstancias propias al caso concreto, permitiéndole al juzgador un mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento.*

*Esta, por lo demás, es la orientación moderna de algunas legislaciones, que pretenden en los casos de los profesionales liberales atribuir a estos la carga de la prueba de haber cumplido una conducta carente de culpa”<sup>9</sup>*

Como se dice en la sentencia, que marcó un hito en la materia, desde el ángulo del moderno derecho procesal, cuando se habla de carga de la prueba, no se está significando quien debe probar cada hecho, sino que la expresión carga de la prueba señala solo a quien tiene interés jurídico en que resulte demostrado un determinado hecho, y es que además se debe considerar que en ese sentido dinámico, la administración debe asumir una conducta compatible y enmarcada

9 Jurisprudencia citada, expediente 6897.

dentro del ámbito de la aplicación de la obligación administrativa. En esta dimensión, corresponde al Estado demostrar que su conducta se prestó en la forma prescrita por las leyes y los reglamentos; podrá eso si la administración, destruir la presunción que en su contra pesa dentro de este régimen, probando que no se dio la falla, pues su conducta – la de la administración –, se ciñó a los parámetros de tipicidad de la obligación administrativa.

Esta postura jurisprudencial, en cuanto al régimen jurídico aplicable a la responsabilidad de Estado, por la prestación de los servicios médicos oficiales, se mantiene vigente: “La decisión que aquí se tomará no implica cambio en la jurisprudencia de la Sala, elaborada en torno a la responsabilidad del Estado por la prestación de los servicios médicos oficiales, sino una reiteración de la misma, porque el proceso muestra una causal de exculpación suficientemente probada, o sea la culpa exclusiva de la víctima. Esta causal, con la fuerza mayor y el hecho de tercero, exclusivo y terminante, constituyen causales de exoneración, **aunque no únicas**, sí aplicables en todos los eventos de responsabilidad estatal, tales como los derivados de falla del servicio, daño especial y actividades peligrosas”.<sup>10</sup>

Ante el avance jurisprudencial, en esta materia, por su coherencia, horizonte de justicia en torno a las víctimas, y recopilación del estado actual del derecho en el tema de la responsabilidad, que ha exigido un permanente esfuerzo intelectual, solo resta esperar, que de una vez por todas frente a la construcción teórica realizada, se destierre del ámbito de la responsabilidad médica y hospitalaria oficial, el concepto sicologista de culpa y el dualismo de obligaciones de medio y de resultado que aún trata de filtrarse en algunas decisiones,<sup>11</sup> pues en puridad de verdad, el concepto de obligación administrativa, es más genérico, adecuado, omnicomprensivo y aplicable a las instituciones, lo que además nos pone en concordancia con la lógica, naturaleza y autonomía de los principios de derecho público, situación especial que contemplo el decreto N° 528 de 1964.

Pese a la orientación jurisprudencial anterior, la de la falla presunta en la actividad médica y hospitalaria en el Derecho Público, el concepto de falla probada, como categoría jurídica subsiste, bien sea de manera positiva o negativa y en consecuencia es menester en este campo específico, referirnos a los diferentes

10 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de diciembre de 1994, expediente N° 9007, Actor: Antonio José Cajio Bustamante, Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo, Archivo de la Secretaría, Sección Tercera, Tomo 264, págs. 97 y ss.

11 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de agosto 26 de 1994, expediente N° 9083, Actor: Gabriela Bravo, Consejero Ponente Dr. Julio César Uribe Acosta, Archivo de la Secretaría, Sección Tercera, Tomo 248, págs. 115 y ss.

matices que la jurisprudencia administrativa ha decantado en torno al concepto falla o falta del servicio.

El quebrantamiento de la obligación administrativa, que constituye en todos los eventos, una tipicidad específica, no solo en los casos en que la ley o el reglamento la consagra de manera clara y expresa, sino además en todas aquellas situaciones en que de hecho la administración asume un servicio o lo organiza cuando la actividad cumplida está implícita en la función que el estado debe cumplir, da lugar al surgimiento de la falta o falla.

### **3. Campo de aplicación de los conceptos Falla Simple y Falla Burda**

En esta materia, de la salud en el campo oficial, la doctrina ha clasificado la falla como simple o burda y el Honorable Consejo de Estado, Sección Tercera, sobre el particular, ha dicho lo siguiente: “Esta es la especie que examina la Sala, cuya jurisprudencia ha exigido la prueba de lo que doctrinalmente se denomina la “falta simple”, como un avance frente a otros regímenes (como el francés) en los cuales la actividad médica o quirúrgica de los hospitales públicos únicamente los hace responsables si se prueba una “culpa grave” a su cargo, conclusión fundada en la “idea que la responsabilidad debe restringirse cuando las actividades de la administración son difíciles” como lo recuerda el profesor JACQUES MOREAU. (“LA RESPONSABILIDAD PÚBLICA EN EL DERECHO FRANCÉS”, publicado en la obra colectiva “LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA” Universidad Externado de Colombia – 1986 – pág. 90).<sup>12</sup>

Respecto a la distinción entre la falta simple y la falta burda, la primera se perfila por el hecho de que el perjuicio es debido a una MALA ORGANIZACIÓN o a un MAL FUNCIONAMIENTO DEL SERVICIO o a una ADMINISTRACIÓN DEFECTUOSA; la segunda obedece a la mala ejecución de los cuidados médicos y quirúrgicos.

La distinción respecto a los campos en que se aplica la una o la otra, como modalidades ambas de la falta o falla del servicio, resulta a veces difusa, por la imbricación que estas dos categorías presentan, con los conceptos acto médico y acto cuidado. Distinción que dicho sea, no descansa sobre criterios orgánicos tal como equivocadamente lo da a entender Fernando Guzmán Mora y otros, en su obra, al afirmar: “Se llaman actos médicos directos aquellos actos en los cua-

12 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de mayo de 1992, expediente N° 5988, Actor: Amable Genaro Rosero Aguirre, Consejero Ponente Dr. Juan de Dios Montes Hernández, Archivo de la Secretaría, Sección Tercera, Tomo 160, págs. 17 y ss.

les mediante la intervención médica se trata de obtener la curación o alivio del enfermo. Ellos pueden ser preventivos, diagnósticos, terapéuticos o de rehabilitación”<sup>13</sup> y menos se le puede confundir”, tal como se hace en la misma obra, con un acto jurídico: “Todo acto médico desde esta perspectiva, es un acto jurídico o un hecho jurídico; es decir, de todo acto médico se derivan consecuencias en el ámbito del derecho”.<sup>14</sup> El verdadero criterio de distinción está identificado con la idea de que constituyen actos médicos todos aquellos actos cuya ejecución o cumplimiento presentan dificultades serias y requieren de conocimientos especializados, frutos de estudios serios en esa área, tal como lo indica la doctrina; el acto de cuidado se definiría por negación con respecto al acto médico.

Se consideran actos médicos entre muchos: El diagnóstico; los exámenes complejos que suponen la interpretación de los resultados (arteriografía, gastroscopia, exploración radicular, etc.); la indicación terapéutica (elección del tratamiento o de la operación, prescripción de medicamentos); las operaciones (método operatorio, ejecución de la operación, anestesia); vigilancia médica del tratamiento y vigilancia pre en y post operatoria; movilización forzada de articulaciones y reducción del desplazamiento óseo; manipulaciones vertebrales; tratamientos de osteopatía y quiropráctica; masaje prostático, masaje ginecológico; toda abrasión instrumental de tegumentos que pueda provocar emisión de sangre, manejo de aparatos para determinar la refracción ocular, audiometría tonal y vocal.

Se consideran actos de cuidado: las inyecciones, la administración de medicamentos prescritos por el médico, cuidados corrientes, masajes simples y actos de reeducación que no ofrecen dificultad, toma de la presión arterial, etc.

La falta simple, constituye una categoría jurídica, resultado de la valoración que hace el juez sobre los hechos. Los principales tipos de falta simple entre muchos serían:

Errores y deficiencias administrativas.

Negligencias.

El retardo en la admisión y los cuidados constituyen una fuente frecuente de responsabilidad hospitalaria.

Relaciones defectuosas entre personal médico y paramédico.

13 GUZMÁN MORA, Fernando y otros. De la Responsabilidad civil médica. Ediciones Rosaristas, primera edición, 1995, pág. 8.

14 Ibídem.

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 pues un derecho estatutario del paciente y sobre el hecho, además, de que no se está en presencia de un acto médico strictu sensu.

No tomar obediencia el personal paramédico de las órdenes del médico.

Mala utilización y defectos del material.

Falta de vigilancia pre en y post operatorio.

Suicidios y fugas de enfermos mentales, (obedecen a las reglas comunes de responsabilidad).

Faltas en la administración de cuidados (actos de cuidado), malas posiciones sobre una mesa de operaciones; quemaduras sufridas por un recién nacido, errores cometidos en suministros o transfusiones de sangre.

No resulta fácil definir la falta médica burda, ella está vinculada a los daños ocasionados productos de actos médicos, a la mala ejecución de los cuidados médicos o quirúrgicos, sin embargo no se debe vincular o contrastar la gravedad del perjuicio, aunque en la práctica ella entraña siempre un perjuicio importante, al concepto de falta burda, esta se distingue de la falta simple, por su carácter anormal y evitable, ella resulta de un error que un practicante habría evitado si hubiera aplicado normalmente los conocimientos, reglas y técnicas aplicables; la falta burda trasunta o revela, ligereza, negligencia, torpeza o ignorancia particularmente marcadas. Los principales tipos de falta burda, entre muchos serían:

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 impone al médico elaborar el diagnóstico en el mayor cuidado posible.

Mala elección 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 quirúrgico o sea el olvido de pinzas, ganchos, compresas, en el cuerpo del paciente; dosis excesivas de radiación; retardo injustificado en una operación; mala vigilancia médica del enfermo.

En la jurisprudencia francesa existen algunos eventos donde no se requiere la prueba de la falta o falla, no solo a nivel jurisprudencial, se trata de una responsabilidad sin falta, sino también a nivel legislativo. Dentro de la primera hipótesis encontramos, los colaboradores ocasionales del servicio médico y hospitalario, la salida de ensayo de los enfermos mentales, y los donantes de sangre entre otros. En la segunda hipótesis se encuentra la situación de las vacunas hecha obligatorias por el legislador.

La distinción entre falta simple y falta burda, sirve de marco teórico, a efectos del análisis o encuadramiento de la actividad de la administración y el contenido de la obligación administrativa; ello se reitera, facilita el juicio comparativo o de adecuación entre la una y la otra, evitando abstracciones de naturaleza culpabilista, que en la mayoría de las veces violentan la lógica y dinámica propia de esta forma de responsabilidad.

#### **4. Conclusión particular**

El carácter vacilante de la jurisprudencia, no debe sorprendernos, pues la evolución fulgurante de las técnicas médicas, no cesa, lo que pone al juez en presencia de situaciones inéditas, y de otro lado, tampoco debe sorprendernos la consagración de la falla presunta en esta materia, ya que bajo la moderna concepción del Derecho llamada solidarista, la responsabilidad con fundamento en la culpa o en la falla del servicio, tiende a ser ampliada, mas no desplazada, por los factores de atribución y no solo contarían ya los subjetivos, donde encuadra la escuela clásica de la responsabilidad, sino también los factores de atribución objetivos, donde encontraríamos, entre otros criterios: la solidaridad, la equidad, la igualdad ante las cargas públicas, y el riesgo creado, etc. Todo lo anterior, hace que la responsabilidad en materia administrativa, orbite en la actualidad sobre el elemento daño (Art. 90 Constitución Nacional), como además es la tendencia en la época actual, que no sin razón ha sido llamada por la doctrina “la era del daño”. Esta conjunción entre el sistema clásico y los valores objetivos de atribución comulgaría además con la tendencia actual de un enfoque monolítico en torno al tema de la responsabilidad, o el derecho de daños, como se le denomina modernamente.



# ACCIÓN DE TUTELA E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

**Ricardo Hoyos Duque<sup>1</sup>**

*Ponencia presentada en el Primer Congreso sobre Acción de Tutela, organizado por el Colegio de Abogados del Valle, Cali, agosto 12 de 1994.*

## **CONTENIDO:**

1. Naturaleza jurídica de la acción de tutela
2. Acción de tutela y responsabilidad patrimonial
3. Exégesis del art. 25 del Decreto Ley 2591 de 1991
4. La Jurisprudencia de la Corte Constitucional
5. Acción de tutela contra la Corte Constitucional: ¿una herejía?
6. Resumen y conclusiones

47

Es lugar común afirmar que la acción de tutela es una de las más importantes instituciones consagradas por la Constitución Política de 1991. A su vez esa importancia y novedad en el panorama jurídico colombiano, ha dado lugar a interminables discusiones sobre sus bondades y desaciertos.

De entrada habría que destacar que la acción de tutela ha calado muy hondo en la conciencia ciudadana, a tal punto que la Constitución de 1991 se identifica con la misma.

Esta situación se explicaría a partir de dos elementos que constituyen un verdadero avance en materia de garantías ciudadanas:

---

<sup>1</sup> Magistrado del Tribunal Administrativo de Antioquia. Profesor Universitario y Miembro del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado.



En primer lugar, la vigencia de la Constitución como norma jurídica que vincula en forma directa e inmediata a todas las autoridades y a los particulares, lo cual significa que puede ser exigible judicialmente.

Y en segundo término, la ruptura del viejo dogma del derecho administrativo según el cual el juez no puede imponerle conductas a la administración a través de órdenes o prohibiciones.

Como consecuencia de la acción de tutela se ha configurado el ensanchamiento de la jurisdicción constitucional, ya que al lado de los tradicionales problemas de competencia entre los diferentes órganos del poder público, la Constitución se interpreta por todos los jueces para hacer operantes los derechos que allí se consagran, a fin de que no queden convertidos en un catálogo de buenas intenciones o en una proclamación puramente semántica o retórica, cuando no demagógica que busque disfrazar estructuras de poder de signo autoritario.

Para abordar el tema de la indemnización de perjuicios en la acción de tutela, dividiré mi exposición en seis partes:

Naturaleza jurídica de la acción de tutela.

Acción de tutela y la responsabilidad patrimonial.

La indemnización de perjuicios en la acción de tutela: exégesis del art. 25 del Decreto Ley 2591 de 1991.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Acción de tutela contra la Corte Constitucional: ¿una herejía?

Resumen y conclusiones.

## 1. Naturaleza Jurídica de la Acción de Tutela

Diversas denominaciones asigna el derecho comparado al instrumento jurídico por medio del cual se puede lograr la protección judicial de los derechos constitucionales fundamentales: Recurso de amparo (Declaración

Universal de los Derechos del Hombre – 1948 –, Convención Americana de Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica – 1969 –, España,<sup>2</sup> Bolivia,

2 España. El art. 53.2 de la Constitución Española establece: “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección Primera del Capítulo Segundo por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”. De ahí que la doctrina distinga la primera instancia del am-

Nicaragua, Panamá); Recurso Constitucional (Beschwerde, Austria), Recurso de Derecho Público (Staats Rechtliche Beschwerde, Suiza); Recurso de Protección (Chile); Queja Constitucional (Verfassungsbeschwerde, Alemania); Juicio de Amparo (México); Auto o Mandato de Seguridad (Brasil); Acción de Amparo (Argentina).

Por el contrario, el art. 49 de la Constitución Venezolana no establece una acción o recurso de amparo como medio particular de protección judicial, sino un derecho de amparo o mejor el derecho a ser amparado, como derecho fundamental que se puede materializar y de hecho se materializa, a través de diversas acciones y recursos judiciales, inclusive a través de una acción autónoma de amparo que hoy regula la ley orgánica de amparo sobre derechos y garantías constitucionales (1988) y que antes había delineado la jurisprudencia.<sup>3</sup>

El art. 86 de nuestra Carta Política en el inciso segundo define la tutela como **acción** para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, mediante un procedimiento preferente y sumario, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de un particular en los casos previstos en la ley.

A su vez el inciso segundo preceptúa que “la protección consistirá en una **orden** para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo”. Así mismo, que el fallo será de inmediato cumplimiento.

Para nosotros siguiendo en ello al procesalista uruguayo Eduardo Couture “la acción no es más que el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho a acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de la pretensión”.<sup>4</sup> En otros términos, la acción es una manifestación del derecho constitucional fundamental de petición (art. 23 C.N.) cuando este se formula ante las autoridades jurisdiccionales, que por su importancia ha cobrado vida propia en algunas constituciones: el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales de sus derechos e intereses legítimos según el art. 24.1 de la Constitución

---

paro (ordinario o judicial) atribuida a la jurisdicción ordinaria del amparo constitucional que se tramita ante el Tribunal Constitucional. Repárese cómo la Constitución Española no califica la naturaleza jurídica del amparo ordinario y simplemente se limita a indicar que se tramita a través de un procedimiento preferente y sumario.

3 BREWER Allan, R. – Carías. Introducción General al Régimen de Derecho Amparo a los Derechos y Garantías Constitucionales en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 1991, pp. 15 y 16.

4 COUTURE, Eduardo. Fundamentos de Derecho Procesal Civil, 3ª ed., Buenos Aires, Editorial Depalma, 1966, pp. 57 – 58.

Española o el derecho de toda persona a acceder a la administración de justicia, en la fórmula del art. 229 de la Constitución Política de Colombia.

Esas peticiones o pretensiones que pueden dirigirse a las autoridades judiciales pueden serlo de diversa índole y así la doctrina<sup>5</sup> las divide en dos grandes grupos:

Pretensiones de conocimiento: las cuales a su vez pueden ser declarativas o de declaración de certeza, constitutivas o de condena, y

Pretensiones cautelares o conservativas en las que como su nombre lo indica se busca preservar o mantener una situación jurídica dada, para evitar que el solo transcurso del tiempo pueda significar la causación de un perjuicio irremediable.

Normalmente este tipo de pretensiones se formulan de manera conjunta en un proceso donde la pretensión principal es de conocimiento, a fin de precaver que la sentencia que haya de definir el litigio planteado pueda resultar inane (**periculum in mora**).

Sin embargo, tales pretensiones pueden formularse con independencia en un proceso cautelar en donde, como señala Devis Echandía, no se tiene como fin “la declaración de un hecho o una responsabilidad, ni la constitución de una relación jurídica, ni de ejecutar un mandato y satisfacer el derecho que se tiene sin ser discutido, ni de dirimir un litigio, sino de prevenir los daños que el litigio pueda acarrear o puedan derivarse de una situación anormal”.<sup>6</sup>

Por su parte Campo Cabal expresa que “el proceso cautelar es una garantía de la jurisdicción dirigida a obtener anticipadamente la actuación del derecho objetivo, para que al llegar la actuación directa y definitiva mediante el proceso principal pueda hacerse eficaz la garantía, imposible de serlo en caso contrario por el peligro de la forzosa duración del proceso”.<sup>7</sup>

Empero, debe advertirse que el procedimiento cautelar para la protección de los derechos constitucionales fundamentales, más que asemejarse al proceso se asimila a la figura del **writ of injunction** del derecho anglosajón en virtud de la cual el juez puede impartir una orden y obligar a una persona a hacer o no hacer deter-

5 Cfr. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Derecho Procesal Civil Colombiano. Parte General. Bogotá, Editorial Temis, 1984, 4ª ed., T.I., pp. 127 y ss.

6 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso. Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1994, 13ª ed., pp. 168.

7 CAMPO CABAL, Juan Manuel. Medidas Cautelares en el Contencioso Administrativo. Bogotá, Editorial Temis, 1989, p. 8.

minada conducta: **mandatory injunction** si su contenido es positivo o **preventive injunction** si tiene contenido negativo.<sup>8</sup>

Este fue el claro propósito del constituyente en Colombia al consagrar la acción de tutela, como se puede apreciar en la ponencia de Juan Carlos Esguerra Portocarrero presentada en la sesión plenaria del 5 de junio de 1991:

“Lo que se pretende es simplemente que ese particular pueda solicitarle al juez que le dé protección, protección que va a consistir tan solo en que el juez le oponga una especie de ‘detente Satanás’ o la administración o a esa persona frente a quien se está haciendo la solicitud, para ordenarle que suspenda inmediatamente las actividades que está realizando y que están violando el derecho, o que deje de hacer aquello que se apresta a realizar, aquello que amenaza con desarrollar en un momento determinado, porque también sería violatorio del orden jurídico” (se destaca).<sup>9</sup>

Tampoco resulta adecuada la calificación de amparo o tutela como recurso, ya que este se concibe al decir de Guasp como “una pretensión de reforma de una resolución judicial dentro del mismo proceso en que dicha resolución ha sido dictada”.

El amparo tal como está previsto en la mayoría de los países, no puede considerarse un recurso, aún en aquellos eventos en los que se hace valer contra resoluciones judiciales, ya que en este caso posee una relativa autonomía respecto del proceso en el cual se dictan dichas resoluciones. Aquí no se discute propiamente la legalidad del proceso sino la protección del derecho fundamental violado o amenazado.

Por lo tanto, cuando el constituyente de 1991 consagró la acción de tutela, no hizo más que establecer una vía judicial específica que como manifestación del

8 CLARKE ADAMS, John. *El Derecho Administrativo Norteamericano*. Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1964, p. 81.

Vale la pena recordar que en el famoso caso de *Marbury Vs. Madison* del juez Marshall (1803) que está en la base misma del constitucionalismo norteamericano y que dio origen al control de constitucionalidad de las leyes por vía de inaplicación cuando pugnan con la Constitución, lo que pretendió el demandante Marbury fue obtener una orden o *mandatory injunction* a fin de obligar al Secretario Madison a que le comunicara su nombramiento como Juez de Paz, procedimiento previsto por la ley judicial de 1789 (llamada *Ley Ellsworth*), pero que la Corte juzgó contrario a la Constitución en cuanto en ella no se preveía tal posibilidad. En su momento esta decisión se fundamentó más en razones políticas que jurídicas lo cual explica que con posterioridad el *writ of injunction* hubiera cobrado la trascendencia que hoy día tiene en el derecho norteamericano. Cfr. Pablo J. Cáceres Corrales. *Crítica Constitucional. Del Estado Liberal a la Crisis del Estado Providencia*. Bogotá, Colección Bibliográfica Banco de la República, 1989, p. 335 y ss.

9 Citado por la Corte Constitucional, sentencia C – 531 de noviembre 11 de 1993.

derecho de petición, le permite a cualquier persona obtener la protección de sus derechos constitucionales fundamentales en forma inmediata.

De ahí que no pasa de ser un desatino que el art. 22 del Decreto Ley 2591 de 1991 aluda al concepto de **situación litigiosa** en el procedimiento de la acción de tutela, cuando resulta evidente que por su carácter fundamental el derecho constitucional amenazado o violado no puede estar en discusión, es inherente y de aplicación inmediata. Por consiguiente, lo que se busca con dicho procedimiento es su cautela, protección, amparo o tutela.

Cabe anotar que la Corte Constitucional en sentencia de Sala Plena del 11 de noviembre de 1993 afirmó que “la acción de tutela como tal tiene el carácter de derecho fundamental toda vez que es el instrumento concebido por el constituyente para garantizar la protección de los restantes derechos fundamentales que sin él perderían buena parte de su eficacia y arriesgarían esfumarse. El contenido y contornos esenciales de los derechos fundamentales y de sus garantías y mecanismos básicos de protección, se establecen y perfilan en la Constitución y ello evita que las leyes los relativicen; vale decir que los derechos y sus garantías son fundamentales porque son un límite a la acción del legislador”.

La consecuencia que se deriva de reconocerle carácter fundamental a la acción de tutela, implica que el núcleo esencial de ésta no puede ser afectado por el legislador a tal punto que pueda hacerla nugatoria.<sup>10</sup>

52

## 2. Acción de Tutela y Responsabilidad Patrimonial

Interesa ahora establecer si existe o no algún tipo de relación entre la acción de tutela y la responsabilidad patrimonial del Estado o de los particulares.

Al respecto cabe recordar que el art. 90 de la Constitución Nacional recoge la fórmula elaborada por la doctrina española y en particular por el profesor Eduardo García de Enterría sobre la Responsabilidad Estatal, cuando preceptúa

<sup>10</sup> Estas consideraciones determinaron que mediante sentencia C – 531 de noviembre 11 de 1993, se declarara inexecutable la definición de perjuicio irremediable del art. 6°, numeral 1, inciso 2° del Decreto Ley 2591 de 1991.

Cabe preguntar ¿hasta qué punto no resulta más exacto calificar la acción de tutela como procedimiento constitucional autónomo para la protección de los derechos y deberes fundamentales de las personas, si se armonizan en el art. 86 y el art. 152 literal b. de la Carta Política? En este sentido, Alfonso Guarín Ariza, Aspectos Procesales de la Acción de Tutela en Temas Procesales, Revista del Centro de Estudios del Derecho Procesal, Medellín, Librería Jurídica Sánchez, N° 18. Julio de 29994, pp. 54 y ss.

Sobre la utilización de la acción de tutela para exigir los derechos constitucionales (art. 95 C.N.), puede verse Sentencia T – 125 de marzo 14 de 1994.

que “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

Del canon constitucional se desprende que hoy día la responsabilidad del Estado se estructura por tres elementos:

Una acción u omisión de una autoridad pública.

Un daño antijurídico, y

La relación de causalidad entre una y otra, o lo que es lo mismo, que el daño antijurídico le sea imputable a la autoridad pública.

El daño será antijurídico, como lo tiene dicho la doctrina española, cuando la víctima no está obligada a soportarlo en la medida en que la autoridad pública no posee un **título jurídico legítimo previsto en la ley**, para imponer un sacrificio patrimonial.

Al romper se advierte en este concepto una asimilación con la figura de la expropiación, explicable por razones históricas en cuanto la consagración legal de la responsabilidad patrimonial del Estado tiene su origen en la ley de Expropiación Forzosa de 1954.

El profesor alemán Forsthoff afirma tajantemente que “la reparación de los daños causados por actividades de poder público del Estado es *diferente* tanto en su fundamento jurídico como en su naturaleza, según que el acto sea lícito o ilícito”. Ahora bien, como no todos los casos están incluidos en esta dicotomía, propone adoptar la siguiente división tripartita: 1) reparación por acto delictivo o ilícito (responsabilidad del Estado, *Staatshaftung*); 2) indemnización (*Entschädigung*) por acto no delictivo y lícito (expropiaciones y cargas particulares), y, en fin, 3) indemnización por riesgo.

“En la doctrina francesa, donde la distinción entre indemnización y responsabilidad no ha sido elaborada, nos encontramos, sin embargo, con la aguda intuición de HAURIOU, que distingue los siguientes supuestos de responsabilidad: 1) responsabilidad por falta (*faute de service*); 2) responsabilidad por riesgo objetivo, y 3) responsabilidad por *enriquecimiento indebido*, que abarca los supuestos de indemnización por los daños causados por el ejercicio normal de los derechos del poder público”.

Pero sin duda, ha sido la doctrina italiana la que ha puesto particular énfasis en distinguir los supuestos de indemnización que tienen su origen en actividad

lícita o en actividad ilícita del Estado. Lo que se ha venido a subrayar es el distinto título jurídico en virtud del cual se puede exigir una indemnización a la Administración Pública, en función precisamente del carácter legítimo o no de su actuación. Interesa separar, en primer lugar, aquellos casos en que el sacrificio del derecho del particular se realiza por la Administración *legítimamente*, es decir, el daño que el particular sufre no es en ningún caso la consecuencia de una actividad administrativa ilegal, lo que significa simultáneamente que el particular está obligado a soportar dicha actividad administrativa; en compensación surge su derecho a reclamar una indemnización compensatoria. Su fundamento se encuentra en la idea jurídica de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas que hace odioso el “sacrificio especial sin indemnización”, fundamento que se fortalece en aquellos casos en que el sacrificio del derecho determina además una transferencia coactiva de propiedad, o de simple uso o disfrute, a favor de la Administración, pues aquí se añade al fundamento anterior este otro que constituye un principio general del derecho: el enriquecimiento sin causa que la Administración Pública experimenta en su patrimonio o medios. Estamos en presencia de las indemnizaciones expropiatorias.

“Por el contrario, la teoría de la responsabilidad patrimonial de la Administración surge como consecuencia de la actividad administrativa ilícita o, al menos, dentro del campo de los daños causados por la Administración Pública sin título jurídico para ello, lo cual se corresponde – como la otra cara de la misma moneda – con la ausencia de una obligación legal, por parte del dañado, de soportar el daño. Dicho de otra forma, actividad lícita de la Administración se corresponde con obligación del administrado de soportar dicha actividad justificada por el interés público que se satisface, pero que determina el nacimiento de un derecho a reclamar indemnización por parte del perjudicado; por contraste, la actividad ilícita de la Administración que causa un daño al particular justifica cabalmente el derecho de éste a exigir que la Administración le repare el daño causado”.<sup>11</sup>

La teoría de la indemnización expropiatoria y la teoría de la responsabilidad patrimonial surgen, por tanto, con fundamentos jurídicos diferentes, consagrados por cierto en nuestra Constitución en preceptos también diferentes: El art. 58 que establece la expropiación indemnizatoria, es decir la privación de bienes o derechos por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, y el art. 90 que consagra la responsabilidad patrimonial del Estado

11 GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo. Vol. II. Décima edición. Editorial Tecnos, Madrid, 1992. p. 245, 246.

por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

El Consejo de Estado sin embargo, ha sostenido que bajo el concepto de daño antijurídico en forma genérica se recogen los diferentes supuestos de responsabilidad del Estado; Falla probada del servicio, falla presunta, riesgo y daño especial.

En la exposición de motivos de la ponencia que para primer debate presentaron los constituyentes Jaime Arias López y Juan Carlos Esguerra Portocarrero al capítulo “Mecanismos de Protección de los Derechos Fundamentales y del Orden Jurídico” que fue finalmente en el que quedó convertido el capítulo donde aparece la responsabilidad del Estado, se expresó lo siguiente: “el régimen que se propone en materia de responsabilidad patrimonial del Estado no se limita a su mera consagración expresa a nivel constitucional sino que además incorpora los más modernos criterios sobre la materia consistentes en radicar el fundamento de esa responsabilidad en el daño antijurídico y en su imputabilidad al órgano estatal. De esta manera se resuelve el problema que plantea la evidente insuficiencia del criterio de la llamada falta o falla en el servicio público dentro de la cual no caben las actuales formas y casos de responsabilidad patrimonial tales como la responsabilidad por daño especial”.

Como elemento común que sirve de causa a la acción de tutela y a la responsabilidad del Estado, se encuentra la existencia de una acción o una omisión. Sin embargo, sí el alcance de la acción de tutela está circunscrita al restablecimiento o preservación de los derechos constitucionales fundamentales, en un orden lógico no puede extender sus facultades correctivas o preventivas a la interpretación y aplicación del derecho para declarar la responsabilidad del Estado o del particular que violó el derecho, y consecuentemente imponer una condena de indemnización de perjuicios.<sup>12</sup>

Así se desprende de la naturaleza cautelar de la acción de tutela que no requiere proceso alguno, sin perjuicio obviamente del procedimiento o trámite judicial para su decisión. Aquí se configura el entramamiento de una relación procesal, con sus etapas de controversia y práctica de pruebas, alegatos y pronunciamiento final de una sentencia en la cual se define, con fuerza de cosa juzgada, algún conflicto.

---

12 El art. 41.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español (1979) preceptúa: “En el amparo constitucional no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de las cuales se formuló el recurso”.



De ahí que el aspecto indemnizatorio de los posibles daños que pueden derivarse de la violación o amenazas de los derechos constitucionales fundamentales, no debe ser aspecto propio a debatir en la acción de tutela ya que no se enmarca dentro de su objeto protector o preventivo, sino del proceso de responsabilidad contra el particular o contra el Estado, que con su acción u omisión además de violar tales derechos causó un perjuicio.

El propio art. 28 del Decreto Ley 2591 de 1991 al señalar los efectos del fallo de tutela, implícitamente da a entender en forma contradictoria con el art. 25 del mismo Decreto, que una cosa es la protección aducida en la acción de tutela y otra muy distinta la responsabilidad patrimonial en que pueda incurrirse.

Allí se dice:

*“El cumplimiento del fallo de tutela no impedirá que se proceda contra la autoridad, si las acciones u omisiones en que incurrió generaren responsabilidad.*

*“La denegación de la tutela no puede invocarse para excusar las responsabilidades en que haya podido incurrir el autor del agravio”.*

Debe anotarse sí, que es posible plantear teóricamente la posibilidad de que un fallo de tutela pueda comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado.

En efecto, si bien la jurisprudencia del Consejo de Estado en Colombia había sido refractaria a admitir tal tipo de responsabilidad, hoy el art. 90 de la Carta Política se refiere a la responsabilidad derivada de la acción u omisión de las **autoridades públicas**, sin exclusiones de ninguna índole y por lo tanto, hay que entender lógicamente que allí se encuentran comprendidas las autoridades judiciales.<sup>13</sup>

Es el caso de una acción de tutela que ordena destruir o impide la realización de una obra y posteriormente al ser impugnada la respectiva decisión o al ser sometida a la revisión eventual de la Corte Constitucional es revocada y se advierte que causó un perjuicio que el lesionado no tiene porqué soportar. (Caso de la prohibición de presentar el concierto de Eros Ramazotti en el Estadio El Campín y que obligó a su aplazamiento y presentación en otro lugar; caso de la prohibición de vuelos en algunos aeropuertos del país).

<sup>13</sup> En este orden de ideas, ya el nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto Ley 2700 de 1991) consagra la responsabilidad del Estado cuando prospera la acción de revisión (art. 242) y por privación injusta de la libertad (art. 414).

### 3. Exégesis del art. 25 del Decreto Ley 2591 de 1991

A pesar de las objeciones formuladas, el Decreto Ley 2591 de 1991 que reglamentó la acción de tutela en su art. 25 previó la posibilidad de condenar al pago de indemnizaciones y costas, en los siguientes términos:

“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 dos artículos anteriores, en el fallo que conceda 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 trámite incidental, dentro de los seis meses siguientes, para lo cual el juez que hubiere conocido de la tutela remitirá inmediately copia de toda la actuación.

“La condena será contra la entidad de que depende el demandado y solidariamente contra éste, 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”.

De esta disposición se desprende que la condena al pago de perjuicios en la acción de tutela está condicionada a los siguientes requisitos:

#### 1. Que el afectado no disponga de otro medio judicial:

Este requisito no es más que la reiteración del carácter subsidiario o supletivo que en principio tiene la acción de tutela, de conformidad con el art. 86 de la Constitución Política, salvo cuando se utiliza como mecanismo transitorio y para evitar un perjuicio irremediable.

¿Cuáles son los otros medios judiciales para obtener la indemnización de perjuicios, del posible daño causado por una acción u omisión, que a su vez significa la amenaza o violación de un derecho constitucional fundamental?

Si se trata de una violación causada por un particular, la indemnización del perjuicio se obtendrá a través del proceso ordinario de responsabilidad, para cuya instauración el perjudicado cuenta con un plazo de prescripción de 20 años (art. 2536 del C.C.).

Por el contrario, si quien causó el perjuicio fue una entidad pública o una entidad privada que ejerce funciones públicas, la vía judicial indicada será la acción de reparación directa (art. 86 C.C.A.) para cuya instauración el lesionado cuenta con un plazo de caducidad de dos años (art. 136 C.C.A.).

Algunos estiman que la existencia de los otros medios judiciales, debe apreciarse en concreto, en atención a su **eficacia** por aplicación analógica de lo que prevé el art. 6° numeral 6 del Decreto Ley 2591 de 1991.<sup>14</sup>

No compartimos este punto de vista, toda vez que consideramos que una cosa es la acción de tutela como mecanismo judicial preventivo que busca proteger o evitar la violación de un derecho constitucional fundamental en forma inmediata y otra muy distinta, el resarcimiento de los eventuales perjuicios que esa violación o amenaza pueden causar.

En este sentido, el exmiembro de la Comisión Especial Legislativa que revisó y no improbo el Decreto Ley 2591 de 1991 (art. 6° transitorio Constitución Política), Juan Manuel Charry, al glosar el art. 25 expresó: “Al parecer toda actividad que causa un daño genera acción de responsabilidad ante la jurisdicción contencioso administrativa o la civil, por lo cual esta norma parecería inocua. Pero si se llegara a aplicar, constituiría una vía impropia para establecer la responsabilidad de las autoridades, en perjuicio de las jurisdicciones citadas que garantizan el debido proceso; de otra parte, introduce en el trámite de tutela elementos extraños a la simple protección del derecho como son aquellos referentes al daño, la actividad, la relación causal entre estos y el sujeto responsable que perjudican la sumariedad y rapidez del proceso”.<sup>15</sup>

2. La violación del derecho debe ser manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria.

No cualquier violación de un derecho constitucional fundamental dará derecho a la indemnización de perjuicios. La norma ha calificado esa violación y de ahí que exija que la misma deba ser **manifiesta**. Es decir, aquella que, como lo decía el Decreto 01 de 1984 para la procedencia de la suspensión provisional como medida cautelar en el proceso contencioso administrativo, se puede apreciar a través de una sencilla comparación, por confrontación directa o mediante docu-

14 HENAO PÉREZ, Juan Carlos. La acción de tutela y la responsabilidad extracontractual del Estado, en libro Homenaje a Fernando Hinestroza, 30 años de Rectorado, Universidad Externado de Colombia. Santafé de Bogotá, 1993. Liber Amicorum, Estudios y Temas. T. II, p. 229.

15 La Acción de Tutela. Bogotá, Editorial Temis, 1992, p. 138

mentos públicos aducidos con la solicitud (art. 31 D.L. 2304 de 1989 que modificó el art. 152 del C.C.A).

Debe tratarse por tanto, de una violación evidente a la cual se puede llegar sin mayores disquisiciones como que es ostensible.

Es lo que quiere indicar la norma cuando exige que sea una acción clara e indiscutiblemente apreciable como arbitraria, esto es, ajena por completo al ordenamiento jurídico y a la racionalidad.

Aparece claro aquí que la norma es exigente en cuanto a la evidencia y gravedad de la violación o amenaza del derecho constitucional en cuestión.

3. Sólo se indemniza el daño emergente si ello es necesario para asegurar el goce efectivo del derecho.

El art. 1614 del C.C. define el daño emergente como el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haber cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento.

Hay daño emergente, según Tamayo Jaramillo, cuando un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima.<sup>16</sup>

Más exactamente De Cupis señala que el daño emergente es una “pérdida experimentada”,<sup>17</sup> en este caso, la disminución patrimonial a causa de la violación o amenaza del derecho constitucional fundamental.

¿Pero sí será posible hallar un caso en el cual el goce efectivo de un derecho constitucional fundamental pueda estar supeditado al reconocimiento de unos gastos que el afectado se ha visto obligado a realizar o que tendrá que realizar en el futuro?

A primera vista no parece posible sobre todo si se tiene en cuenta su carácter personalísimo e inherente a la persona humana y a su dignidad, lo cual en principio despoja a tales derechos de contenido patrimonial y a su vez implica que no están condicionados a ningún reconocimiento económico.

4. La condena puede hacerse de oficio por el juez que concede la tutela.

16 TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil. De los Perjuicios y su Indemnización. Bogotá, Editorial Temis, 1986. T. II, p. 117.

17 DE CUPIS, Adriano. El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Barcelona, Editorial Bosch, 1975, p. 312.

Se excepciona aquí el principio de la congruencia entre la petición y la decisión, como desarrollo del principio de prevalencia del derecho sustancial que prevé el art. 228 de la Constitución Política por vía general para las actuaciones de la administración de justicia y el art. 3° del Decreto Ley 2591 de 1991 específicamente para el procedimiento de tutela.

A esto podríamos agregar además el principio de la informalidad que explícitamente encierra el art. 14 *ibídem*, al referirse al contenido de la solicitud de tutela.

#### 5. La condena se efectúa en el abstracto o *in genere*.

Se excepciona también el principio general que rige en el procedimiento civil de la condena en concreto (art. 307) toda vez que el Decreto Ley 2282 de 1989 derogó la posibilidad de la condena en abstracto o *in genere* que preveía antes la legislación procesal civil.

6. La condena se efectúa contra la entidad de que dependa el demandado y solidariamente contra éste, si ha mediado dolo o culpa grave de su parte.

Aquí aparece el principal escollo de la condena al pago de perjuicios en la acción de tutela. En efecto, de acuerdo con el art. 13 del Decreto Ley 2591 de 1991 dicha acción se dirige contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental y resulta que muchas veces, quien viola o amenaza tales derechos **no** es el

representante legal de la entidad y por lo tanto, no comparece al trámite de la acción de tutela.<sup>18</sup>

El propio inciso 2° del art. 25 del Decreto Ley 2591 de 1991 da a entender que una es la persona que comparece como demandado (sic) en la acción de tutela y otra la entidad y su representante legal.

Esa sola circunstancia, en la práctica, hará imposible precisamente la condena al pago de perjuicios si no se quiere incurrir, paradójicamente, en una nueva violación al derecho constitucional fundamental, al debido proceso (art. 29 Constitución Política).

La solidaridad que se establece entre la entidad y el funcionario, cuando ha mediado dolo o culpa grave de su parte, se enmarca dentro de la perspectiva de

<sup>18</sup> El art. 149 del C.C.A señala que la representación de la Nación le corresponde al Ministro, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador del Estado Civil, Procurador, Contralor y en general la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho.

responsabilidad personal del funcionario que manejan los arts. 77 del C.C.A Y EL 90 de la Constitución Nacional.

#### 7. La liquidación del perjuicio

El incidente de liquidación se tramita ante la jurisdicción Contencioso Administrativa si la condena se profirió contra una entidad pública<sup>19</sup> o ante el juez competente de la justicia ordinaria en caso contrario.

No obstante que el Código de Procedimiento Civil señala que la solicitud de incidente se notifica por estados y a pesar de no ser un proceso, por tratarse de la primera providencia que se dicta ante otra autoridad judicial creemos que ésta debe notificarse personalmente (art. 314 C. de P.C.) para garantizar el derecho de contradicción del obligado dentro del incidente (art. 29 C.N.).

Llama la atención que la norma señale que no sólo se liquida el daño emergente establecido en el fallo de tutela, sino los **demás perjuicios**, esto es, el lucro cesante y el daño moral. No se entiende cómo puede ser posible **liquidar o cuantificar** un perjuicio en un incidente, cuando ni siquiera ha sido **declarado** mediante providencia judicial ejecutoriada.

No dice el Decreto Ley 2591 de 1991 qué sucede cuando se deja transcurrir el plano de seis meses que señala el art. 25 para tramitar el incidente.

El art. 308 del C. de P.C. establecía que caducaba el derecho reconocido **in genere**. Por ser norma sustantiva y al estar derogado tal precepto, no es posible su aplicación analógica.

Creemos simplemente que el asunto debe remitirse al proceso ordinario de Responsabilidad, que es el cauce procesal adecuado para desatar todo lo relacionado con el resarcimiento de perjuicios y no de la acción de tutela como impropiamente lo establece la norma.

## 4. La Jurisprudencia de la Corte Constitucional

En primer término, hay que anotar que ya la Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad del art. 25 del Decreto Ley 2591 mediante sentencia de la Sala Plena de octubre de 1992, decisión en la cual a su vez se declaró

<sup>19</sup> El Consejo de Estado ha entendido que la primera instancia debe surtir ante los tribunales de lo contencioso administrativo, ya que el art. 129 – 1 del C.C.A. les confiere la competencia para conocer en segunda instancia de los autos sobre liquidación de condenas en abstracto dictadas por aquellos (auto de febrero 4 de 1994. actor: Comunidad Indígena de Cristianía).

la inexequibilidad de los arts. 11, 12 y 40 del citado decreto que consagraban la procedencia de la acción de tutela contra sentencias y providencias judiciales que ponen fin al proceso. Allí se dijo:

“Ningún motivo de inconstitucionalidad encuentra la Corte en el artículo 25 del Decreto Ley 2591 de 1991, también acusado en este proceso, puesto que ese precepto se limita a indicar la natural consecuencia atribuida por el Derecho, en aplicación de criterios de justicia, a la comprobación del daño que se deriva de acción u omisión antijurídica, la cual no puede ser distinta del resarcimiento a cargo de quien lo ocasionó, tal como lo dispone el artículo 90 de la Constitución. Se trata de reparar, por orden judicial, el daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho cuando el afectado no disponga otro medio judicial, la violación sea manifiesta y provenga de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, supuestos que justifican y aun exigen que el fallador, buscando realizar a plenitud la justicia en cada caso, disponga la conciente. Desde luego, no se trata de sustituir la jurisdicción especializada, ya que el juez de tutela tan solo tiene autorización para ordenar la condena en abstracto y su liquidación le corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo o al juez competente, lo cual en nada se opone a las previsiones constitucionales. Tiene razón uno de los demandantes cuando afirma que la condena en cuanto a indemnizaciones y costas sólo puede ser el resultado de un debido proceso, pero esta aseveración no lleva necesariamente a la inexequibilidad de la norma acusada, pues el proceso de tutela, aunque sumario y preferente, debe surtirse con plena observancia de las previsiones generales consagradas en el artículo 29 de la Constitución, de las cuales no ha sido ni podría ser excluido en cuanto se trata de un derecho fundamental. Si en un proceso específico tales requerimientos constitucionales lo transgreden, tiene competencia el superior ante quien se impugna y, en su caso, esta corporación, para revocar la correspondiente decisión judicial. Considera la Corte que no es el artículo acusado el que puede tildarse de contrario a la preceptiva superior, toda vez que en él no se dispone ni autoriza que la actuación judicial se lleve a cabo de espaldas a las reglas constitucionales aludidas. Su texto en modo alguno excluye el debido proceso y más bien lo supone, razón por la cual no es admisible la tesis del actor sobre posible desconocimiento de las normas fundamentales que la consagran. Tampoco es contrario a la Carta Política que se disponga el pago de las costas procesales a cargo del responsable de la violación o del peticionario que incurrió en temeridad, según el caso, pues ello es lógico y equitativo tratándose de **procesos judiciales**”. (Se destaca)<sup>20</sup>

20 Ha sido vacilante la calificación que la Corte Constitucional ha dado a la acción de tutela: “Remedio de

A pesar de los efectos de cosa juzgada de dicha sentencia, cabría preguntarse si la Corte Constitucional analizó en toda su extensión la procedencia del pago de perjuicios en la acción de tutela, que no aparece prevista ni por asomo en el art. 86 de la Carta Política.

Con todo el respeto que nos merece la Corte Constitucional y sus decisiones, uno supondría que toda la artillería analítica y argumentativa se enfocó hacia el cargo de la improcedencia de la tutela contra sentencias y el problema de la indemnización de perjuicios pudo haber sido objeto de un análisis menos profundo.

Todo indica que los cargos deducidos por el demandante fueron los de que había un doble juzgamiento y violación al principio de la cosa juzgada, el derecho de contradicción, el debido proceso, el de no ser juzgado dos veces por el mismo hecho y el de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en legal juicio, pero la Corte Constitucional no reparó mientes en que el art. 86 de la Carta, por ningún lado, ni explícita ni explícitamente da lugar a entender que puede haber condena al pago de perjuicios dentro de la acción de tutela, toda vez que allí se indica cuál debe ser el contenido del fallo: “una orden para que aquél respecto de quine se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo”, sin más consecuencias jurídicas.<sup>21</sup>

Por lo demás no guarda mucha lógica que se acuda al art. 90 de la Constitución que consagra la responsabilidad del Estado, cuando de un lado en la norma cuestionada no sólo se consagra la posibilidad de condenar el pago de perjuicios en la acción de tutela contra las entidades públicas sino que incluye también a los particulares. Y de otro lado, una cosa es la acción de tutela como procedimiento judicial cautelar, preventivo o de protección regulado en el art. 86 de la Consti-

---

aplicación urgente”, sentencia T – 001 de abril 3 de 1992; procedimiento o eventual conjunto de procedimientos. T – 013 de mayo 28 de 1992; procedimiento sumario, T – 520 de septiembre 16 de 1992; derecho constitucional fundamental, Sentencia C – 531 de noviembre 11 de 1993 (véase nota 9) o proceso judicial, como en este caso para justificar la condena al pago de perjuicios, lo cual pone de manifiesto que aún no se define con precisión su naturaleza ni siquiera [pr el órgano llamado a unificar la interpretación constitucional en materia de Derechos Fundamentales Constitucionales, y los procedimientos y recursos para su protección (art. 86 inc. 2º, art. 152 literal a. C.N.).

21 El art. 25 del Decreto 2591 de 1991, pretendió eludir la inconstitucionalidad de la condena al pago de perjuicios, el expresar que el juez podrá ordenar en el abstracto la indemnización del daño emergente. Sin embargo, el inciso 2º señala que la condena será contra la entidad de que dependa el demandado. De donde se colige que lo que se quiso calificar de orden resulta ser en realidad de verdad, una declaración de condena propia de un proceso contencioso, que se profiere con la plenitud de las formas propias de un juicio de esta índole (art. 29 C.N.)



tución y otra cosa muy distinta como fenómeno jurídico, la responsabilidad del Estado que debe ventilarse a través de los cauces procesales previstos en la ley.<sup>22</sup>

Por tales motivos creemos posible que pueda intentarse una nueva acción de inconstitucionalidad contra el art. 25 del Decreto Ley 2591 de 1991, en el que pueden examinarse estos argumentos, no obstante los efectos de la cosa

juzgada definitivos pero no absolutos del fallo de exequibilidad de la Corte Constitucional y de acuerdo con su jurisprudencia sobre este punto.<sup>23</sup>

Descendiendo a la casuística veamos algunos eventos en los que la Corte Constitucional ha condenado al pago de perjuicios:

Sentencia T – 161 de abril 26 de 1993 se protegió el derecho a la intimidad y a la asociación sindical de un trabajador, porque la empresa donde laboraba colocó en una cartelera informe confidencial sobre su vida privada, obtenida en una visita domiciliaria del Instituto de Seguros Sociales y un representante de la empresa.

La Corte no señaló cuál fue el daño emergente causado y sin examinar los requisitos que prevé el art. 25 del Decreto Ley 2591 de 1991 procedió a condenar.

Por lo demás, al no haber señalado las pautas para la liquidación del daño será prácticamente imposible su liquidación.

Cabe anotar que el peticionario había solicitado la indemnización del daño moral cuya causación sí parece posible en este caso, como que se violó el derecho al buen nombre y a la intimidad, pero que cuya posibilidad de declaración en la tutela no contempla la norma.

Sentencia T – 414 de junio 16 de 1992: Tutela el derecho a la intimidad y a la dignidad por estar en la lista de deudores morosos de la Asociación Bancaria (Habeas Data, atr. 15 C.N.) y condena el pago de perjuicios (¿daño emergente? ¿cuál?).

22 El magistrado Jaime Sanín Greffenstein en su salvamento de voto a la sentencia T – 222 de junio 17 de 1992, expresó que desde un punto de vista estrictamente constitucional, es dudoso que la acción de tutela pueda tener un carácter indemnizatorio.

23 HENAO PÉREZ, Juan Carlos, estima que la constitucionalidad de la condena al pago de perjuicios, “a pesar de los argumentos esgrimidos por la Corte Constitucional, deja mucho que desear”. Op. Cit. P. 276. En el mismo sentido, Alfonso Guarín Ariza, Aspectos Procesales de la acción de tutela. En Temas procesales, Revista del Centro de Estudios de derecho Procesal, Medellín, Librería Jurídica Sánchez, N° 18. Julio de 1994, pp. 54 y ss.

Sentencia agosto 3 de 1993: Protege el derecho al buen nombre, desarrollo de la personalidad y a informar y a recibir información veraz e imparcial. Condena al pago de daño emergente a la Caja Social de Ahorros.

Sentencia T – 525 septiembre 18 de 1992: Tutela el derecho a la vida de un exguerrillero ya que informaciones difundidas por el ejército lo vinculaban como miembro del grupo guerrillero E.P.L. la decisión de tutela imparte la orden al DAS de protegerle la vida y además condena al pago del daño emergente. No establece la sentencia por qué razón además de esta protección el peticionario requiere dinero para poder gozar del derecho constitucional fundamental a la vida.

Sentencia T – 611 octubre 15 de 1992: Tuteló el derecho a la intimidad de los familiares del cantante Rafael Orozco y condenó al pago de perjuicios a los periódicos que difundieron hechos de su vida privada. Aquí será difícil acreditar daño emergente derivado de la lesión del derecho a la intimidad, que más bien incide en la esfera interna de la persona y por tanto causa daño moral.<sup>24</sup>

Sentencia T – 260 de junio 1° de 1994: Tutela el derecho de petición a la liquidación de cesantía con **indexación**, con fundamento en el art. 53 de la Constitución Nacional que se refiere al reajuste periódico de las pensiones y el art. 12 del Convenio 95 de la OIT, según el cual “uno de los aspectos de protección al salario es el de tomar medidas adecuadas para **reparar los perjuicios ocasionados por la demora en el pago**” (se destaca).

Paradójicamente allí se revocó la decisión de instancia que ordenó cancelar en 48 horas los dineros correspondientes a las prestaciones sociales del peticionario, por cuanto la acción de tutela no puede suplantar un mandamiento ejecutivo y previamente al pago de la prestación social debe existir un reconocimiento y/o liquidación de esta, pero se ordena la indexación como “forma de reparar el daño causado”.

Es cierto que en este caso la devaluación bien puede asimilarse a una especie de **daño emergente**, en cuanto significa “una pérdida experimentada” en la capacidad adquisitiva del crédito que se tiene contra la administración. Sin embargo, para ordenar su reconocimiento en la acción de tutela debió examinarse el cum-

24 En la sentencia T – 259 de junio 1° de 1994, en asunto similar se sostuvo la tesis contraria: “el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 autoriza para ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado. Esta clase de pronunciamiento se ve condicionado a que el accionante no disponga de otro medio judicial, situación que no se presenta en el caso sometido a Revisión, toda vez que la señora M... bien puede iniciar contra el diario ‘El Espacio’ la acción civil correspondiente, en procura de que se reconozca y ordene el pago de la indemnización a que pueda tener derecho”.

plimiento de todos y cada uno de los requisitos previstos en el art. 25 del Decreto Ley 2591 de 1991, aspecto este que no se contempló en el fallo.

Tampoco indicó la sentencia cuál es el índice que debe utilizar la administración para la actualización de la suma adeudada: índice de precios al consumidor (I.P.C.), tasa de devaluación, etc., con lo cual se crean dificultades a la hora de su cumplimiento.

Estos ejemplos nos indican que será muy difícil acreditar en el respectivo incidente la liquidación, el daño emergente declarado en diferentes acciones de tutela lo cual en la práctica se traduciría en decisiones que quedan en el vacío. Y si a ello le agregamos el hecho de algunas de esas condenas se produjeron sin la comparecencia del representante legal correspondiente al trámite de la acción de tutela, nos encontraríamos con que a través de ésta, en forma paradójica, resultó violado el derecho constitucional fundamental del debido proceso (art. 29 C.N.).

Así en la sentencia T – 428 de junio 24 de 1992 la Corte Constitucional tuteló el derecho fundamental a la vida y al trabajo de la Comunidad Indígena de Cristianía (Antioquia) y condenó al Ministro de Obras Públicas y Transporte (hoy de Transporte) y al Consorcio Solarte y Solarte, al pago de perjuicios sin indicar cuáles fueron los que se causaron<sup>25</sup> y lo que es más grave, sin que en el procedimiento de tutela hubieran comparecido los respectivos representantes legales de las personas jurídicas condenadas (Sólo se notificó a sendos ingenieros que éstas tenían en la obra).<sup>26</sup>

25 Para Juan Carlos Henao el análisis que la sentencia hace del perjuicio es criticable: “no se hace diferencia alguna entre los perjuicios llamados reales y causados, y los llamados potenciales. Hubiere (sic) sido útil la distinción puesto que la vaguedad de los considerandos – máxime si se dice que lo que se busca es que la situación económica de la comunidad sea restablecida – puede hacer pensar que se trata de indemnizar tanto los perjuicios causados como los potenciales, lo cual desde el punto de vista lógico sería inadmisibles, precisamente porque los perjuicios potenciales, a más de ser una simple eventualidad que no gozan de la característica de lo cierto, tratan de evitarse a través de la tutela, y, como es obvio, si un perjuicio se evita cumpliéndose con ello el importante objetivo de la protección que establece esta acción, no se causa, y por tanto no puede ser objeto de indemnización”. Op. Cit. P. 268.

26 Sin embargo, en La Sección Primera del Tribunal Administrativo de Antioquia, cursa en este momento un incidente de liquidación de perjuicios por valor de \$256.125.564.00 (expediente T – 930038). Se solicita además la indemnización del daño emergente moral (sic), cultural y de carácter étnico sufrido por la comunidad “en la creencia de que los movimientos de tierra y los consecuentes daños, obedecían a manifestaciones de espíritus de antepasados y de Jaibanás molestos por las heridas que se le estaban causando a la Madre Tierra”.

## 5. Acción de Tutela contra la Corte Constitucional: ¿una herejía?

A pesar de lo descabellado que pueda parecer y aún en el evento de que la decisión de tutela provenga de la Corte Constitucional, creemos procedente a su vez la acción de tutela contra una decisión de esta índole por las siguientes razones:

1. El parágrafo del art. 40 del Decreto Ley 2591 de 1991 señalaba la improcedencia de la tutela contra fallos de tutela. Esta norma sin embargo, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia del 1º de octubre de 1991, al retirarla del ámbito jurídico por cuanto contemplaba la procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias y demás providencias que ponen fin a un proceso.

2. En la propia sentencia y en los desarrollos posteriores de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se dejó a salvo que las actuaciones judiciales que pudieran calificarse de vías de hecho fueran susceptibles de ser enjuiciadas a través de la acción de tutela.

En efecto allí se dijo:

“Ahora bien, de conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos y omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias. Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante las actuaciones **de hecho** imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela, pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (artículos 86 de la Constitución Política y 8º de Decreto 2591 de 1991). En hipótesis como esta no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia”.

Este concepto de vía de hecho fue desarrollado en la Sentencia T – 173 de mayo de 1993, al expresar que “las actuaciones judiciales cuya ostensible desviación del ordenamiento jurídico las convierte – pese a su forma – en verdaderas vías de hecho, no merecen la denominación ni tienen el carácter de providencias para los efectos de establecer la procedencia de la acción de tutela. No es el ropaje o la apariencia de una decisión sino su contenido lo que amerita la intangibilidad constitucionalmente conferida a la autonomía funcional del juez.

“... ”

“En ese orden de ideas, la violación flagrante y grosera de la Constitución por parte del juez, aunque pretenda cubrirse con el manto respetable de la resolución judicial, puede ser atacada mediante la acción de tutela siempre y cuando se cumplan los presupuestos contemplados en el artículo 86 de la Constitución y no exista otro medio al alcance del afectado para la defensa de su derecho”.

Podría objetarse que las personas jurídicas no están legitimadas para ejercer la acción de tutela. Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia T – 201 de 1992, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz expresó: “puede afirmarse de manera categórica que la norma constitucional al referirse a que esta acción la puede incoar ‘toda persona’ no distingue entre persona natural y persona jurídica. Así mismo, las personas jurídicas tienen sus propios derechos fundamentales. Ellas son proyección del ser humano; surgen de acuerdo con una serie de acciones que provienen de las personas naturales: tienen un patrimonio, una autonomía propia y un ‘good will’ que gracias a sus relaciones ha adquirido, los cuales son distintos a los de sus miembros, pues esa persona jurídica por sí misma es poseedora de unos derechos y correlativamente de unas obligaciones. Derechos como la propiedad, el debido proceso, la honra, el buen nombre, etc., requieren igualmente dada su naturaleza de la protección del Estado, para lo cual el ordenamiento constitucional ha consagrado mecanismos de amparo ante eventuales amenazas y vulneraciones a tales derechos”.

Sin embargo, en Sentencia T – 463 de julio 16 de 1992, con ponencia del mismo Magistrado se dijo que **“en principio, la acción de tutela no puede ser ejercida por personas jurídicas de derecho público,** en la medida en que estas desempeñan funciones públicas. El ejercicio de las funciones públicas por parte de esta clase de personas jurídicas por regla general, no se realiza como consecuencia del ejercicio de libertades originarias, independientes, sino con base en

competencias determinadas por la Constitución y la Ley, de carácter limitado y reglado”. (Se destaca)

Por el contrario, la Sentencia T – 141 del 24 de marzo de 1994 de la Corte Constitucional se pronunció de fondo sin objetar la legitimación del municipio de Santiago de Tolú en la acción de tutela instaurada contra el Ministerio de Minas y Energía y la Empresa Colombiana de Petróleos – ECOPETROL –, a fin de que se ampararan sus derechos de propiedad, igualdad ante la ley, peticiones, debido proceso y no confiscación al negarse a liquidarle las regalías que consagra el art. 360 de la Constitución Nacional.

En la doctrina española se afirma que “la cuestión de la titularidad de los derechos fundamentales por las personas jurídicas no puede ser resuelta con carácter general en relación a todos y cada uno de ellos” y que “es posible llegar a una respuesta afirmativa en el tema de la legitimación de los entes públicos, y no sólo en el estricto ámbito de las garantías procesales, lo cual es comúnmente admitido, sino, con carácter general, en tanto lo permita la estructura y lo exija la naturaleza de su actividad.”<sup>27</sup>

Otra solución sería la declaratoria de nulidad del fallo de Revisión de la Corte Constitucional, por parte de la Sala Plena de dicha Corporación. En efecto, si bien el art. 49 del decreto 2067 de 1991 que establece el régimen procedimental de los juicios ante la Corte Constitucional preceptúa que la nulidad de los procesos (sic) que se tramitan ante esa Corporación sólo podrá ser alegada antes de profirido (sic) el fallo, la Sala Plena mediante auto del 26 de julio de 1992, anuló una sentencia de tutela de la Sala Séptima de Revisión por desconocimiento de la cosa juzgada constitucional que a su vez implicó una violación del debido proceso consagrado en el art. 29 de la Constitución.<sup>28</sup>

**Creemos además que en la práctica, por la imposibilidad de encontrar casos en los cuales sea necesario indemnizar el daño emergente causado, para asegurar el goce efectivo de un derecho constitucional fundamental amenazado o violado**

27 OLIVER ARAUJO, Joan. El recurso de Amparo. Colección Estado y derecho, Palo de Mallorca, España, 1986. pp. 289, 291. Para Luis Prieto Sanchis en el recurso de amparo como sujeto activo “ni siquiera cabe excluir por hipótesis a las personas jurídico – públicas”. Cfr. Principios Generales del Sistema de protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales en Estudios sobre Derechos Fundamentales. Madrid, Editorial Debate, 1990, p. 238.

28 En su salvamento de voto los Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero al separarse de la decisión mayoritaria, expresaron: “Las nulidades son de estricta creación legal. Ni la Constitución ni la ley consagran la nulidad de las sentencias de la Corte Constitucional. Por ende, su creación jurisprudencial claramente desborda el marco de atribuciones de esta Corte”.

y que se protege con la acción de tutela, como lo exige el art. 25 del decreto Ley 2591 de 1991, tales condenas se tornarán ineficaces al momento de liquidarlas.

## 6. Resumen y Conclusiones

1. El procedimiento para la acción de tutela, tal como está previsto en la Constitución Política, es preventivo y no declarativo de derechos. Por tal razón, pugna con su naturaleza y con el texto de la norma la posibilidad de condena al pago de perjuicios.

2. La responsabilidad del Estado y de los particulares es otro medio de protección judicial y aplicación de derechos (Título II, Capítulo 4, arts. 88, 89 y 90 C.N.) que no puede confundirse con la acción de tutela (art. 86 ibídem).

3. A pesar de la declaratoria de exequibilidad del art. 25 del Decreto Ley 2591 de 1991, es posible pensar en el planteamiento nuevamente de su inconstitucionalidad por violación del art. 86 de la Carta Política.

4. Las aplicaciones que la Corte Constitucional ha hecho del art. 25 del Decreto Ley 2591 de 1991 han desconocido los exigentes requisitos que consagra dicha norma y en algunos casos han violado el derecho constitucional fundamental al debido proceso (art. 29 C.N.). De ahí que contra tales decisiones sea posible intentar a su vez, la acción de tutela o cuando menos, su declaratoria de nulidad ante la propia Corte.

5. No parece posible que el ejercicio de los derechos constitucionales fundamentales pueda estar supeditado al reconocimiento de indemnizaciones a tal punto, que la Corte Constitucional no ha señalado unas pautas claras para su resarcimiento. Esto hará prácticamente imposible que las indemnizaciones decretadas puedan ser objeto de liquidación y que tales condenas quedan convertidas en letra muerta.

## POST – SCRIPTUM

1. La Corte Constitucional, sala unitaria del magistrado Alejandro Martínez Caballero, mediante auto del 2 de agosto de 1994 (demanda D – 673), rechazó una nueva demanda de inconstitucionalidad que se formuló en contra del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 con fundamento en lo expuesto por la propia Corte al examinar la constitucionalidad del artículo 21 del decreto N° 2067 de 1991 – sentencia C – 113 del 25 de marzo de 1993 – según la cual la Corte en ejer-

cicio de sus funciones propias puede señalar que “los efectos de la cosa juzgada se aplican sólo respecto de las disposiciones constitucionales consideradas en la sentencia. Al fin y al cabo, sólo a la Corte compete determinar el contenido de sus sentencias”.

Como en la sentencia mediante la cual se declaró la exequibilidad del art. 25 del decreto en mención no se afirmó explícitamente que el estudio se limitaba a la confrontación con ciertas normas de la Constitución y no con todas, en virtud del citado fallo el artículo demandado “es constitucional integralmente”. (Debe advertirse que si bien de conformidad con el art. 6º del decreto 2067 de 1991 contra el auto de rechazo de una demanda en la Corte Constitucional procede el recurso de súplica ante la sala plena, en el caso en comento tal recurso no se interpuso).

2. Nos complace observar que la Corte Constitucional en la sentencia T - 403 del 14 de septiembre de 1994 con ponencia del magistrado José Gregorio Hernández Galindo, haya recogido los planteamientos expuestos en nuestra ponencia. En efecto, allí se dijo:

“Pero no siempre que prospere una acción de tutela ha de seguirse necesariamente que en la misma providencia el juez ordene la indemnización en abstracto de los perjuicios causados. Existiendo varios medios ordinarios para alcanzar ese cometido, la norma legal mencionada es de interpretación estricta. En otros términos, la indemnización por la vía de la tutela es **excepcional**:

“- 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.

“- En consecuencia, si consideradas las circunstancias del caso, el accionante tiene posibilidad de intentar la acción ordinaria enderezada a la indemnización de los daños que se le han causado, no es la tutela el medio judicial idóneo para ello, pese a haber prosperado.

“- La violación del derecho tiene que haber sido manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria. 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.

“- 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 solo propósito de obtener el resarcimiento de perjuicios equivaldría a desfigurarla.

“- Como ya lo hizo ver la Corte en su sentencia C – 543 del 1º de octubre de 1992, la condena en abstracto no procede sino sobre el supuesto de que, en esa materia, han sido atendidas a cabalidad las reglas del debido proceso, pues tal garantía constitucional es aplicable a todas las actuaciones judiciales y administrativas. “... el proceso de tutela, aunque sumario y preferente, debe surtirse con plena observancia de las previsiones generales consagradas en el artículo 29 de la Constitución, de las cuales no ha sido ni podría haber sido excluido en cuanto se trata de un derecho fundamental. Si en un proceso específico tales requerimientos se transgreden, tiene competencia el superior ante quien se impugne el fallo y, en su caso, esta Corporación, para revocar la correspondiente decisión judicial”.

“Por tanto, no son admisibles los fallos de tutela que contengan condenas en abstracto si aquel contra quien se instauró la acción no ha gozado del derecho de defensa, de la oportunidad de controvertir las pruebas allegadas en su contra y de la posibilidad de hacer valer las que lo favorezcan.

“En tan sentido, conviene recordar lo expuesto por esta misma Sala en sentencia T – 375 del 7 de septiembre de 1993:

*“El debido proceso, que descansa sobre el supuesto de la presunción de inocencia, la cual tiene que ser desvirtuada por el Estado para que se haga posible una condena, es plenamente aplicable y exigible en los términos constitucionales cuando se trata de tramitar y resolver sobre acciones de tutela, mucho más si una de las consecuencias derivadas de la determinación de concederla es la de imponer a la entidad o (...) a un funcionario o empleado de la misma una condena económica. Esta únicamente puede provenir de una prueba mínima acerca de que se ha causado un perjuicio y tiene que partir de la relación de causalidad existente entre el perjuicio y el acto u omisión en concreto. Para deducirlo se hace indispensable establecer, previo un debido proceso, que en efecto la persona o entidad contra la cual se profiere la condena es responsable”.*

“- La indemnización que se ordene en abstracto debe estar encaminada, como lo manda el precepto legal, a resarcir el daño emergente causado, entendido como “perjuicio o pérdida”, en los términos del artículo 1614 de Código Civil, es decir que no comprende el lucro cesante – ganancia o provecho que deja de reportarse, según la misma norma –, por lo cual en casos como el que se estudia, en el cual afirma la peticionaria que “no ha podido arrendar el inmueble”, no es aplicable el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991.

“- 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 es la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño causado y cuáles serán las bases que habrá de tener 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”.



# LA INTERVENCIÓN DE UNA ENTIDAD ESTATAL COMO TERCERO DENTRO DEL PROCESO PENAL

**Mauricio Patiño Mariaca<sup>1</sup>**

## **CONTENIDO:**

La situación jurídica de los perjudicados frente al hecho punible de la persona física que actúa como órgano del ente estatal

La intervención de una entidad estatal como tercero dentro del proceso penal

Desde hace algunos años la responsabilidad extracontractual del Estado ha experimentado una gran evolución, pues, se ha revelado contra la orientación tradicional que fijaba el centro de gravedad de la responsabilidad en la conducta, para orientar dicho centro en la víctima, lo cual explica porque se abren paso continuamente teorías que buscan ampliar los límites de la responsabilidad objetiva.

Por lo anterior, al consagrarse en la Constitución Política en el artículo 90 de la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, se presentó una discusión en relación a la “afiliación” por parte de la Constitución a la teoría de la lesión, esto es, el daño antijurídico; sin embargo como la Constitución no definió el concepto de daño antijurídico, se debe acudir al concepto elaborado por la doctrina española quien sostiene que, un daño es antijurídico cuando la víctima del mismo no está obligada a soportarlo, de tal manera que la responsabilidad ya no analiza la conducta sino simplemente el daño causado a la víctima, por tanto la responsabilidad se torna objetiva, eliminando totalmente la responsabilidad con culpa o falta.<sup>2</sup>

---

1 Profesor Universidad Pontificia Bolivariana y Miembro del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado.

2 Colombia. Gaceta Constitucional, Nº 56, abril 22 de 1991, Informe Ponencia. Mecanismos de protección del orden jurídico y de los particulares. Ponente: Juan Carlos Esguerra, Néstor Raúl Correa, La responsabilidad patrimonial en el estatuto general de contratación de la administración pública. Álvaro Bustamante Ledesma, Derecho Administrativo Colombiano, pág. 629, Tomo II, Editorial Jurídica de Colombia, Primera Edición, 1994, Santafé de Bogotá.

En nuestro sentir, esta tesis no tiene ningún fundamento por dos razones: La primera, porque citada disposición establece que además del daño se requiere que éste, sea imputable jurídicamente al Estado, lo cual significa que, para poder comprometer la obligación indemnizatoria a cargo del Estado se deben reunir tres elementos: un juicio sobre la conducta que permita imputar a ésta la causación de un daño, de suyo antijurídico, y un nexo causal entre éste y aquel; por lo tanto de la norma en comento no se desprende que la culpa o falta haya desaparecido, ni que la responsabilidad objetiva sea el régimen general para configurar la responsabilidad del Estado.<sup>3</sup>

En segundo término no estamos de acuerdo con que el artículo 90 de la Constitución Política hizo objetiva toda la responsabilidad del Estado, porque sería desconocer que la responsabilidad, además de ser una fuente de las obligaciones, es una sanción a la conducta, y siendo la responsabilidad

objetiva la sanción máxima, debe estar como toda sanción, por regla general establecida en un texto escrito.<sup>4</sup> En efecto, la Constitución Política, como norma fundamental consagra que cuando los actos del Ejecutivo o del Congreso

3 El Consejo de Estado en un principio sostuvo que la responsabilidad del Estado era objetiva con fundamento en la teoría de la lesión; sin embargo, esta tesis ha sido recogida, para afirmar que la falla o culpa del servicio sigue siendo el régimen general de imputación de responsabilidad. En sentencia de marzo 2 de 1992, con ponencia de Carlos Betancur Jaramillo, la Sección Tercera del Consejo de Estado dijo que: *“En síntesis, la nueva Constitución, a pesar de su amplitud en materia de responsabilidad, no la hizo exclusivamente objetiva ni borró del ordenamiento la responsabilidad por falla en el servicio, ni por cualquiera otra fuente de las aceptadas por el derecho administrativo. Las nociones de imputabilidad y de daño antijurídico así lo dan a entender”*. En sentencia de julio 13 de 1993, con Ponencia de Juan de Dios Montes Hernández. El Consejo de Estado siguiendo la misma orientación que la anterior decisión sostuvo: *“... la falla del servicio ha sido, en nuestro derecho, y continúa siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al juez administrativo le compete – por principio – una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final de un incumplimiento de una obligación administrativa a su cargo, no hay duda que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual.*

4 En el derecho privado el artículo 6 del Código Civil establece que la sanción legal no es sólo la pena sino también la recompensa: es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la trasgresión de sus prohibiciones. En el inciso segundo se dispone que en materia civil, son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Lo cual significa que la nulidad es una sanción que se aplica a los actos que la ley prohíbe, pero además que esa sanción no es única, porque la propia ley puede imponer otra sanción diferente a los actos que violan sus prescripciones. En este orden de ideas, el artículo 2.341 establece que 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 le imponga por la culpa o delito cometido. El texto antes citado denota que cuando una persona con su conducta causa un daño a otro, la sanción que la ley civil establece es la indemnización de perjuicios, que como antecedente requiere la existencia de una conducta que sea tipificable dentro de los regímenes de responsabilidad y la existencia de un nexo causal entre el daño y la conducta.

incumplan sus mandatos serán sancionados mediante la correspondiente nulidad o inconstitucionalidad respectivamente; así mismo, en el artículo 90 *ibídem* se establece la obligación del Estado de indemnizar cuando una infracción de la Constitución por parte de alguna autoridad pública se siga la producción de un daño, pero no consagra, que la sola causación del daño implique responsabilidad – como lo hace en el artículo 89 de la Constitución Política al determinar la responsabilidad objetiva por los daños colectivos – sino que se requiere la existencia de una conducta que permita hacer el juicio de imputabilidad. Por esto negamos que del texto del artículo 90 pueda deducirse que el Estado responda de forma objetiva.

Así pues, el artículo 90 de la Constitución Política no inscribió la responsabilidad estatal dentro de la teoría de la lesión, ni tampoco la convirtió en objetiva, simplemente, la constitucionalizó al consagrarla en un texto expreso; de tal suerte que los tipos de responsabilidad elaborados por la ley, la doctrina y la jurisprudencia, tales como la culpa o falta del servicio, la presunción de culpa o falta, la responsabilidad por actividades peligrosas permanecen dentro del derecho colombiano, pero a diferencia de épocas pasadas, encuentran su fundamento en un texto expreso de la Constitución.

Antes de continuar, queremos resaltar, que el derecho de la responsabilidad estatal, debe seguir orientando el centro gravedad en la víctima, pero correlativamente debe dar lugar a la implementación de elementos que permitan el enjuiciamiento de los verdaderos responsables: los funcionarios públicos. No me cabe la menor duda que, gracias a la “impunidad” de que gozan los funcionarios en los asuntos de responsabilidad contra el Estado ha agravado la situación de crisis en la administración estatal, conduciendo no sólo a la producción de daños a la vida y bienes de los administrados, sino también a la ineficacia, la ineficiencia y desbarajuste de los asuntos públicos; esto porque muchas veces, los daños que se causan a los particulares tienen origen en dos niveles: por un lado, en la conducta material; y por el otro, por las decisiones de política administrativa. Así las cosas, la responsabilidad Estatal, debe evolucionar y permitir comprometer la responsabilidad de los funcionarios tanto por las conductas materiales, como por las decisiones de política administrativa (gestión empresarial), porque no puede olvidarse que el Estado, así como sus entes descentralizados corresponden a la sociedad en su conjunto, y no se puede tolerar su despatrimonialización, ni tampoco que los verdaderos responsables deambulen de entidad en entidad,

reproduciendo la ineficacia y el malgasto que son la semilla de la obligación indemnizatoria a cargo del Estado.

El trabajo que vamos a desarrollar, la intervención del Estado como tercero en el proceso penal, parte de un hecho cada vez más frecuente, pero no por ello menos aterrador: la conducta delictiva de los funcionarios públicos. Muchas veces el hecho que genera responsabilidad por la función administrativa constituye al mismo tiempo para el funcionario autor de la conducta un ilícito penal.

El tema ha de plantearse, entonces, desde una doble perspectiva, por una parte, se trata de establecer las relaciones jurídicas que se presentan entre la persona moral de derecho público y el servidor público por la realización de una conducta punible por parte de éste último; y por la otra, desde la teoría general del proceso señalar la operatividad de la institución de los terceros dentro del proceso penal.

## **1. La situación jurídica de los perjudicados frente al hecho punible de la persona física que actúa como órgano del ente estatal.**

Es en verdad triste y encolerizante, por decir lo menos, que resulte extraño que en nuestro país los funcionarios públicos a través de conductas delictivas, causen daño a los ciudadanos, o que comportándose como verdaderos delincuentes produzcan lesiones o la muerte de los mismos, dando lugar a que se inicie el proceso penal y eventualmente que se presenten ante la jurisdicción contenciosa, pretensiones indemnizatorias contra los entes estatales. Lo anterior resulta problemático tanto para los perjudicados como para los jueces, en tanto que a veces resulta difícil deslindar si el responsable es la persona natural – entiéndase funcionario – o el ente jurídico.

Este problema se ha resuelto a través de “la teoría del órgano”, porque ésta, a través de un juicio califica si la conducta del agente fue realizada o no en ejercicio de las funciones a su cargo, permitiendo separar la conducta del “órgano” y de la conducta de la persona jurídica; pues, no debe olvidarse que órgano y persona jurídica son uno mismo: ésta actúa cuando aquél obra, porque no obra como persona (física) aparte, como ser distinto e independiente (lo mismo que el hombre actúa a través de sus brazos y no estos con vida propia).<sup>5</sup>

5 Albaladejo, Instituciones de Derecho Civil, Tomo I. Barcelona, citado por Garreta Such, José María, La Responsabilidad Civil, Fiscal y Penal de Los Administradores de las Sociedades. Editorial Marcial Pons 1991. Sobre la teoría del órgano existe abundante bibliografía en nuestro medio, la más importante la encontramos en las diversas providencias de la Corte Suprema de Justicia y El Consejo de Estado.

La teoría del órgano parte de un hecho evidente: la persona jurídica carece de voluntad propia y real, y por lo tanto ella expresa y ejecuta su voluntad a través de los hombres que la integran, llamados “órganos” – agentes o funcionarios – que no se identifican propiamente con la persona jurídica. Por esto, la conducta de las personas físicas cuando actúan en cumplimiento de las funciones que como órgano le corresponden, son imputables jurídicamente a la persona moral. De tal suerte que cuando un funcionario causa un daño es posible separar la conducta de éste de la del ente jurídico, en tanto se compruebe que el daño tuvo su origen en una conducta del agente, desprovista de toda relación con las funciones que le están atribuidas en las leyes, reglamentos o estatutos.

Sobre este tópico, en el derecho administrativo es clásica la fórmula de J. Laferrère: Hay falta o culpa personal o hay conducta ilícita de la persona física – diríamos nosotros –, si el acto dañoso revela al hombre con sus debilidades, sus pasiones, sus imprudencias; en tanto hay falta de servicio o conducta ilícita del órgano, si el acto dañoso es impersonal y si revela a un administrador más o menos sujeto a error. Por su parte el Consejo de Estado en sentencia del 17 de julio de 1990, siguiendo al doctrinante francés Douc Rasy, estableció como criterio diferenciador de la conducta de la persona física del órgano que se tienen que responder negativamente cada una de las siguientes preguntas: ¿Advino el perjuicio en horas de servicio?; ¿Advino el perjuicio en el lugar de servicio?; ¿Advino el perjuicio con instrumento del servicio?; ¿El agente actuó con deseo de ejecutar un servicio?; ¿Y el agente actuó bajo la impulsión de un servicio?

Resulta oportuno anotar que, aun cuando es posible hacer la separación entre la conducta de la persona física de la del órgano, en el campo de la responsabilidad de la administración, la jurisprudencia y la doctrina han tratado de ampliar el horizonte de la obligación indemnizatoria a cargo del Estado. La doctrina encabezada por Jacques Moreau sostiene que cuando se establece un daño causado por un agente del Estado, éste se convierte en un garante de la obligación, por cuanto al desligar o separar el comportamiento del funcionario causante del daño y no poder efectuar la imputación de esta conducta a la persona jurídica se exonera automáticamente al Estado, privando definitivamente a los perjudicados de la reparación del daño, imposibilitando la eficacia de la justicia.<sup>6</sup>

Fuera de lo anterior, cuando concurren en una misma conducta la responsabilidad de la persona física y la responsabilidad de la persona jurídica, presentándose sentencias condenatorias en el proceso penal y en el proceso contencioso,

6 MOREAU Jacques, *Droit Administratif*, Press Universitaires de France, 1998. pág. 369.



en el mejor de los casos, los perjudicados tienen que soportar la división de la deuda, por cuanto se sostiene que en estos eventos no nace una obligación solidaria entre “órgano” y ente jurídico sino una obligación mancomunada.<sup>7</sup>

Pero los perjudicados, además de encontrarse sometidos a la división de los sujetos y a la división de la deuda – tan perjudiciales como el daño mismo – se ven abocados a otro, este referido a la dualidad de la jurisdicción. De tal suerte, cuando se presenta un daño que pueda ser imputable al funcionario surge el interrogante difícil de resolver que se relaciona con cuál jurisdicción, la ordinaria o la contencioso administrativa se debe escoger para solicitar los perjuicios económicos que le fueron causados, teniendo en cuenta que la última doctrina conocida del Consejo de Estado es clara al sostener que la utilización de la vía ordinaria excluye automáticamente la posibilidad de acudir a la contenciosa administrativa.<sup>8</sup>

### **1.1. El problema de la responsabilidad penal del agente y la responsabilidad patrimonial del Estado, en la jurisprudencia de la jurisdicción contenciosa administrativa**

Antes de analizar los contornos del problema esbozado, analicemos las relaciones que según la jurisprudencia del Consejo de Estado se presentan entre el proceso contencioso y el penal. En primer lugar, en materia probatoria, la jurisdicción contenciosa tiene por doctrina que la prueba trasladada del proceso penal al proceso administrativo requiere de la ratificación de sus deponentes, por cuanto ésta no se considera controvertida por la entidad pública demandada. Esto se debe a que en el proceso penal se persigue la declaratoria de responsabilidad de una persona natural, mientras que el administrativo se sigue para establecer la responsabilidad de una persona jurídica de derecho público. Sin embargo, cuando los testimonios recepcionados en el proceso penal son trasladados pero no ratificados son tomados como indicios.

7 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 22 de marzo de 1974, Consejero Ponente: Carlos Portocarrero Mutis, Ref.: Exp. 1335, Actor: Juvenal Quitían, citado por la sentencia del 28 de octubre de 1976, Consejero Ponente: Jorge Valencia Rango, Actor: Banco Bananero del Magdalena. Sentencia de abril 12 de 1984, Consejero Ponente: Alejandro Bonivento Fernández; Ref.: Exp. 2586; Actor: Eduardo Rincón. Puede leerse una crítica a este último fallo en Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública, Ricardo Hoyos Duque, Edit. Temis, pág. 112 y siguientes.

8 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de junio 10 de 1993, Consejero Ponente: Julio César Uribe, Ref.: Exp. 7750, Actor: Luis Alberto Zúñiga, del 24 de septiembre de 1993, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández, Ref.: Exp. 8201, Actor: Martha Lucía Cristancho de Molano.

Diferente, a lo que ocurre con la prueba trasladada del proceso disciplinario donde no es necesaria tal ratificación porque la prueba fue practicada por la misma administración.<sup>9</sup>

Cuando el proceso penal coexiste con el contencioso, el Consejo de Estado ha sostenido que es procedente la denuncia del pleito o el llamamiento en garantía hecho por parte del ente estatal al funcionario, en el escrito de contestación de la demanda aun cuando no se haya proferido la sentencia penal, en razón de que el Código Contencioso y en la Constitución Política se faculta al ente estatal de asegurar dentro de este proceso la posibilidad de repetir cuanto ha pagado por la actuación dolosa o gravemente culposa de dicho funcionario.<sup>10</sup>

Si tal coexistencia no se presenta, en virtud de que se profiera la sentencia penal, tenemos que distinguir entre los efectos de la sentencia penal absolutoria y la condenatoria.

### **1.1.1 Los efectos de la sentencia penal absolutoria**

El artículo 57 del Código de Procedimiento Penal establece que la acción civil no podrá iniciarse ni proseguirse cuando en el proceso penal se haya declarado por providencia en firme, que el hecho causante del perjuicio no se realizó o que el sindicado no lo cometió o que éste obró en cumplimiento de un deber o en legítima defensa. Entonces nos preguntamos si en el proceso contencioso administrativo será admisible que la entidad estatal para evitar el triunfo de la pretensión indemnizatoria el actor proponga la excepción de cosa juzgada, cuando la producción del daño al perjudicado sobrevino porque el funcionario actuó en cumplimiento de un deber legal o en legítima defensa.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha dicho que no existe posibilidad de que se presenten sentencias contradictorias entre uno y otro proceso, ni tampoco, cosa juzgada, pero aun cuando puede absolverse de responsabilidad penal al funcionario, la responsabilidad de la administración puede resultar comprometida porque en tales eventos ordinariamente se da un doble juzgamiento cada uno sujeto a normatividades diferentes, así: de un lado el enjuiciamiento de la conducta dolosa o culposa del servidor oficial con sujeción al ordenamiento penal; y

9 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de mayo 22 de 1987, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, Actor: Dioselina Arce Castaño; y sentencia del 17 de febrero de 1994, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, Ref.: Exp. 8203, Actor: Arturo de J. Arcila y otros.

10 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto de diciembre 10 de 1993, Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández, Ref.: Exp. 8840, Actor: Rafael Antonio Fontecha.

del otro, el enjuiciamiento de esa conducta desde la perspectiva de las normas que regulan el funcionamiento del servicio público. De donde la aplicación de normatividades distintas, la penal para la persona física, el funcionario sindicado de violar la ley penal y la administrativa para la persona que actúa por o para el Estado no deja margen a la existencia de decisiones contradictorias. Además de lo anterior,

por presentarse el litigio entre distintas partes no se produce cosa juzgada por no presentarse identidad de partes.<sup>11</sup> Vale la pena anotar que en el proceso penal, el actor es el Estado a través de la Fiscalía y el sujeto pasivo es el sindicado, mientras que en el contencioso, el pretensor es el perjudicado y el demandado es la entidad estatal.

Ahora, sobre el punto concreto de la legítima defensa reconocida en el proceso penal como causal de exculpación de la responsabilidad estatal, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sentado por jurisprudencia, con base en los argumentos expuestos, de que una es la normatividad que rige la conducta del funcionario que infringió la ley penal y otra diferente la que gobierna la responsabilidad del ente público no tiene vocación de prosperar la presentación de esta excepción ante la jurisdicción contenciosa.<sup>12</sup>

La jurisprudencia del Consejo de Estado como hemos visto frente a la sentencia absolutoria de responsabilidad penal, no ha tenido mayores contratiempos, además, compartimos los planteamientos sobre los alcances de la sentencia penal respeta en nuestro sentir los principios de justicia que debe buscar toda providencia judicial.

### **1.1.2. Los efectos de la sentencia penal condenatoria**

Cuando la sentencia es condenatoria la posición del Consejo de Estado ha vacilado, y en nuestro concepto en perjuicio de los perjudicados. Últimamente, ha establecido una distinción entre dos situaciones: una, que tiene ocurrencia cuando el juez penal condena de oficio a los perjuicios de acuerdo a lo estableci-

11 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de diciembre 3 de 1993, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, Exp.: 7905, Actor: Sonia Mora Verbel; y sentencia del 17 de febrero de 1994, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, Ref.: Exp. 8203, Actor: Arturo de J. Arcila y otros.

12 Entre otras sentencias pueden consultarse las siguientes: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de junio 23 de 1991, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, Ref.: Exp. 6249, Actor: Ricardo A. Serna y del 14 de agosto de 1992; Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, Ref.: Exp. 6645, Actor: Luz Inés Tangarife y otros.

do en el Código Penal; y la otra, cuando las víctimas se constituyen en parte civil dentro del proceso penal y el Juez establece la indemnización correspondiente.

Respecto al último evento, el Consejo de Estado sostuvo, hace ya algunos años, que si el perjudicado persigue por la vía ordinaria el resarcimiento de los perjuicios causados y obtiene una condena, se coloca en una situación concreta, en la que el daño se encuentra definido y cuantificado de acuerdo con criterios probatorios aportados al respectivo proceso penal, y no hacen posible que el perjudicado pueda exigir una indemnización que exceda el valor de la indemnización fijada por el juez penal, ya que la condena de perjuicios “frente a una u otra jurisdicción debe tener el mismo alcance indemnizatorio”.<sup>13</sup>

En un fallo reciente,<sup>14</sup> la Sección Tercera ha cambiado de posición para sostener que, si los perjudicados acuden al proceso penal como parte civil se les cierra la posibilidad de acudir al proceso contencioso por cuanto violentaría el principio de la cosa juzgada.

*“Para la Sala los pedimentos de la demanda no están llamados a prosperar por cuanto las sentencias condenatorias de la justicia penal ordinaria, que hicieron tránsito a cosa juzgada, ya dirimieron la responsabilidad del agente autor de las lesiones personales y dispusieron el monto indemnizatorio correspondiente a favor de la actora Cristancho de Molano.*

*“Podía la lesionada en su oportunidad y de acuerdo al artículo 78 de la C.C.A., accionar contra la entidad, el funcionario o contra ambos. En el subjuicio prefirió inicialmente demandar civilmente dentro del proceso penal las indemnizaciones a su favor contra el autor del hecho punible y posteriormente ante esta jurisdicción contra la entidad oficial y este comportamiento procesal equivocado es el que impide la prosperidad de las súplicas de la demanda.*

*“Dentro de las opciones que la ley le otorga al perjudicado éste puede optar la que mejor se acomode a sus aspiraciones e intereses jurídicos y patrimoniales, pero sometido desde luego a los resultados favorables o desfavorables que esa opción pueda hacer hacia el futuro proporcionarle. De otra forma se patrocinarían condiciones inaceptables desde el punto de vista procesal y jurídico, que le permitirían al afectado transitar por dos jurisdicciones*

13 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 22 de marzo de 1974, Consejero Ponente: Carlos Portocarrero Mutis, Ref.: Exp. 1335, Actor: Juvenal Quitán, citado por la sentencia del 28 de octubre de 1976, Consejero Ponente: Jorge Valencia Rango, Actor: Banco Bananero del Magdalena. Sentencia de abril 12 de 1984, Consejero Ponente: Alejandro Bonivento Fernández, Ref.: Exp. 2586; Actor: Eduardo Rincón. Puede leerse una crítica a este último fallo en Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública, Ricardo Hoyos Duque, Edit. Temis, pág. 112 y siguientes.

14 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de junio 10 de 1993, Consejero Ponente: Julio César Uribe, Ref.: Exp. 7750, Actor: Luis Alberto Zúñiga, Sentencia del 24 de septiembre de 1993, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández, Ref.: Exp. 8201, Actor: Martha Lucía Cristancho de Molano.

*diferentes en busca del resarcimiento más favorable y prevalido de una doble oportunidad de sacar adelante su aspiración resarcitoria, en condiciones que ciertamente no se adecuan a un proceso justo y de equidad para las personas naturales o jurídicas que se vean afectadas por cada accionar del afectado, con perjuicio del principio de la cosa juzgada el que en todo caso se vería afectado con el fallo definitivo posterior.*

*“Cabe recordar de otra parte, que ya la sala ha tenido oportunidad de pronunciarse para descartar la nueva responsabilidad en casos como el presente y consecuentemente no acceder a lo demandado cuando la justicia penal ha impuesto condena indemnizatoria, ni siquiera por el monto fijado en dicha condena o por otros valores excedentes. Así se decidió en providencia del 10 de junio de 1993, en el proceso número 7750, de Luis Alberto Zúñiga, con ponencia del señor Consejero Doctor Julio César Uribe Acosta”.*

Esta última posición en nuestro sentir no se ajusta a la ley, puesto que no se puede sostener válidamente que la sentencia proferida en el proceso penal tenga fuerza de cosa juzgada frente al proceso que se lleva ante la jurisdicción contenciosa, toda vez, que no se cumplen los requisitos exigidos en el artículo 332 del C.P.C. y el inc. 2do. del artículo 175 del C.C.A.; ya que, si bien es cierto este último proceso versa sobre el mismo objeto y la misma actividad, no es menos cierto, que entre ambos procesos no hay identidad jurídica de partes.<sup>15</sup> En efecto, en el proceso penal se juzga el comportamiento de la persona natural mientras que en el segundo proceso se juzga la conducta de la persona moral de derecho público.

Ahora, cuando la condena en perjuicios provenía no por la constitución en parte civil, sino por una conducta oficiosa del juez penal, el Concejo de

Estado afirmó, con fundamento en el inciso final del artículo 55 del Código de Procedimiento Penal,<sup>16</sup> que si en un proceso penal los perjudicados no obraron como parte civil la condena impuesta en ese proceso por perjuicios morales o materiales no se podía reducir de la condena del proceso contencioso.<sup>17</sup>

15 HOYOS DUQUE, Ricardo, sostiene que en el proceso contencioso y el penal no se presenta la cosa juzgada por no darse la identidad jurídica de partes. Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública, Edit. Temis, pág. 112

16 El inciso último del artículo 55 del Código de Procedimiento Penal, Decreto 2700 de 1991 establece: “Cuando en el proceso obrare prueba de que el ofendido ha promovido independientemente la acción civil, el funcionario se abstendrá de imponer condena al pago de perjuicios. Para todos los efectos legales, será ineficaz la condena impuesta en un proceso penal al pago de perjuicios, cuando se ha ejercido independientemente la acción civil”.

17 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 17 de febrero de 1994, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, Ref.: Exp. 8023, Actor: Martha Lucía Gómez de Mejía.

## **1.2 Nuestra posición**

La distinción que hace el Consejo de Estado cuando la sentencia es condenatoria, parte de un hecho externo y procesal, la constitución o no como parte civil por parte de los perjudicados. Por nuestra parte preferimos otra, que nos parece más conveniente para los perjudicados, que parte de la teoría del órgano, la cual nos permite, como lo anotábamos antes, dilucidar si la conducta dañosa del agente o funcionario tuvo por fuente el cumplimiento de la misión que tenía asignada, o si por el contrario ella “revela al hombre con sus debilidades, sus pasiones, sus imprudencias”. De esta forma podemos distinguir dos situaciones: la coexistencia de responsabilidad entre el agente y la persona jurídica; y la responsabilidad del servidor público desprovista de cualquier relación con el servicio.

### **1.2.1. La coexistencia de responsabilidad entre el ente estatal y el servidor público.**

El primer evento, ocurre cuando el agente cumpliendo con las funciones que tiene asignadas causa un daño que genera tanto responsabilidad penal como administrativa, esto es, una coexistencia de responsabilidad entre el servidor público y la entidad estatal. Piénsese en el caso del policía que por reprimir una riña causa accidentalmente la muerte a un transeúnte. En esta situación, de conformidad con la teoría del órgano, el causante del daño es una misma persona, agente y entidad.

Es claro que el proceso penal que se lleva adelante contra el funcionario, en principio escinde el juzgamiento de la conducta, ya que allí solamente se hace un juicio de valor sobre la conducta de la persona natural. De tal suerte, si en el proceso penal se obtiene sentencia condenatoria, teóricamente, esta sentencia afecta los intereses de la entidad estatal, en tanto el funcionario y ella son una misma “persona”; sin embargo, por la existencia de la sentencia penal se presenta una división entre el órgano y el ente jurídico, que hace que nos preguntemos por las consecuencias de dicha separación. La primera pregunta la hacemos desde la perspectiva del derecho sustancial, ¿cuál es la persona responsable? En nuestro sentir, en este punto, no cabe establecer divisiones: el responsable es el órgano, o lo que es lo mismo: el responsable es la persona jurídica. Esto porque el daño tuvo su origen en el cumplimiento de las normas que debe seguir el órgano, por lo tanto, ese actuar le es imputable a la persona moral.

Definida la responsabilidad en cabeza de la persona jurídica, es posible, entonces, afirmar que, pese a la existencia de una sentencia condenatoria en contra de la persona física, resulta jurídicamente viable que los perjudicados acudan al proceso contencioso para buscar la responsabilidad del ente moral, que si bien desde la teoría del órgano sería responsable desde la misma sentencia penal, esto no se puede permitir en el campo del derecho procesal porque nadie puede ser condenado sin ser oído previamente en juicio. En el proceso contencioso la pretensión debe buscar la misma declaración de responsabilidad que se obtuvo en el proceso penal. Hasta aquí nuestra posición en cuanto a los efectos de la sentencia penal, difiere de lo sostenido recientemente por el Consejo de Estado. Ahora, la cuestión que debe resolverse es si la conducta por los perjuicios debe ceñirse a lo establecido por el juez penal, o por el contrario se puede desconocer dicha decisión para obtener una mayor indemnización.

Este tópico, quedó resuelto en nuestra legislación procesal penal cuando en el inciso final del artículo 55 que establece: para todos los efectos legales, será ineficaz la condena impuesta en un proceso penal, al pago de perjuicios cuando se ha ejercido independiente la acción civil. Así pues, la misma ley se ha encargado de desconocer los “efectos legales” de la indemnización del proceso penal; de tal suerte los perjudicados con base en dicha norma pueden en el proceso contencioso solicitar una mayor condena del ente público responsable, dado que no importa si la sentencia es anterior o posterior a la proferida en el proceso penal.

A la misma conclusión arribó el Tribunal Administrativo de Antioquia, en sentencia de diciembre 10 de 1993 cuando afirmó que el hecho de que en el proceso penal se hubiera condenado en concreto al pago de perjuicios a los responsables del hecho, no tiene ninguna incidencia en el proceso contencioso administrativo, ni aun en el caso de que se hubieran constituido como parte civil puede haber cosa juzgada por la sencilla razón de que entre ambos no hay identidad de partes.<sup>18</sup>

### **1.2.2. La responsabilidad del servidor público desprovista de cualquier relación con el servicio.**

La segunda hipótesis, se presenta cuando el agente actuando sin ningún nexo con las actividades que tiene a su cargo causa un daño que solamente le es imputable a él y por lo tanto la persona pública en principio estaría exonerada de res-

<sup>18</sup> Colombia. Tribunal Administrativo de Antioquia, Sección Segunda, sentencia de diciembre 10 de 1993, Magistrado Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Radicado: 25653

ponsabilidad. En esa situación, de acuerdo con la teoría del órgano se presenta una escisión entre el funcionario que actúa con culpa personal y el ente público.

Sin embargo, puede suceder – y en nuestro país ocurre con cierta frecuencia – que la entidad pública contribuya a la causación del daño, por ejemplo, tolerando que personas inescrupulosas e irresponsables permanezcan al interior de la persona jurídica quienes valiéndose de la información, de la autoridad que emerge de su cargo, en una palabra del poder que poseen por ser órganos de una entidad, puede conducir a la realización de conductas ilícitas que perjudican a los administrados, permitiendo deducir a cargo de la entidad una obligación indemnizatoria que tiene su fundamento en la responsabilidad indirecta, bien sea porque no se escogió en debida forma a la persona física, o porque la entidad permanece indiferente frente a las conductas que asume un funcionario suyo por fuera de sus instalaciones.

Aquí se retoman las ideas contenidas en las normas del Código Civil y que no se oponen en forma alguna a lo preceptuado por la Constitución Política, pero vale la pena insistir, que en este caso la administración responde en forma indirecta porque la conducta dañosa del funcionario que reveló “al hombre con sus debilidades, sus pasiones, sus imprudencias” separó la persona física del ente de derecho público.

No puede pensarse que se están retomando los conceptos de responsabilidad elaborados por la jurisprudencia de principio del siglo<sup>19</sup> porque esa jurisprudencia desconocía la teoría del órgano; ahora, es en virtud de esta teoría que podemos afirmar que se presenta un desdoblamiento del sujeto de derecho cuando el agente actúa motivado por sus propios intereses desligado del servicio a su cargo, por lo cual el ente estatal podía ver comprometida su responsabilidad en forma indirecta, imputables a defectuosa elección o vigilancia de los empleados.

La tesis que se dejó expuesta no resulta exótica, dado que en fallo reciente<sup>20</sup> la Sección Tercera del Consejo de Estado sostuvo una posición que por la sintonía que tiene con la nuestra, la transcribiremos:

19 Colombia. En sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 20 de octubre de 1898 (XIV 684, 56), afirmó la responsabilidad civil indirecta de las personas morales en general, con inclusión explícita de las de derecho público, advirtiendo que tal era hasta entonces la doctrina consagrada en los fallos anteriores, de los cuales el de octubre 22 de 1896 (IX, 565, 357) había aceptado la responsabilidad civil de la nación originada en el “delito imputable a los funcionarios públicos”, que fuese cometido en el desempeño del cargo o con pretexto del mismo. Este texto es reproducción del fallo de la Corte Suprema de Justicia de junio 30 de 1962, Magistrado Ponente: José J. Gómez R., Actor: Reinaldo Tinjaca y Aurelio Planells.

20 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, Sentencia



*“Arguye el Tribunal que la actuación de los agentes habría que mirarla como culpa personal, eximente de responsabilidad estatal. Pues bien, este enfoque tampoco es aceptable. Desligar intelectualmente del servicio a los agentes porque actuaron como “sicarios” causa estupor. Olvida el a – quo que ese solo hecho muestra ya un funcionamiento anormal del servicio. Ningún servicio público decente puede funcionar contando dentro de su personal operativo con sujetos que puedan, prevalidos de su autoridad y con armas y vehículos de dotación oficial, cumplir el papel de sicarios. Porque, si tal cosa sucede, el germen mismo de esa falla funcional estará enmarcado tanto **en la culpa in vigilando como en la in eligendo.***

*“Se dirá que esto es puro derecho privado y que la responsabilidad del Estado no es indirecta en ningún caso.*

*“Pues no. No es derecho privado. El Estado es quien en mayor grado tiene la obligación primordial de escoger a los mejores para el desempeño de sus cometidos. Esta obligación dados los intereses en juego, es de mayor exigencia que en el campo particular. Y no solamente se debe elegir con especial cuidado a los servidores sino que se les debe vigilar para que no se desvíen de sus funciones. En otras palabras, elegir mal a los funcionarios públicos o dejarlos actuar incorrectamente, es ya una falla del servicio. Como es ya una falla mantener en servicio agentes que muestran, como sucedió aquí, unas hojas de vida no muy limpias.*

*“Cuando se habla de estas culpas, que si bien originalmente se predicán del derecho privado, se reclama para el derecho público su real operancia, porque no se concibe un servicio público eficiente, acorde con el orden público, el interés general, manejado por personas deshonestas o fuera de la ley.*

*“Por eso aceptar, como lo da a entender el a – quo, que como los agentes fueron contratados como sicarios no puede hablarse de falla en el servicio, sino de culpa personal, no es otra cosa que una apreciación desfasada que no resiste mayor análisis.*

*“Visto lo anterior, estima la Sala que la sentencia del a – quo deberá revocarse para, en su lugar, declarar la responsabilidad de la nación por los hechos estudiados”. (Las subrayas no son del texto).*

Este tipo de responsabilidad indirecta de las personas jurídicas de derecho público, si bien es cierto es excepcional, no es menos cierto, que sería un error desconocer su existencia y su aplicación en el derecho colombiano.

De otro lado, cuando los perjudicados con un hecho delictivo de un funcionario público se constituyen en parte civil en el proceso penal y obtienen sentencia condenatoria de perjuicios a su favor, pero no logran obtener el pago efectivo, pueden acudir al proceso contencioso para buscar la declaración de responsabi-

lidad indirecta del Estado con miras a obtener el pago de los perjuicios en razón de que la entidad estatal intervino en el daño, y por ende, de conformidad con el artículo 2344<sup>21</sup> del Código Civil podrán obtener el pago del perjuicio, por existir una obligación solidaria entre los dos responsables.

Esta es la llamada solidaridad pasiva la cual tiene como finalidad impedir la división de la deuda. Aún demandado uno de los deudores solidarios, podrá el acreedor dirigirse contra los otros o contra todos; entonces, los perjudicados pueden iniciar y llevar hasta su culminación la acción civil dentro del proceso penal. Ahora, si estos no obtienen el pago por parte del agente, en virtud del artículo 1572 del Código Civil que, dispone que la demanda intentada por el acreedor contra alguno de los deudores solidarios, no extingue la obligación solidaria de ninguno de ellos, sino en la parte que hubiere sido satisfecha; pueden acudir al proceso contencioso con la pretensión de que se declare responsable en forma indirecta, y la correspondiente condena de los perjuicios, previa comprobación de la existencia de una conducta ilícita, un vínculo legal o estatutario entre el funcionario y el ente estatal, por la cual se establece que el funcionario está bajo el cuidado y la dependencia del ente jurídico; y que la conducta del agente haya sido desarrollada con ocasión del servicio prestado, esto es, que tenga una vinculación mediata a las funciones que tiene atribuidas.

Es bueno recordar que en este caso la sentencia no vincula al juez administrativo ya que el inciso final del artículo 55 del Código de Procedimiento Penal, citado antes, la condena fijada por el juez penal pierde todos los efectos legales una vez que decide iniciar un proceso para buscar la indemnización de perjuicios.

## **2. La intervención de una entidad estatal como tercero dentro del proceso penal**

Cuando hablamos de la intervención de una entidad estatal como tercero en el proceso penal, en principio, estamos haciendo referencia a las instituciones del tercero civilmente responsable, y del tercero incidental, aquella persona que tiene un interés económico dentro del proceso.

Tercero desde el punto de vista sustancial es quien no interviene en la celebración de un acto; ahora, desde la perspectiva procesal, tercero es aquella persona

---

21 Dicha disposición establece que: “Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa”.

que interviene en un proceso con posterioridad a su inicio, ya sea para ampliar subjetivamente una u otra parte, o para introducir una

nueva parte para que se enfrente a las dos iniciales y asuman una vez intervienen en él la calidad de parte.<sup>22</sup>

En el derecho procesal civil, la doctrina no ha sido muy clara al tratar el tema de los terceros, pues se elaboran construcciones que en mi sentir son exageradamente confusas por los múltiples puntos de vista con que es abordada esta temática. Por eso seguimos a Jaime Guasp<sup>23</sup> cuando dice que la idea fundamental para entender la figura de la pluralidad de partes procesales se halla en la distinta relación en que en cada caso se hallan las partes entre sí.

Así puede ocurrir que las partes aparezcan en un mismo plano de recíproca igualdad, o que aparezcan en planos distintos de recíproca desigualdad. En el primer caso se habla de pluralidad de partes por coordinación, donde las distintas partes pueden aparecer unidas dando lugar a una especie de comunidad de consorcio procesal que recibe el nombre litisconsorcio; o pueden asimismo encontrarse enfrentados en su actuación procesal y hablamos de tercería (llamamiento de garantía – denuncia del pleito). En la pluralidad por subordinación, la relación es de cooperación hacia la parte principal de donde surge el nombre de coadyuvante. Sobre las relaciones de coordinación, hablaremos por una parte del litisconsorcio necesario y facultativo y de la tercería; y por la otra, la de coadyuvancia.

El litisconsorcio facultativo se presenta cuando la unión de los distintos litigantes se debe a su libre y espontánea voluntad, sin que la unidad de la cosa juzgada ni la ley exijan su presencia en el proceso; de tal suerte que si no concurren todas las litisconsortes la sentencia podrá ser de mérito respecto de quienes sí lo hicieron. En cambio en el litisconsorcio necesario la ley no se limita a autorizar la presencia de los litisconsortes, sino que hace una exigencia que puede hacer valer el juez o la parte contraria. Con relación a este último aspecto, es preciso anotar que la ley hace necesario que todos los litisconsortes se encuentran en el proceso para poder presentar válidamente pretensiones o que las presenten contra ellos.

22 Este apartado es tomado básicamente de los siguientes textos: Teoría de la intervención de Terceros, por Beatriz Quintero de Prieto, en la Revista Temas Procesales, N° 14, de abril de 1992. Litis Consorcio e Intervención de Terceros, por Horacio Montoya Gil, en la Revista Temas Procesales N° 3, de abril de 1986.

23 GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil. Instituto de Estudios Políticos, pág. 199 y siguientes.

El litisconsorcio afecta a los sujetos del proceso, y de ellos al juez, el cual ha de tener frente a todos y cada uno de los litisconsortes jurisdicción, competencia, la cual, si no la tiene la puede conseguir a través de la aplicación de las reglas de la conexión, por existir acumulación procesal y compatibilidad relativa, es decir ausencia de motivos de abstención y recusación. Asimismo afectan el objeto del proceso en cuanto que forzosamente tiene que haber alguna razón objetiva en que pueda fundarse la unión procesal que establece el litisconsorcio.<sup>24</sup>

La tercería se produce cuando las partes aparecen situadas en un mismo plano, pero no unidos sino enfrentados en su actuación procesal. Hay dos tipos de intervención: voluntaria, se presenta cuando el tercero interviene por su propia iniciativa (intervención ad – excludendum). O puede ocurrir que esta intervención sea forzada, donde la parte que provoca su intervención quiere imponerle una situación pasiva que pesa también sobre ella (llamamiento en garantía – denuncia del pleito) o porque quiera él desligarse, con la intervención de dicha situación (laudatio o nominatio auctoris).

Finalmente, la coadyuvancia el sujeto interviniente se halla vinculado secundariamente a la posición de otra parte cooperando con ella de un modo instrumental.

Entonces, del mismo modo que en el proceso civil no resulta insólito que además del demandante y demandado aparezcan en el proceso nuevos sujetos, el legislador procesal penal ha consagrado como terceros, al tercero civilmente responsable y al tercero incidental.

En un primer término analizaremos la institución de los terceros establecida en el Código de Procedimiento Penal, esto es, el tercero civilmente responsable y el tercero incidental y las razones por las cuales una entidad de derecho público puede ocupar esos lugares en el proceso penal; y en un segundo lugar, comprobaremos si las instituciones del proceso civil que consagran la intervención de terceros, pueden integrarse en el proceso penal con fundamento en el artículo 21 del mismo Código.

## **2.1. El tercero civilmente responsable desde la perspectiva de la responsabilidad civil**

Resulta pertinente, antes de continuar, precisar aquellos conceptos que utiliza el Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991) para referirse a las

24 GUASP, Jaime. Ob. Cit. pág. 199 y siguientes.

personas que son llamadas a restablecer el derecho de las víctimas con ocasión de la realización de un hecho punible. El primer sujeto de derecho que es llamado a responder pecuniariamente por los daños patrimoniales o extrapatrimoniales que cause a la víctima es el autor de la conducta punible, esto es, el sindicado dentro del proceso penal. Sin embargo, el Código de Procedimiento Penal establece que además de éste, puede ser sujeto pasivo del proceso penal quienes de acuerdo a la ley sustancial deban reparar el daño, el tercero civilmente responsable.

De acuerdo con la doctrina el tercero civilmente responsable es la persona que debe responder civilmente por los daños causados por otras que se hallen bajo su cuidado; mientras que el tercero incidental es aquella que sin ser propiamente un sujeto pasivo de la acción civil derivada del delito puede ver afectado su patrimonio como consecuencia de la sentencia penal.<sup>25</sup>

El Código de Procedimiento Penal en su artículo 43 le otorga la potestad al perjudicado de elegir entre la acción civil dentro del proceso penal y la acción ordinaria ante los jueces civiles al decir:

*“La acción civil individual o popular para el resarcimiento de los daños y perjuicios individuales y colectivos causados por el hecho punible, podrá ejercerse ante la jurisdicción civil o dentro del proceso penal, a la elección de las personas naturales o jurídicas perjudicadas”.*

Las normas penales, por lo general excluyen de su regulación por pasiva, a las personas jurídicas de derecho privado y público, pues, es claro que las personas jurídicas no realizan hechos punibles porque carecen tanto de existencia real como de voluntad físico – psíquica; pero esto es una cosa y otra muy distinta, la obligación indemnizatoria que puede recaer sobre su patrimonio con ocasión de la producción de un delito. Por eso nos preguntamos si esta omisión del legislador penal puede ser suplida por vía de interpretación.

A este respecto la dogmática jurídica colombiana es unánime al sostener que cuando el hecho punible es causado por una persona natural, el perjudicado puede escoger entre obtener la reparación del daño en el proceso penal, constituyéndose como parte civil, o en el proceso civil a través de la presentación de pretensiones indemnizatorias.<sup>26</sup> Sin embargo, cuando el hecho punible es causado por una persona física que, hace parte como órgano de una entidad de derecho

25 TAMAYO JARAMILLO, Javier. La Indemnización de Perjuicios en el Proceso Penal, pág. 34, Editorial Diké, 1993.

26 TAMAYO JARAMILLO, Ob. Cit. pág. 60

público, unos niegan la posibilidad de llamar a esa entidad al proceso penal mientras que otros guardan absoluto silencio.

### 2.1.1. ¿Quién es el tercero civilmente responsable?

Cuando los perjudicados deciden obtener la indemnización de perjuicios ejerciendo la acción civil dentro del proceso penal, de conformidad con la preceptiva penal no sólo pueden dirigir la demanda contra el sindicado, autor de la conducta, sino también contra el tercero civilmente responsable.

El artículo 153 del C.P.P. establece:

*“El tercero civilmente responsable es quien, sin haber participado en la comisión del hecho punible, tenga la obligación de indemnizar los perjuicios conforme al código civil”.*

La doctrina, de acuerdo con Javier Tamayo, ha considerado que el tercero civilmente responsable es la persona que debe responder por los daños causados por otras que se hallen bajo su dependencia y cuidado. En responsabilidad civil se conoce ésta como la responsabilidad por el hecho ajeno. Alessandri Rodríguez, sostiene que quien tiene bajo su dependencia y cuidado a una persona que le debe obediencia, está obligado a vigilarla para que no cause daños. Así mismo, afirma que el que tiene bajo su cuidado a una persona que causa un daño, no responde del hecho de ésta, sino del suyo propio, cual es la falta de vigilancia que sobre ella debía ejercer. Su responsabilidad proviene de su culpa; es ésta la que obliga a reparar ese daño, y si se habla de responsabilidad por el hecho ajeno, es porque esa culpa es causa mediata del daño en tanto que este hecho es la inmediata.<sup>27</sup>

Esta obligación está impuesta expresamente por la ley, el artículo 2347 del C.C. consagra el principio general de la responsabilidad por el hecho ajeno al establecer que:

*“Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de todas aquellas que estuvieren bajo su cuidado”.*

Ahora bien, del mismo modo que una persona natural es responsable por el hecho propio y por el hecho ajeno, la persona jurídica puede ver comprometida su responsabilidad en forma directa o por la responsabilidad por el hecho ajeno.

Según Tamayo Jaramillo, el artículo 153 del C. de P.P. engloba no sólo a quien tiene la responsabilidad por el hecho ajeno, sino también al guardián de la cosa o de la actividad peligrosa con la cual se produjo el hecho dañino, o al deudor

27 ALESSANDRI RODRÍGUEZ. Arturo. Responsabilidad Civil Extracontractual, Editorial Imprenta Universal, Santiago de Chile, pág. 305 y ss.

de un contrato que se incumplió con el hecho punible de su dependiente. Así el guardián de un automotor puede ser civilmente responsable, así no sea patrono o padre del conductor causante del daño en un accidente de tránsito, y el transportador puede ser civilmente responsable de su conductor con un hecho punible que dio lugar al incumplimiento del contrato.<sup>28</sup>

Según este autor la norma en comento se quedó corta ya que sólo considera como civilmente responsable a quien deba responder conforme al código civil. Pero resulta que muchas veces tal responsabilidad no se funda en esta normatividad sino en el código de comercio o en otras leyes especiales.

De acuerdo con el autor citado para involucrar a estas personas que no ven su responsabilidad comprometida por la normatividad civil, habría que hacer una distinción, de un lado, aquellas personas que comprometen su responsabilidad con cualquier norma de derecho privado podrán ser consideradas como civilmente responsables, y en tal virtud podrán ser demanda dentro del proceso penal.

Mientras que considera que el Estado no puede ser citado al proceso penal como civilmente responsable, en todos aquellos casos en que su responsabilidad normalmente debe ser establecida por la justicia contenciosa administrativa, ya que la jurisprudencia del Consejo de Estado y de los Tribunales contenciosos administrativos es reiterativa y categórica en el sentido de que la responsabilidad del Estado es totalmente autónoma y nada tiene que ver con la responsabilidad establecida en las normas de derecho privado, especialmente las del Código Civil. En el mismo sentido se expresa Gilberto Martínez Rave cuando en su obra Procedimiento Penal Colombiano, se afirma que el Estado no puede ser vinculado al proceso penal porque su responsabilidad administrativa y civil sólo se puede exigir ante la jurisdicción contencioso administrativa.<sup>29</sup>

De esta forma observamos en esta materia, el planteamiento acerca de la posibilidad de vincular al Estado mediante el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, pero se niega en virtud de que la jurisprudencia de la justicia contenciosa es clara al decir que la responsabilidad del Estado no se fundamenta en las normas del Código Civil.

---

28 En el mismo sentido MARTÍNEZ RAVE. La Acción Civil dentro del nuevo Código de Procedimiento Penal, en comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Penal, pág. 202 y ss., Editorial Biblioteca Jurídica Diké.

29 MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. Procedimiento Penal Colombiano. Octava Edición, Editorial Temis, 1994.

## 2.2. El tercero civilmente responsable desde la perspectiva procesal.

En Colombia, el tema del tercero civilmente responsable no ha tenido mucho desarrollo doctrinal ni jurisprudencial ya que esta figura solamente tuvo su aparición a partir del Código Penal de 1980; ya que el Código Penal de 1936 sólo permitía el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal contra el sindicado. El artículo 105 del Código Penal dice que deben indemnizar “... los penalmente responsables, en forma solidaria y quienes de acuerdo con la ley sustancial están obligados a reparar”.

La anterior disposición solamente tuvo desarrollo a partir del decreto 50 de 1987, sin embargo, su vigencia fue muy corta en razón de que la norma que permitía esa vinculación, el artículo 58, fue declarado inexecutable por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de diciembre 3 de 1987, en razón de que dicha norma transgredía la disposición contenida en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

La Corte Suprema consideró que a los terceros dentro del proceso penal no les estaba garantizado su derecho de defensa, porque dentro de este proceso, el tercero no podía recurrir a los medios de defensa que el proceso ordinario ofrece “tales como la demanda de reconvención, el llamamiento en garantía, la denuncia del pleito, las nulidades y otras, que por la severidad del proceso penal y por su naturaleza propia son refractarias con su finalidad, razón suficiente para que su ausencia afecte evidentemente el derecho de defensa del tercero”.<sup>30</sup>

La disposición que fue consagrada en la nueva normatividad legal en el artículo 153 del C.P.P. establece: “El tercero civilmente responsable es quien, sin haber participado en la comisión del hecho punible, tenga la obligación de indemnizar los perjuicios conforme al código civil”.

El tercero civilmente responsable una vez comparezca al proceso de acuerdo con el artículo 155 *ibídem*, tiene los mismos derechos y facultades de cualquier sujeto procesal. No pudiendo ser condenado en perjuicios cuando no se haya notificado debidamente (notificación personal) y se le haya permitido controvertir las pruebas en su contra. Así mismo, se le otorga en el artículo 222 la legitimación para recurrir en casación.

De los textos en comento se vislumbra que el legislador procesal penal quiso proteger con todas las garantías al tercero civilmente responsable; es más el nu-

30 Colombia. Sala Plena, Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente: Jairo Duque Pérez, sentencia de diciembre 3 de 1987, Jurisprudencia y Doctrina. Tomo XVII, pág. 136 y ss.



meral 5 del artículo 5 de la ley 81 de 1993 excluyó la decisión sobre la responsabilidad de éste de las sentencias anticipadas.<sup>31</sup>

Ahora, si analizamos esta figura desde el punto de vista de la teoría general del proceso, podemos afirmar que el tercero civilmente es un litisconsorte facultativo, esto es, una persona que se presenta al proceso por voluntad de las partes que intervienen en él, sin que la unidad de la cosa juzgada ni la ley exijan su presencia en el mismo; de tal suerte, que si el tercero civilmente responsable no concurre, la sentencia podrá ser de mérito y afectará sólo a quienes fueron partes en el proceso. En este evento, la sentencia no le es oponible al tercero ya que se profirió sin su presencia y por lo tanto el perjudicado con el hecho punible deberá demandar en proceso separado.

Aquí recordemos que, el litisconsorcio afecta a los sujetos del proceso, y principalmente al juez, el cual ha de tener frente a todos y cada uno de los litisconsortes jurisdicción y competencia, la cual, si no la tiene la puede conseguir a través de la aplicación de las reglas de la conexión, por existir acumulación procesal y compatibilidad relativa, es decir ausencia de motivos de abstención y recusación; asimismo, afectan el objeto del proceso en cuanto que forzosamente tiene que haber alguna razón objetiva en que pueda fundarse la unión procesal que establece el litisconsorcio.

### **2.3. El Estado como tercero civilmente responsable**

Hemos demostrado que el tercero civilmente responsable es un litisconsorte facultativo del sindicado, entonces nos preguntamos si el Estado puede ser vinculado al proceso penal como tal, la respuesta de este interrogante la formularemos primero desde el derecho sustancial y luego desde el derecho procesal.

#### **2.3.1. El Estado como tercero civilmente responsable desde la perspectiva del derecho sustancial**

Sobre este punto ya nos hemos referido cuando hicimos el análisis de las relaciones entre la responsabilidad penal y la administrativa, y solamente señalaremos que la responsabilidad del Estado tiene su fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política y que ya no tiene lugar la discusión generada en torno a si es aplicable el Código Civil o no. El Estado es responsable cuando al incumplimiento

31 Colombia. Sobre este tema puede consultarse la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, del 22 de junio de 1994, con ponencia de Edgar Saavedra Rojas, Exp.: 8400. Jurisprudencia y Doctrina, Tomo XXIII, N° 272, Agosto de 1994, pág. 967 y ss.

de la Constitución, de la ley o de los reglamentos se siga la producción de un daño, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política.<sup>32</sup>

Ahora, en lo referente a los tipos de responsabilidad del Estado, esto es, aquellas situaciones que la ley o la jurisprudencia han elevado a categorías jurídicas, ofreciéndoles una regulación concreta y especial, que encuentran a diferencia de épocas pasadas su sustento normativo en el artículo 90 de la Constitución. Tales tipos en el derecho administrativo, no se encuentran exclusivamente en este derecho, pues en ocasiones también acude a los tipos elaborados por el derecho civil, como por ejemplo en la responsabilidad por actividades peligrosas; de tal suerte que, no podemos negar la responsabilidad del Estado si es posible afirmar la tipificación de ésta en una norma del Código Civil. Así pues, la disposición contenida en el artículo 153 del C.P.P. se le puede aplicar al Estado, en los eventos en los cuales sin haber participado en la comisión del hecho punible su conducta se haya tipificado conforme a las normas del código civil. De tal suerte, el Estado podrá ser llamado al proceso penal cuando su responsabilidad sea indirecta. También cuando se trate de la responsabilidad por actividades peligrosas, y el Estado sea el guardián de la cosa o de la actividad peligrosa.<sup>33</sup>

### **2.3.2. El Estado como tercero civilmente responsable desde la perspectiva procesal.**

Sea lo primero advertir que el inciso segundo del artículo 58 del decreto 50 de 1987 – anterior código procesal penal – disponía de manera expresa que “no podrán ser demandados en virtud de estas disposiciones (tercero civilmente responsable) las entidades o personas de derecho público cuya responsabilidad sólo puede determinarse por la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.

¿Esta prohibición se encuentra aún vigente?; la respuesta debe ser negativa porque el artículo 573 del Código de Procedimiento Penal derogó en forma expresa la totalidad del decreto 50 de 1987, por lo cual, dicha norma se encuentra

32 Colombia. El Consejo de Estado ha dicho que los entes públicos en ejercicio de la función administrativa deben responder tanto por el incumplimiento de las leyes o reglamentos que se expiden para precisar las funciones que les corresponde ejecutar, como por el contenido de las funciones genéricas que se encuentran plasmadas en la Constitución Política. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de junio 30 de 1989. Consejero Ponente: Gustavo de Greiff Restrepo. Ref.: Exp. 5255. actor: Javier de Jesús Ángel Herrera; del 30 de marzo de 1990, Consejero Ponente: Antonio J. Irrisari Restrepo. Ref.: Exp: 3510. Actor: Luis Alberto Cifuentes Lindarte.

33 TAMAYO JARAMILLO, Javier. La indemnización de perjuicios en el proceso penal. Ob. Cit. 141 y siguientes. En el mismo sentido Martínez Rave, La Acción Civil dentro del Nuevo Código de Procedimiento Penal, en Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Penal. Pág. 202 y ss., Editorial Biblioteca Jurídica Diké.

fuera del ordenamiento jurídico.<sup>34</sup> Así pues, no hay norma expresa que prohíba que el Estado pueda ser llamado al proceso penal; sin embargo, todavía existe un escollo que resolver. Y se relaciona con la posibilidad de juzgar la conducta de una persona moral, cuyo “juez natural” es el juez contencioso. Para analizar este punto, tenemos que precisar el concepto de jurisdicción.

Como se sabe la jurisdicción corresponde privativamente al Estado, siendo ésta única y exclusiva, pero en razón de la división del trabajo por las diversas materias, se le han atribuido algunos asuntos, esto es, se ha distribuido la competencia entre los jueces de lo contencioso administrativo, laborales, penales y civiles. Así, la jurisdicción al ser una y exclusiva, no hay diversos órdenes jurisdiccionales: civil, penal, administrativo, sino que se trata de la concreción de la función que se atribuye dentro del órgano jurisdiccional del Estado, esto es, distribución de competencia.<sup>35</sup>

Entonces, dado que las diferencias que existen entre los jueces administrativos y los demás, se basan únicamente en la distribución de la competencia, podemos afirmar que, al ser el juez penal que es competente para conocer de la acción civil derivada del hecho punible, y presentada la demanda en contra del Estado como tercero civilmente responsable, podrá dicho juez en virtud de la existencia de un factor de conexidad como lo es un litisconsorte facultativo, desplazar su competencia para permitir el juzgamiento del Ente estatal.

El desplazamiento de la competencia resulta posible porque si el legislador optó por atribuirle la competencia al juez penal para que conociera de la acción civil y la extendió contra otras personas diferentes del sindicado, resulta lógico pensar que quiso originar una unidad de competencia, dada la comunidad de pruebas que pueden obrar dentro del expediente.

De tal suerte, el artículo 46 del C.P.P. al exigir para la constitución de parte civil la presentación de la demanda y que en ésta se pueden acumular pretensiones contra varios demandados, esto es, acumulación subjetiva que en el caso concreto sería contra el sindicado y el tercero civilmente responsable.

Para que surta esta acumulación, se deben cumplir con las exigencias y conexidades del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil,<sup>36</sup> ya que, esta norma

34 Colombia. El artículo 573 del Código de Procedimiento Penal señala: “Art. 573 – derogatoria. Derogase el Decreto 050 de enero 13 de 1987, por el cual se expidió el Código de Procedimiento Penal, sus normas complementarias y todas las disposiciones que sean contrarias al presente decreto”.

35 QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso, Tomo I, Editorial Temis. Pág. 171

36 Colombia. Código de Procedimiento Civil, comentado por José Fernando Ramírez Gómez. Pág. 82. Edito-

está llamada a regular el punto, por la remisión que hace el artículo 21 del C.P.P. que afirma que en aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en este Código, son aplicables las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. Tales requisitos para que se presente la acumulación subjetiva son: 1) Que el juez sea competente para conocer de todas las pretensiones; 2) que las pretensiones no se excluyan entre sí salvo que se propongan como principales y subsidiarias y 3) que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento. Las exigencias de conexidad son: resulta procedente la acumulación siempre que provengan de la misma causa o versen sobre el mismo objeto, o que se hallen en una relación de dependencia, o que deban servirse específicamente de unas mismas pruebas, aunque sea diferente el interés de unos y otros.

Entonces, presentada la demanda reuniendo los requisitos del artículo 46 del C.P.P. donde se acumula la pretensión indemnizatoria proveniente del hecho punible en contra del sindicato y contra el Estado como tercero civilmente responsable, el juez debe mirar si la acumulación cumple las exigencias y conexidades del artículo 82 del C. de P.C. Así, el juez penal es competente para conocer de las pretensiones, la respuesta es afirmativa ya que la ley procesal le otorgó competencia para conocer de la acción civil contra el sindicato y el tercero civilmente responsable; las pretensiones no se excluyen y finalmente se tramitan por el mismo procedimiento, la pretensión contra el sindicato, la pretensión contra el Ente de derecho público y finalmente la pretensión proviene de una misma causa y versa sobre un mismo objeto. De esta forma, sí el evento que se presenta ante el juez penal reúne todos los requisitos expresados la competencia del juez penal se desplaza para conocer de la acumulación subjetiva de pretensiones.

De otro lado, no creemos que se pueda afirmar que la pretensión indemnizatoria que surja de un hecho punible causado por un órgano de la persona de derecho público, deban ser invocadas exclusivamente ante los jueces administrativos por tener una pretensión cimentada en reglas propias del derecho administrativo, porque no es cierto que ante la indemnización de perjuicios proveniente de la muerte o lesiones de una persona por la utilización imprudente de un vehículo oficial sea el derecho administrativo el llamado a gobernar la relación jurídica.

En suma, el hecho punible da nacimiento a la acción civil, de acuerdo con la preceptiva penal que dejamos anotada, contra el autor del mismo y contra quienes de acuerdo con la ley sustancial (código civil) están obligados a reparar los daños causados con el hecho punible. Siendo claro, que el legislador procesal penal

ha hecho uso de su facultad de distribuir la competencia y determinado que los jueces penales conocen de las consecuencias jurídicas que emanan del hecho punible. Esto contrario a lo que se pensaba antiguamente donde se consideraba que las consecuencias civiles del delito no podían debatirse dentro del proceso penal.

El tercero civilmente responsable, como lo hemos visto, de acuerdo con la teoría procesal es un litisconsorte facultativo de tal forma que el juez penal, al ser competente de la pretensión indemnizatoria originada por el hecho punible, es competente de conocer demandas contra todas aquellas personas que de acuerdo a la ley sustancial deban reparar el daño. Esto porque uno de los efectos del litisconsorcio es la ampliación de la competencia mediante la aplicación de las reglas de la conexión por existir acumulación procesal y lo más importante compatibilidad relativa, es decir ausencia de motivos de abstención (derogatoria de inc. 2do. Art. 58 del decreto 50 de 1987).

De esta interpretación podría decirse que introduce elementos extraños al proceso penal, no lo creemos así, pues sí esta fuera la voluntad del legislador hubiera excluido de la competencia de los jueces penales el conocimiento de la pretensión indemnizatoria. De otro lado, pensamos que con ella se permitiría una ventaja para los perjudicados a quienes el acceso a la justicia se les mostraría más accesible y no pondrían en peligro su derecho por argucias de tipo procesal.

#### **2.4. La entidad estatal como tercero incidental**

De acuerdo con el artículo 150 del C. de P.P. define el tercero incidental como aquella persona natural o jurídica que sin estar obligada a responder penalmente por razón del hecho punible, tenga un derecho económico afectado dentro de la actuación procesal.

No estamos de acuerdo con Javier Tamayo cuando dice que la noción que da la ley sobre el tercero incidental es muy amplia. Todo lo contrario, el código procesal penal sólo permite la intervención de una persona que tenga en el momento de llevarse a cabo el proceso un derecho económico afectado dentro de él. Así pues, el Estado solamente puede intervenir como tercero incidental cuando desde el inicio de las actuaciones procesales tenga allí un derecho económico afectado. De tal suerte que la ley niega la posibilidad de que intervenga como tercero incidental de aquellas personas naturales o jurídicas privadas o derecho público

de intervenir para defender un derecho económico que pueda verse afectado con el proceso penal.<sup>37</sup>

De esta forma, el Estado no puede intervenir como tercero incidental sino tiene un derecho económico afectado dentro del proceso; y que, la mera potencialidad de verse afectado con la sentencia condenatoria del proceso penal porque en este evento la afectación del derecho no se produce dentro del proceso sino cuando termina con la sentencia del Juez. Así, al artículo 152 del C. de P.P. no se le puede dar alcance de coadyuvante que le otorga Javier Tamayo porque la ley es clara cuando habla de derecho afectado y no dice “que pueda afectarse desfavorablemente sí” (art. 52 C. de P.P.) el sindicato resulta vencido en el juicio.

### **2.5. La aplicación al proceso penal de la normatividad sobre terceros consagrados en el proceso civil.**

El artículo 21 señala que: “En aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en este Código, son aplicables las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y de otros ordenamientos procesales, siempre que no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal.

La ley procesal penal no reguló por ninguna parte la intervención de los terceros dentro del proceso penal, por lo cual en un principio diremos que las normas del código procesal civil le son aplicables.

Ahora, ¿cuáles de las diferentes figuras procesales de los terceros, podrían acogerse en el proceso penal? En nuestro sentir, pueden intervenir como terceros dentro del proceso penal, el coadyuvante, esto es, aquella persona que tenga con el sindicato una determinada relación sustancial a la cual no se extiendan los efectos de la sentencia, pero que pueda verse afectado desfavorablemente si dicha parte es vencida. En este caso, sí la comisión de un hecho punible por parte de un funcionario de una entidad estatal, ésta pueda pensar que los efectos de la sentencia penal afectarán sus intereses económicos, resulta obvio que ella tenga interés de intervenir en el proceso penal bien sea solicitando la práctica de pruebas relacionadas con su pretensión, intervenir en la realización de las mismas, así como formular alegaciones de conclusión, todo dirigido a defender su patrimonio, que es bueno recordarlo, es el patrimonio de todos los contribuyentes y lo puede hacer con fundamento en el artículo 21 del C.P.P.

<sup>37</sup> TAMAYO JARAMILLO, Ob. Cit. Pág. 57.

De otro lado, si el pensamiento del legislador procesal penal era proteger con todas las garantías al tercero civilmente responsable debemos considerar como lógico que si éste requiere de la intervención de una persona a la cual tenga el derecho o contractual de exigir 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 el juez penal lo debe permitir. De tal suerte pensamos que es perfectamente posible que dentro del proceso penal, si así lo requiere el tercero civilmente responsable o el sindicado hacer el llamamiento en garantía.

# PROBLEMÁTICA SUSCITADA POR LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 6ª DE 1991

Por la cual se reglamenta la especialidad médica  
de la Anestesiología en Colombia

**María Patricia Castaño de Restrepo<sup>1</sup>**

## CONTENIDO:

0. Planteamiento del Problema
1. Labor realizada por el Comité Interdisciplinario de Responsabilidad Profesional y el Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado en torno al análisis de la Ley 6ª/91
2. La Voluntad Jurídica del Paciente y la Ley 6ª/91.
3. Tenor literal de la Ley 6ª/91

103

## 0. Planteamiento del Problema

El 16 de enero de 1991 se expidió la Ley 6ª, a través de la cual, se reglamentó en Colombia la especialidad médica de la Anestesiología y la Reanimación, constituyéndose con ello, un verdadero hito legislativo en materia de reglamentación de especialidades médicas, ya que se convirtió a la Anestesiología en la primera especialidad médica reglamentada como tal en nuestro país.

Dicha ley consta de 16 artículos, algunos de los cuales, expresan claramente que sólo el médico especializado en anestesiología y reanimación puede manejar y practicar esta especialidad.<sup>2</sup> De la redacción restrictiva de es-

1 Vicepresidente del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado. Coordinadora General del Comité Interdisciplinario de Responsabilidad Profesional, Profesora Universidad Pontificia Bolivariana, Eafit y CES y Vicepresidente del IV Congreso Internacional de Derecho de Daños, 1995. Buenos Aires, Argentina.

2 Véase los siguientes artículos:



tas normas, se ha inferido que ningún médico general, ni médicos especialistas, como tampoco otros profesionales de la salud, pueden aplicar procedimientos que pudieran calificarse como de “anestésicos”, puesto que si lo hacen, podrían ser “vetados” por el Comité Nacional del Ejercicio de la Anestesiología. El veto impuesto por dicho Comité, puede ser suficiente para separar al funcionario de su cargo, e impedirle el ejercicio ilegal de la anestesiología, sin perjuicio de las consecuencias civiles y penales que por ejercer ilegalmente la especialidad se le pueden aplicar. Art. 15.<sup>3</sup>

A medida que se ha dado a conocer dentro de la comunidad médica, y de los profesionales de la salud en general, el contenido de la pluricitada ley, se ha ido generando inquietud, y cierto temor, por el panorama sancionatorio que expresamente consigna la norma mencionada. La pregunta obligada de todos los médicos generales, de odontólogos, y de algunos médicos especialistas que en el diario ejercicio de su profesión se ven abocados a aplicar anestesia local, bloqueos regionales e inclusive anestesia general en virtud de las necesidades asistenciales del lugar donde prestan sus servicios, desde entonces ha sido: ¿sí continuamos aplicando estos procedimientos se nos podrá sancionar por ejercicio ilegal de la anestesiología?

Como la ley 6ª no contempla expresamente como excepción a su regulación, los supuestos de urgencias, el temor de los profesionales de la salud, en algunos casos se ha extendido hasta la aplicación de los procedimientos anestésicos a pacientes en este estado, más aún, cuando en algunas situaciones existe discrepancia conceptual para determinar dichas urgencias. Aunque esta situación es fácilmente solucionable a la luz del Derecho, como lo veremos posteriormente,

---

Art. 1º “La anestesiología es una especialidad de la medicina fundamentada en las ciencias biológicas, sociales y humanísticas. Es una especialidad que estudia los principios, procedimientos, aparatos y materiales necesarios para practicar una adecuada anestesia. Además se integra en una forma multidisciplinaria con las otras especialidades médicas en el manejo integral de la salud. El médico especializado en anestesiología y reanimación es el autorizado para el manejo y práctica de esta especialidad”.

Art. 2º “Dentro del territorio de la República de Colombia, sólo podrá llevar el título de médico especializado en anestesiología y reanimación y ejercer funciones como tal...”.

Art. 4º “Únicamente podrá ejercer como profesional de la anestesiología en el territorio nacional, aquel médico que haya realizado su entrenamiento en postgrado en anestesiología en las facultades de medicina de los centros universitarios legalmente reconocidos por el Gobierno colombiano”.

3 Artículo 15 “Cuando a juicio del Comité Nacional del Ejercicio de la Anestesiología y de acuerdo con la presente ley, si alguien está ejerciendo la especialidad sin estar facultado para ello, el veto del Comité es suficiente para que esta persona sea separada del cargo o se le impida el ejercicio legal de la especialidad. Sin perjuicio de las sanciones (responsabilidad civil o penal) a que ese ejercicio ilegal de la profesión dé lugar”.

la inquietud es valedera, por parte de unos profesionales que como regla general no tienen porque saber de hermenéutica jurídica, y que se encuentran atemorizados por las especiales condiciones en que hoy por hoy tienen que prestar sus servicios, por el auge de las demandas por responsabilidad profesional y por el “revolcón” legislativo que vive el sector de la salud, con el advenimiento de reformas sustanciales.

Todo lo anterior, ha dado lugar a que se tenga que dejar de atender a muchos pacientes que requieren procedimientos anestésicos, porque los servicios asistenciales donde acuden no disponen del personal calificado y especializado en anestesiología para suministrarlos. Esto a su vez ha generado la congestión de algunos de los centros asistenciales de mayor capacidad operativa, que sí disponen de algunos de estos especialistas, pero no en el número suficiente para atender la demanda del servicio, generándose de tal forma, una serie de riesgos para la vida y la salud de las personas que requieren la prestación del servicio de salud.

Con la expedición de la ley 6ª/91, igualmente otros profesionales de la salud, como los odontólogos, se han visto limitados en la prestación de sus servicios, ya que esta ley no contempló como excepción, la aplicación de anestesia local y bloqueos regionales, procedimientos usualmente utilizados por aquellos en la diaria actividad profesional.

## **1. Labor realizada por el Comité Interdisciplinario de Responsabilidad Profesional y el Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado en torno al análisis de la Ley 6ª de 1991.**

### **1.1. Razón para abordar el estudio.**

El anterior panorama fue puesto en conocimiento del Comité Interdisciplinario de Responsabilidad Profesional y del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, por parte de numerosos profesionales de la salud, y de varios centros asistenciales del departamento de Antioquia y de la ciudad de Medellín, sede de estas dos instituciones. En los mensajes recibidos se nos solicitaba resolver la pregunta atrás expresada y que constituyó parte de la motivación que asistió a estas dos entidades para abordar el estudio de la ley 6ª.

Los lectores se preguntarán el por qué se acudió a estas dos instituciones para tratar esta temática. La respuesta es más sencilla de lo que imaginan. Estas dos entidades, a pesar de tener posibles campos de acción diferentes, tienen in-

tereses comunes, que las ha llevado a realizar tareas en concordancia. El objetivo común que las asiste es **propiciar espacios de reflexión sobre temas relacionados con la responsabilidad profesional.**

El Comité Interdisciplinario de Responsabilidad Profesional, como su nombre lo indica, está conformado por un equipo de profesionales pertenecientes a diferentes disciplinas, (medicina, filosofía, ciencias de la educación, comunicación social, derecho, salud pública, odontología), que se han motivado por promover el estudio sobre la responsabilidad profesional desde el punto de vista ético esencialmente, aunque en su análisis puedan tocar tangencialmente tópicos jurídicos de esta responsabilidad. El Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, es una corporación, conformada en su integridad por profesionales del Derecho, que los une el objetivo de propiciar el estudio y la reflexión sobre todos los temas propios o relacionados con la Responsabilidad Civil, Penal, Administrativa, etc. Siendo la responsabilidad profesional uno de los aspectos cobijados por este objetivo, y existiendo una clara relación entre la responsabilidad jurídica de los profesionales de la salud, de las instituciones que prestan servicios de igual naturaleza y la ley 6ª de 1991, se decidió abordar el estudio de esta ley, motivados además por la problemática que ya se conocía, generadora del posible riesgo para la vida y la salud de algunos colombianos.

## **1.2. Presupuestos iniciales del análisis.**

Desde el inicio del análisis se tuvieron presentes varios presupuestos entre los cuales queremos destacar dos:

1. La inexistencia del interés de crear una confrontación de tipo personal, contra los Integrantes de la Sociedad Colombiana de Anestesiología, en sus diferentes capítulos dentro del territorio nacional, ni contra los miembros de ninguna otra agremiación médica. Por el contrario, siempre se tuvo como orientación, la consideración y el respeto con que se debía emprender el estudio, y la intención de crear un clima de acercamiento entre las diferentes posiciones, con miras a proponer soluciones prácticas, como un intento por mejorar las condiciones de prestación de los servicios de la salud.

2. La búsqueda de una aproximación imparcial al objeto del conocimiento. Se deseaba escuchar a todas las partes que pudiesen aportar su punto de vista sobre la mencionada ley.

### 1.3. Trabajo reflexivo y de apertura.

Siendo consecuentes con lo anterior, nos dimos a la tarea de escuchar a las personas que tuviesen algo que aportar a nuestro análisis, **siendo la primera invitada, la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación**, la cual, se hizo presente a través del Dr. Carlos Mejía Galeano, presidente en ese entonces, de la Sociedad Antioqueña de Anestesiología, a quien previamente se le informó que podría hacerse acompañar de sus asesores y de las personas que considerar pertinente, para efectos de absolver una serie de inquietudes relacionadas con la ley 6ª. El Dr. Mejía gentilmente asistió a la reunión, la cual fue bastante prolongada.

En la misma reunión se nos puso en conocimiento de la existencia de un proyecto de decreto reglamentario de la ley sexta, y de un proyecto de ley sobre la reglamentación de 25 especialidades médicas que en ese momento hacía tránsito en el Congreso.

### 1.4. Declaración conjunta

Después de una profunda reflexión sobre la temática, y después de escuchar a los representantes de otras instituciones, entre ellas, de la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, y de la Empresa Social del estado Metrosalud, se expidió el 15 de julio de 1994, una declaración conjunta sobre la ley 6ª/91 y sobre el proyecto de reglamentación de especialidades médicas. El siguiente es el tenor literal de la misma:

#### **DECLARACIÓN:**

EL INSTITUTO ANTIOQUEÑO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO Y EL COMITÉ INTERDISCIPLINARIO DE RESPONSABILIDAD PROFESIONAL, conscientes de la problemática suscitada en el país por la expedición y aplicación de la Ley 6ª de 1991 que reglamentó la especialidad médica de la **Anestesiología y Reanimación**; teniendo conocimiento que actualmente cursa en la Cámara de Representantes el Proyecto de Ley 201 de 1992 por el cual se reglamentará el ejercicio de las especialidades médicas en Colombia; y preocupados porque no se pierda de vista la prioridad que tiene el cuidado de la vida del enfermo, razón de ser de los servicios de salud, se permite efectuar las siguientes reflexiones y recomendaciones sobre estas normas; a sabiendas de que ellas son instrumento de ayuda para el mencionado cuidado y no un fin en sí mismas.

**PRIMERO:** La Ley 6ª de 1991 contiene disposiciones de carácter excesivamente restrictivo que sólo permiten el manejo y aplicación de procedimientos de anestesiología y reanimación por parte del personal especializado en estas áreas (médico con postgrado en Anestesiología).

**SEGUNDO:** Dichas normas no hacen diferenciación alguna entre los procedimientos anestésicos propiamente tales como y de analgesia profunda para determinar la competencia en la aplicación de unos y otros.

**TERCERO:** Generalmente las normas de carácter restrictivo contienen disposiciones de transición y excepción; curiosamente se observa como la Ley 6ª de 1991 sólo contempla algunos casos referidos al personal médico que está cursando la especialidad de la Anestesiología o que ya haya obtenido el respectivo reconocimiento de especialista; pero no se refiere a la competencia del médico general para aplicar algunos procedimientos de anestesia en casos de urgencia y/o frente a la ausencia de personal especializado; tampoco a la competencia de odontólogos y otros profesionales de la salud que en el diario ejercicio de su profesión tiene que aplicar ciertos procedimientos que podrían catalogarse como anestésicos.

**CUARTO:** De acuerdo con las investigaciones realizadas, se puede concluir que en Colombia no existe el suficiente personal médico especializado en Anestesiología y Reanimación para cubrir la demanda de estos servicios. Lo anterior aunado a que el personal especializado existente se encuentra prácticamente concentrado en las grandes ciudades, hace que sea imposible dar cumplimiento al artículo 9 de la misma Ley 6 de 1991, cuando señala:

*“El ejercicio profesional de la Anestesiología y Reanimación se cumplirá en todas las circunstancias y lugares en donde el individuo, la familia y los grupos lo requieran...”*

**QUINTO:** El **COMITÉ NACIONAL DEL EJERCICIO DE LA ANESTESIOLOGÍA**, que-riendo desarrollar el literal d, del artículo 8 de la ley 6ª de 1991 ha aprobado y expedido las **Normas Mínimas de Anestesiología**, las cuales han sido difundidas ampliamente con carácter obligatorio por parte de la **SOCIEDAD COLOMBIANA DE ANESTESIOLOGÍA Y REANIMACIÓN – SCARE –**, toda vez que señala en la parte introductoria de la presentación de dichas normas mínimas lo siguiente:

*“... Tratándose de unas normas con respaldo legal, siendo evidente su necesidad para la seguridad de los pacientes y siendo consciente de que su ignorancia puede ocasionar problemas de índole ético, legal y penal, hemos creído nuestra obligación, como directivos de una sociedad científica, difundir ampliamente estas normas mínimas...”*

Después de hacer un estudio sobre el respaldo legal de estas Normas Mínimas de Anestesiología, hemos llegado a la conclusión de que **dicho respaldo es inexistente**, ya que de acuerdo con la propia Ley 6ª de 1991, artículo 13, el COMITÉ NACIONAL DEL EJERCICIO DE LA ANESTESIOLOGÍA tiene funciones consultivas y de control, pero **no tiene la facultad de expedir normas**. Luego, las normas mínimas de Anestesiología deberán tomarse como **recomendaciones**, más no como disposiciones de imperativo cumplimiento.

**SEXTO:** La infraestructura asistencial en salud de nuestro país estaba preparada para asumir la aplicación de la Ley 6ª de 1991, ni de las normas mínimas de Anestesiología (que establecieron entre otros asuntos, requerimientos tecnológicos para aplicar procedimientos anestésicos), exponiéndose permanentemente la vida y la salud de muchos colombianos so pretexto de dar cumplimiento a dichas disposiciones, ya que donde no hay el personal especializado o los recursos tecnológicos suficientes, se ha negado en algunos casos la prestación de los servicios de salud requeridos por los pacientes. Lo anterior constituye un contrastado con la filosofía impuesta en Colombia por la Constitución Nacional y la ley 100 de 1993 de ampliar la cobertura en la prestación de los servicios de la salud y garantizar aún más la salud y la vida como derechos por excelencia de los colombianos; incluso se contradice el objetivo de la misma ley 6ª de 1991, pues ésta, lejos de disminuir los riesgos como lo pretende, lo que hace es aumentarlos en forma significativa, ya que ante la imposibilidad práctica de observar estrictamente esta ley, muchos médicos se ven impedidos para cumplir con su deber, por temor a verse involucrados en una investigación por desacato de aquella y por responsabilidad profesional.

**SÉPTIMO:** Todo lo anterior nos hace deducir los vicios de **inconstitucionalidad** que tiene la Ley 6ª de 1991, toda vez que contiene disposiciones de carácter restrictivo, y dada la infraestructura en salud de nuestro país, para darle cabal aplicación, se atenta contra los derechos a la vida y a la salud de los colombianos consagrados en los artículos 11, 48 y 49 de la Constitución Nacional; igualmente contra la libertad de escoger profesión y oficio (artículo 26 C.N.).

**OCTAVO:** Mediante la reglamentación de dicha ley no es posible subsanar los vicios que ella presenta.

**NOVENO:** De aprobarse el proyecto de Ley sobre **Reglamentación de Especialidades Médicas** que cursa actualmente en el Congreso, se llegaría al absurdo de que el título de médico otorgado por las universidades colombianas, práctica-

mente no tendría ninguna utilidad ya que su campo de acción quedaría excesivamente limitado.

**DÉCIMO:** El artículo 15 de la Ley 6ª de 1991, parece desconocer la competencia de los tribunales de Ética Médica para sancionar al profesional médico que ejerza ilegalmente la especialidad de la Anestesiología y Reanimación. La parte final de la norma da a entender que el ejercicio ilegal de la Anestesiología puede acarrear responsabilidad penal y civil para el infractor, pero no dice nada respecto a la responsabilidad Ética o Disciplinaria.

**DÉCIMO PRIMERO:** La motivación que asiste a los miembros de las instituciones que suscriben el presente pronunciamiento no es la de ir en contra de los intereses de un gremio o de las 25 especialidades consagradas en el proyecto de Ley, por el contrario, se desea expresar respeto y reconocimiento a las mismas; lo que se quiere es invitar a quienes hacen parte de ellas, a otros profesionales de la salud y a la comunidad en general, a participar en un análisis reflexivo, no solo sobre los aspectos jurídicos de las normas sino sobre la conveniencia e inconveniencia de adoptarlas o de promover la reforma legislativa pertinente.

Por lo anterior se recomienda:

**PRIMERO:** Promover una reforma legislativa que subsane los inconvenientes que acabamos de anotar.

**SEGUNDO:** Al poder legislativo se le solicita la no aprobación del Proyecto de Ley sobre **Reglamentación de Especialidades Médicas**, sin que antes sea ampliamente discutida en el país para recoger las recomendaciones que se le puedan formular.

Con la anterior declaración no se pretendió desconocer en ningún momento la importancia de la especialidad médica de la Anestesiología y la Reanimación, por el contrario, nos asistió y nos asiste, la más profunda convicción de que estos profesionales realizaban una labor loable por sí misma y necesaria para posibilitar la prestación de otros servicios de la salud. Adicionalmente consideramos que lo ideal en cualquier lugar del mundo es que todo paciente que requiera un procedimiento anestésico propiamente tal, lo reciba aplicado por un experto en esa materia, pero, frente a la insuficiencia de este personal especializado (si es que se acepta en gracia de discusión que esto es lo que realmente ocurre en Colombia), o frente a la presencia del personal suficiente pero concentrado en algunas de las grandes ciudades (si es que se acepta este otro punto de vista), se impone

analizar hasta donde una ley de temperamento tan restrictivo es bondadosa para la protección de los derechos a la vida y la salud de los colombianos.

Tampoco se pretendió desvirtuar la credibilidad científica de la **Normas Mínimas para el Ejercicio de la Anestesiología**, ya que el propio texto de la declaración sostiene que deberán tomarse como recomendaciones, pero mal podría un grupo de abogados desconocer la importancia de los requisitos necesarios para predicar la validez formal de las Normas Jurídicas.

#### **1.4.1. Quienes la respaldaron.**

Dicha declaración fue respaldada por las personas que a continuación serán nombradas, quienes se enunciarán con los cargos que ocupaban en ese momento, con fines de demostrar su representatividad dentro de la comunidad. Sin embargo, deseamos dejar en claro que **la mayoría de ellas firmaron dicho pronunciamiento a título personal.**

Dr. Luís Carlos Ochoa, Director de la Seccional de Salud de Antioquia, la Dra. Beatriz Restrepo Gallego, Secretaria de Educación Departamental, Dr. Francisco Espinal Maya, Director del Instituto Metropolitano de Salud de Medellín, Dr. Francisco Villegas Rico, Director de la Clínica cardiovascular, Dr. Alfonso Duque Álvarez, Subdirector Científico del Hospital General de Medellín, Dr. Andrés Aguirre, Jefe de la División Médica del Hospital Pablo Tobón Uribe, Dr. Carlos Ignacio Cuervo, Director General del Hospital General de Medellín, Dr. Enrique Olano, Rector de la Universidad de Medellín, Licenciado Carlos Jaime Lotero Toro, Jefe de Dpto. de Comunicaciones de la Universidad de Medellín, Dr. Fernando Gartner Posada, Presidente de la Academia de Medicina de Medellín, Dr. Fernando Tirado V., Director Hospital San Vicente de Paúl, Dr. Gilberto Martínez Rave, Presidente del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, Dr. Gilberto Naranjo Pizano, Presidente de la Sociedad Odontológica Antioqueña, Dr. Javier Tamayo Jaramillo, integrante del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado y del C.R.P., Dr. Jorge Humberto Blanco, Jefe de la División de Posgrados Salud Pública del Ces, Dr. Luís Carlos Sandino, Subgerente de salud ISS Seccional Antioquia, Dr. Luis Guillermo Saldarriaga, Jefe de la División Administrativa del Hospital Pablo Tobón Uribe, Dra. María Elena Villegas M., Magistrada del Tribunal de Ética Odontológica de Antioquia, Dra. María Patricia Castaño de Restrepo, Coordinadora General del C.R.P. y Vicepresidente del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, Dr. Ramón Córdoba Palacio, Presidente del Tribunal de Ética Médica de Antioquia, Dr. Rubén Darío Pérez, Director



Académico de la Universidad de Medellín, Dr. Sergio Yepes Restrepo, Secretario de Tribunales de Ética Médica y Odontológica de Antioquia, y los siguientes miembros del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado: Dr. Julio César Yepes Restrepo, Secretario Ejecutivo del Instituto, Dr. Andrés Orión Álvarez Pérez, Dr. Luis Alberto Botero Gutiérrez, Dra. Diana Lucía Barrientos Gómez, Dr. Ricardo Hoyos Duque, Dr. Enrique Gil Botero, Dr. Ricardo Uribe Cuartas y Dr. Mauricio Patiño.

#### **1.4.2. Pronunciamiento del Tribunal de Ética Médica de Antioquia**

La mencionada declaración recibió posteriormente el respaldo de otras personas e instituciones entre las cuales vale la pena destacar al Tribunal de Ética Médica de Antioquia que en providencia de julio 27 de 1994, insertó el contenido de dicha declaración, a “título similar de Doctrina y Jurisprudencia”, expresó su concordancia con ella, y adicionalmente realizó unas breves consideraciones sobre la inconstitucionalidad de dicha ley y sobre la competencia que conserva dicho tribunal para juzgar al médico especializado en anestesiología, como al que no lo es. A continuación transcribimos algunos de sus apartes.<sup>4</sup>

*“Inicialmente y aunque los hechos tuvieron lugar antes de entrar en vigencia la ley 6ª y no puede ella aplicarse de manera retroactiva, considera esta sala, que conserva plena y total competencia para juzgar tanto al médico especializado en anestesia y reanimación, así como al profesional, no especialista en dicha rama que realiza un procedimiento anestésico, en razón de que la citada ley no le deroga tal facultad y la ley 23 de 1981 establece un sinnúmero de deberes del médico para con su paciente, sus colegas, la sociedad y el Estado, que pueden generarle responsabilidad profesional, que no son ni siquiera mencionados en la ley de anestesiología”.*

*“Por otra parte, los objetivos de la ley 6ª se contradicen abiertamente con los derechos que consagra la Constitución Nacional en especial los de la vida y la salud y por tal razón consideramos que tal ley es inaplicable por sus vicios de inconstitucionalidad.*

A renglón seguido, dicho tribunal transcribe apartes de la providencia de mayo 12 de 1992, expedida por la Corte Constitucional de Colombia, en la que se reitera la supremacía de las normas constitucionales, y por lo tanto su aplicación prevalente en caso de contradicción con una norma de menor jerarquía.

*“La posición de supremacía de la Constitución sobre las restantes normas que integran el orden jurídico, estriba en que aquella determina la estructura básica del Estado, instituye los órganos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública, atribuye competencias*

4 Páginas 22 y siguientes de la mencionada sentencia.

*para dictar normas, ejecutarlas y decidir conforme a ellas las controversias y litigios que se susciten en la sociedad, y al efectuar, todo esto funda el orden jurídico mismo del Estado. La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. El conjunto de los actos de los órganos constituidos – Congreso, Ejecutivo y Jueces – se identifica con referencia a la Constitución y no se reconoce como derecho si desconoce sus criterios de validez. La Constitución como ley superior precisa y regula las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello “fuente de fuentes”, norma normarum.*

*Estas características de supremacía y de máxima regla de reconocimiento del orden jurídico propias de la Constitución, se expresan inequívocamente en el texto del art. 4º citado: “En todo caso la incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarían las disposiciones constitucionales”.*

Luego de la misma providencia cita apartes de la sentencia de marzo 12 de 1992, proferida por la sección primera del Consejo de Estado, donde dicha corporación expresa:

*“... Si una autoridad se enfrenta a la posible necesidad de dar aplicación a normas legales que, habiendo sido expedidas bajo el régimen constitucional anterior, contrarían lo dispuesto por la actual Constitución Política, deberá abstenerse de hacerlo, acudiendo en sustento de ello, bien a la norma del artículo 9º de la Ley 153 de 1887, o a la figura de excepción de inconstitucionalidad que consagraba la antigua Carta Política en su artículo 215 y que se mantiene en el nuevo ordenamiento de la misma naturaleza, en su artículo 4º”.*

Pero lo que constituye el planteamiento más importante de la providencia del Tribunal de Ética Médica de Antioquia, en su decisión de dar aplicación a los anteriores pronunciamientos tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, en los procesos ético – disciplinarios que tenga ocasión de avocar conocimiento, y donde se presente una confrontación entre las normas constitucionales y la pluricitada ley 6ª de 1991. Recomienda hacerlo, en el mismo sentido, a los distintos jueces civiles y penales del país.

*“Considera entonces esta sala que la ley 6ª de 1991 y por la cual se reglamentó la especialidad médica de la anestesiología presenta graves vicios de inconstitucionalidad, debido a que se contradice con los artículos 11, 13, 25, 26, 29, de la Carta Fundamental, los cuales consagran respectivamente los derechos a la vida, a la igualdad, al trabajo, a escoger libremente profesión, al debido proceso, y el juez natural, a la seguridad social, y a la salud, debido especialmente a que no existen en Colombia una infraestructura asistencial, ni suficientes especialistas que permitan dar cumplimiento a dicha ley, y por esta razón se está presentando en la práctica una remisión preocupante de pacientes a hospitales de*

*mayor nivel de atención y un postergamiento de muchas intervenciones quirúrgicas con los correspondientes riesgos para la integridad de los pacientes”.*

Finalmente, deseamos transcribir el texto de la providencia relacionado con la supremacía del deber del médico de proteger la vida y la salud del paciente que por encontrarse en un estado de urgencia amerite una intervención inmediata.

*“Aunque la ley 6ª de 1991 no establece ningún tipo de diferencia entre la anestesia que se coloca en intervenciones quirúrgicas programadas y aquellas que se deben realizar de urgencia, considera este Tribunal que en cuanto esté en peligro la vida o integridad de la persona y se requiera de una operación inmediata en la que sea necesario colocar una anestesia, cualquier profesional de la materia está facultado para ello, ya sea un médico general o un profesional de otra especialidad, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 23 de 1981, con el fin de preservar la vida y la salud, derechos protegidos por la Constitución Nacional”.*

#### **1.4.3. Providencia del Consejo de Estado (no aplicación estricta de la Ley 6ª/91 a casos de urgencia en lugares apartados).**

*“En quinto lugar, porque tanto la anestesia raquídea como la general imponen la asistencia de un anestesiólogo. Asistencia según la Ley 6ª de 1991 es obligatoria, “por el riesgo potencial a que están expuestos los pacientes”, razón por la cual “se considera la anestesiología como una especialidad de alto riesgo”. Y aunque dadas las condiciones que presenta el país y la infraestructura defectuosa de los servicios de salud, especialmente a nivel rural, no puede exigirse la presencia de un anestesiólogo especializado en el lugar más apartado y deprimido, se impone que cuando deba aplicarse anestesia, porque la operación es de urgencia y no pueda dar espera, el médico por razones de seguridad para el paciente, deberá asesorarse de otro médico o de personal auxiliar”.*<sup>5</sup>

#### **1.5. Inquietudes que se presentan para la prestación del servicio anestésico en casos de urgencia que no requieren intervención inmediata**

Aunque el panorama jurídico de la no aplicación estricta de la ley 6ª en los casos de urgencias empezó a despejarse por los planteamientos anteriores y desde luego por la inicial posición asumida en ese sentido por el Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, ha subsistido la dificultad práctica de clasificar las intervenciones urgentes de carácter inmediato y las que no lo son. Dicho en otra forma, los profesionales de la salud se siguen preguntando si están facultados para aplicar procedimientos anestésicos en casos que aunque pueden

5 Véase página 8 de la providencia citada.

ser catalogados de urgentes no ameritan una intervención inmediata, pero que tampoco puede dilatarse la misma, como si se tratara de una cirugía electiva. Piénsese por ejemplo en los supuestos fácticos de pacientes que requieren un “curetaje” y que acuden a centros asistenciales urbanos donde no hay personal especializado en anestesiología o el existente resulta insuficiente para cubrir la demanda del servicio. Si a la paciente no se le aplica el procedimiento quirúrgico en un término razonable, puede infectarse y sufrir otra serie de riesgos. Casos como el anterior efectivamente han sucedido en donde la paciente ha sido derivada a un centro asistencial de mayor complejidad, y por la congestión allí presentada, no recibe la atención oportuna.

Nos interrogamos entonces en estos casos y en otros similares, qué posición corresponde a la protección de los mejores intereses del paciente, si someterlo a los riesgos que pueda sufrir por la aplicación de un procedimiento anestésico por parte de un profesional de la salud no especializado en dicha materia, o, exponerlo a los riesgos generados por una posible intervención morosa o retardada.

### **1.6. Foro y conformación de la Comisión redactora del Anteproyecto del decreto reglamentario de la Ley 6ª/91.**

Con miras a resolver ese interrogante y otros que nos generaba la Ley 6ª, invitamos a la Sociedad Antioqueña de Anestesiología, a la Dirección de Salud de Antioquia, y a la Empresa Social del Estado Metrosalud, a convocar conjuntamente la realización de un foro donde todos los interesados tuviesen oportunidad de expresar su criterio, **pero orientados por el interés de propiciar el acercamiento entre las diferentes posiciones con la finalidad de proponer soluciones prácticas.** Fue así como nuestra iniciativa sufrió el respaldo generoso de estas entidades, y de la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación. Dicho foro se llevó a cabo el 6 de septiembre del año anterior, en el auditorio del Consejo de Medellín, contando con la presencia de un auditorio calificado, entre el que se encontraban numerosas personas vinculadas con el sector de la salud, como el Dr. Ignacio Ruiz Moreno, Secretario Ejecutivo de la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación, quien a nombre de aquella entidad, tuvo la oportunidad de expresar sus planteamientos. En dicha reunión se cumplió el objetivo, y fue así como de ella surgió la idea de integrar una comisión que se dedicara al estudio de un anteproyecto de decreto reglamentario de la plurimencionada ley, a través del cual se tratará de darle salida a los asuntos cuestionados. La Empresa Social del Estado Metrosalud, se encargó de la coordinación de esta comisión, a

través del Dr. Alejandro Becerra. El Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, como el Comité Interdisciplinario de Responsabilidad Profesional aceptaron conformar esa comisión, a pesar de haber expresado que la vía de la reglamentación no era la adecuada jurídicamente para subsanar los vicios que presentaba la ley 6ª, pero se consideró que la dimensión del problema era tal, que no admitía dilaciones, por lo que se optó por la alternativa más ágil.

Deseamos destacar la voluntad de las partes integrantes de la comisión, en encontrar una salida al carácter restrictivo de la ley.

Partiendo del anteproyecto de decreto reglamentario presentado por la Sociedad Colombiana de Anestesiología, en el que se admitían algunas excepciones a la aplicación de la Ley 6ª, y pasando por otro anteproyecto presentado por el Dr. Gilberto Martínez Rave a nombre del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, se realizó un trabajo que se fue depurando hasta llegar a encontrar unos parámetros para efectos de permitir por excepción, que un profesional de la salud no especializado en anestesiología pudiese aplicar procedimientos de esta índole. A continuación resumimos estas pautas.

1. Ausencia o insuficiencia de personal especializado. Debe presentarse en el centro asistencial donde se deba aplicar el procedimiento, ausencia de personal especializado en anestesiología o insuficiencia del mismo para cubrir la demanda del servicio.

2. Relación Riesgo – Beneficio. El traslado del paciente a un centro asistencial de mayor complejidad y con recurso humano calificado, debe implicar mayores riesgos que los que suponen la aplicación del procedimiento anestésico por parte del profesional no especializado.

3. Capacitación Básica: El profesional no especializado debe poseer los conocimientos básicos sobre anestesiología para poder prestar el servicio, a menos que se trate de un caso de extrema urgencia y coexista personal con mejor capacitación.

En cuanto a este aspecto se destacó la importancia de que las facultades de medicina continúen capacitando en ese sentido a sus educandos.

4. Constancia en la historia clínica. Se recomendó dejar constancia en la historia clínica del paciente, de los argumentos que llevaron al profesional o a la entidad a tomar esa decisión.

5. Anestesia local y bloqueos regionales. También se acordó que no requieren tener la calidad de especialistas en anestesiología, los médicos y odontólogos para aplicar la anestesia local y bloqueos regionales en procedimientos usuales en sus respectivas actividades.

Lamentablemente la Comisión interrumpió sus labores por el retiro del Dr. Jorge Mario Correa, Presidente de la Sociedad Antioqueña de Anestesiología, quien en representación de la Sociedad Colombiana de Anestesiología había cumplido una buena labor. Dicho retiro fue motivado por la presentación de una de las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley 6ª, por parte de alguna de las personas o entidades representadas en el foro. Vale la pena anotar, que ni el Comité Interdisciplinario de Responsabilidad profesional, ni el Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, fueron responsables de aquella situación.

El Dr. Carlos Arturo Restrepo Arango, director de la Seccional de Salud de Antioquia, ha procurado continuar con el proceso de acercamiento entre las diferentes posiciones con miras a proponer soluciones concretas.

La labor del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, en esta nueva fase del proceso, ha continuado con la misma orientación. Sin embargo, se ha considerado prudente no seguir el trabajo en el anteproyecto de decreto reglamentario de la Ley 6ª, en la espera del pronunciamiento de la Corte Constitucional de Colombia sobre la exequibilidad o no de los artículos demandados de la misma. Al momento de escribir estas páginas, no se ha emitido el fallo. Sólo hemos conocido el concepto de inconstitucionalidad proferido por la Procuraduría General de la Nación. Finalmente quien tiene la última palabra es la Corte Constitucional.

Nos anticipamos a pensar que declarada o no la exequibilidad de algunos apartes de la Ley 6ª, los médicos especialistas en Anestesiología no se verán afectados, pues seguirán prestando una función social que hay que reconocer y respetar. De ser declarada la exequibilidad de los artículos demandados, (en especial del 2º "... ejercer funciones como tal..." y el 15), cobrarían absoluta trascendencia las pautas asumidas por la comisión redactora del anteproyecto de decreto reglamentario para efectos de reglamentar la ley. Igualmente se podría seguir predicando la no aplicación estricta de la ley 6ª para casos de urgencia, donde por no disponerse del personal especializado suficiente para prestar el servicio anestésico, se debe asumir la prestación de dicho servicio por parte de otro profesional de la salud con miras a proteger la vida y la y la integridad personal de un

paciente. En el caso de ser declaradas dichas normas como inexecutable, consideramos que los distintos centros asistenciales del país deben seguir procurando que sea un especialista en anestesiología quien preste el servicio anestésico, pero, frente a la ausencia o insuficiencia de recurso humano calificado como tal, se deben adoptar las pautas asumidas por la comisión.

Como los lectores pueden apreciar, destacamos la importancia de las pautas que en tan poco tiempo de trabajo asumió la comisión, por considerarlas de utilidad práctica tanto si se declara o no, la exequibilidad de las normas impugnadas.

## **2. La voluntad jurídica del paciente y la Ley 6ª/91**

Deseamos finalmente poner a consideración de los lectores, la posibilidad de que a través de la teoría del consentimiento informado o voluntad jurídica del paciente, se pudiese en **algunos casos y por excepción**, aplicar procedimientos anestésicos por parte de personal médico no especializado, cuando el paciente así lo ha decidido, habiendo sido debidamente informado sobre los riesgos que puede correr tanto por la aplicación de la anestesia por un médico no especialista en la materia, pero con los conocimientos básicos, como de los que pueden surgir por la dilación en la prestación del servicio, por la derivación del paciente a un centro con el recurso humano calificado y disponible, y mientras éste es efectivamente atendido.

Consideramos que la voluntad jurídica del paciente no se tornaría irrelevante por violación de la ley, puesto que estaría justificada por la necesidad de proteger su derecho a la salud y a la vida, en los casos excepcionales, repetimos, en que estos derechos se ponen en peligro por no existir el personal especializado que preste el servicio de anestesiología. Para clarificar el fondo del planteamiento a la luz de la teoría del consentimiento informado y de la autonomía de la voluntad, nos debemos interrogar: ¿tiene derecho el paciente a decidir qué riesgos asume?, dicho de otra forma, ¿puede el paciente en virtud del ejercicio de su derecho a la libertad, optar por permitir la aplicación del procedimiento anestésico por parte del profesional no especializado, como una manera de proteger su vida y su salud? La Corte Constitucional de Colombia, se pronunció a favor de la autonomía que asiste al ser humano (en condiciones de conocer, comprender y decidir) para determinar si es o no el caso de recuperar su salud "... si yo soy dueño de mi vida, a Fortiori soy libre de cuidar o no de mi salud cuyo deterioro lleva a la muerte

que, lícitamente yo puedo inflingirme...”<sup>6</sup> Debe tenerse en cuenta que este planteamiento cobra relevancia para analizar el caso que nos ocupa, puesto que en dicha providencia para determinar la eficacia de la voluntad, se interpretó la norma de rango constitucional que impone el deber de autocuidado (inciso final, art. 49), como “... un deseo del constituyente, de mera eficacia simbólica, portador de un mensaje, que el sujeto emisor juzga deseable, pues encuentra bueno que las personas cuiden de su salud, pero que no puede tener connotaciones normativas de orden jurídico en general, y mucho menos de carácter especialmente punitivo...”<sup>7</sup> Si en dicha ocasión, con miras a salvaguardar el derecho a la libertad, se le restó trascendencia jurídica a una norma de rango constitucional, en ésta, podría hacerse algo semejante con la finalidad de proteger la vida y la salud del paciente, e igualmente su derecho a la libertad.

No debe perderse de vista que aún para aplicar el procedimiento anestésico por parte de un especialista en la materia, debe contarse con el asentimiento del paciente como regla general, y dicha voluntad para que tenga la virtualidad de producir efectos jurídicos debe ser ilustrada (información previa). La diferencia con el asentimiento que puede dar el paciente para la aplicación del mismo procedimiento por parte de un profesional no especializado, radica en que en este último evento, debe ser un asentimiento **calificado**, emitido dentro de unas condiciones de excepción (no disponibilidad de personal especializado) que hagan posible la no aplicación estricta de la ley 6ª, por lo tanto, dotado de las características tendientes a proteger la vida y la salud del paciente como justificación jurídica del desconocimiento de una ley de la República. En consecuencia se debe ser más explícito en la información sobre riesgos, (información sobre relación, riesgo – beneficio), para que se presente la suficiente ilustración en el paciente, adicionalmente se deben reunir todas las condiciones generales para que la voluntad del paciente sea jurídicamente relevante, esto es, debe provenir del titular de los derechos que pueden resultar afectados o de sus representantes, en caso de que el paciente no reúna las condiciones para ser considerado como una persona autónoma: debe ser seria y exteriorizada; exenta de vicios; oportuna, etc.

Debe igualmente diferenciarse esta situación de los casos de urgencia ya analizados en los cuales se requiere una intervención inmediata, ya que en ellos, la facultad de actuación para el profesional no especializado, no proviene de la

6 Colombia. Véase página 16 de la providencia C – 221 del 5 de mayo de 1994. Corte Constitucional de Colombia.

7 Pág. 14 de la sentencia C – 221 del 5 de mayo de 1994.



voluntad del paciente, sino de normas que por excepción suplen dicha voluntad, (art. 14, ley 23/81) y de la aplicación del principio de beneficencia.

Deseamos dejar en claro, que con este planteamiento no se pretende desconocer la importancia de la presencia de los anestesiólogos en los servicios de salud, puesto que nuestro enfoque parte, para admitir su aplicación de la ausencia o insuficiencia de personal especializado.

### **3. Tenor literal de la Ley 6ª de 1991.**

#### **LEY 06 DE 1991 (enero 16)**

Por la cual se reglamenta la especialidad médica de anestesiología y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia, DECRETA:

**Artículo 1.** La anestesiología es una especialidad de la medicina fundamentada en las ciencias biológicas, sociales y humanísticas. Es una especialidad que estudia los principios, procedimientos, aparatos y materiales necesarios para practicar una adecuada anestesia. Además se integra en una forma multidisciplinaria con las otras especialidades médicas en el manejo integral de la salud. El médico especializado en anestesiología y reanimación es el autorizado para el manejo y práctica de esta especialidad.

**Parágrafo.** Por el riesgo potencial a que están expuestos los pacientes y la permanente exposición a inhalación de gases tóxicos, radiaciones y situaciones de estrés por parte del anestesiólogo se considera la anestesiología como una especialidad de alto riesgo y debe tener un tratamiento laboral especial.

**Artículo 2.** Dentro del territorio de la República de Colombia, sólo podrá llevar el título de médico especializado en anestesiología y reanimación y ejercer funciones como tal:

a). El colombiano de nacimiento o nacionalizado que haya adquirido o adquiera el título en medicina y cirugía de acuerdo con las leyes colombianas y que haya realizado posteriormente su entrenamiento en un programa de anestesiología en un hospital universitario o adscrito a una universidad debidamente aprobado y reconocido por los organismos competentes del Gobierno Nacional;

b). El médico colombiano extranjero nacionalizado que haya adquirido o adquiera el título de médico especializado en anestesiología y reanimación en otro

país, equivalente al otorgado en la República de Colombia y que esté debidamente diligenciado y aprobado según las disposiciones legales y los tratados o convenios vigentes sobre la materia ante el Gobierno Nacional.

**Parágrafo 1.** Podrá también ejercer como de médico especializado en anestesiología y reanimación aquel que con anterioridad a la vigencia de la presente ley haya obtenido el título correspondiente otorgado por facultades o escuelas universitarias o refrendado por la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina, Ascofame, legalmente reconocidas por el Estado colombiano.

**Parágrafo 2.** El médico cirujano que se encuentre realizando su entrenamiento en anestesiología, dentro de un programa aprobado por el Gobierno Nacional y respaldado, autorizado y supervisado por el centro universitario y/o la facultad de medicina correspondiente.

**Artículo 3.** Los médicos especializados en anestesiología de reconocida competencia que visiten nuestro país en misiones científicas o docentes, como consultores o asesores podrán trabajar como tales por el término de un año con el visto bueno del Ministerio de Salud Pública y a petición especial y motivada en una institución, facultad o centro universitario que legalmente opere en el territorio nacional.

**Artículo 4.** Únicamente podrá ejercer como profesional de la anestesiología en el territorio nacional, aquel médico que haya realizado su entrenamiento en postgrado en anestesiología en las facultades de medicina de los centros universitarios legalmente reconocidos por el Gobierno colombiano.

**Artículo 5.** Para que los títulos y certificados expedidos en anestesiología por las facultades de medicina de los centros universitarios legalmente reconocidos por el Gobierno Nacional tengan validez, deberán registrarse en los Ministerios de Educación y Salud obteniendo de este último la correspondiente autorización para ejercer la especialidad en el territorio nacional.

**Artículo 6.** Los médicos especializados en anestesiología y reanimación deberán inscribirse ante el Servicio Seccional de Salud en donde haya de ejercer la especialidad.

**Artículo 7.** De acuerdo con la naturaleza de la anestesiología enunciada en el artículo 1o., el médico especializado en anestesiología y reanimación ejercerá las siguientes funciones:

a) Asistenciales: Valorando la situación de salud, elaborando el diagnóstico de la anestesiología; planeando, ejecutando y evaluando la atención integral del individuo, la familia y la comunidad;

b) Docentes: Preparando y capacitando el recurso humano a través de la enseñanza elaborada en los programas universitarios y de educación médica continuada;

c) Administrativos: En el manejo de las políticas de salud orientadas al desarrollo de la anestesiología. En la dirección de servicios y programas de diferente complejidad en el área comunitaria, hospitalaria, ambulatoria, docente e investigativa;

d) Investigativa: Realizando programas y estudios que contribuyan al avance de la tecnología y de la práctica de la anestesiología, de su proyección en otros campos de la salud y en el desarrollo de la especialidad misma.

**Artículo 8.** El médico especializado en anestesiología y reanimación al servicio de entidades de carácter oficial, seguridad social, privada o de utilidad común, Tendrá derecho a:

a) Ser clasificado como profesional universitario especializado de acuerdo con los títulos que lo acredite;

b) Recibir la asignación correspondiente a su clasificación como médico especializado en anestesiología y reanimación o profesional universitario especializado;

c) Acceder a cargos de dirección y manejo dentro de la estructura orgánica del sistema de salud, en instituciones oficiales, de seguridad social, privadas o de utilidad común y con la remuneración correspondiente al cargo;

d) Recibir los elementos básicos de trabajo de parte de dichas entidades para lograr adecuadamente la práctica de la anestesiología y reanimación.

**Parágrafo.** En las entidades en donde no exista clasificación o escalafón para los médicos especializados en anestesiología y reanimación, serán nivelados y recibirán una asignación igual a la que reciben profesionales con especialización o quienes desempeñen cargos equivalentes a esa entidad.

**Artículo 9.** El ejercicio profesional de la anestesiología y reanimación se cumplirá en todas las circunstancias y lugares en donde el individuo, la familia y los grupos lo requieran en cualesquiera de las siguientes formas:

a) Ejercicio institucionalizado: El médico especializado en anestesiología y reanimación, cumplirá con las funciones enunciadas en el artículo 7º, vinculado a instituciones del sector de salud y de asistencia social hospitalaria y comunitaria, de carácter oficial, seguridad social y privada y en servicios de salud dependientes de otros sectores;

b) Ejercicio independiente: El médico especializado en anestesiología y reanimación cumplirá con autonomía las funciones enunciadas en el artículo 7º, vinculados sin relación laboral a instituciones del sector de salud y de asistencia social hospitalaria y comunitaria, de carácter oficial, seguridad social, privada y en servicios de salud dependientes de otros sectores. En relación con los honorarios profesionales producto del ejercicio independiente de la especialidad, las entidades se someterán a las tarifas reglamentadas por la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación, Scare, y el Gobierno Nacional.

**Artículo 10.** Las instituciones de salud y de asistencia social de carácter oficial, de seguridad social y privada, solamente vincularán médicos especializados en anestesiología y reanimación en el área correspondiente de acuerdo con preceptos establecidos en la presente Ley.

**Artículo 11.** Los cargos de dirección y manejo orgánicamente establecidos en instituciones oficiales, seguridad social, privadas o utilidad común “relacionados en el área específica de anestesiología”, serán desempeñados únicamente por médicos especializados en anestesiología y reanimación de nacionalidad colombiana.

**Artículo 12.** Los médicos que no acrediten la especialización en anestesiología pero que ejerzan como anesthesiólogos, deberán obtener su título de especialistas, en un lapso no superior a cinco años a partir de la sanción de esta Ley, para seguir desempeñándose como tales.

**Artículo 13.** Créase el Comité Nacional del Ejercicio de la Anestesiología en Colombia. Este organismo tendrá carácter asesor, consultivo y de control del ejercicio de la práctica de la anestesiología en los diferentes niveles de personal en los aspectos técnicos, normativos y legales en la República de Colombia. El Comité Nacional del Ejercicio de la Anestesiología, estará integrado por:

- a) El Presidente de la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación, Scare, o su representante;
- b) El Viceministro de Salud o su representante, quien lo presidirá;
- c) El Director de la Superintendencia de Salud o su representante;
- d) El Director de la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina, Ascofame, o su representante.

**Parágrafo 1.** El Comité funcionará de acuerdo con su propio reglamento.

**Parágrafo 2.** Las funciones del Comité serán:

- a) Ser de consulta obligatoria por parte de cualquier funcionario o entidad pública o privada, siempre que se vayan a dictar disposiciones o se vayan a tomar determinaciones en torno al ejercicio de la anestesiología en el país;
- b) Ser de consulta por parte de cualquier funcionario o entidad pública o privada, siempre que se trate de crear, ampliar o modificar las plantas de personal de entidades hospitalarias en el área de anestesiología;
- c) Velar porque todo aquel que trabaje en la especialidad cumpla con los requisitos mínimos enumerados en la presente ley.

**Artículo 14.** Se conformarán comités seccionales para el control del ejercicio de la anestesiología a nivel departamental, intendencial o comisarial. Estos comités funcionarán en los departamentos, intendencias o comisarías en donde exista una filial de la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación, Scare. En aquellos departamentos, intendencias y comisarías donde no exista una filial de la Scare, el ejercicio de la especialidad estará bajo el control del Comité Nacional. Este comité estará integrado por:

- a) El Presidente de la filial de la Sociedad Colombiana de Anestesiología y reanimación, Scare, o su representante;
- b) El Secretario de Salud Departamental o su representante, quien lo presidirá;
- c) Un representante regional de la Superintendencia de Salud.

**Parágrafo.** Estos comités funcionarán de acuerdo con los reglamentos aprobados por el Comité Nacional.

**Artículo 15.** Cuando a juicio del Comité Nacional del ejercicio de la anestesiología y de acuerdo con la presente Ley, si alguien está ejerciendo la especialidad

sin estar facultado para ello, el veto del comité es suficiente para que esta persona sea separada del cargo o se le impida el ejercicio ilegal de la especialidad, sin perjuicio de las sanciones (responsabilidad civil o penal) a que este ejercicio ilegal de la profesión dé lugar.

**Artículo 16.** Esta Ley regirá a partir de la fecha de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Dada en Bogotá D. E., a los... días del mes de... de 1990.

El Presidente del Honorable Senado de la República,

AURELIO IRAGORRI HORMAZA.

El Presidente de la Honorable Cámara de Representantes,

HERNAN BERDUGO BERDUGO.



## Responsabilidad Civil y del Estado N° 2

# Responsabilidad Civil y del Estado

No. 2  
Septiembre de 1996

### Sida y Seguros.

Graciela Medina

### La responsabilidad legal del Odontólogo.

Sergio Yepes

### La responsabilidad en el campo laboral.

Gilberto Martínez Rave

### Anotaciones en torno a una teoría de la responsabilidad del Estado por el acto legislador.

Bernardita Pérez Restrepo

### La responsabilidad precontractual en materia de seguros.

Luis Alberto Botero Gutiérrez

### El seguro obligatorio.

Julio César Yepes Restrepo

### Jurisprudencia.

Sala de Casación Civil Corte Suprema de Justicia







# **SIDA Y SEGUROS**

## **Graciela Medina<sup>1</sup>**

### **CONTENIDO:**

1. Planteo de la problemática
2. Seguro - conceptos generales
3. El sida y el seguro en francia
4. Sida enfermedad e incapacidad
5. No declaración de la calidad de seropositivo
6. No declaración de la condición de enfermo de sida
7. Culpa en el contagio del sida
8. Mantenimiento del estado de riesgo - agravación de los riesgos
9. ¿puede el transmisor del sida cobrar el seguro de vida?
10. La contaminación de hiv genera una incapacidad que posibilita el cobro de un seguro de incapacidad
11. El seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales
12. Puede la compañía aseguradora repetir contra quien contaminó a la victima

### **I. Planteo de la problemática**

Cabe preguntarse si el tema del SIDA y el seguro merece consideración especial o si estamos ante una enfermedad más, que como muchas constituye un riesgo a cubrir por el seguro de vida o el de incapacidad, o en su caso si se trata de un daño de los garantizados por el seguro de responsabilidad y que no merecen un estudio detallado sobre el tema.

---

1 Profesora Adjunta de "DERECHO CIVIL V. FAMILIA Y SUCESIONES", en la Universidad de Buenos Aires, 1994-1995, siendo designada regular en el año 1996. Profesora de "DERECHO CIVIL" en la carrera de Postgrado Médico Legista en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Martín, desde agosto de 1995 hasta la actualidad.

Entendemos que el SIDA plantea interrogantes puntuales, referidos al contrato de seguro, que merecen una consideración especial.

Este nuevo mal que azota a la humanidad **genera cuestiones nuevas** relativas al seguro, y a la vez nos enfrenta con viejos problemas de esta órbita contractual que requieren respuestas específicas que consideren las características especiales de la pandemia.

El punto fundamental a tener en cuenta radica en que el ser portador del HIV es una circunstancia que trae aparejada la muerte, pero al mismo tiempo el portador asintomático no es un enfermo, ni tiene incapacidad física alguna, lo que adquiere perfiles relevantes en orden al seguro de vida. Así por ejemplo nos preguntamos ¿si el ocultamiento de la condición de seropositivo es una reticencia?, o ¿si constituye dolo decir simplemente que no se está enfermo cuando se es seropositivo? o ¿si por el contrario el seropositivo no está enfermo y no tiene por qué declararlo?, ello a los fines de la nulidad del contrato, en los supuestos de contestabilidad o incontestabilidad del seguro de vida. (art. 130 de la ley de seguro).

Por otra parte el SIDA se adquiere - entre otras formas - por contacto sexual. Ello nos lleva a cuestionarnos sobre si mantiene derecho al beneficio del seguro quien contamina a la víctima. Concretamente si el esposo que contagia a la esposa, el concubino que transmite el VIH a la concubina, el homosexual que contagia a su pareja, tiene a la vez derecho de ser beneficiario de un seguro de vida de la víctima (art. 136 segunda parte de la ley de seguros).

Además nos preguntamos si el SIDA es una causal de agravamiento de los riesgos que deba ser denunciada al asegurador. ( art 132), por ejemplo si el hecho de ser médico en un hospital de infecto contagiosos agrava el riesgo de forma tal que autorice la rescisión del contrato o en su caso la suma asegurada deba reducirse en proporción a la prima pagada. O si la aparición del SIDA en nuestro país agravó los riesgos de las instituciones en orden a sus seguros de accidentes profesionales y responsabilidad.

En otro orden de ideas el tema del seguro nos enfrenta a la posibilidad de exigir los test de despistaje del SIDA, que sólo están permitidos en un número limitado de casos en nuestra ley.

A más de ello el SIDA nos coloca ante la necesidad de dar nuevas respuestas a viejos problemas de la órbita del derecho de seguros, como lo son el tema de si la

incapacidad debe ser general o específica para la tarea que desempeña, o el tema de la culpa de la víctima, con especial relación al incumplimiento de las normas de bioseguridad, en el caso de seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Estos interrogantes nos convencen de que resulta conveniente analizar el impacto que el SIDA pueda tener sobre el ámbito del contrato de seguro. Impacto que en algunos casos puede llegar a ser de una importancia económica desmesurada como lo fue en Francia con anterioridad a la ley que creó el Fondo de Indemnización.<sup>2</sup>

Previo al análisis puntual de los interrogantes antes señalados, conviene realizar algunas precisiones en orden al seguro.

## II. Seguro - conceptos generales

El seguro busca básicamente la cobertura de un riesgo (por el asegurador) a cambio de una prima (que debe pagar el asegurado). Este riesgo en el caso del seguro de vida lo es solo relativo al momento en que ocurrirá el fallecimiento, no en cuanto al hecho. Por otra parte cabe destacar que la incertidumbre con respecto a los riesgos se encuentra cuantificada matemáticamente y que el agravamiento del riesgo rompe la proporcionalidad existente entre la prima y la indemnización.<sup>3</sup>

Al seguro se lo define como “un contrato oneroso por el que una de las partes (asegurador) espontáneamente asume un riesgo y por ello cubre una necesidad eventual de la otra parte (tomador del seguro) por el acontecimiento de un hecho determinado o que se obliga para un momento determinado a una prestación apreciable en dinero, por un monto determinable o determinado, y en el que la obligación, por lo menos de una de las partes depende de circunstancias desconocidas en su gravedad o acaecimiento”.<sup>4</sup>

La prima es la medida económica del riesgo cubierto, o sea “de su mayor o menor probabilidad e intensidad, para que el seguro pueda ser tomado a prima

2 Creado por ley 91-1406 del 31 de diciembre de 1991.

3 MORANDI, Juan. Estudios de Derecho de Seguros. Buenos Aires 1971, p 210.

4 HALPERIN, Isaac. Contrato de seguro. Depalma, Buenos Aires, 1966, p. 33

económicamente razonable, el asegurador está precisado a efectuar una delimitación del riesgo, por la que se cubran solo aquellos supuestos que no resulten demasiados probables o extremadamente generalizados”.<sup>5</sup>

Ello no implica que los riesgos más probables no sean asegurados, sino que su aseguramiento, indiscutiblemente será a una prima más alta. La experiencia indica que cuando más probabilidad existe de acaecimiento de un siniestro la prima se encarece.<sup>6</sup>

Esto no importa decir que el portador del HIV no sea una persona asegurable, sino que la prima por su seguro es una prima distinta, tampoco importa decir que los centros de transfusiones sanguíneas o servicios de hemoterapias no sean asegurables sino que las condiciones de los contratos van a ser más rigurosas.

Por otra parte hay que destacar que en el contrato de seguro pesa sobre el asegurado la obligación de informar sobre las circunstancias de riesgo, esto es sin lugar a duda una “carga del asegurado” y su violación libera al asegurador, sobre todo en el caso de dolo.<sup>7</sup>

### III. El sida y el seguro en Francia

Durante largos decenios las compañías aseguradoras habían asegurado a los Centros de Transfusiones Sanguíneas en Francia<sup>8</sup> sin mayores problemas y dentro de un riesgo determinado.

La irrupción del SIDA hizo explotar el sistema, ya que quebró todas las previsiones estadísticas de riesgo en el caso de transfusiones sanguíneas, sobre todo a los hemofílicos, e hizo temblar las garantías financieras de las compañías aseguradoras. Este impacto fue mayor en el primer lustro de la década del 80 cuando no se conocían las técnicas de calentamiento de sangre para desactivar el VIH.<sup>9</sup>

5 BARBATTO, Nicolás. Culpa grave y dolo en el derecho de seguros. Hammurabi 1988, p 21.

6 En esta relación riesgo- costo es indiscutible que el SIDA agrava el riesgo asegurado. Así por ejemplo el SIDA agrava el riesgo de muerte, en el caso del seguro de vida y resulta posible que también agrave el riesgo del seguro de accidentes de trabajo, y su aparición agravó el riesgo de transmisión en las transfusiones sanguíneas.

7 STIGLITZ STIGLITZ. Contrato de Seguro. p. 369.

8 Todo lo relativo a la sangre en Francia hasta 1991 estaba a cargo de 180 centro de transfusiones sanguíneas, formado tanto por establecimientos públicos como privados. En principio cada uno de estos centros era autónomo y responsable de sus propias actividades y estaba al cuidado de la Fundación Nacional de la Transfusión Sanguínea. Este régimen en parte privado y en parte público aparejo la responsabilidad particular y del estado, y comprometió a sus aseguradoras.

9 Dichas técnicas fueron conocidas en el año 1984 y su eficacia se reconoció en el Congreso de Atlanta en 1985 y de todas formas las mismas no son válidas para productos lábiles.

Las técnicas de calentamiento de sangre fueron impuestas como obligatorias en Francia en Julio de 1985, pero se permitió seguir usando los lotes de sangre existentes hasta Noviembre de 1985, lo que produjo la contaminación de 6.000 personas, la mayoría hemofílicos. Ello produjo un escándalo mundial que se conoce con el nombre de “affaire garetta”.

Para tratar de solucionar el problema el 10 de Julio de 1989 se firmó un Protocolo de acuerdo entre la “Asociación Francesa de Hemofílicos”, los representantes de los “Centros de Transfusiones Sanguíneas” y las “Compañías Aseguradoras”, creando un “Fondo de Solidaridad”, que trataba de evitar el riesgo de quiebra del sistema producido por las consecuencias imprevisibles que el SIDA había incorporado. Este acuerdo no fue eficaz.

Su problema principal radicaba en el monto de las indemnizaciones que se pretendía dar a las víctimas; éstas oscilaban entre 100.000 francos para los seropositivos, 170.000 francos para las viudas y 40.000 francos para los niños. Mientras que la Corte de Apelaciones de París había otorgado en el caso Courtellemont 2.300.000 francos. La desproporción entre los valores condenados en sede civil y los que se pretendían pagar mediante el “Fondo de Solidaridad” condenó al fracaso al sistema.

Por otra parte las aseguradoras habían esperado sortear el peligro haciendo firmar a las víctimas renuncias a todo otro recurso, estas cláusulas fueron consideradas leoninas en el plano civil e inhábiles en el plano penal.<sup>10</sup>

En el año 1990 se replantearon los seguros de los Centros de Transfusiones Sanguíneas, los que fueron otorgados con máximas restricciones. Los contratos eran limitados en un año sin tácita reconducción, solo se aseguraba los daños derivados de la culpa<sup>11</sup> y la indemnización estaba limitada a un monto preestablecido.

En 1992 las compañías aseguradoras se decidieron a no pagar a las indemnizaciones a las víctimas, amparándose en que los centros de transfusiones sanguíneas debieron haber denunciado el agravamiento de los riesgos en las transfusiones a partir de 1985, y que como no lo hicieron faltaron a la carga legal contemplada en el art. 113 – 4 de la Ley de Seguros, cuya sanción es la nulidad

10 LAMBERT FAIVRE, Yvonne. Principes d'indemnization des victimes post transfusionelles du SIDA. Recueil Dalloz Sirey, 11 mars 1993, p 68.

11 Lo que resulta insuficiente porque el factor de atribución es objetivo ya que se condena en base a una obligación de garantía.

del contrato en caso de mala fe y la reducción proporcional de contrato en caso de buena fe.

Si bien este razonamiento es legalmente correcto el apasionamiento del affaire Garetta lo transformó en inaceptable para la opinión pública y las compañías aseguradoras dieron marcha atrás en su utilización. Ello no implica que en el futuro no se decidan a utilizarlo.

Finalmente la cuestión se solucionó mediante la ley 91-1406 del 31 de diciembre de 1991, que creó el “Fondo de Indemnizaciones” para indemnizar a las víctimas de contaminaciones a raíz de transfusiones sanguíneas, similar al fondo de indemnizaciones que creó para indemnizar a las víctimas de los atentados terroristas, con la particularidad que en el presupuesto del fondo debían colaborar las compañías aseguradoras y reaseguradoras.

Las compañías aseguradoras debían colaborar con 950 millones de Francos<sup>12</sup> y las reaseguradoras con 250 millones.

#### **IV. Sida enfermedad e incapacidad**

Previo a la consideración de las particularidades del SIDA en el seguro de vida o de incapacidad cabe precisar cuándo se considera que una persona está enferma de SIDA.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Center for Disease Control de Atlanta (CDS) determinaron que existen cuatro fases de la enfermedad enumeradas con números romanos, del I al IV.

##### **Fase I**

Esta fase va desde el momento en que la persona entra en contacto con el virus en cualquiera de sus formas de contagio, hasta el momento que se transforma en seropositivo.

##### **Fase II - Portadores asintomáticos**

En este estadio se ubican los pacientes, seropositivos sin manifestaciones clínicas, cualquiera sea el balance inmunitario.

---

12 Lo que resulta insuficiente porque el factor de atribución es objetivo ya que se condena en base a una obligación de garantía.

Esta fase puede durar meses o años pero los tratamientos científicos tratan de prolongar al máximo este estadio, el que -en el estado actual de la ciencia- puede durar hasta 12 años.

El seropositivo está contaminado pero no enfermo. En principio él no sufre ninguna disminución psíquica o física a costa del virus. Aunque cierto es admitir que a partir de que conoce su condición de seropositivo sufre daños, porque sabe que su vida se ha acortado<sup>13</sup>, que es transmisor de enfermedades y que tiene limitaciones sexuales y procreacionales. El contaminado debe seguir un tratamiento médico de por vida y sufre exclusiones sociales y familiares<sup>14</sup>, a veces injustificadas e irracionales porque la única forma de contagio es a través de la sangre y los fluidos corporales.

### **Fase III. Pacientes portadores de adenopatía generalizada y persistente**

En esta fase los pacientes presentan un agrandamiento glandular de más de un centímetro por más de tres meses.

### **Fase IV. Pacientes sintomáticos**

En esta categoría entran las personas que presentan los síntomas clínicos de la enfermedad y se subdividen en cinco clases clasificadas con las letras de la A-E. Estas categorías no son necesariamente consecutivas, pero una vez que el enfermo entra en ellas muere en un término no mayor de dos años.

IV-A Síntomas constitucionales: Fiebre persistente de más de un mes, o un adelgazamiento progresivo de más del 10% del peso o diarrea superior a un mes.

IV-B Síntomas neurológicos: Demencias, polineuritis y neuritis.

IV-C Infecciones secundarias.

IV-D Cánceres asociados.

IV-E Diversos.

13 En Francia se dice que la vida del seropositivo es una "vie abrègée".

14 En Australia se ha llegado a quitar la tenencia de un niño a un padre seropositivo, fundado en el interés superior del niño y teniendo en cuenta los sentimientos hostiles de los padres de los amigos del niño. (Droit et Sida "Droit comparaison internationale" Revue Internationale de Droit Comparé N 2, Abril-Junio de 1992)



Esta categorización, realizada en base de síntomas clínicos, es importante a los fines del seguro porque una persona contaminada no es considerada enferma, ni se encuentra en principio incapacitada.

Pero por otra parte una persona contaminada, en el estadio actual de la ciencia tiene una condena a muerte porque el SIDA no se cura, y es a su vez transmisor de la enfermedad por contagio sexual o por la sangre, ello implica que si bien no se encuentra incapacitada para realizar tareas, hay ciertas tareas que no puede realizar como por ejemplo la de dentista o de médico cirujano.

En EE.UU. la categorización de la enfermedad en base a síntomas ha sido dejada de lado a partir del primero de Enero de 1993, fecha desde la cual para determinar quiénes son las personas enfermas de SIDA, se tiene en cuenta la cantidad de linfocitos T4 encontrados en la sangre.

En la actualidad en Estados Unidos se considera enfermo de SIDA a quien tenga menos de 200 linfocitos T4 por cm.<sup>3</sup> de sangre.<sup>15</sup>

Si bien médicamente es más acertada esta clasificación, ella obliga a los seropositivos a la realización de continuos análisis para determinar el paso a la enfermedad.

Ya sea que se adopte la calificación de los EE.UU. o la de la OMS lo problemático a los fines del seguro es determinar si el portador asintomático es o no enfermo, y en su caso si el no revelar su condición de portador sano constituye un acto de reticencia que dé lugar a la nulidad del contrato en el caso de ser este contestable, si la no declaración en el supuesto de incontestabilidad debe ser considerada dolosa.

## **V. No declaración de la calidad de seropositivo**

### **1. Seguro de vida colectivo abierto.**

En general en el seguro de vida colectivo abierto no se efectúan reconocimientos médicos al solicitante al tomar la póliza o renovarla. En su lugar se le hace firmar una declaración de salud, que viene a suplantar el reconocimiento.

Es de práctica en el mercado del seguro que las aseguradoras se sirvan de un cuestionario impreso, incluido en la solicitud del seguro que contiene varias

<sup>15</sup> LAMBERT FAIVRE, Yvonne L. Indemnisation des victimes post-transfusionnelles du SIDA: hier, aujourd'hui et demain... Revue Trimestrelle de Droit Civil N 1 Janvier- Mars 1993, p.6.

preguntas sobre el estado de salud del asegurado y sobre las enfermedades que ha tenido y tiene el proponente, llamándole a este la atención sobre las circunstancias que se desea conocer, porque son las que pueden influir en la calificación del riesgo.

Normalmente en el cuestionario se pregunta a los interesados “si ha padecido o padece alguna enfermedad”. Este tipo de preguntas podría dar lugar a que un seropositivo contestara que no padece ninguna enfermedad. Y de estar a la definición dada por la OMS tal respuesta sería cierta porque el portador asintomático no es en términos técnicos un enfermo.

## **2. Seguro de vida individual.**

En cambio en el seguro de vida individual se realizan exámenes médicos antes de la aceptación. Ello nos enfrenta a dos problemas:

a) Determinar si la compañía se puede eximir de cumplir con el contrato cuando en el examen médico no descubrió que el asegurado era seropositivo, y este calló tal situación.

b) Precisar si se pueden mandar a realizar los test de detección del HIV. en la revisión médica.

### **a) El examen médico**

“El examen médico no libera al asegurado de su deber de informar, ni de las consecuencias de su reticencia. No puede alegarse que hay culpa del dependiente del asegurador, porque además de premiarse así la malicia posible del asegurado, se olvida que el médico no induce al asegurado a mentir ni le hace objeto de un acto culposo suyo; y se haría valer contra el asegurador una medida que toma para su protección, quitándole la garantía del cumplimiento del deber de declarar”.<sup>16</sup>

No obstante lo antedicho hay que tener en cuenta que el examen médico favorable crea la presunción de que el asegurado no estaba enfermo al momento de contratar.

16 HALPERIN, Isaac, MORANDI, Juan Carlos. Seguros exposición crítica de las leyes 17418 y 20091. II edición, Ed. Depalma, p. 287.

Jurisprudencialmente se ha sostenido que existe negligencia del médico del asegurador cuando no ha realizado los análisis de sangre que habrían detectado la enfermedad.<sup>17</sup>

Por otra parte, se ha dicho que si el asegurado es veraz en sus declaraciones y se pone sin reservas a disposición del médico, la culpa o negligencia de éste corre por cuenta del asegurador.<sup>18</sup>

#### **b) Test de detección.**

En el caso del Sida, la única manera de determinar la condición de seropositivo es a través de los test de detección. Ahora bien, estos test sólo son obligatorios para el médico ordenarlos en los casos establecidos en los arts. 5, 6, 7 y 9 de la ley 23978. En ninguno de estos casos se contempla al contrato de seguros.

La numeración legal no es de carácter taxativo; ello implica que con consentimiento de la persona, los test se pueden realizar en otros casos. Lo que ocurre es, que en salvo en los supuestos establecidos por la ley, no resulta obligatoria su realización, ni tampoco su prescripción.

En definitiva, la ley 23978 no impide que en oportunidad de realizarse el examen médico en el seguro de personas, se prescriba este tipo de estudios, que el asegurado es libre o no de hacer.

El tema de los test de detección está relacionado con el tema de la discriminación del portador y con la violación del principio de igualdad. Pero la realización al momento de contratar un seguro de vida no implica ningún tipo de discriminación contra el enfermo, ni tampoco viola el principio de igualdad establecido por nuestra Constitución. No se discrimina al portador al hacerle hacer los exámenes, simplemente se determina el riesgo, que es la base del contrato de seguro, y en su caso se eleva la prima o se contratan otro tipo de seguros.

En el ámbito del derecho contractual, es el acuerdo de voluntades lo que sirve de ley para las partes. Si la persona no se realiza el test, el contrato no se celebrará; y de realizarse y dar este resultado positivo, naturalmente se aumentarán los montos de la prima.

17 Cám. Com. 31/8/88, LL 12-190

18 Cám. Com. 20/9/47, LL 48-411

### 3. Contestabilidad

El art. 130 de la ley 17418 establece que:

Transcurridos 3 años desde la celebración del contrato, el asegurador no puede invocar la reticencia excepto cuando fuere dolosa.

Por su parte el art. 5 de la misma ley dice: toda declaración falsa o toda reticencia de circunstancias conocidas por el asegurado, aun hechas de buena fe, que a juicio de peritos hubiese impedido el contrato o modificado sus condiciones, si el asegurador hubiese sido cerciorado del verdadero estado del riesgo, hace nulo el contrato.

En el ámbito del seguro de vida, existe un primer período de 3 años en que el seguro es “contestable”, es decir que puede ser anulado, alegando falsía en las declaraciones o invocando reticencia en las informaciones.

Hemos sostenido que el seropositivo que dice no padecer ninguna enfermedad no miente; es decir, no declara falsamente. Pero entendemos que es reticente, al no comunicar su condición y es seguro que los peritos determinarán que si la compañía aseguradora hubiera conocido el estado del riesgo, no hubiera contratado o hubiera modificado las condiciones.

Es indiscutible que **quien conoce su condición de seropositivo y no lo dice actúa con reticencia**, porque cierto es que el portador asintomático no es enfermo, también es cierto que no es incapaz, pero no menos cierto es que está condenado a muerte y que el no comunicar este riesgo al contratar un seguro de vida implica una conducta reñida con la buena fe.

En los casos de “cuestionarios” que implican una mayor participación del empleador, no se excluye la carga de informar en la persona del asegurado.<sup>19</sup> Es por eso que aun cuando en el cuestionario no se falseara ninguna pregunta, como el asegurado mantiene su carga de informar, debe hacerlo espontáneamente.

#### a) Prueba

La cuestión radica en probar que el asegurado conocía su estado de seropositivo y que lo ocultó. Y a este respecto cabe recordar que la jurisprudencia desde siempre ha dicho que la interpretación de la prueba de la reticencia ha de ser restrictiva, inclinándose en caso de duda en favor del asegurado.<sup>20</sup>

19 ZUNINO, Jorge Osvaldo. Regimen de Seguros, Ley 17418. Ed. Astrea 1994, p. 197.

20 CNCom. Sala A, 19/3/76, Ed. 68-406

Jurisprudencialmente se ha sostenido que: para acreditar reticencia el asegurador debe probar: a) que la reticencia o la falsa declaración ha sido la causa determinante del contrato, habiendo sido suficiente como para engañar; b) que la circunstancia era conocida por el asegurado; c) que existía al tiempo de la declaración del riesgo y de la celebración del contrato; d) el momento en que conoció el verdadero estado de riesgo; e) que de haber sido cerciorado del verdadero estado de riesgo, no habría hecho el contrato o lo habría hecho en otras condiciones. Pero no basta la prueba del ocultamiento o de la falsedad, sino que debe justificarse la trascendencia que han tenido los antecedentes ocultados u omitidos si hubiesen sido conocidos por el asegurador en oportunidad de concluir el contrato.<sup>21</sup>

Sin lugar a dudas la prueba del conocimiento de la condición constituirá un gran escollo para la aseguradora porque el seropositivo se abstiene de hacer pública su condición y por otra parte no tiene síntomas clínicos o incapacidades que la traduzcan. Por otra parte los médicos están obligados a guardar secreto.

No obstante lo cual hay que tener en cuenta que la ley prevé que se debe llevar un registro nacional de datos, con los resultados de los test positivos, que en el caso de un proceso podría llegar a determinar cuando el seropositivo tuvo conocimiento de su condición.

Otro de los escollos con que tropezará la compañía aseguradora cuando pretenda averiguar el momento en que la persona conoció su calidad de seropositivo es que el decreto reglamentario 1244, prevé que el resultado de los test solo será revelados a los jueces penales, o a los jueces cuando se ventilen cuestiones de familia ( art 2. punto 5to ). No obstante lo cual creemos que esta información podrá revelarse a cualquier juez que lo solicite por auto fundado.

Entendemos que no solicitada esta información por los jueces no existe motivo para negarla, ya que no se trata de revelar la condición de seropositivo, o el resultado de los test que ya se conocen. Sino de informar la fecha en que se tuvo conocimiento del estado.

El secreto que impone la ley es para evitar que se conozca el estado y se marginalice al portador, pero conocido este no existe el fundamento que da razón de ser a la confidencialidad y por lo tanto no existe óbice para revelar la fecha de los test.

---

21 CNCom. Sala A 19/3/76, Ed. 68-406

## 4. Incontestabilidad

Pasados los 3 años de la celebración del contrato de seguro de vida o de personas, no se puede invocar la reticencia para anular el contrato. Ello lleva seguridad a las partes al evitar que se difiera al momento del siniestro el examen detenido del riesgo,<sup>22</sup> siempre y cuando no haya existido dolo.

El problema radica en determinar si puede ser considerada dolosa la actitud de quien oculta su condición de seropositivo al momento de celebrar el contrato; es decir si este ocultamiento puede provocar la nulidad del contrato pasados los 3 años de su celebración. Para poder contestar este interrogante, hay que definir qué se entiende por dolo.

“El dolo consiste en inducir a la otra parte a error para lo cual se ha de emplear una maniobra, una argucia, una astucia, que puede consistir en afirmar lo que es falso, disimular lo verdadero o ambas cosas a la vez”.<sup>23</sup>

La sala B de la Cámara Comercial con voto del Dr. Morandi, consideró en el año 1992 que el ocultamiento de la condición de asmático del asegurado constituye un hecho doloso que anula el contrato, aun cuando en la especie se aceptó que el declarante no mintió cuando manifestó considerarse sano. De todas maneras se consideró que el ocultar la afección que padecía desde chico (aunque en el momento estuviera sano) es un hecho doloso que lleva a la nulidad del contrato.

Aplicando iguales criterios al tema que nos ocupa no cabe, sino, considerar dolosa la actitud de quien no comunica su condición de seropositivo.

En definitiva, el seropositivo que no comunica su condición incurre en una actitud dolosa que trae aparejada la nulidad del contrato, tanto esté en el plazo de contestabilidad como en el de incontestabilidad, siempre que la aseguradora pueda probar que el asegurado conocía su situación porque el dolo no se presume.

## 5. Causalidad

La cuestión reside en determinar si el ocultamiento de la condición de portador tiene que guardar relación de causalidad con el siniestro.

22 AMADEO, José Luis. Ley de Seguros, anotada con jurisprudencia. Ed. Norma Antuña 1979, p. 319

23 RIVERA, Julio César. Instituciones del Derecho Civil, Parte General, Tomo II, p. 807.

La vinculación causal entre las circunstancias declaradas con falsedad o reticencia y la que dio origen al siniestro ha sido materia de desigual tratamiento en la doctrina.

Hay quienes sostienen que puede faltar todo nexo causal entre la declaración reticente y la causa de muerte del asegurado. Ello por cuanto el legislador ha elevado la correspondencia objetiva entre el riesgo representado al asegurador y el riesgo real en presupuesto de la plena validez y eficacia del contrato y ello en tutela del asegurador y de la masa de asegurados, correspondencia que debe existir a la conclusión del contrato, en virtud del equilibrio operante entre riesgo y prima, sin discriminación entre las circunstancias del riesgo que hayan o no influido sobre el siniestro.<sup>24</sup>

Otro sector de la doctrina se orienta en el sentido de que no puede el asegurador innovar la reticencia -salvo dolo-, si ella no influyó en el siniestro ni en la medida de la prestación, solución acogida en algunos fallos.<sup>25</sup>

En el caso del SIDA la cuestión se complica porque la causa directa o próxima de la muerte no es en general el SIDA, sino la infección oportunista la que produce el deceso.

El VIH produce una inmunodeficiencia, y en razón de ella bajan las defensas del organismo y cunden las “infecciones oportunistas”. Así la muerte no será de SIDA, sino de “meningitis” de cáncer, de neumonía etc.

Con lo cual podría argüirse que no hay relación de causalidad entre el ocultamiento de la condición de portador de VIH. y la muerte por ejemplo por “meningitis”.

Creemos que en el sistema legal argentino no se puede negar que exista relación de causalidad adecuada entre la muerte y la contaminación del VIH.

En nuestro sistema jurídico el juicio de causalidad es un juicio en abstracto y consiste en un “juicio de probabilidad”. Causa es para nosotros la “condición” que normalmente y según el curso de las cosas es idónea para producir el resultado dañoso.<sup>26</sup>

24 SEGOVIA. Explicación y crítica del Código de Comercio de la República Argentina. T. II, p. 42, nota 1764, Bs. As. 1933; FONTANARROSA. La declaración del riesgo en el contrato de seguro. Reticencia y falsa declaración., Págs. 12/13 -separata- Rosario, 1942

25 CNCom. 16/8/28 JA 28-125; ídem sala A, 4/7/61 LL 105-522, fallo 47.567

26 RIVERA, Julio Cesar. Ob. Cit. p 497

Independiente de que el enfermo de SIDA hubiera muerto de meningitis o de paro respiratorio, la causa de su deceso estuvo en el virus que bajo sus defensas inmunitarias, y por ende hay que concluir afirmando que el ocultamiento de la condición en general va a guardar relación de causalidad con la muerte.

## **VI. No declaración de la condición de enfermo de Sida**

La no declaración de la condición de enfermo de SIDA, constituye una causa de nulidad del contrato donde no se nos presentan las dificultades que abordamos en el tema del portador asintomático. En el estadio de enfermo, no hay cuestión alguna relativa a la enfermedad que le permita eximirse de declararla en los cuestionarios pertinentes.

Ya no estamos frente a un portador sano que podía argüir que no falseo su declaración al señalar que no padece enfermedad. En este caso el enfermo deberá declarar su condición de enfermo, no bastando con declarar las enfermedades oportunistas agregadas. Porque ello llevaría a la aseguradora a realizar un mal cálculo del riesgo.

Por otra parte difícilmente no surja su condición de enfermo de los exámenes médicos previos realizados en el seguro individual.

Tanto sea en el período de contestabilidad como en el de incontestabilidad el ocultamiento de la enfermedad traerá aparejado la nulidad del contrato. Ello por cuanto el ocultamiento de la enfermedad es una conducta dolosa como lo hemos señalado en el punto anterior que fulmina de nulidad el contrato.

A lo antedicho podría contestársele que el “silencio” no es una forma de expresión de voluntad, conforme al art. 919 del Código Civil y que no se puede hallar conducta dolosa en quien simplemente calla su condición de enfermo.

Pero ello no es así porque en esta materia contractual asegurativa este silencio si es una manifestación de voluntad porque por ley hay una carga de expresarse, ya que es una carga del asegurado expresar los riesgos a su aseguradora. Y por ende su no manifestación viola la carga legalmente impuesta.

## **VII. Culpa en el contagio del Sida**



El art. 70 de la ley de seguros establece:

El asegurador queda liberado si el tomador o el beneficiario provoca el siniestro dolosamente o por culpa grave. Quedan excluidos los actos realizados para precaver el siniestro o atenuar sus consecuencia, o por un deber de humanidad generalmente aceptado.

La culpa grave en materia de seguros se caracteriza porque:

a) No está referida al incumplimiento de obligaciones convencionales o legales ni a sucesos que den lugar al nacimiento de las mismas.

b) No constituye culpa del deudor sino del acreedor.<sup>27</sup>

Normalmente la culpa en materia contractual da lugar al nacimiento de obligaciones, porque es un factor de atribución pero en materia de seguros no constituye presupuesto de nacimiento de obligaciones sino de no nacimientos de derecho.

El fundamento está dado por el agravamiento del riesgo, lo que lo convierte en no asegurable. “Es importante tener en cuenta este aspecto por cuanto constituye la razón de intensidad que deberá revestir a fin de que resulte idónea para privar de amparo asegurativo a un suceso que conforme sus demás características, habría estado en condiciones de recibir ese amparo”.<sup>28</sup>

El objeto del contrato de seguro es la cobertura de un riesgo determinado, si ese riesgo se agrava con culpa grave, se ha cambiado el objeto del contrato y la ley especialmente libera a la aseguradora de responder.

En el marco del SIDA consideramos que esto tiene importancia fundamentalmente en los contratos de responsabilidad y de accidentes de trabajo. Consideramos que pueden ser consideradas como culpa grave las siguientes conductas:

**a) Omisión de los test de detección obligatorios.**

En el ámbito de los seguros de responsabilidad civil de las clínicas y sanatorios cobra especial relevancia la realización de los test de detección obligatorio en las donaciones de sangre y de órganos.

La ley 23798 establece en su art. 7º, la obligación de realizar los test de detección del virus y de los anticuerpos

27 BARBATO, Nicolás. Culpa Grave y dolo en el derecho de seguro. Hammurabi, p. 127.

28 BARBATO. *Ibidem*. Pág. 127

*“en la sangre humana destinada a transfusión, elaboración de plasma y otros de los derivados sanguíneos de origen humano para cualquier uso terapéutico. Declarase obligatoria, además la mencionada investigación en los donantes de órganos para trasplantes y otros usos humanos, debiendo ser descartadas las muestras de sangre hemoderivados y órganos para trasplante que muestren positividad”.*

La omisión de su realización constituye culpa grave y exime a la aseguradora de responder en caso de transmisión del HIV al transfundido o quien es trasplantado, o a quien recibe plasma o cualquier hemoderivado.

#### **b) Omisión de las normas de bioseguridad.**

Consideramos que en principio, la omisión de normas de bioseguridad hospitalaria constituye culpa grave cuando se trata de enfermos con HIV, y que su incumplimiento libera de responsabilidad a la aseguradora.

Ello por cuanto si la aseguradora hubiera tomado conocimiento que aseguraba a un centro asistencial que operaba con enfermos sidóticos o seropositivos, donde no se cumplen con las normas de bioseguridad, o bien no hubiera asegurado a la entidad o bien la hubiera asegurado a una prima mucho mayor.

Un ejemplo aclarará la cuestión. Dentro de las normas de bioseguridad para la Asistencia de Pacientes con SIDA o HIV., positivo en la Unidad de Terapia Intermedia se exige el empleo de jeringas y agujas descartables, como así también la utilización de sonda descartable. Es común que se utilicen agujas descartables y no jeringas descartables, tal procedimiento es altamente riesgoso ya que **el virus HIV. (no asociado a la célula) en presencia de plasma humana, sigue siendo infeccioso hasta tres días en material seco a temperatura ambiente; más de quince días a 36,37°C en ambiente acuoso y tres horas a 54 -56°C.**<sup>29</sup>

#### **c) Omisión de las reglas del arte.**

Más problemático es determinar si existe culpa grave cuando se omite las reglas del arte, como cuando se omite utilizar los métodos de calentamiento de sangre para desactivar el virus, o cuando se ordenan transfusiones innecesarias.

La omisión del método de calentamiento de sangre ha sido considerado como culposo aun cuando su utilización no este reglamentado. Así lo ha sostenido expresamente el Tribunal Superior de España al condenar a pagar una indemnización.

<sup>29</sup> Ver normas de bioseguridad en ÁLVAREZ CHAVEZ & DAVI. Sida en la empresa. Pág. 136

zación por responsabilidad civil al Hospital y médicos hemoterapistas que no lo realizaban cuando la comunidad científica ya los había aconsejado.

Consideramos que se debe determinar la responsabilidad en cada caso en particular no siendo posible determinar en abstracto el grado de culpabilidad en el caso de omisión a las reglas del arte, esto variará de acuerdo a las circunstancias de tiempo y lugar.

**Hay que tener en cuenta** que jurisprudencialmente se ha sostenido que “Para que la culpa se configure no basta la mera inobservancia de las reglas propias del arte o profesión, ya que en tal supuesto la cobertura del seguro perdería toda función al quedar reducida a las hipótesis del caso fortuito o la fuerza mayor, en las que como es obvio la causante del daño está exenta de responsabilidad, siendo menester a esos efectos una actitud temeraria cuya apreciación ha de ser realizada con criterio restrictivo”.<sup>30</sup>

### **VIII. Mantenimiento del estado de riesgo - agravación de los riesgos.**

La Ley de Seguros Argentina asigna al riesgo la característica de objeto del contrato de seguro (art. 3 ley 11748) es por ello que uno de los elementos que debe contener la póliza es el riesgo asegurado (art. 11 de la ley 17418).

“Por ello adquiere fundamental importancia la declaración del riesgo por parte del asegurado. Recién entonces el asegurador estará en condiciones de apreciarlo, hacerse una opinión, evaluar si puede o no asumirlo, y en caso afirmativo la prima que percibirá”.<sup>31</sup>

El agravamiento del riesgo produce un desequilibrio contractual al aumentar las posibilidades del siniestro, lo que hace pensar que de haberse conocido el contrato o bien no se hubiese celebrado o se hubiese celebrado en condiciones distintas.

Sánchez Calero señala que “la modificación de las circunstancias que inciden en la causa del contrato alteran la composición de intereses que las partes contratantes acordaron en el momento de la celebración del contrato al punto de que la cuestión se habrá de conectar con la doctrina de la base del negocio”.<sup>32</sup>

30 CNFED. Civ. y Com. Sala II Junio 17 – 1991 LL 1992. B – 8.

31 SITGLITZ, Rubens S. y STIGLITZ, Gabriel. Contrato de Seguro. Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1988, p. 368

32 SÁNCHEZ CALERO, Fernando. Ley de contrato de Seguro. En Comentario al Código de Comercio y Legis-

El haber contraído el HIV., constituye sin lugar a dudas un agravamiento del riesgo propio del contrato de vida y en algunos casos en el de responsabilidad. Corresponde examinar cómo influye ello en el seguro de vida y en el de responsabilidad.

#### a) Seguro de vida

El art. 132 de la ley de contrato de Seguros establece:

*“Solo se debe denunciar la agravación de riesgo que obedezca a motivos específicamente previstos en el contrato”.*

Ello es así porque por la naturaleza propia del contrato el riesgo es naturalmente progresivo, por lo cual no pueden considerarse agravaciones las circunstancias previsibles como la vejez, la enfermedad o los accidentes.

Creemos que el texto legal nos permite afirmar que el asegurado no está obligado a declarar que se ha contaminado con HIV., como no está obligado a declarar ninguna otra enfermedad. Salvo que obedezca a motivos expresamente previstos en el contrato.

Por otra parte el art. 133 de la ley de Seguros establece que:

*“Los cambios de profesión o de actividad del asegurado autorizan la rescisión cuando agravan el riesgo de modo tal que de existir a la celebración, el asegurador no habría concluido el contrato”.*

La cuestión radica en determinar si los profesionales de la salud que comienzan a desempeñarse en hospitales donde se atienden a enfermos de SIDA agravan el riesgo de su seguro de vida.

Cierto es que estadísticamente el número de contagios por accidentes hospitalarios es muy bajo, con lo cual se podría aducir que no hay agravación de riesgo<sup>33</sup>. Pero también es cierto que cuando se dice que el número de contagios hospitalarios es muy bajo se hasta haciendo una comparación con la totalidad de las contaminaciones, pero si la comparación se hace entre el personal de la salud que está en contacto con enfermos de SIDA y aquellos que no lo están el riesgo

---

lación Mercantil, Revista de Derecho Privado Madrid, 1984, T. XXIV, p 119.

33 Datos estadísticos mundiales, confirman que el riesgo de transmisión de la infección para los profesionales es un hecho extraordinariamente raro; aún para aquellos que han sufrido exposición directa con la sangre del paciente. Esto ha sido sostenido por el Ministerio de Salud en oportunidad de dictar las normas de bioseguridad, cit. Por Álvarez Chávez – Daví. Sida en la empresa. p 101

aumenta. Por lo cual en principio el cambio de profesión en este caso ha constituido un factor de riesgo que debe ser denunciado.

### **b) Seguro de responsabilidad**

En el tema cobra relevancia lo dispuesto por el art 37 de la ley de seguros que dice:

*“Toda agravación del riesgo asumido que, si hubiese existido al tiempo de la celebración a juicio de peritos hubiera impedido el contrato o modificado sus condiciones es causa especial de rescisión del mismo”.*

“La mutualidad, la estadística y la explotación conforme a un plan determinado como fundamento de la moderna concepción del seguro, determinan la categorización de los riesgos en categoría homogéneas a partir de las cuales se calcula el valor de la prima, de este modo el mantenimiento del estado de riesgo resulta esencial a los fundamentos mismo de la contratación asegurativa, justificando la importancia que la ley asigne a la agravación del riesgo”.<sup>34</sup>

En los seguros de responsabilidad pudo pensarse en un primer momento (como se sostuvo en Francia) que la irrupción del SIDA era un riesgo no calculado para las aseguradoras que aseguraban a los centros de transfusiones sanguíneas. Y que debió ser denunciado como agravación de riesgo por las instituciones aseguradas.

Hoy en día ello no puede sostenerse porque el riesgo del contagio de SIDA es de público conocimiento y ha de ser un factor más a tener en cuenta por quien asegure a los centros asistenciales que realicen este tipo de transfusiones como así también a los que realicen hemodiálisis.

Pero si puede sostenerse para el caso de un seguro vigente en el año 1986 o 1987, serán en este caso los peritos los que deberán determinar que si en esa época no se aseguraban a los centros de hemoterapia o que se los aseguraba en condiciones diferentes.

En el caso de seguros por responsabilidades profesionales - piénsese en el caso de un dentista- resulta evidente que si este contrae el HIV. y pretende seguir ejerciendo ha modificado las condiciones de riesgo de responsabilidad profesional con una circunstancia que debería ser denunciada. Aunque en este supuesto

---

34 ZUNINO, Jorge. Régimen de Seguros - Ley 17148. Astrea 1994. p. 107

también podría pensarse que el asegurado incurre en culpa grave que desobliga a la aseguradora.

Jurisprudencialmente se ha sostenido que:

*“la agravación del riesgo debe ser de tal naturaleza que influya efectivamente sobre el riesgo concretamente asumido, es decir que implique una variación significativa que incremente la posibilidad del siniestro o la extensión de los daños”.*<sup>35</sup>

Si aplicamos la doctrina del precedente antes transcrito al tema que nos ocupa debemos concluir afirmando que el SIDA tiene una magnitud de tal importancia que justifica plenamente que deba ser denunciado y también justifica que la falta de su denuncia produzca como consecuencia la rescisión o modificación del contrato.

## **IX. ¿Puede el transmisor del Sida cobrar el seguro de vida?**

El art 136 segundo párrafo de la ley de seguros establece que:

*“Pierde todo derecho el beneficiario que provoca deliberadamente la muerte del asegurado con un acto ilícito”.*

Se ha señalado que “elementales recaudos de orden público entre los cuales se incluye prevenir que el seguro sobre la vida no se convierta en el acicate para el delito, son el obvio fundamento de esta disposición”.<sup>36</sup>

Nos preguntamos si el compañero sexual que transmite el SIDA puede cobrar el seguro de vida de la víctima. Para dar respuesta a este interrogante hay que recordar que la generalidad de la doctrina admite que el beneficiario pierde su derecho si provocase deliberadamente (con lo cual se excluye el acto culposos) la muerte del asegurado con un acto ilícito.<sup>37</sup>

La contaminación del SIDA es un acto ilícito.

Piénsese en las relaciones sexuales en el matrimonio, o en el concubinato. Puede decirse que hay ilicitud en la transmisión de SIDA en ellas. En principio hay que entender que existe consentimiento de la víctima y que el consentimiento si bien no priva de ilicitud impide las consecuencias antijurídicas del obrar dañoso.

35 CNCom, Sala C 26/12/84. SOTO Roque c San Lorenzo Cía. de Seguros. Ed. 113 -334.

36 ZUNINO, Ob. Cit. p. 200

37 Ver por todos HALPERIN - MORAND....

Lo importante es determinar si el consentimiento excluye la tipicidad o la antijuridicidad en los supuestos de transmisión dolosa o culposa del virus HIV.

En el campo penal la doctrina especializada en el tema afirma que:

1) El consentimiento prestado por la víctima en los supuestos de transmisión dolosa del virus HIV carece de eficacia.

2) En los casos de tipos culposos o sea que de modo imprudente se produjo la infección, el consentimiento prestado con pleno conocimiento de las consecuencias implica una asunción del riesgo por parte de la víctima y por lo tanto constituye una causal de atipicidad.<sup>38</sup>

Desde esta perspectiva si el compañero sexual transmitió dolosamente el virus HIV., aun cuando mediara consentimiento de la pareja, no podría luego cobrar el seguro de vida que la víctima hubiérale hecho. En cambio si la transmisión fue culposa si podría cobrar el seguro de vida.

Por nuestra parte entendemos que el derecho sobre el propio cuerpo, el derecho a la salud, el derecho a la vida y en general todos los derechos personalísimos, no son absolutamente indisponibles, sino relativamente indisponibles.

Rivera señala Los derechos personalísimos son relativamente disponibles “no pueden ser enajenados mientras viva la persona, esto deriva de ser ellos vitalicios inherentes y necesarios. Sin embargo esto admite ciertas salvedades. Puede ocurrir que el sujeto consienta la lesión física o moral, o la soportar. En tal caso, y si solo están afectados bienes personales y no otros intereses por los que el estado debe velar, el consentimiento de la víctima inhibe la punibilidad. Empero cabe advertir, no existiría en tal supuesto una renuncia al derecho personalísimo sino al ejercicio de algunas facultades”.<sup>39</sup>

El sentido común indica que si se consiente en tener relaciones con un portador de HIV., se asume el riesgo de la transmisión y que tal consentimiento priva de ilicitud al acto. Salvo que el contagio fuera doloso porque el dolo no es excusable en nuestra legislación.

38 VÁZQUEZ ACUÑA Martín. ¿El consentimiento excluye la tipicidad o la antijuridicidad en los supuestos de transmisión dolosa o culposa del virus HIV?” JA 2 de Marzo de 1994.

39 RIVERA, Julio Cesar. Ob. Cit. p.93

Por lo tanto desde la órbita penal como de la civil la compañía aseguradora solo podría invocar la pérdida de derecho del beneficiario cuando la contaminación fuera dolosa.

## **X. La contaminación de HIV genera una incapacidad que posibilita el cobro de un seguro de incapacidad.**

El seropositivo asintomático no presenta una incapacidad general para desempeñar tareas, ya que no se encuentra enfermo. Sin embargo su condición de agente contaminante le produce incapacidad para desempeñar ciertas tareas como las de cirujano o dentista.

Esto nos enfrenta con el viejo tema de si la incapacidad asegurada es la incapacidad para cualquier tarea o la específica. A saber:

### **1. Incapacidad para desempeñar cualquier tarea.**

Un sector de la doctrina y de la jurisprudencia entienden que para pagarse el seguro por incapacidad ha de tratarse de una incapacidad para realizar cualquier tarea.

Jurisprudencialmente se ha sostenido que:

*“Si las cláusulas de un seguro de vida colectivo establecen claramente que la incapacidad deber ser total, deben excluirse de la cobertura aquellos supuestos en los que la incapacidad no imposibilite al asegurado a realizar todo tipo de tareas remuneradas, puesto que la extensión de la cobertura debe apreciarse limitativamente, no siendo admisible una interpretación extensiva”.*<sup>40</sup>

*La distinción entre “incapacidad para el trabajo” e imposibilidad absoluta para el trabajo”-comparando los arts. 14 de la ley 14370 y 10 del decreto 1858/55- Se refiere en definitiva a la incapacidad general para el trabajo y no para un trabajo determinado en especial.*<sup>41</sup>

Desde esta perspectiva el portador del VIH aunque se desempeñe como cirujano no podría cobrar el seguro de incapacidad porque podría desempeñar otra tarea.

40 (Del voto del Doctor Di Tella). (Cncom., Sala C, Mayo 17-1989). Ed. 136-300.

41 (CNTrab., Sala II, Febrero 19 1970, Smaykal, Alicia M. C. Caja Nacional de Previsión Para el Personal Bancario y de Seguros).



## 2. Incapacidad para desempeñar las tareas que desarrollaba el asegurado.

La mayoría de la doctrina y jurisprudencia señala que la incapacidad general es la incapacidad para desempeñar las tareas que realizaba el asegurado, así se ha dicho:

En los seguros de vida colectivos la invalidez total debe apreciarse en conexión con las tareas o actividades que el personal asegurado realizaba al momento del siniestro; pues resulta difícilmente imaginable la confirmación de supuestos de incapacidad que impidan totalmente cualquier tipo de actividad remunerada.<sup>42</sup>

*Aun cuando por hipótesis se admitiera que el beneficiario de un seguro por incapacidad laboral cuenta con una capacidad residual para el desempeño de actividades remunerativas, corresponde entender que se ha configurado el siniestro que obliga al pago del beneficio, cuando la incapacidad alcanza al 70% de la total obrera, pues de lo contrario, la aplicación literal de la locución “cualquier actividad remunerativa” equivaldría a facultar a la aseguradora a denegar en todos los casos la prestación debida, pues resulta francamente inimaginable, la configuración de supuestos de incapacidades que impidan absolutamente el desempeño de cualquier actividad remunerativa.<sup>43</sup>*

Sin perjuicio de la diversidad de regímenes aplicables, a efectos de la comprobación del riesgo por incapacidad total y permanente cubierto por el seguro de vida colectivo, es demostración acabada de la incapacidad total del beneficiario para el desempeño de cualquier actividad compatible con sus aptitudes profesionales, el otorgamiento del beneficio previsional por invalidez por la Caja Nacional de Previsión para el personal del Estado y servicios públicos.<sup>44</sup>

*La noción de invalidez total en sentido jurídico, no puede estar sino referida a las características y aptitudes profesionales de los trabajadores pertenecientes a la empresa que contrató el seguro colectivo en favor de sus empleados, con la cobertura de incapacidad laboral. Por ello, debe rechazarse toda conceptualización que comporte otorgar a la invalidez total, una categoría ideal, universal o abstracta, desvinculada de las circunstancias personales del asegurado y de los servicios concretos que prestaba en la empresa contratante del seguro.<sup>45</sup>*

42 (Cncom., Sala C, Mayo 17-1989). Ed, 136-600

43 (CNCom., Sala C, Agosto 10 1984). Ed, 111-694.

44 (CNCom., Sala C, Agosto 10 1984). Ed, 111-694.

45 (CNCom., Ibídem).

*En materia de seguros colectivos que protegen la vida, la salud e integridad física o mental de las personas que se desempeñan en relación de dependencia con el empleador contratante, el riesgo de la incapacidad no puede ser concebido sino en conexión con las tareas o actividades habituales que el personal asegurado cumpla a la época del siniestro, pues tal conclusión es la que se impone desde el ángulo de una interpretación equitativa y de buena fe, congruente con el sinalagma contractual (art. 1198, Código Civil).<sup>46</sup>*

Desde esta perspectiva quien este incapacitado para desempeñar su profesión en razón de estar contaminado por HIV, puede cobrar el seguro de incapacidad aun cuando la regla para él sea la capacidad.

## **XI. El seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales**

Entiéndase por enfermedad profesional a la producida a consecuencia del trabajo y que evoluciona lenta y progresivamente, ocasionando al trabajador una incapacidad para el ejercicio de la profesión o la muerte.

Dentro de la nómina de enfermedades profesionales el SIDA no está incluido pero sin embargo, puede considerarse como tal cuando se alude a los ambientes con riesgo de producir el mal contraídos por el hecho o en ocasión del trabajo desempeñado. En este orden de idea la doctrina especializada en el tema ha señalado que:

“Se debe considerar SIDA profesional al contraído por un trabajador en relación de dependencia en : instituciones hospitalarias, de rehabilitación de drogadictos, o instituciones penitenciarias, si ocupa puestos de trabajo en los que puede estar en contacto con la sangre, siempre y cuando con anterioridad al ingreso al trabajo no fuere HIV positivo”.<sup>47</sup>

En el mismo orden de ideas se ha afirmado que “El Síndrome de Inmunodeficiencia Humana Adquirida puede ser considerado desde la óptica del derecho del Trabajo como accidente (hecho causal súbito e inesperado que provoca un daño) o como enfermedad accidente (en tanto las condiciones laborales y el medio ambiente del trabajo han tenido una participación concausal agravante y desencadenante del mortal sufrimiento).<sup>48</sup>

46 (CNCom., Ibídem.

47 ALVAREZ CHAVEZ & DAVI. Ob. Cit. p. 51

48 POZZOLO, Oscar Adolfo. El SIDA y el trabajo. Conferencia dada en el Congreso de Medicina Laboral, 1993

Por otra parte es necesario recordad que en las “Condiciones Generales para el seguro de accidentes de Trabajo y enfermedades profesionales”. Aprobadas por la Superintendencia de Seguros de la Nación el 1 /10/89 establece en su cláusula décima.

### **Exclusiones de la cobertura**

El asegurador no toma a su cargo:

c) Los eventos ocurridos por infracción a las leyes y reglamentos sobre seguridad e higiene.

Ello implica que si el siniestro se produce en un hospital o centro de rehabilitación de drogadictos donde se incumplen con las normas de bioseguridad, la aseguradora se libera de responder.

## **XII. Puede la compañía aseguradora repetir contra quien contaminó a la víctima**

El art. 80 de la ley de Seguros establece que:

*Art 80. “Los derechos que correspondan al asegurado contra un tercero, en razón del siniestro, se transfieren al asegurador hasta el monto de la indemnización abonada. El asegurado es responsable de todo acto que perjudique este derecho del asegurador. Seguros de personas. La subrogación es inaplicable en los seguros de personas”.*

La doctrina entiende que la subrogación en el seguro se fundamenta en iguales principios que el pago por quien estaba obligado por otro que prevé el art 768 inc. 2º del Código Civil.<sup>49</sup> En verdad de lo que se trata es de evitar que la víctima no se beneficie con la impunidad y que no se pague dos veces por el mismo hecho.

Sin embargo ello no es así en el caso de seguro de personas que no tiene carácter resarcitorio, lo que permite la acumulación de indemnizaciones por parte del beneficiario.

Parece claro entonces que en los seguros de responsabilidad civil operarán las normas generales y la aseguradora podrá repetir contra quien transmitió el HIV,

---

49 POZZOLO, Oscar Adolfo. Ob. Cit.

mientras que en los seguros de personas o de incapacidad tal repetición no sería posible.

El problema se plantea en los seguros de accidentes de trabajo ya que según que se lo considere un seguro de responsabilidad o de persona podrá o no repetir la compañía aseguradora contra el causante del daño.

La jurisprudencia Civil ha establecido que “El seguro de accidentes de trabajo previsto en el art. 7 de la Ley 9688 es una especie del seguro de responsabilidad civil, el que ha sido incluido en nuestra ley entre los daños patrimoniales. Por lo tanto la subrogación reglada en los artículos 80 es enteramente aplicable a ese contrato y no la excepción del apartado 3º.<sup>50</sup>

---

50 CNCiv Sala F 31-10-74 Ed. 60-345



# LA RESPONSABILIDAD LEGAL DEL ODONTÓLOGO

**Sergio Yépes Restrepo<sup>1</sup>**

Este tema es de gran actualidad no sólo por las continuas demandas que se han venido presentando en los últimos años a raíz de la prestación de servicios de Salud, sino también porque no existen en nuestro medio libros o artículos que hayan tratado expresamente la Responsabilidad profesional en Odontología como sí ha sucedido con la Medicina.

En el caso de la odontología encontramos dentro del ordenamiento jurídico colombiano la ley 10 de 1962 por la cual se dictan normas relativas al ejercicio de esta profesión, la cual es definida como aquella ciencia que consiste en la aplicación de medios y conocimientos para el examen, diagnóstico, pronóstico, prevención y tratamiento de las enfermedades, defectos y malformaciones que se relacionan con los dientes, los tejidos que le sirven de soporte y demás partes de la boca que se relacionan con ellos.

Dicha ley regula igualmente el servicio odontológico obligatorio y define los consultorios odontológicos como aquellos lugares en los cuales se desarrolla en pacientes cualquier acción, intervención u operación sobre los órganos bucales de la masticación o sobre las estructuras anatómicas circundantes, indicando que para su funcionamiento el consultorio odontológico deberá contar con los elementos necesarios para prestar un servicio adecuado según su destino y estar técnicamente diseñado para una efectiva asepsia y esterilización.

La ley 10 de 1962 consagra igualmente la enseñanza y el ejercicio de las ramas auxiliares de la odontología indicando que este personal tiene las siguientes categorías: Auxiliares de consultorio dental, de higiene oral, de odontología social y Mecánico dental o mecánico de laboratorio de prótesis dental.

Otra Norma que tiene gran importancia y de muy reciente aparición es la Ley 38 de 1993, la cual señala que en todos los consultorios odontológicos tanto públicos como privados será obligación levantar una carta dental según modelo que se determina en dicha ley.

---

<sup>1</sup> Sergio Yépes Restrepo, Abogado Universidad Pontificia Bolivariana. Secretario de Tribunales de Ética Médica y Odontológica de Antioquia. Miembro Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado.

Encontramos finalmente, la ley 35 de 1989 que junto con el decreto 491 de 1990 integran las normas de Ética Profesional que son de obligatorio cumplimiento para todo el odontólogo en Colombia.

La ley consagra una serie de deberes para el odontólogo para con su paciente, frente a sus colegas, con sus auxiliares, y frente a la sociedad y el Estado, e igualmente dispone la creación y funcionamiento de Tribunales de Ética Odontológica los cuales están encargados de tramitar procesos por falta contra la ética odontológica, e imponer las sanciones disciplinarias señaladas por dicho Código.

Debemos advertir que la conducta del odontólogo puede tener otro tipo de implicaciones legales ya que existen otras normas civiles y penales que prevén diferentes sanciones y acciones prohibidas.

La responsabilidad del profesional de la Odontología será penal cuando su conducta se adecue a alguno de los delitos que están previstos y prohibidos en el Código Penal. La responsabilidad será ética disciplinaria cuando su conducta viole alguna de las normas previstas en la ley 35 de 1989 o el decreto 491 de 1990, e igualmente la responsabilidad civil será cuando en algún tratamiento odontológico se ocasione un daño, una lesión o un menoscabo en la salud del paciente; y en virtud de éste el paciente presente una demanda para que se le indemnicen los perjuicios materiales y morales.

La responsabilidad en general está definida por el artículo 95 de la Constitución Nacional, el cual dice que el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en dicha Carta implican responsabilidades, que toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes y que son deberes de la persona y del ciudadano respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.

Antes de entrar a hablar de responsabilidad civil que es nuestro tema central y de referirnos un poco a la responsabilidad penal vamos a tratar la parte ética ya que cualquier conducta de un odontólogo que pueda dar lugar a una sanción de tipo legal tiene un contenido ético, y también la infracción a los deberes profesionales consagrados en el Código de Ética pueden servir de fundamento para una reclamación de tipo civil.

El Estatuto de Ética Odontológica consagra en su capítulo primero la declaración de principios, los cuales se constituyen en las normas rectoras que deben regir dicho Código. Tales principios establecen que el profesional odontólogo es un servidor de la sociedad y debe someterse a las exigencias que se derivan de la

naturaleza y dignidad humanas. Igualmente se señala que éste tiene la obligación de mantener actualizados los conocimientos, los cuales sumados a su honestidad en el ejercicio de la profesión tienen como objetivo una óptima y mejor prestación de los servicios.

Indica también que el odontólogo nunca puede utilizar procedimientos que menoscaben el bienestar de sus pacientes, que esta profesión cumple una función social, y agrega que el odontólogo está obligado a mantener una conducta pública y privada acorde con los preceptos de la Moral universal. Se señala que es deber del odontólogo colaborar en la preparación de futuras generaciones, ser auxiliar de la justicia y cumplir el código de ética y las demás normas vigentes.

El capítulo segundo consagra la práctica profesional y las relaciones del odontólogo con el paciente el cual es de capital importancia y de cuyo incumplimiento resultan bastantes demandas no solamente ante los Tribunales de ética sino en los juzgados civiles.

Se exige al odontólogo informar a su paciente de los riesgos y demás circunstancias que puedan comprometer el buen resultado del tratamiento, tener una actitud de apoyo hacia su paciente evitando comentarios injustificados que preocupen al paciente, mantener su consultorio con decoro y con responsabilidad, dedicar a sus pacientes el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de la salud bucal e igualmente indicar los exámenes indispensables para establecer un diagnóstico y prescribir el tratamiento correspondiente.

En el artículo once se dice que odontólogo está obligado a atender a cualquier persona que solicite sus servicios con carácter de urgencia la cual según el artículo segundo del decreto 491 es todo tipo de afección que requiera atención inmediata de acuerdo con el dictamen del profesional de odontología, aclarándose que en esta ciencia la urgencia no necesariamente tiene que comprometer la vida del paciente, como sí la de la pieza dentaria y aún el simple dolor podría considerarse urgencia.

Se menciona igualmente que odontólogo no exigirá al paciente exámenes innecesarios ni lo someterá a tratamientos que no se justifiquen, entendiéndose por exámenes innecesarios o tratamientos injustificados aquellos que no correspondan a la historia clínica y al plan de tratamiento del caso particular y riesgos injustificados aquellos a los cuales sea sometido el paciente y que no correspondan a las condiciones Clínico – Patológicas.



El artículo quince señala igualmente que el odontólogo no debe comprometerse a efectuar tratamientos para los cuales no esté plenamente capacitado, no debe ofrecer o conservar como exclusivo ningún elemento, agente, método o técnica y que cuando la evolución de la enfermedad lo requiera el odontólogo puede solicitar el concurso de otros colegas en junta odontológica o médica con el objeto de discutir el caso de ese paciente. Se consagra en el artículo veintitrés, un principio fundamentalmente ético según el cual el odontólogo está obligado a guardar el sigilo profesional en todo lo que por razón del ejercicio de su profesión haya visto, escuchado y comprendido salvo en los casos en que sea eximido de él por disposiciones legales, así mismo está obligado a instruir a su personal auxiliar sobre la guarda del secreto profesional.

El artículo veinticinco consagra un deber fundamental del odontólogo que consiste en abrir y conservar debidamente historias clínicas de sus pacientes de acuerdo a los cánones científicos, las cuales se constituyen en un documento de gran valor probatorio en cualquier proceso judicial en que se discuta la responsabilidad profesional.

En el capítulo cuarto del mismo Código regula las relaciones del odontólogo con sus colegas indicando que la lealtad, la consideración, la solidaridad y el mutuo respeto entre los colegas son los factores esenciales de dichas relaciones.

El capítulo quinto define las relaciones del odontólogo con el personal auxiliar indicando que es su obligación proteger la salud del paciente sin delegar en personas menos calificadas cualquier tratamiento que requiera de su competencia profesional, debiendo supervisar el trabajo del personal auxiliar, respecto del cual la Ley 10 de 1962 y el Decreto 1002 de 1978 establecen expresamente sus competencias.

El capítulo sexto consagra las relaciones del odontólogo con las Instituciones, el séptimo define los requisitos para ejercer la profesión en Colombia y existen igualmente normas sobre la publicidad y propiedad intelectual.

La ley 35 de 1989 establece las funciones de los Tribunales de Ética Odontológica en todo el país con autoridad para conocer de los procesos disciplinarios Ético – Profesionales que se presenten por razón del ejercicio de la odontología en Colombia, regulando además los procedimientos para el tipo de juzgamiento.

Finalmente, debemos mencionar que las sanciones pueden consistir en una amonestación privada, una censura escrita privada, escrita y pública o verbal y

pública, suspensión en el ejercicio de la odontología hasta por seis (6) meses y la máxima sanción que es suspensión en dicho ejercicio hasta por cinco (5) años.

Existe por otro lado la denominada responsabilidad penal que surge por la realización de una conducta por parte del odontólogo que se adecue a uno de los delitos previstos en el Código Penal entre los que podríamos señalar las lesiones culposas, la falsedad de documentos, y otra serie de delitos aplicables a dicho profesional.

El tercer tipo de responsabilidad es la civil que ha dado lugar en los últimos años a la instauración de una serie de demandas contra hospitales y médicos a raíz de la prestación de los servicios de la salud. Se ha hablado incluso de la responsabilidad civil médica pero este es un término corto y excluyente porque la responsabilidad se aplica a todos los servicios de la salud, y como tal incluye a otras profesiones como la Bacteriología, la química farmacéutica, la enfermería, y las instituciones como los hospitales, las clínicas, las empresas de medicina prepagada, y con el nuevo Régimen de Seguridad Social en Salud a las entidades promotoras y a las instituciones prestadoras de salud.

La responsabilidad civil es la obligación indemnizatoria que surge por la realización de un daño en un interés jurídico ajeno, que en el campo que nos ocupa sería la salud y la integridad de un paciente que recibe la prestación de un servicio odontológico.

Según el artículo 2341 del Código Civil 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, norma que sería también aplicable al profesional de la Odontología a raíz de los Daños que cause a los pacientes que atiende en su consultorio.

Desde el punto de vista civil la responsabilidad del odontólogo es contractual debido al vínculo que surge entre paciente y profesional que podríamos denominar “Contrato de Servicios Odontológicos” y que genera obligaciones para ambas partes y se rige por las reglas generales de los contratos y por los deberes del odontólogo previstos en la Ley 35 de 1989.

Entre tales deberes encontramos la realización de un Diagnóstico del paciente, así como de un Plan de tratamiento que debe llevarse a cabo con una programación de citas y revisiones acordes con la patología y la terapéutica, bien sea

de endodoncia, periodoncia, exodoncia, realización de prótesis, hasta la cirugía máxilofacial.

El profesional de la odontología está obligado a colocar en pro de su paciente sus conocimientos y su diligencia en el respectivo tratamiento, empleando los métodos diagnósticos y terapéuticos aceptados por la ciencia y la práctica.

El profesional debe indagar por los antecedentes tanto médicos como odontológicos del paciente, realizar los exámenes clínicos y radiográficos necesarios, y programar los procedimientos verificando que tiene disponible el tiempo, el instrumental y los materiales idóneos para su ejecución.

No puede el odontólogo delegar las tareas propias de su labor a los auxiliares los cuales tienen unas funciones específicas señaladas en la Ley 10 de 1962 y en el decreto 1002 de 1978, pudiéndose comprometer su responsabilidad civil por tal conducta, y existiendo incluso la prohibición legal de permitir la intervención del mecánico de laboratorio de prótesis dental en el paciente.

La responsabilidad civil puede ser directa o por el hecho ajeno la cual surgiría por los daños causados por los auxiliares en el ejercicio de aquellas funciones sobre las cuales el odontólogo ha impartido instrucciones y se encuentra controlando acciones, presentándose en tales eventos solidaridad entre ambos.

La responsabilidad directa de las personas jurídicas puede llegar a presentarse en aquellos eventos en que un paciente contrata con una Clínica Odontológica, existiendo incluso de manera tácita la Obligación de Seguridad de las instituciones hospitalarias y en el campo de la responsabilidad administrativa la Falla del Servicio Odontológico.

Puede surgir también la responsabilidad por el hecho de las cosas en razón de que los profesionales de la odontología emplean para desarrollar su labor una serie de materiales, instrumentos y equipos que en determinados momentos pueden llegar a causar daños a los pacientes que reciben sus servicios.

En el empleo de rayos X para la toma de radiografías en los consultorios es conveniente el uso de chalecos de plomo que protejan al paciente de la radiación, y en el empleo de otros instrumentos existen obligaciones de garantía y de adecuado funcionamiento debido en los casos en que pertenecen al profesional.

Teniendo en cuenta que la odontología como ciencia de la salud es muy similar a la medicina y por ello comparte los mismos principios jurídicos y las teorías y sentencias que se han dictado en Colombia en materia de responsabilidad civil.

Existen sin embargo algunas diferencias, en primer lugar el daño en medicina puede ser más grave ya que puede presentarse la muerte del paciente mientras en odontología el daño es un daño estético.

En segundo lugar hay hipótesis en que al médico se le exige no una obligación de medios sino una obligación de resultados como en el caso de la cirugía plástica. En el campo de la odontología ha habido pocas sentencias en las cuales se señalen especialidades concretas como generadoras de obligaciones de resultado, pero no han ubicado la endodoncia, la periodoncia o la odontología integral del adulto en alguna categoría especial, tal como sí se ha presentado en torno a la cirugía máxilofacial o doctrinariamente con la ortodoncia. Sin embargo debemos señalar que no se debe generalizar ya que todo depende del procedimiento concreto que se lleva a cabo en alguna especialidad, y por eso a manera de ejemplos podríamos decir que algunos procedimientos odontológicos generan obligaciones de resultado, como cierto tipo de prótesis especialmente la de carácter total y removible, siendo más discutible en el caso de la parcial fija debido a que en su instalación se exige especialmente diligencia y cuidado y existen riesgos constantes, y en cuanto a la cirugía máxilofacial es muy discutible clasificarla como generadora de obligaciones de resultado porque es de las especialidades que más riesgos inherentes posee dado su carácter quirúrgico.

En lo que tiene que ver con la relación odontólogo – paciente también hay otras diferencias ya que el acto médico puede llevarse a cabo en un lapso más o menos corto dependiendo de la patología del tratamiento o del postoperatorio, mientras que en el caso de la odontología los tratamientos se realizan con una duración mayor que normalmente abarca meses o años, lo que puede generar una mayor confianza y empatía entre el profesional y el paciente o por el contrario dar lugar a dificultades y conflictos entre ambos.

Como debemos ubicar la profesión de la odontología dentro del aspecto civil y legal concluimos que igual a la medicina la responsabilidad del odontólogo es de tipo contractual, es decir, entre paciente y odontólogo así no se consigne por escrito se celebra un contrato de servicios odontológicos que tiene todos los elementos del contrato y que es de carácter verbal. Tiene los elementos, o sea las partes, objeto y causa, es bilateral, de cooperación, oneroso o gratuito, de tracto sucesivo, civil e intuito personae. A partir de tal contrato surgen deberes para el paciente tales como la remuneración y el cumplimiento de las prescripciones del profesional, entre las que se encuentra la higiene dental adecuada y dietas especiales, cuyo incumplimiento puede generar resultados adversos en los tra-

tamientos, que se constituirían en una causal excluyente de responsabilidad por tratarse de culpa de la víctima.

La obtención del consentimiento informado antes y durante el desarrollo del tratamiento es un requisito cuya inobservancia puede conllevar responsabilidad civil especialmente en aquellos eventos de exodoncias de una o varias de las piezas dentarias que conforman el sistema bucal de un paciente, cirugías maxilo-faciales, y en general en cualquier procedimiento en razón de que el profesional debe siempre obtener el consentimiento del paciente en virtud del principio de la autonomía.

El profesional de la odontología debe explicarle previamente al paciente con un lenguaje y comprensible, la patología bucal que tiene, las alternativas terapéuticas y los riesgos que se pueden presentar en cada procedimiento, como por ejemplo la sensibilidad dentaria y la pericementitis que puede darse en tratamientos de ortodoncia, o que se puede requerir endodoncia cuando se trata de establecer la profundidad de una caries durante la operatoria.

Un daño que puede presentarse en odontología es cementar habiendo causado una comunicación pulpar y no haber removido la pulpa, igualmente cuando hay fractura de un instrumento defectuoso que se incrusta en el ápice, realizar una perforación de conducto ya sea con limas o con fresa de una manera imprudente, hacer obturaciones defectuosas o amalgamas defectuosas con material de baja calidad o cuando está mal condensado, realizar una fractura en exodoncia partiendo la raíz y pudiéndose afectar el seno maxilar, la maloclusión en prótesis y ortodoncia, o provocar una fractura de mandíbula o de cóndilo al hacer una exodoncia imprudentemente.

Otros casos de responsabilidad y de culpa es no atender a un paciente en urgencia, usar un tratamiento, una técnica revaluada que produce un daño en su boca, utilizar instrumentos defectuosos, la falta de higiene y esterilización, no remitir a un especialista cuando el caso es muy complicado, no leer la historia clínica inadvirtiéndolo aspectos importantes para el diagnóstico, o al recibir un paciente remitido en el cual se indica en la nota que debe extraerse una pieza con un determinado número y por falta de lectura se saca otra.

Igualmente existen otras actuaciones profesionales sobre las que se presentan demandas en el campo odontológico como la penetración negligente de senos maxilares, la transmisión de enfermedades como hepatitis y Sida, fractura de

limas e instrumentos defectuosos, errores graves de diagnóstico y deglución de cuerpos extraños.

Por especialidades clasificaríamos como daños indemnizables la realización de una endodoncia en un paciente con diente sano pero que tiene un dolor en maxilar ocasionado por sinusitis, en prostodoncia la perforación de una pieza con un perno en mala dirección, la ruptura de un paquete vásculo nervioso apical al extruir (descender) o intruir (ascender) un diente, y cementación en casos de abscesos, necrosis o fístulas, o un mal tratamiento y observación en periodoncia que ocasiona la pérdida de una o varias piezas.

Existen por otra parte una serie de riesgos imprevisibles e irresistibles que no generan responsabilidad para el odontólogo como la muerte del nervio por cortar conductos accesorios microscópicos no visibles o por el estado avanzado de la irritación así como las reacciones idiopáticas de los pacientes.

En lo que tiene que ver con la responsabilidad por el hecho de las cosas, el odontólogo utiliza una serie de equipos, instrumentos y materiales, tales como sillón odontológico, lámpara y unidad, eyector de saliva, fresas, compresor, rayos X, amalgamador, espejos, explorador, pinzas, sonda periodontal, así como otras piezas, las cuales deben estar en un estado idóneo para su uso, so pena de responder por los daños que se ocasionen a los pacientes.

La historia clínico – odontológica además de ser un documento de obligatorio diligenciamiento según la ley 35 de 1989, se constituye en uno de los principales medios probatorios que acreditan la diligencia del profesional o su imprudencia y en el caso especial de la odontología además de incluir los elementos necesarios señalados por los cánones científicos debe contener el dentograma correspondiente del paciente, el cual cumple los fines de identificación señalados por la ley 38 de 1993, e incluir las radiografías apicales, coronales, oclusales, panorámicas, o extraorales según el tipo de tratamiento, las cuales sirven de elementos probatorios.

Cabe señalar que en virtud del principio de la libertad terapéutica el odontólogo puede emplear la técnica que considere adecuada siempre y cuando se aconseje por la práctica odontológica y se haya informado al paciente de las varias posibilidades y tratamientos con indicación de costos y perspectivas, requiriéndose a la mayor brevedad posible un Acuerdo Académico Básico que defina los procedimientos más convenientes debido a que existen en la actualidad criterios encontrados entre los mismos profesionales de las diversas especialidades.

La indemnización de perjuicios comprende tanto los perjuicios materiales como los morales, estando en la obligación el odontólogo de cubrirlos cuando ocasione daños en el sistema estomatognático del paciente, y que cubrirían tanto los honorarios que deban hacerse para la reparación y corrección de las lesiones, como los demás gastos de laboratorio y demás daños emergentes, así como los lucros cesantes descritos por las normas legales y por la jurisprudencia.

Los daños en odontología además de ser de tipo funcional, también son de tipo carácter estético, lo que conlleva en algunos casos a la indemnización de perjuicios morales como a la reparación del perjuicio fisiológico que es aquel que afecta las actividades normales y placenteras de las personas que podrían verse limitadas en muchas ocasiones.

La responsabilidad civil del odontólogo surge en conclusión cuando a raíz de un tratamiento realizado culposamente se genera un daño de carácter material o moral para el paciente que debe ser indemnizado de conformidad con las normas previstas en nuestro ordenamiento jurídico.

# LA RESPONSABILIDAD EN EL CAMPO LABORAL

**Gilberto Martínez Rave<sup>1</sup>**

## **CONTENIDO:**

Características y diferencias entre las responsabilidades laboral y civil que surgen del contrato de trabajo

Beneficios y prestaciones que corresponden a la responsabilidad laboral

Responsabilidad civil u ordinaria

Descuento de lo pagado por responsabilidad laboral

Para ubicarnos en el tema que queremos tratar es necesario hacer inicialmente una síntesis del concepto de la responsabilidad y de sus diferentes manifestaciones. Por RESPONSABILIDAD entendemos la obligación que tiene una persona de asumir las consecuencias resultantes de un hecho, acto o conducta. Puede manifestarse en diferentes áreas y eso ha permitido su clasificación en:

*1º) La Responsabilidad Moral* entendiéndola como la obligación de asumir las consecuencias resultantes de haber desconocido o violentado valores como la amistad, la lealtad, el honor, el amor, etc., o principios espirituales o religiosos que se nos han inculcado. El reproche que la conciencia nos hace por haber ejecutado esos hechos u actos origina una angustia interna, un remordimiento, que es la consecuencia que debemos asumir. El pecado, la traición, la ingratitud, son ejemplos clásicos de esta responsabilidad que se caracteriza por ser interna, subjetiva, que no trasciende del individuo y por lo tanto no tiene implicaciones externas al sujeto que la ejecuta. Por eso no es personalísima sino que es el individuo que ejecuta el acto mismo que lo juzga y califica.

*2º) La Responsabilidad Ética* que resulta cuando se desconocen o violentan las reglas del correcto ejercicio profesional. Es, por lo tanto, la obligación de asumir las consecuencias profesionales resultantes de la violación o desconocimiento del conjunto de pautas que rigen el ejercicio profesional. La mayoría de las pro-

---

<sup>1</sup> Abogado Tradadista de Derecho Penal, Procesal Penal y de Responsabilidad Civil. Profesor de Postgrados en las Universidades de Medellín y Autónoma Latinoamericana.



fesiones tienen un conjunto normativo que debe ser respetado por quienes hacen parte de esa actividad. Los códigos éticos recogen generalmente esas pautas de comportamiento. En esta responsabilidad ya la conducta del individuo trasciende la esfera individual y lesiona a otras personas o a la actividad profesional correspondiente. Esta responsabilidad es personal y declarada por tribunales éticos, conformados por profesionales calificados de la misma actividad y sus consecuencias o sanciones son exclusivamente profesionales, como pueden ser las llamadas de atención privada o pública, la suspensión de la autorización para ejercer la profesión y excepcionalmente su pérdida. Esta responsabilidad se denomina DISCIPLINARIA cuando se trata de servidores públicos que desconocen las normas del buen comportamiento o del buen ejercicio de las funciones públicas. Es la Procuraduría General de la Nación la encargada de investigar y juzgar y puede imponer sanciones que van desde las llamadas de atención privadas o públicas, la suspensión en el ejercicio del cargo o la pérdida del mismo o la destitución. El código disciplinario único (ley 200 de 1995) la regula.

3º) *La responsabilidad jurídica* surge cuando la conducta o hecho tiene consecuencias externas al individuo y lesiona los derechos de otros miembros de la colectividad, trasciende a la organización social y el Estado, como ente regulador de las relaciones intersociales, debe sancionar. Por eso la responsabilidad jurídica es la obligación de asumir las consecuencias previstas en las normas reguladoras que el Estado se ha dado, por la comisión de un hecho o conducta que lesiona a la organización social o a alguno de sus componentes. Dependiendo del conjunto normativo que se desconozca, se ha dividido en: A) CONTRAVENCIONAL, cuando la conducta o hecho desconoce normas preventivas o encaminadas a la protección de los derechos, como el código de policía, reglamento de entidades administrativas como las superintendencias de salud, bancaria, de sociedades, etc., que generalmente declara un funcionario administrativo y que contempla como consecuencias la multa y excepcionalmente el arresto. B) PENAL, cuando la conducta desconoce las normas prohibitivas del código penal, esto es se comete un delito y se deben asumir las consecuencias previstas en ese estatuto, generalmente penas privativas de la libertad, como castigo o sanción, y C) CIVIL cuando la conducta o hecho ocasiona un daño a una persona o a su patrimonio, que rompe el equilibrio patrimonial. Se deben asumir las consecuencias económicas para restablecer el equilibrio patrimonial roto que se traduce en la obligación de indemnizar al perjudicado.

A su vez la RESPONSABILIDAD CIVIL se ha dividido en CONTRACTUAL, que origina la obligación de indemnizar, o asumir las consecuencias patrimoniales, cuando el hecho o acto desconoce una obligación contractualmente adquirida y EXTRACONTRACTUAL que impone la obligación de indemnizar cuando se ocasiona un daño a una persona con lo cual no existe ningún vínculo jurídico anterior o en otras palabras cuando se perjudica la integridad o el patrimonio de una persona con la cual no existe ninguna relación contractual. La responsabilidad civil surge no solo de los hechos propios o personales sobre las cuales el responsable tiene la obligación de vigilancia y cuidado que lo convierte en tercero civilmente responsable, y además cuando los hechos son cometidos con cosas de las cuales el responsable es dueño o guardián. Las cosas que ocasionan daño y que originan responsabilidad pueden ser animadas, como los animales ya sean domésticos, domesticados o salvajes, o inanimadas o inertes como los vehículos, los edificios, etc. Por eso se ha afirmado que la responsabilidad civil es transmisible pues no solo nace del hecho propio, sino del hecho de terceros y del hecho de las cosas. Se transmite tanto por activa (a favor de los herederos del perjudicado) como por pasiva (en contra de los herederos del causante).

Desde los derechos antiguos griego y romano, especialmente a partir de la ley Aquilia, se ha consagrado la responsabilidad civil, esto es la obligación de indemnizar a la persona a la cual se le ocasiona un daño. Se ha exigido para que prosperen las pretensiones del perjudicado que acredite la existencia de cuatro elementos que se consideran necesarios para imponer la obligación indemnizatoria que satisfaga la indemnización. Los conjuntos normativos posteriores, incluyendo el francés napoleónico, mantuvieron esa exigencia que se ha venido suavizando en cuanto al factor subjetivo o de la culpa. El derecho colombiano, que a través del chileno adoptó el código civil francés, se ha matriculado en esa escuela, conocida como la subjetivista, pues, en principio exige la prueba de los cuatro elementos: 1º) EL HECHO. 2º) LA CULPA, 3º) EL NEXO CAUSAL y 4º) EL DAÑO. Analicemos someramente cada uno de ellos:

1º) EL HECHO: se ha entendido como una modificación fáctica a una institución o la alteración a un estado anterior. Es un elemento objetivo, que cuando es ejecutado por el hombre se denomina ACTO O ACCIÓN, para diferenciarlo del hecho que ocasionan los animales o las cosas. Ese hecho o conducta puede ser positivo, por acción, o puede ser negativo por omisión, esto es no hacer cuando hay una obligación legal de hacerlo. En el caso de la responsabilidad penal el hecho debe ser personal. Típico, antijurídico y culpable. En la responsabilidad civil

el hecho o acto puede ser ejecutado directa y personalmente por el responsable, o por terceras personas sobre las cuales tiene obligación de vigilancia y cuidado e inclusive con cosas animadas e inanimadas de su propiedad. Por eso en el caso de la responsabilidad civil el hecho que la genera puede ser ejecutado por el responsable, por un tercero al cual debe vigilar o cuidar o con una cosa de la cual es dueño o guardián. Cuando el hecho desconoce o viola una obligación adquirida mediante un contrato o convención se califica como responsabilidad civil contractual y cuando el hecho desconoce la norma general de no hacer daño a ninguna otra persona se califica como responsabilidad civil EXTRACONTRACTUAL.

2º) LA CULPA. Es el factor subjetivo que vincula la voluntad o querer del causante con el daño, sea porque lo quiera o porque resulte como consecuencia de una imprudencia, una negligencia, una impericia, o el desconocimiento de normas o reglamentos. Los hermanos Mazeud la definen para los aspectos civiles como “un error de conducta que no cometería una persona prudente colocada en las mismas condiciones objetivas del causante”. Por ser un factor subjetivo es de muy difícil prueba pues al estar relacionada con la voluntad del causante él es el único que conoce lo que pretendía al ejecutar el acto o hecho. Los que exigen su demostración obligatoria conforman la tendencia subjetivista de la responsabilidad y los que pretenden eliminarla como requisito, conforman la tendencia objetivista. Entre esas dos tendencias han aparecido las eclécticas que pretenden facilitar su prueba ya sea haciendo más elástico el concepto de la culpa para que incluya muchas circunstancias que antes no incluía y otras presumiéndola con el fin de que el perjudicado no tenga que probarla pues la ley presume su existencia. Aparecen así las PRESUNCIONES DE CULPA que han sido aceptadas, como se desprende de la redacción de algunas normas del código civil especialmente los arts. 2346, 2347, 2350, 2351, y siguientes. Estas presunciones de culpa pueden ser destruidas por el demandado probando haber actuado con cuidado y diligencia para evitar las consecuencias del daño.

3º) EL NEXO CAUSAL, como la necesaria relación de causa a efecto que debe existir entre el hecho y el daño. Ese nexo o relación se convierte en un elemento objetivo indispensable para la declaratoria de la responsabilidad y su prueba corresponde al perjudicado con excepción de los casos en que se dan las PRESUNCIONES DE RESPONSABILIDAD o llamada por otros la RESPONSABILIDAD OBJETIVA, en los cuales se libera al perjudicado de la obligación de probarlo. En la presunción de responsabilidad el causante del daño podrá liberarse de la obligación indemnizatoria cuando acredite la existencia de una causa extraña. Algunas

circunstancias, que concurren o participan en el resultado dañoso, pueden convertirse en concausas y permiten predicar la responsabilidad solidaria de todos aquellos que colocan o patrocinan una de las diferentes causas que concurren al resultado final. LA FUERZA MAYOR, EL CASO FORTUITO Y LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA rompen el nexo causal y liberan de responsabilidad al causante del daño siempre y cuando reúnan los requisitos de irresistibilidad e imprevisibilidad. La CULPA COMPARTIDA de la víctima no libera de responsabilidad pero sí reduce el monto de la indemnización de acuerdo con lo consagrado por el art. 2357 del Código Civil y,

4º) EL DAÑO, que conforme al lesionamiento patrimonial, afectivo o fisiológico del perjudicado. Puede ser de un contenido eminentemente económico y patrimonial, denominado daño o perjuicio MATERIAL, que puede manifestarse en forma activa lesionando el patrimonio del perjudicado con el dinero que debe invertir en atender las consecuencias del daño, que se denomina DAÑO EMERGENTE, o que puede manifestarse en forma pasiva al no recibirse los beneficios que normalmente deben ingresar al patrimonio del perjudicado y que se conoce como LUCRO CESANTE. Pero el daño o perjuicio puede afectar intereses distintos a los patrimoniales o económicos. Son los conocidos como daños o perjuicios extrapatrimoniales de los cuales hacen parte los PERJUICIOS MORALES y LOS PERJUICIOS FISIOLÓGICOS. En los perjuicios morales se han diferenciado los morales objetivados y los morales subjetivos o Premium dolores. Los morales objetivados resultan de las repercusiones económicas o patrimoniales que conllevan las angustias, complejos o dolores que sufre el perjudicado. Los perjuicios morales subjetivos, Premium dolores, precio del dolor como desde los romanos se les ha denominado, son los que resultan del lesionamiento emocional del perjudicado, de la ruptura de relaciones afectivas con sus seres queridos, de los impactos psicológicos que sufre como consecuencia del hecho, como cuando se ocasiona la muerte de un ser querido, por ejemplo. A su vez los perjuicios fisiológicos consisten en el lesionamiento de la integridad fisiológica o funcional del individuo (pérdida de un ojo, de un oído, de parte del estómago, de parte de los intestinos, de un testículo, del pene, de la capacidad reproductiva, etc.) que repercute en el normal desenvolvimiento de su vida y que lo coloca en condiciones diferentes a las que tenía antes del hecho dañoso.

Para ser indemnizable el daño debe ser CIERTO o sea real y efectivo y estar SUBSISTENTE en el momento del fallo, esto es que no haya sido indemnizado o pagado para ese momento.

Desde el derecho antiguo se exigió la prueba de estos cuatro elementos por parte del perjudicado si pretendía tener éxito en su reclamación indemnizatoria. Pero la dificultad de probar el elemento subjetivo culpa ocasionaba el fracaso de la mayoría de las pretensiones indemnizatorias de los perjudicados. Por eso el derecho inició la búsqueda de soluciones a la injusticia de dejar sin indemnizar o compensar a la persona que resultaba perjudicada con un hecho o acto imputable a otra.

Y es en el campo laboral donde primero se intenta la solución. Mientras la economía mundial se fundamentaba en la agricultura y en la artesanía los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales eran pocos. Los que se presentaban eran resueltos a través de la acción civil ordinaria indemnizatoria. Los trabajadores que pretendían ser indemnizados debían probar los cuatro elementos atrás indicados, incluyendo la culpa del patrono, motivo por el cual casi siempre fracasaban en sus aspiraciones indemnizatorias. Pero cuando la economía empezó a organizarse e ingresó al maquinismo y se establecieron fábricas, factorías, talleres, que utilizaron instrumentos, máquinas, que facilitaban el trabajo pero que se convertían en elementos potencialmente peligrosos para la integridad y salud de los operarios el Derecho se vio forzado a implantar soluciones diferentes a las constantes y graves accidentes que comenzaron a presentarse en los lugares de trabajo y creó en la jurisprudencia y en la doctrina inicialmente y en la legislación más tarde, la primera de las llamadas INDEMNIZACIONES AUTOMÁTICAS que permiten obtener el reconocimiento de la indemnización sin necesidad de probar la CULPA como elemento de la responsabilidad. La ley la presume, es decir la da por probada sin necesidad de acreditar su existencia. Pero este beneficio probatorio, esta facilidad de accionar, requería una compensación del favorecido y por eso se le impuso, si quería utilizar la vía de la indemnización automática, la limitación en el monto indemnizatorio. El monto de la indemnización que se reclama se limita, se tarifa, por la misma ley. No es valor total de los perjuicios recibidos sino una parte de ellos que la ley tasa con anticipación. Surge así lo que llamaremos RESPONSABILIDAD LABORAL, que como toda indemnización automática, no requiere prueba de la culpa pero su monto indemnizatorio está tarifado, limitado.

La aceptación de esa acción para exigir la responsabilidad laboral, que facilitó enormemente las reclamaciones de los trabajadores, no eliminó ni suprimió la posibilidad de demandar por la vía ordinaria o tradicional el pago total de los perjuicios. Se establecieron así dos mecanismos procesales diferentes para re-

clamar los perjuicios causados en un accidente de trabajo o con una enfermedad profesional: la acción por RESPONSABILIDAD LABORAL por un lado y la responsabilidad CIVIL ORDINARIA por el otro. El trabajador o sus herederos decían que vía utilizarían teniendo en cuenta las ventajas y las desventajas de cada una. Esta solución de las dos acciones se acogió universalmente.

En la legislación colombiana aparecen reguladas específicamente esas dos responsabilidades. La RESPONSABILIDAD LABORAL en el Título VIII, capítulo II, del Código Laboral, referido a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, arts. 199 a 226, algunos de los cuales fueron derogados por los decretos 1295 y 1836 de 1994, que comentaremos más adelante y la RESPONSABILIDAD CIVIL, ordinaria, que consagran los arts. 216 del Código Laboral y 12 del decreto 1771 de 1994, la cual se regula por las normas del Código Civil que se refieren a la responsabilidad contractual común.

Pero el mecanismo de las INDEMNIZACIONES AUTOMÁTICAS ha dado buenos resultados que se han venido aplicando en otros casos. En Colombia, por ejemplo, se aplica a través del SEGURO OBLIGATORIO DE AUTOMOTORES, o SEGURO DE ACCIDENTES DE TRÁNSITO – SOAT – que regulan los decretos 663 de 1993, 1298 y 1813 de 1994, que no exige la demostración del factor culpa del causante y su monto está tarifado o limitado. Quienes sufren un daño personal en un accidente de tránsito pueden escoger entre la reclamación de la indemnización automática, en la cual no requieren probar la culpa del causante pero el monto está tarifado y limitado. O la reclamación judicial a través de la acción indemnizatoria ordinaria, que exige la prueba de la culpa del causante y autoriza a reclamar el monto de los perjuicios que se acrediten.

También la ley 104 de 1993 establece beneficios e indemnizaciones a favor de las personas que son víctimas de actos terroristas o de tomas guerrilleras. No es necesario probar el elemento subjetivo o culpa de los causantes para tener derecho a ellos pero su monto está tarifado o limitado. Los perjudicados bien pueden utilizar la acción civil ordinaria indemnizatoria para reclamar la totalidad de los perjuicios sufridos, probando la culpa de los causantes o aceptar los beneficios de la ley 104 que son limitados o tarifados pero sin necesidad de probar la culpa de los autores.

El decreto 1813 de 1994, en el cual se definen y reglamentan los RIESGOS CATASTRÓFICOS, establece beneficios e indemnizaciones a favor de las personas que resultan afectadas en accidentes de tránsito protagonizados por vehículos

no identificados o que no tienen vigente el seguro obligatorio de automotores, o a favor de quienes sufren riesgos catastróficos de origen natural (derrumbes, inundaciones, sismos, etc.) u ocasionados por el hombre (genocidio, explosiones, etc.) sin que sea necesario probar el factor subjetivo del causante sea dolo o culpa pero el monto de los beneficios está limitado o tarifado.

Pero todas las normas que consagran las indemnizaciones automáticas expresamente establecen que el hecho de recibirlas no impide la utilización de las demás acciones encaminadas a obtener el pago de la indemnización total de perjuicios.

### **Características y diferencias entre las responsabilidades laboral y civil que surgen del contrato de trabajo**

Establecido ya que en Colombia, al igual que en la mayoría de países del mundo, se encuentran consagradas esas dos responsabilidades bien vale la pena conocer las características de cada una, las circunstancias que las diferencian y las incidencias de la una en la otra.

#### **Características de la responsabilidad laboral**

La RESPONSABILIDAD LABORAL que surge para el empleador por las consecuencias de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales se encuentra consagrada y regulada en los arts. 199 y siguientes del Código Laboral, el decreto 1295 de junio 22 de 1994, que regula el sistema general de riesgos profesionales y el decreto 1836 de agosto 3 del mismo año, que establece la tabla única de evaluación de incapacidades, ambos reglamentarios de la ley 100 de 1993 que revolucionó la seguridad social en Colombia.

Esta responsabilidad es del patrono, a quien de acuerdo con los arts. 56 y 57 del Código Sustantivo del Trabajo, corresponde la obligación de seguridad, que lo convierte en garante de la integridad y la salud de sus trabajadores y quien debe velar porque los locales, instalaciones, equipos, instrumentos y circunstancias ambientales, no comprometan la integridad y la salud de sus dependientes.

Con las nuevas normas de seguridad social el patrono desplaza esta responsabilidad a las entidades Administradoras de Riesgos Profesionales (A.R.P.), mediante el pago de una cotización mensual que obligatoriamente tiene que hacer de acuerdo con la ley 100 de 1993. El Instituto de los Seguros Sociales que tenía

exmonopolio de esta actividad se convirtió en A.R.P. y es una más de las que compiten en el mercado.

Los riesgos que cubre o indemniza son los llamados riesgos profesionales, los normales del trabajo. Los que resultan del desarrollo de la actividad ordinaria y común. No protege o indemniza aquellas situaciones que se presentan por circunstancias imputables al patrono como el dolo, la negligencia, la imprudencia o el desconocimiento de normas o reglamentos, especialmente los relacionados con SALUD OCUPACIONAL.

No requiere ni exige la prueba de la culpa del patrono en el accidente para lograr la indemnización. Cualquiera sea el motivo del accidente o la enfermedad profesional que se sufra en las instalaciones, por motivo o por ocasión del trabajo, conlleva los beneficios asistenciales y económicos que garantiza. Ahora con la modificación sustancial que se le dio a la definición de accidente de trabajo (art. 9º del decreto 1295 del 22 de junio de 1994 que derogó el art. 199 del C.S. del T. y que suprimió la frase “y que no haya sido provocado deliberadamente o por culpa grave de la víctima”) y el hecho de que las indemnizaciones deban ser pagadas por la entidad ADMINISTRADORA DE RIESGOS PROFESIONALES (A.R.P.) a que se encuentre afiliado el patrono, ha llevado a pensar si esa indemnización se convirtió totalmente objetiva y debe indemnizarse con la sola prueba de que el accidente o enfermedad profesional se presentó en las instalaciones del patrono, o por causa o con ocasión del trabajo, sin tener en cuenta la conducta del trabajador y menos la fuerza mayor o caso fortuito como eximentes de responsabilidad y por ejemplo, las muertes ocasionadas por fuerzas de la naturaleza como rayos, inundaciones, derrumbes, o por acciones del hombre, como muertes ocasionadas a los trabajadores por tomas guerrilleras, por fuerzas subversivas, por explosiones, etc., en las instalaciones o lugar del trabajo o cuando está en cumplimiento de sus funciones, darían pie a las prestaciones asistenciales y económicas previstas en la responsabilidad laboral por ser un accidente de trabajo de acuerdo con las nuevas disposiciones.

Además, como consecuencia lógica de la supresión de la prueba del factor culpa, el monto indemnizatorio está tarifado o limitado. En la incapacidad permanente parcial entre uno y veinticuatro salarios mínimos legales. En la pensión de invalidez hasta el 75% del ingreso base de liquidación. Para la pensión de sobrevivientes el 100% de la pensión si es un pensionado o el 75% del salario base si es un afiliado.



Esta responsabilidad laboral no indemniza los perjuicios morales. Por eso las prestaciones e indemnizaciones que regulan las disposiciones laborales no incluyen los perjuicios morales.

Por último la responsabilidad laboral puede transferirse por el patrono o empleador a las entidades ADMINISTRADORAS DE RIESGOS PROFESIONALES (A.R.P.), a través de una cotización que por obligación legal tiene que hacer para el cubrimiento de esos riesgos. Si por cualquier motivo el empleador no se vincula a una A.R.P., o esta no otorga los beneficios o no cancela las indemnizaciones, asumirá, de su propio patrimonio, el pago de todos los beneficios y prestaciones que esta responsabilidad conlleva a favor del trabajador.

Para muchos en el momento actual esta responsabilidad es objetiva y ni al patrono o empleador ni a las A.R.P. les es admisible probar circunstancias que lo liberen del pago de la indemnización, cuando se trate de accidentes de trabajos o enfermedades profesionales.

### **Beneficios y prestaciones que corresponden a la responsabilidad laboral**

De acuerdo con los arts. 34 y siguientes del decreto 1295, vigente desde agosto 1º de 1994, que derogaron expresamente los arts. 199, 200, 201, 203, 204, y 214 del C.S. del T., los beneficios que recibirá el trabajador como consecuencia de la responsabilidad laboral que corresponde al patrono y que transmite a la A.R.P., a la cual se encuentra afiliado son los siguientes:

**a) Prestaciones asistenciales:** El trabajador que sufra un accidente de trabajo una enfermedad profesional, tiene derecho a:

- 1º) Asistencia médica, quirúrgica, terapéutica y farmacéutica.
- 2º) Servicios de hospitalización.
- 3º) Servicio odontológico.
- 4º) Suministro de medicamentos.
- 5º) Servicios auxiliares de diagnóstico y tratamiento
- 6º) Prótesis. Órtesis, su reparación y su reposición en caso de deterioro o Desadaptación.
- 7º) Rehabilitación física y profesional

8º) Gastos de traslado necesario para la prestación de los anteriores servicios.

Estos servicios, ya sean de urgencia o de tratamiento, serán prestados a través de las entidades PROMOTORAS DE SALUD (E.P.S) a que esté afiliado el trabajador pero sus costos serán reconocidos por la entidad ADMINISTRADORA DE RIESGOS PROFESIONALES (A.R.P.) a que esté afiliado el empleador, cuando sin consecuencia de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

**b) Prestaciones económicas:** Todo trabajador que sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional y como consecuencia se INCAPACITE O INVALIDE tiene derecho a las siguientes prestaciones económicas:

1º) SUBSIDIO POR INCAPACIDAD TEMPORAL, equivalente al 100% del salario base de cotización por un término hasta de 180 días prorrogable, en casos especiales, hasta otros 180 días más.

2º) INDEMNIZACIÓN POR INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL, en proporción al daño sufrido con un valor no inferior a un salario base ni superior a veinticuatro, de acuerdo con la tabla única de evaluación de incapacidades que consagran los arts. vigentes del C. laboral y el decreto 1836 de agosto 3 de 1994.

3º) PENSIÓN DE INVALIDEZ, por la pérdida de más del cincuenta por ciento de la capacidad laboral, por un valor equivalente al 60% del salario básico si la invalidez reduce su capacidad laboral entre 50 y 66%. Si la invalidez superior al superior al 66% hasta el equivalente al 75% del salario base de liquidación. Si el inválido requiere el auxilio de otra persona para la realización de las funciones fundamentales de la vida, se reconocerá un 15 adicional, esto es hasta un 90% del salario base de liquidación.

Pero si el trabajador muere sus herederos recibirán:

1º) PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES, que se reconocerá a la esposa o a falta de esta a la compañera permanente, en forma vitalicia y a los hijos hasta llegar a la mayoría de edad. Si los hijos son mayores de edad y están estudiando de tiempo completo tienen derecho a la pensión hasta los veinticinco años. Los hijos inválidos tienen derecho mientras permanezcan en ese estado. A falta de cónyuge o compañera permanente reciben los hijos y a falta de cónyuge o compañera e hijos reciben los padres del pensionado o afiliado que dependen económicamente de él. La pensión se divide en dos partidas: El cincuenta por ciento para la cónyuge o compañera y el otro 50% para los hijos en proporción a su número. Tienen de-

recho a la pensión de sobrevivientes los herederos del pensionado o del afiliado que cumpla con los requisitos exigidos por la ley para recibirla.

2º) AUXILIO FUNERARIO, que se le reconocerá a quien atienda a los gastos de inhumación o de cremación del cadáver del trabajador. Será un valor no inferior a cinco salarios mínimos legales mensuales ni superior a diez.

Es de observar que la ley 100 de 1993 crea, en beneficio de los trabajadores y sus herederos afiliados al SISTEMA INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL, servicios asistenciales y pensiones de invalidez y de sobrevivientes cuando sufren enfermedades comunes y accidentes no profesionales (caseros, de tránsito, por ejemplo) que aunque tienen el mismo calificativo de invalidez y sobrevivientes, son distintas y están financiadas a través de cotizaciones que el trabajador y el empleador hacen a las SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES, encargadas del manejo de los ahorros que se conforman con las cotizaciones que para pensiones hacen los trabajadores y los patronos ya sea en el régimen de ahorro individual con solidaridad o en el régimen solidario de prima media, que también hacen parte del SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL, como se desprende de los arts. 10, 33, 38, 46 de la ley. Las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes establecidas para los trabajadores que sufren enfermedades comunes y accidentes no profesionales son completamente diferentes a las que hemos comentado, cubre la indemnización laboral que están reguladas por el decreto 1295 de junio de 1994 dentro del SISTEMA GENERAL DE RIESGOS PROFESIONALES. Se ha cuestionado si son o no compatibles, esto es si se pueden recibir las dos o el hecho de recibir una impide recibir la otra. O en otras palabras existe, en ese caso, la acumulación de indemnizaciones, esto es la que corresponde atender a la A.R.P. a la cual está cotizando el patrono y la que debe atender la Sociedad Administradora de Pensiones (S.A.P.) a que está afiliado el trabajador.

Antes de la vigencia de la ley 100 de 1993 y los decretos que la reglamentan esos dos beneficios eran incompatibles, pues las normas del ISS que los regulaban y que han quedado derogados por el decreto 1295 de 1994 y demás decretos reglamentarios de la ley 100 que se refieren a los riesgos profesionales, los hacían incompatibles, o sea que al recibir la pensión de invalidez o sobrevivientes por riesgos profesionales no podía recibirse beneficios por enfermedad común dizque porque había un enriquecimiento indebido. Afortunadamente la ley 100 de 1993, terminó con esa injusticia. El art. 253 de la citada ley establece: “DEVOLUCIÓN DE SALDOS. Cuando un afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad se INVALIDE por accidente de trabajo o enfermedad profesional. ADE-

MÁS de la pensión de invalidez que cubre la cotización a cargo del empleador, se le entregará la TOTALIDAD del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensional y en este caso no habrá lugar a bono pensional” y el art. 256 de la misma ley consagra: “DEVOLUCIÓN DE SALDOS POR MUERTE CAUSADA POR ACCIDENTE DE TRABAJO O ENFERMEDAD PROFESIONAL”. En caso de MUERTE del afiliado al sistema de ahorro individual con solidaridad derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional, no habrá lugar a bono pensional y el SALDO DE LA CUENTA DE AHORRO PENSIONAL podrá utilizarse para incrementar el valor de la pensión que se financia con la cotización del empleador, si el afiliado así lo hubiere estipulado o los beneficiarios lo acuerden. En caso contrario hará parte de la masa sucesoral del causante. Si no hubiere causahabientes dichas sumas se destinarán al financiamiento de la garantía estatal de la pensión mínima”.

A su vez el art. 53 del decreto 1295 de junio 22 de 1994, vigente a partir del 1º de agosto del mismo año, dispone: “DEVOLUCIÓN DE SALDOS E INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA. Cuando un afiliado al sistema general de riesgos profesionales se invalide o muera como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, ADEMÁS DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ O DE SOBREVIVIENTES que debe reconocerse de conformidad con el presente decreto, SE DEVOLVERÁ al afiliado o a sus beneficiarios:

a) Si se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, la TOTALIDAD del saldo ahorrado en su cuenta individual de ahorro pensional. b) Si se encuentra afiliado al régimen solidario de prima media con prestación definida, la INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA prevista en el art. 37 de la ley 100 de 1993”.

La indemnización SUSTITUTIVA a la cual se hace mención es la que la ley reconoce al afiliado que no alcanza a cotizar el número de semanas requerido para obtener la pensión de vejez según lo estipula el art. 37 “INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado”.

No se justifica la diferencia que se consagra en relación con la devolución de saldos entre los dos sistemas pensionales, el de ahorro individual que administran los particulares en el cual la devolución incluye lo cotizado por el trabajador, por el patrono y los rendimientos financieros y el solidario de prima media que administra el I.S.S. en el cual la devolución sólo incluye lo que el trabajador ha cotizado. Lo cotizado por el patrono y los rendimientos financieros se pierden para el trabajador o sus herederos en este régimen.

De acuerdo con el art. 12 del decreto 1771 de agosto de 1994 el hecho de que la entidad Administradora de Riesgos Profesionales (A.R.P.) pague la indemnización laboral, no excluye o impide que la víctima o sus causahabientes instauren o intenten las acciones pertinentes para obtener la indemnización total u ordinaria por perjuicios. Autoriza si, que de su monto pueda descontarse el valor de las prestaciones asumidas o pagadas, por la entidad administradora de riesgos profesionales, A.R.P., Esta disposición aclara y complementa el art. 216 del CL., teniendo en cuenta que esas prestaciones o indemnizaciones deben ser cubiertas por la A.R.P. instituciones nuevas y no conocidas cuando se expidió el Código Laboral.

El mismo decreto autoriza a la A.R.P. que paga la indemnización laboral a repetir del tercero causante del accidente o de la enfermedad profesional hasta el límite de la responsabilidad civil que adquiere como responsable del daño. Son los casos de muerte sufrida por un mensajero que, en cumplimiento de sus funciones, es atropellado por un vehículo; de un ladrón que da muerte a un pagador para hurtarle el dinero que está pagando a los trabajadores, etc., en los cuales la A.R.P. una vez cubiertas las prestaciones, puede repetir lo pagado de los causantes del daño.

## **Responsabilidad civil u ordinaria**

Hemos explicado anteriormente que, de acuerdo con el art. 216 del Código Laboral, vigente en la actualidad, (CULPA DEL PATRONO. Cuando exista culpa suficientemente probada del patrono en la ocurrencia del accidente de trabajo o en la enfermedad profesional, está obligado a la INDEMNIZACIÓN TOTAL y ORDINARIA DE PERJUICIOS, pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo), que aparece reforzado por el art. 12 del decreto 1771 de 1994 (Lo dispuesto en el inciso anterior no excluye o impide que la víctima o sus causahabientes instauren o intenten las acciones pertinentes para obtener la indemnización total u ordinaria por perjuicios, de cuyo monto deberá descontarse el valor de las

prestaciones asumidas por la entidad administradora de riesgos profesionales), en la legislación colombiana aparecen consagradas las dos responsabilidades que pueden surgir del contrato de trabajo. Una, que hemos llamado RESPONSABILIDAD LABORAL y otra que hemos denominado RESPONSABILIDAD CIVIL U ORDINARIA. Atrás indicamos las características de la ordinaria. Para que prospere la civil u ordinaria se requiere:

a) Que se acredite la culpa del patrono en el accidente o en la enfermedad profesional. Puede serlo por ACTIVA, aportando elementos de juicio sobre su imprudencia, negligencia, violación de reglamentos, desconocimiento de normas de salud ocupacional, etc., o por PASIVA, cuando el patrono no destruye la presunción de culpa que en su contra existe, de acuerdo con el art. 1604 del C.C. como deudor de la obligación de seguridad.

b) El monto del daño o de los perjuicios no está tarifado o limitado. Las disposiciones laborales que limitan los montos indemnizatorios en los riesgos profesionales no le son aplicables a esta responsabilidad. Se reconocen los que se prueben dentro del trámite procesal.

c) La indemnización que cubre esta responsabilidad incluye los perjuicios morales, en sus dos manifestaciones de objetivados o subjetivos, resultantes del accidente de trabajo de la enfermedad profesional, que no se incluyen en la responsabilidad laboral.

d) La indemnización incluye también los perjuicios fisiológicos que puedan resultar como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, que ocasionen incapacidad permanente total o parcial o invalidez del trabajador, que tampoco se tienen en cuenta en la responsabilidad laboral.

e) No la asume la entidad Administradora de Riesgos Profesionales (A.R.P.) como la laboral. Corresponde atender su indemnización al patrono quien, como sucede en todos los demás riesgos, podrá asegurarla a través de un seguro de responsabilidad civil o daños a terceros en compañías aseguradoras diferentes a la A.R.P. a la cual está cotizando para los riesgos profesionales, que es un seguro voluntario y no obligatorio.

La civil u ordinaria que surge del contrato de trabajo es igual a la que surge del desconocimiento de obligaciones adquiridas con otros contratos. Es, en el campo civil, una indemnización más que no tiene tratamiento especial o diferente y que se trata como todas las otras responsabilidades civiles contractuales.

Sin embargo es importante recordar que los elementos que se exigen para la indemnización automática (la laboral) y para la indemnización ordinaria (la civil) son los mismos (hecho, culpa, nexo causal, daño) aunque hay dos que se modifican en su contenido. El factor subjetivo o elemento culpa, que no es necesario probar en la automática, sí debe ser probado en la ordinaria y el daño, que en la automática está limitado o tarifado, es ilimitado en la civil u ordinaria y en la cual se reconoce el que se pruebe o establezca en el proceso.

En esta responsabilidad ordinaria o civil el DAÑO o perjuicio abarca más elementos, lo que hace que su indemnización sea mayor que en la responsabilidad laboral donde está limitado o tarifado. Deben indemnizarse todos los que se acrediten, ya como PERJUICIOS O DAÑOS MATERIALES, también denominados patrimoniales, o en sus manifestaciones de daño emergente y lucro cesante ya como perjuicios extrapatrimoniales que comprenden los PERJUICIOS MORALES, en sus clasificaciones de objetivados o de subjetivos y los PERJUICIOS FISIOLÓGICOS. El monto que se fije a los patrimoniales o materiales depende de la prueba que se aporte para cada uno de ellos. Para los extrapatrimoniales se ha consagrado el arbitrio judicial que no puede confundirse con arbitrariedad.

Si lo que diferencia la responsabilidad laboral y civil son la PRUEBA DE LA CULPA y EL MONTO DEL DAÑO analicemos como estas dos circunstancias se manifiestan diferentemente en cada una de ellas:

**1º) LA PRUEBA DE LA CULPA.** Requisito indispensable para la declaratoria de responsabilidad civil en otras épocas, ahora se facilita su prueba a través de las presunciones. Ya la explicamos como presunción de culpa, que consiste en que la ley la da por probada aunque no existen elementos de juicio que permitan deducirla. La función probatoria de la presunción es precisamente esa. Dar por establecido probatoriamente un hecho sin formalmente estarlo. Esa presunción, que se ha conocido como presunción legal, puede ser desvirtuada, es decir perder la trascendencia probatoria que le da la ley, cuando la persona desfavorecida con ella demuestra haber actuado con diligencia y cuidado. En el campo de la responsabilidad contractual se ha considerado que en las llamadas obligaciones de resultado la prueba del hecho dañoso hace presumir la culpa. A diferencia de las obligaciones de medio en las cuales para obtener la indemnización hay que probar la culpa. Se han tenido como obligaciones de resultado, que permiten presumir la culpa, aquellas que garantizan un fin, un objetivo. Se ha consagrado jurisprudencial y doctrinariamente que cuando un contrato conlleva la obligación de seguridad, surge una obligación de resultado, motivo por el cual el deudor

está presumido en culpa al presentarse el hecho dañoso y si quiere liberarse de responsabilidad debe probar que actuó diligente y prudentemente como se lo exige la obligación de garantía, de seguridad, a que se comprometió según el contrato.

No hay duda que los arts. 56 (De modo general incumben al patrono OBLIGACIONES de protección y SEGURIDAD para con los trabajadores.....) y 57 (Nº 1. Poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores. 2º. Procurar a los trabajadores locales apropiados y elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud), consagran en el derecho laboral colombiano la obligación de seguridad en cabeza del empleador y en beneficio del trabajador.

El art. 55 del C. Laboral establece: EJECUCIÓN DE BUENA FE. El contrato de trabajo, como todos los contratos, debe ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obliga no sólo a lo que en él se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la relación jurídica o que por la ley pertenecen a ella”. Lo anterior indica que la obligación de seguridad, así no se señale expresamente en el contrato de trabajo, por se de su naturaleza va incluida en él, eso es que está implícita en toda relación laboral.

De la obligación de seguridad dice Leonardo A. Colombo, en su obra “Culpa Aquiliana”, en la página 647: “En pocas palabras estriba en lo siguiente: la causa generatriz de la responsabilidad del patrono se halla en el propio contrato de trabajo que lo liga con el obrero. Al lado de las obligaciones generales que la convención impone como principales como el pago del salario y el suministro de las máquinas, existe otra no menos importante, que a pesar de ser implícita, no es menos evidente “LA DE RESTITUIR AL OBRERO SANO Y SALVO UNA VEZ CONCLUIDA LA LABOR”. Es algo así como una garantía de seguridad a favor del asalariado cuya consecuencia más inmediata consiste en que la víctima del siniestro no debe probar otra cosa que la subsistencia del contrato y el perjuicio recibido, incumbiéndole al demandado demostrar que el acontecimiento no le es imputable por provenir de causas a que es ajeno”.

La garantía de seguridad que el patrono tiene con sus trabajadores le impone la obligación de utilizar instalaciones apropiadas para la labor que se cumple, pisos, muros, materiales deben estar acordes con las normas de salud ocupacio-



nal para la actividad que se cumple. La luminosidad debe ser suficiente para las necesidades de los operarios. Los ruidos deben estar dentro de los límites permitidos, la aireación debe ser adecuada para mantener temperaturas acordes con la actividad, la expulsión de gases debe hacerse en lugares abiertos y no cerrados, el ambiente en general, debe corresponder a circunstancias seguras, que no pongan en peligro, en riesgo, la salud y la integridad de los trabajadores. Los equipos, instrumentos, maquinarias, deben estar en óptimas condiciones y debe darse una instrucción completa para su manejo y utilización. Cascos, cinturones de seguridad y demás elementos de protección deben estar en perfecto estado y debe haberse dado instrucción a los usuarios para un manejo adecuado y oportuno y mantener medios de vigilancia y fiscalización para que el uso sea el adecuado.

Las nuevas disposiciones en el campo laboral hacen obligatoria la creación de departamentos de SALUD OCUPACIONAL que se encarguen de estudiar y proponer todas las medidas necesarias para prevenir los accidentes de trabajo o las enfermedades profesionales. Debe organizar no solo la prevención sino también el tratamiento o los procedimientos que deben cumplirse cuando se presenten, que hagan menos graves las consecuencias. En fin se propugna porque el patrono garantice, en la forma más eficaz posible, la integridad y la salud de sus trabajadores.

El art. 1602 del C.C. expresa: “Todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

El art. 1603 del C.C.: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”.

EL 1604 del C.C., consagra: “La prueba de la diligencia o cuidado INCUMBE AL QUE HA DEBIDO EMPLEARLO; la prueba del caso fortuito al que lo alega”.

Al aplicar estas disposiciones a la obligación de seguridad, que va implícita en el contrato de trabajo, encontramos que corresponde al patrono, quien es el que ha debido garantizarla, la prueba de su cumplimiento, si es que quiere liberarse de la presunción de culpa que consagra el art. 1604 del C.C. transcrito, para todo aquel que adquiera una obligación de seguridad.

Esto significa que el factor subjetivo de la CULPA, que se exige para la responsabilidad civil u ordinaria en el contrato de trabajo, según el art. 216 del C. laboral, se presume por cuanto el patrono adeuda la obligación de seguridad y debe demostrar que cumplía con ella en el momento del accidente si se quiere liberar de responsabilidad.

La diferencia, en este caso de la presunción de culpa, con la responsabilidad laboral es que en ésta no se acepta prueba que libere de la responsabilidad, pues por ser objetiva no admite prueba en contrario, en cambio en la presunción de culpa que se da en la responsabilidad civil u ordinaria si puede liberarse demostrando que actuó con diligencia y cuidado o que cumplía con la obligación de seguridad que le correspondía.

Cuando el patrono no desvirtúa la presunción de culpa que consagra el art. 1604 del C.C. resulta PROBADA LA CULPA DEL PATRONO por pasiva y por lo tanto aplicable lo dispuesto por el art. 216 del C. laboral.

**2º) EL QUANTUM O MONTO DEL DAÑO O PERJUICIO.** Otra diferencia fundamental entre las dos responsabilidades es la de la cuantificación o tasación del daño. Ya sabemos que es liberar de la obligación de probar la culpa y en la responsabilidad laboral se compensa con la limitación en el monto del daño o perjuicio sufrido.

**LOS PERJUICIOS PATRIMONIALES o MATERIALES.** Se clasifican en daño emergente y en lucro cesante.

El DAÑO EMERGENTE lo conforman todos los dineros que salen del patrimonio del perjudicado para atender a las consecuencias del daño. Cuando se trata de la muerte del trabajador debe incluirse todo lo GASTADO en atención asistencial, médica, hospitalaria, quirúrgica, farmacéutica, antes de morir. Igual cuando se trata de unas lesiones personales con incapacidad transitoria o permanente o una enfermedad profesional. Pero obsérvese que se utiliza el término GASTADO porque generalmente lo relacionado con los tratamientos médicos, quirúrgicos y hospitalarios quedan incluidos dentro de las prestaciones asistenciales que atiende la responsabilidad laboral. Esto es que puede suponerse que el trabajador o sus familiares no han tenido que sacar de su patrimonio suma alguna para atender a esos gastos que serán pagados por la A.R.P. a la cual está afiliado el patrono. Excepcionalmente, cuando fuere indispensable hacerlos y no los reconozca la A.R.P., se deben incluir dentro de la indemnización del daño emergente en la responsabilidad civil u ordinaria que debe cubrir el patrono.

En este concepto de daño emergente se incluyen también los gastos de inhumación, cremación, funerarios o exequiales que hayan sido necesarios. Sin embargo cuando esos gastos son reconocidos por la A.R.P. o por el patrono no pueden incluirse en el daño emergente a reconocer a los familiares del trabajador muerto. En caso de que ellos lo hagan les serán reconocidos por la A.R.P. y si ésta no los reconoce serán de cuenta del empleador o patrono.

Como los gastos asistenciales y los funerarios son INDEMNIZATORIOS, esto es que pagados una vez se libera de la obligación al deudor, no pueden ni reclamarse ni indemnizarse dentro de la responsabilidad civil cuando han sido reconocidos o cubiertos en la responsabilidad laboral por parte del patrono o por la A.R.P. a la cual está cotizando.

Por LUCRO CESANTE se entiende el perjuicio ocasionado con el no ingreso de dineros o beneficios como consecuencia del hecho dañoso, generalmente la pensión alimentaria. Se ha dividido en CONSOLIDADO, que se adeuda desde el momento del accidente hasta el momento del fallo y FUTURO, que se adeuda desde el momento del fallo hasta la terminación de la obligación alimentaria que se reclama. En el caso de las enfermedades profesionales o las lesiones personales en los accidentes de trabajo la incapacidad temporal para trabajar es una de las formas en que se manifiesta el lucro cesante consolidado.

La otra forma de manifestarse es el LUCRO CESANTE FUTURO que corresponde a la falta de ingresos o beneficios entre el momento del fallo y la duración de la pensión alimentaria que se liquida teniendo en cuenta la vida probable o supervivencia menor entre la de la víctima y la del perjudicado, tal como sucede cuando un trabajador muere o se invalida. Se trata de la cónyuge o de la compañera permanente se considerará la supervivencia menor entre la de la víctima y la de la perjudicada para fijar el tiempo que debe liquidarse. Si se trata de hijos se liquidará hasta la mayoría de edad, a no ser que estén estudiando de tiempo completo caso en el cual se liquidará hasta los veinticinco años. Si se trata de hijos inválidos hasta que dure la situación. Cuando el juez civil tasa o liquida el monto indemnizatorio proyecta el ingreso o salario actualizado al momento del fallo hasta el final de la supervivencia o vida probable en el caso de la cónyuge o hasta llegar a la mayoría de edad en el caso de los hijos, que en caso de estar estudiando tiempo completo se extiende hasta los veinticinco años de edad.

PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES. LOS MORALES: Los perjuicios o daños no sólo se dan en la esfera patrimonial o económica del perjudicado, sino tam-

bién en la esfera extrapatrimonial, como cuando se lesiona la parte emocional o afectiva del trabajador o de sus herederos con la muerte. En la responsabilidad ordinaria o civil se indemnizan esos perjuicios que se clasifican como morales ya sean en su manifestación objetiva o subjetiva. Su tasación corresponde al arbitrio del juez teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 106 del C.P.

**PERJUICIOS FISIOLÓGICOS:** Cuando el trabajador no muere sino que queda gravemente afectado en su integridad fisiológica o funcional como consecuencia del accidente o de la enfermedad profesional por invalidez o incapacidad permanente, que notoriamente su modo de vida, que ocasionan cambios notorios en su comportamiento vital, debe ser indemnizado por esta clase de perjuicios. Si el trabajador queda reducido o postrado de por vida en una cama, si el resto de su vida debe permanecer en una silla de ruedas, si como consecuencia del accidente o la enfermedad profesional pierde su capacidad reproductiva, su placer sexual, su posibilidad de disfrutar de los placeres de la vida, debe ser indemnizado por los perjuicios fisiológicos sufridos. La responsabilidad laboral no incluye ni indemniza esta clase de perjuicios, pero la civil u ordinaria sí. Su tasación se hace por el juez con fundamento en el arbitrio judicial. El Consejo de Estado los tasó en ocho millones de pesos para una persona que quedó en una silla de ruedas.

## **Descuento de lo pagado por responsabilidad laboral**

Pero si bien los perjudicados o causahabientes de las víctimas por los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales por el hecho de recibir la indemnización reconocida a través de la responsabilidad laboral no pierden la posibilidad de reclamar ante las autoridades judiciales las indemnizaciones ordinarias a que tiene derecho también lo es que no pueden recibir, por el accidente de trabajo y la enfermedad profesional, al mismo tiempo las dos indemnizaciones, esto es la que corresponde a la responsabilidad laboral y la que corresponde a la responsabilidad civil u ordinaria. Como para el pago de la indemnización laboral cotiza exclusivamente el patrono, lo pagado por las A.R.P. por cuenta del empleador, como beneficios por los riesgos profesionales, debe descontarse el monto que se fije por el juez como indemnización civil u ordinaria por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional.

El art. 216 del C. laboral establece: **CULPA DEL PATRONO.** Cuando exista culpa suficiente comprobada del patrono en la ocurrencia del accidente de trabajo o en la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios, **PERO DEL MONTO DE ELLA DEBE DESCONTARSE EL VALOR DE LAS**

## PRESTACIONES EN DINERO PAGADAS EN RAZÓN DE LAS NORMAS CONSAGRADAS EN ESTE CAPÍTULO”.

A su vez el inciso segundo del art. 12 del decreto 1771 del 9 de Agosto de 1994 reza así: “Lo dispuesto en el inciso anterior no excluye que la víctima, o sus causahabientes, instauren las acciones pertinentes para obtener la indemnización total y ordinaria por perjuicios, DE CUYO MONTO DEBERÁ DESCONTARSE EL VALOR DE LAS PRESTACIONES ASUMIDAS POR LA ENTIDAD ADMINISTRADORA DE RIESGOS PROFESIONALES.

Dedúcese de la lectura de las disposiciones que las indemnizaciones provenientes de la responsabilidad civil u ordinaria y de la responsabilidad laboral no son acumulables. En caso de que prospere la acción de responsabilidad civil y se ordene el pago de la indemnización total, deberá descontarse por el juez civil los beneficios, pensiones o indemnizaciones atendidas por la Entidad Administradora de Riesgos Profesionales. (A.R.P.) como aseguradora del patrono o empleador.

Pero en el descuento deben tenerse en cuenta algunas consideraciones:

1º) No se puede descontar del monto de la indemnización ordinaria el total de la indemnización laboral. El descuento debe hacerse en relación con todos y cada uno de los rubros que se indemnizaron, tratándolos independientemente, así:

a) Del monto fijado en la indemnización ordinaria como perjuicios materiales, en su manifestación de DAÑO EMERGENTE, deben descontarse todas las sumas indemnizatorias reconocidas por pago de médicos, hospitales, clínicas, farmacias, rehabilitación, aparatos ortopédicos, etc., que hayan sido cubiertas por la E.P.S. (Entidad Promotora de Salud) a la cual se encuentra afiliado el trabajador que los cobrará a la entidad Administradora de Riesgos Profesionales (A.R.P.) a la cual está cotizando el patrono o empleador. Como se trata de riesgos indemnizatorios no se pueden exigir más de una vez. Pagados por la A.R.P. liberan al deudor, esto es al patrono, y por lo tanto deja de ser subsistente para los efectos indemnizatorios en la responsabilidad civil u ordinaria y por ello no se pueden reconocer doblemente.

b) Del monto fijado como perjuicios materiales o en su manifestación de LUCRO CESANTE CONSOLIDADO debe descontarse el subsidio que por incapacidad temporal pague la Entidad promotora de salud (E.P.S.) a la cual se encuentra afiliado el trabajador. Este riesgo, por ser patrimonial, es indemnizatorio y el pago que de él hace la E.P.S. libera al patrono de la obligación de pagarlo nuevamente.

No importa que se reclame a través de la responsabilidad civil u ordinaria, por ser indemnizatorio no se puede reconocer doblemente.

c) Del monto fijado como LUCRO CESANTE FUTURO deben descontarse las indemnizaciones que por INCAPACIDAD PERMANENTE hayan sido pagadas al trabajador por la A.R.P. a la cual se encuentra cotizando el patrono y como una prestación que corresponde a la responsabilidad laboral.

d) Del monto fijado como LUCRO CESANTE FUTURO deben descontarse las PENSIONES DE INVALIDEZ que, como consecuencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, esté reconociendo la A.R.P. a la cual cotiza el patrono. Pero debe tenerse especial cuidado de darle un correcto manejo financiero a este descuento, esto es que como las pensiones de invalidez se reajustan año tras año, cuando se pretenda descontarlas por el juez que ordena el pago de la indemnización civil debe proyectar el salario utilizado para la liquidación con el mismo aumento anual que se utiliza para actualizar la pensión, que corresponde a la variación del índice de precios al consumidor. Desgraciadamente hoy se han venido descontando las pensiones de invalidez, sin tener en cuenta para la proyección del salario el aumento anual que le corresponde, que es el mismo de las pensiones, lo que coloca en notoria desventaja al trabajador. Por eso posdescontos deben hacerse o sobre las sumas vigentes en el momento de dictarse la sentencia o proyectando, tanto el salario que se utiliza para fijar el monto de la indemnización civil como la pensión que pagará la A.R.P., que se va a descontar con los aumentos anuales correspondientes, o absteniéndose de incluirlos en los dos. Es injusto y un gran error financiero, proyectar el valor de la pensión que se va a descontar con incrementos anuales y no hacer lo mismo con el salario que sirve de base para establecer la indemnización civil. O se incrementan los dos o no se incrementa ninguno.

e) Del monto del LUCRO CESANTE FUTURO debe descontarse lo que los herederos del trabajador reciben por PENSIONES DE SOBREVIVIENTES que se les otorga por la muerte del trabajador en accidente de trabajo o por enfermedad profesional y que paga la A.R.P. la cual está cotizando el patrono. Pero en este caso, como el anterior, los descuentos deben hacerse proyectando tanto el salario utilizado para liquidar el lucro cesante futuro de la indemnización como la pensión, con el mismo porcentaje de reajuste anual para cada uno. Es injusto, como se ha venido haciendo, reajustar anualmente sólo el monto de la pensión que se va a descontar y dejar estático y nominal el salario utilizado para liquidar la indemnización. Insistimos que se deben proyectar con el mismo porcentaje

de aumento año tras año, que corresponde a la variación del índice de precios al consumidor, tanto en el salario que se proyecta para la indemnización del lucro cesante futuro como la pensión que está pagando la A.R.P.

2º) Lo que se haya fijado por el juez como indemnización por los PERJUICIOS MORALES y por los PERJUICIOS FISIOLÓGICOS no admite descuento de ninguna clase por que la responsabilidad laboral que atienden las A.R.P. no los cubre. Por tanto las sumas que por este motivo se fijen en la indemnización civil u ordinaria deben ser reconocidas íntegramente por el patrono o empleador, a no ser que los tenga expresamente asegurados en una compañía de seguros diferente a la A.R.P.

Queremos insistir en que los descuentos no se hacen globales, es decir sobre los montos totales de la indemnización y de las pensiones, sino que es necesario discriminar cada rubro o cada clase de perjuicio que se indemniza. Esto permite concluir que nunca la indemnización civil u ordinaria podrá ser totalmente compensada con la indemnización laboral porque aquella contempla los perjuicios morales y fisiológicos que no incluye la segunda.

Lo que se descuenta de la indemnización ordinaria o civil es lo pagado por la indemnización laboral, esto es por riesgos profesionales, que pague el patrono o la A.R.P. y por lo tanto no incluye lo pagado por indemnización o pensiones que corresponden a enfermedades comunes o accidentes no laborales que pagan las Administradoras de Pensiones porque éstas nunca podrán descontarse. Igual tratamiento debe darse a las INDEMNIZACIONES SUSTITUTIVAS O DEVOLUCIONES que reciban el trabajador o sus herederos cuando se accidenta en el trabajo o sufre una enfermedad profesional y se le reconocen los aportes hechos para riesgos no profesionales en las Administradoras de Pensiones.

Para finalizar es bueno explicar que con la vigencia de la ley 100 de 1993, mediante la cual se creó en Colombia el SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL, que incluye el SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, y el SISTEMA GENERAL DE RIESGOS PROFESIONALES, se modificaron sustancialmente algunos mecanismos y procedimientos que se venían utilizando para la prestación de servicios asistenciales y pensionales de los trabajadores afectados con accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Es importante que tanto empleadores como trabajadores asimilen las nuevas tendencias y normas que pretenden un mayor beneficio para los trabajadores, sin recargar los patronos por hacerse el pago a través del sistema de seguridad

social integral que pretende beneficios para la mayoría de los colombianos en los campos de la salud y de las pensiones.





# ANOTACIONES EN TORNO A UNA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL ACTO DEL LEGISLADOR

**Bernardita Pérez Restrepo<sup>1</sup>**

## **CONTENIDO:**

1. A manera de introducción
2. Doctrina tradicional en torno a la irresponsabilidad patrimonial estatal por el acto del legislador
3. Responsabilidad del Estado por el acto del legislador en el derecho comparado
4. Responsabilidad del Estado por el acto del legislador en la constitución de 1991
5. Bibliografía

193

## **A manera de introducción**

La institucionalización de la responsabilidad patrimonial del estado, como figura del Estado de Derecho, ha venido robusteciéndose día con el advenimiento del Estado social de derecho. Si bien asumir que el Estado podía ser responsable pecuniariamente por actos de la administración pública requirió una nueva conceptualización del concepto de soberanía, más aún lo fue la responsabilidad por el acto del juez, todo esto por ser éste el acto definitorio de conflictos con naturaleza de cosa juzgada y más escarpado aún ha sido y es en la actualidad, el camino para la responsabilidad por el acto del legislador. La normatividad constitucional de valores y principios fundamentales, así como la depuración de los mo-

---

<sup>1</sup> Abogada de la Universidad de Antioquia. Candidata a Magíster en Filosofía Política Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia.

delos de control de constitucionalidad y con ello, la irreverencia constitucional a los actos del legislador, han conllevado que la doctrina y jurisprudencia actuales, empiecen a plantearse la posibilidad de la responsabilidad patrimonial por los actos del legislador ya ordinario, ya extraordinario.

En el derecho comparado ya comienzan a elaborarse ensayos serios e interesantes en torno al tema e igualmente empiezan a aparecer pronunciamientos de órganos jurisdiccionales sobre cuestiones de esta naturaleza a ellos planteados. Precisamente, en el modelo constitucional francés es justamente donde con mayor ahínco ha habido debate judicial en torno al tema y ello obedece, como se advertirá posteriormente, al tipo de control de constitucionalidad particular que su constitucionalismo contemporáneo ha diseñado.

En Colombia, con la expedición de la Constitución de 1991, el tema provoca un interés inusitado y ello por un propósito ineludible para la doctrina y jurisprudencia nacionales., de un lado, la nueva teoría constitucional que incorpora un modelo acabado de control de constitucionalidad y la vigencia sin obstáculos de la supremacía constitucional; igualmente la incorporación de nuevo concepto de soberanía y la positivización constitucional de valores superiores y principios. De otro lado, y ya desde la óptica de la praxis contenciosa, la demanda formulada por algunos congresistas ante el Consejo de Estado por la fórmula incorporada en la disposición transitoria Tercera de la Constitución de 1991 que decretó el receso del Congreso de la república actuante hasta la época y que la crítica nacional denominó “revocatoria del mandato”. Vale anotar que si bien la demanda que no tiene precedente alguno en la doctrina nacional y comparada, no está dirigida a atacar la responsabilidad del Estado por el acto del legislador sino que, al contrario, desborda este cometido y propugna por la responsabilidad estatal por el acto del constituyente, lo cierto es que ello constituye un capítulo importante para el desarrollo del tema en torno a los ámbitos de la responsabilidad del Estado.

En este pequeño ensayo que no pretende más que tratar de introducir tímidamente a nuestra doctrina el tema, haremos un esbozo en torno a los impedimentos del desarrollo de una teoría de la responsabilidad, a la conceptualización que ha elaborado la doctrina comparada, los fundamentos en que se soporta y finalmente el arraigo que eventualmente puede tener en nuestra teoría constitucional.

A manera de premisa necesaria, es importante advertir que nos referiremos a la responsabilidad pecuniaria por el acto del legislador, entendiendo por ello el

acto con fuerza o carácter de ley. No nos referiremos a otros actos que en virtud de la colaboración armónica funcional cumplen los legisladores ordinarios contemporáneos, tales como los actos reformativos de la Constitución, los actos administrativos, actos de control político, actos jurisdiccionales, entre otros.

## **1. Doctrina tradicional en torno a la irresponsabilidad patrimonial estatal por el acto del legislador**

En el marco de los regímenes políticos autoritarios, despóticos y absolutistas como las monarquías existentes hasta el siglo XVIII, que no era posible abordar el tema de la responsabilidad del Estado ni siquiera por el acto administrativo o judicial. El apareamiento y desarrollo de la institución “Responsabilidad Patrimonial del Estado” sólo ha sido posible en el contexto del Estado de Derecho. Precisamente allí, en el seno del naciente Estado de derecho en la Francia de los principios del siglo XIX surge la tesis de la responsabilidad por actos de la administración pública. Su ulterior desarrollo va a estar determinado por el apareamiento de la Administrativización del Estado como figura protagónica del Estado Social de Derecho. Hoy, en los regímenes del Estado social más acabados, no cabe lamedor duda de la existencia de la responsabilidad por los actos, hechos y omisiones en la administración de justicia. No ha tenido igual suerte el desarrollo teórico, doctrinario y jurisprudencial de la responsabilidad por el acto del legislador. Ello debido al concepto Soberanía e Imperio de la Ley que ha acompañado con celo toda la evolución del Estado contemporáneo desde la Revolución Francesa de fines del siglo XVIII hasta casi nuestros días.

Aunque no es objeto de nuestro tema en este ensayo, es importante tener presente que los modelos angloamericanos se encuentran de alguna manera escindidos del esquema tradicional de soberanía e imperio del legislador a la manera francesa, que de algún modo, es la que nos ha informado toda la cultura de Europa continental y de América latina. En Inglaterra, La Gloriosa Revolución del siglo VII que condujo a la restauración de la Monarquía y el fortalecimiento del Parlamento, entendió que la monarquía es un poder no constituido, igualmente, que el Parlamento es un poder constituido equilibrado absolutamente con el poder real y cuya misión es establecer los *límites* del ejercicio del poder, a través de la *regulación de los derechos de los ciudadanos*. En Estados Unidos, en cambio, el poder del Presidente emana de la voluntad popular que le elige y se equilibra con el del Congreso, igualmente de origen popular y que ambos, emanan del pueblo, que establece, a su vez, los límites a ambos.

En Francia, en plena apología de la revolución de las postrimerías del siglo XVIII, La Asamblea Nacional Constituyente plasmó orgánicamente la separación de poderes en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y se decantó a favor del poder legislativo y en contra del ejecutivo personalizado, para entonces, por el Rey. La preferencia tenía una justificación apenas elemental, el poder ejecutivo se residenciaba en quien con toda probabilidad resultaría ser el enemigo más firme de la Revolución. El apéndice de toda reflexión política de los constituyentes franceses va a ser la idea de la Soberanía nacional, fuente de creación e institucionalización de todos los poderes, que para el efecto son residualmente *constituidos*. “La Nación, de la que exclusivamente emanan todos los poderes, no puede ejercerlos más que por delegación. La Constitución Francesa es representativa: los representantes son el cuerpo legislativo y el Rey” (artículo 2º del Título III, Constitución de 1791).

El establecimiento posterior a los sucesos revolucionarios del régimen republicano, van a erigir la supremacía definitiva del legislador. “La ley es una expresión libre y solemne de la voluntad general...” (Artículo 6º Constitución de 1795). Carré de Malberg lo advirtió ya diáfananamente: “El sistema representativo que la Constitución ha erigido partiendo del principio de soberanía nacional se sustancia, en definitiva, en un sistema de soberanía parlamentaria. El Parlamento era doblemente soberano: lo era, en primer lugar, frente a todas las autoridades, en la medida en que configuraba, frente a ellas, al pueblo con su poder derivado de la voluntad general; y lo era también, con absoluta realidad, frente al propio cuerpo de los ciudadanos, porque, como había dicho Sieyes, aquél no podía expresar su voluntad general más que por medio de la Asamblea de Diputados”.<sup>2</sup>

Con el fortalecimiento posrevolucionario, en la cultura occidental, del Imperio de la Ley, como sustituto del imperio del monarca, aparecen instituciones como a) valor nominal normativo de la Constitución; b) imposibilidad de violación de la Constitución ya que lo único que podía darse era un desequilibrio en los órganos constituidos y ello se solucionaba con la apelación al poder constituyente primario (Sieyes); c) *référerès législatif*, esto es, toda duda en la interpretación de la ley, faculta en última instancia al legislador para elucidarla y no al juez; d) en consecuencia a la anterior, aparecimiento de la escuela de la exégesis; e) prohibición de control de constitucionalidad de las leyes; f) defensa política y no judicial de la Constitución, entre otras.

2 Tomado de BLANCO VALDÉS, Roberto. El valor de la Constitución. Alianza Universidad de Madrid, 1994, p. 225

Bajo toda la conceptualización jurídica decimonónica de Europa continental y hasta mediados de nuestro siglo, los poderes públicos quedaban vinculados al amnónimo legislador y en consecuencia sus actos y manifestaciones se tornaban soberanos e infranqueables. De ahí que bajo los modelos jurídico – políticos estructurados y fundamentados en el Imperio de los Parlamentos y en consecuencia, de la ley como acto supremo del ordenamiento, no era plausible de manera alguna, siquiera en hipótesis, la responsabilidad por los actos del legislador.

## **2. Responsabilidad del Estado por el acto del legislador en el derecho comparado**

Era apenas evidente que el apareamiento de esta figura en el derecho contemporáneo requiriera un replanteamiento del espacio del legislador en la organización del Estado, era menester que aparecieran instituciones que de alguna manera, replantearan su soberanía y supremacía. Se infiere entonces que fue preciso introducir a la teoría constitucional los conceptos de supremacía y en consecuencia, los controles materiales a la gestión legislativa. De ahí que para plantear la cuestión sea necesario separar la doctrina de los Estados que tienen control de constitucionalidad de las leyes de los que no lo tienen. En tal sentido nos referimos al apareamiento de la institución en el derecho comparado.<sup>3</sup>

### **2.1 Países que tienen control de constitucionalidad de las leyes**

**2.1.1** En Estados Unidos, que tiene una larga tradición jurisprudencial en materia de supremacía constitucional, casi bicentenaria, reconoce la institución de la responsabilidad pecuniaria del Estado por los actos del legislador pero sólo en los eventos en que la ley haya sido considerada inconstitucional por los tribunales. Es requisito de procedibilidad de la acción indemnizatoria que el tribunal haga previo pronunciamiento de la inconstitucionalidad de la ley o que un tribunal de superior jerarquía lo haya hecho en un caso concreto. La teoría norteamericana entonces tiene su arraigo y posibilidad sólo en tratándose de leyes inconstitucionales y su fundamento constitucional es la Quinta Enmienda que prohíbe la privación de la vida, libertad y propiedad sin el acato por el debido proceso, al igual que la expropiación de bienes para uso público sin la justa indemnización.

**2.1.2** En Alemania, a partir de la expedición de la Ley de responsabilidad patrimonial del Estado de junio de 1981, con soporte en la Ley Fundamental de Bonn,

<sup>3</sup> En el contexto de este ensayo entenderemos ley materialmente expropiatoria aquella que es privada de derechos de naturaleza constitucional.

la responsabilidad del Estado por esos eventos es posible en el marco de la expropiación forzosa. Así: una ley materialmente expropiatoria que no incorpore la “Junktim – Klausel”, justa indemnización, será declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional y con base en ello surge el deber jurídico de indemnizar. Igualmente la ley de responsabilidad prescribe que un comportamiento antijurídico del legislador origina responsabilidad sólo cuando una ley así lo determine.

Así pues en el país germano se ha regulado normativamente, mediante ley, el evento de la responsabilidad patrimonial del Estado por el acto del legislador, en el ámbito de la expropiación sin justa indemnización y cuando el legislador expresamente determine que un comportamiento antijurídico suyo, conlleva indemnización. La Doctrina y jurisprudencia nacionales no consagran otros eventos, pero ello de suyo, ya constituye un avance importante.

2.1.3 En Italia, ha tenido desarrollo jurisprudencial en la Corte Constitucional la teoría del Estado responsable por el acto del legislador cuando ella misma ha declarado “ilegítimas constitucionalmente”<sup>4</sup> leyes que, siendo materialmente expropiatorias, no incorporen la justa compensación indemnizatoria a los ciudadanos. Supone necesariamente para cualquier evento indemnizatorio la previa declaración de inconstitucionalidad de la ley y es importante aquí tener en cuenta que por mandato constitucional (artículo 139) ella, la declaración de ilegitimidad, hace cesar los efectos normativos de la ley, el día siguiente a la publicación de la decisión. Quiere ello decir que la Corte Constitucional, no obstante norma constitucional que determina perentoriamente los efectos hacia el futuro de sus decisiones, ha hecho esfuerzos importantes por reconocer perjuicios por leyes con contenidos expropiatorios y han causados daños en su aplicación.

2.1.4 En España, viene teniendo acogida en los últimos años la tesis de la responsabilidad según una doctrina fundada en el artículo 9.III de la Constitución en cuanto dispone que “La Constitución garantiza... la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos”. No obstante ello, los tribunales como el Constitucional y Supremo desconocen esta doctrina con el argumento de que la responsabilidad a que se refiere la Constitución opera sólo respecto de algunos poderes y sólo a los regulados en el cuerpo normativo de la Constitución (artículo 102 sobre responsabilidad criminal del Presidente y miembros del Gobierno, artículo 106.2 sobre responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos y artículo 121 sobre responsabilidad de la Administración de Justi-

4 En Italia la Corte Constitucional tiene competencia para decretar lo que ellos denominan illegittimatá costituzionale, que equivale en nuestro lenguaje a la inexequibilidad.

cia). “La responsabilidad de la Administración por la actividad del Poder legislativo, por el contrario, no aparece en absoluto mencionada en la Constitución (cosa que hubiera sido precisa para que esta responsabilidad pudiera ser admitida), ya que de haber querido el constituyente la existencia de esta responsabilidad por la actividad del Poder Legislativo, debería haberlo declarado expresamente, para que con posterioridad el legislador ordinario hubiera desarrollado la supuesta responsabilidad por la actividad legislativa, precisando cuestiones tan esenciales como legitimación, órgano competente, plazo para reclamar, procedimiento, de igual forma a como se ha hecho con la indemnización por el error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, consagrada en el artículo 121 de la Constitución”.<sup>5</sup>

La tesis excepcional, acogida por los Tribunales, tanto Constitucional como Supremo, es la de que podría haber responsabilidad cuando una ley sea declarada inconstitucional, ya sea a través de un recurso o cuestión de inconstitucionalidad, o a través del amparo por el reconocimiento del derecho o libertad pública, violados por la ley y en todo caso, previa la declaratoria de la inconstitucionalidad y siempre que la ley, por aplicarse, haya producido perjuicios determinables. Esta tesis es muy similar a la acogida por la jurisprudencia alemana y que se refiere a la ley materialmente expropiatoria sin que prescriba ella misma la indemnización.

## **2.2 Países que no tienen control de constitucionalidad de las leyes**

2.2.1 En Francia que por mantenerse arraigado el principio de la separación de poderes, no existe control de constitucionalidad alguno de las leyes ya vigentes, sino que el Consejo Constitucional controla los proyectos de ley orgánicas y de reglamentos de las Asambleas Parlamentarias por vía automática y el resto de proyectos de ley ordinaria, sólo a petición del Presidente de la República, Primer Ministro, Presidente de la Asamblea Nacional, Presidente del Senado y sesenta diputados o senadores. En consecuencia, por ser precario, fragmentado y rogado por autoridades públicas, el control de constitucionalidad, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido muy dinámica en la protección a intereses particulares en contra de leyes objetivamente violatorias de la Constitución y justamente por ello surgió en Francia la tesis de la responsabilidad por el acto legislador.

5 DE LUISY LORENZO, José Félix. Consideraciones sobre la responsabilidad de la Administración del Estado por la actividad del Poder Legislativo. Tomado de la Documentación Jurídica. Tomo XVI, julio – septiembre de 1989, Ministerio de Justicia, España.



La moderna jurisprudencia francesa del Consejo de Estado tiene su soporte en los Arrets La Fleurette du 14 Janvier 1.938, Caucheteux et Desmont du Janvier 1.944 y Bovero du 23 Janvier 1.963. Precisamente el caso La Fleurette es paradigmático de la tradición jurisprudencial contemporánea de occidente y por ello vale la pena mencionar el objeto de la litis. Una ley del 29 de junio de 1934 prohibía, en protección de la industria lechera, la producción de crema no exclusivamente láctea a la que se dedicaba de tiempo atrás la Sociedad Anónima de productos lácteos La Fleurette; con ello la sociedad tuvo que cerrar y formuló demanda ante el Consejo de Estado por los perjuicios causados. El Consejo de Estado sostuvo en el fallo, que como la actividad en cuestión no tiene carácter de reprobable ni es dañina o nociva para la colectividad y ha causado una carga grave y particular para la sociedad demandante que el legislador objetivamente no quiso hacer soportar, por tanto ello atenta contra el principio de igualdad frente a las cargas públicas y que en consecuencia ella debe ser soportada por toda la colectividad y no un particular.<sup>6</sup>

De los “arrests” clásicos de la jurisprudencia francesa, se ha establecido la responsabilidad por el acto del legislador así: en el evento de que la medida legislativa imponga sacrificios a intereses particulares lícitos para la protección de otros intereses particulares, en cuyo supuesto, y en defecto de indicaciones en contrario, expresas o tácitas, del legislador, se considera que éste ha aceptado la indemnización. Se desestima totalmente la indemnización cuando el sacrificio impuesto por el legislador al particular es para proteger un interés de carácter nacional e igualmente cuando el legislador mismo ha desconocido expresa o tácitamente la indemnización.

2.2.2 En la Gran Bretaña que formalmente no tiene Constitución pero reconoce el carácter preeminente de algunas leyes, han coexistido dos postulados básicos en su tradición que de suyo han delimitado el planteamiento del tema. Ellos son “King can do not wrong” (El rey no puede equivocarse) definido por Bracton y el Parlamento todo lo puede salvo convertir un hombre en una mujer, definido por De Lolme. Hoy a la luz de la Rule of Law del Crown Proceedings Act de 1947 se ha entendido que el postulado referente a que el rey no puede equivocarse, no es más que una versión errónea de la tesis de que el rey no puede ser castigado

---

6 ARRET La Fleurette. Tomado de Caldera, Hugo. Sistema de responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de Chile de 1980

por una lesión del derecho y ni demandado en proceso civil sino, a lo más, en casos singulares por virtud de la una “petition of right” (petición de derechos).<sup>7</sup>

De conformidad al Crown Proceedings Acts de 1947 no está establecida la responsabilidad del Estado por el acto del legislador sino por el acto de la administración pública y de la administración de justicia. De todos modos el common Law ha entendido que cuando existe una expropiación material mediante una ley sin que haya regulado la justa compensación, la Corona debe resarcir el perjuicio.

### **3. Responsabilidad del Estado por el acto del legislador en la Constitución de 1991**

3.1 Noción preliminar: Las constituciones, que en su origen habían sido creadas para controlar el poder omnímodo del monarca, en su ulterior desarrollo, fueron entendidas como actos meramente orgánicos y formales, dirigidos al Legislador, pero absolutamente incapaces de ser invocados por el ciudadano. Ellas, que habían mostrado a la teoría política que en la representación del pueblo se garantiza el control Y límites al ejercicio del poder, cayeron en un absoluto descrédito después de los regímenes dictatoriales, fascistas y nacionalistas de las décadas de los treinta y cuarenta de nuestro siglo. La segunda posguerra exigiría que el ciudadano se pusiese en guardia a los abusos del omnipotente legislador y la doctrina jurídica contemporánea iría a ingeniar la fuerza normativa de la Constitución, como una fórmula de salvación. De la teoría del Imperio del Legislador se va a dar tránsito al poder vinculante supremo de la Constitución, ante el descrédito en que cayó el legislador, la tarea decisiva hoy del constitucionalismo es el control de sus actos y de ello van a tratar de dar cuenta las instituciones más recientes del constitucionalismo.

Nuestra Constitución de 1991 es legataria de todo el proceso de transformación que recepcionó la cultura europea continental de la segunda posguerra y que de alguna manera, se reencuentra con la doctrina angloamericana, que se mantuvo al margen de los procesos constituyentes europeos fundados en la tensión parlamento – monarca y que terminaron por dar preeminencia al primero.

La fuerza normativa de la Constitución que se manifiesta como el requerimiento mayor de la teoría jurídica contemporánea, como ya se advirtió, va a estar de manifiesto en instituciones como: a) incorporación de contenidos sustanti-

7 RADBRUCH, Gustav. El Espíritu del derecho Inglés. Traducción de Fernando Vela. Revista de Occidente, Bárbara de Braganza, Madrid, 1958

vos en las cartas constitucionales, verbi gracia, los derechos fundamentales, b) constitucionalización de los principios y valores superiores como fundamentos rectores a la actividad legislativa, c) derechos fundamentales no expuestos a la voluntad del legislador, d) garantía de la supremacía constitucional a través de mecanismos bien elaborados de control de constitucionalidad, e) desconfianza en la actividad del legislador a través de los controles judiciales de las leyes y en general, límites y mandatos al legislador, impuestos desde la norma de superior jerarquía. De todas estas instituciones está pletórica nuestra carta de 1991 y precisamente de ellas, es de donde es viable nutrir una teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado por los actos del legislador.

3.2 Fundamentos normativos constitucionales en la Constitución de 1991 de la responsabilidad del Estado Legislador: Creemos que nuestro constitucionalismo a partir de la carta de 1991, introduce al modelo jurídico – político una diversidad de instituciones que nos permiten desarrollar una “nueva teoría institucional”, que de alguna manera, se compadece con las que están hoy en boga, en el mundo occidental contemporáneo.

No obstante estas innovaciones, para elaborar una teoría referida a la responsabilidad del Estado por los actos de la administración pública, no fue menester esperar la expedición de la Constitución de 1991. Ya la reforma constitucional de 1936 introdujo en su artículo 9º (16 de la Constitución vigente hasta 1991 y que fue codificado en la reforma de 1945) la fórmula “casi mágica” que permitió su desarrollo jurisprudencial sin exigencia de la normatividad infraconstitucional<sup>8</sup>. La jurisprudencia del Consejo de Estado fijó, bajo el imperio de la Carta de 1886, el alcance de la responsabilidad estatal por el acto, hecho u omisión de la administración pública y de los jueces, hasta terrenos casi insospechados, todo ello en aplicación del principio constitucional introducido en la reforma dogmática de 1936 y apenas residualmente, aplicando de manera analógica algunos postulados de la responsabilidad civil del Código Civil.

Creemos sin embargo, que la Carta Constitucional de 1991 vigoriza con creces la institución de la responsabilidad general del Estado y no sólo por introducirla a manera de mandato, sino, más aún, por la fuerza normativa que la misma Constitución se autoprescribe. Por tanto, entendemos que las instituciones como la

8 “Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”. Tomado de RECOPIACIÓN DE ACTOS LEGISLATIVOS 1914 – 1986. Carlos Restrepo Piedrahíta, Banco Popular, Santafé de Bogotá, 1986.

responsabilidad administrativa y judicial se robustecen en la carta de 1991 y la responsabilidad por el acto del legislador, se legitima decididamente.

La jurisprudencia de nuestra jurisdicción contencioso administrativa ha sido muy tímida sobre esta materia. Ya en 1990 con ponencia del magistrado Julio Cesar Uribe Acosta, en el proceso promovido por la sociedad Felipe Garrido Sardi, el Consejo de Estado sostenía que, en tratándose de la responsabilidad por el acto del legislador “... bien podría abrirse paso por la vía jurisprudencial, este nuevo frente de responsabilidad del Estado... podrá pues concederse la reparación en virtud de disposiciones de la misma ley o, al menos con el tácito asentimiento del legislador. Si éste niega expresa o tácitamente todo derecho a reparación, el juez, obligado por la supremacía de la ley, debe inclinarse”.<sup>9</sup>

Es pues, a partir de los supuestos que seguidamente se indican, como puede iniciarse en nuestro Estado, la elaboración de una doctrina consistente y con compromiso, en torno a la asunción de la responsabilidad patrimonial por el acto del legislador:

**3.2.1 Constitucionalización de los principios fundamentales:** La Constitución de 1991, siguiendo la tradición doctrinaria de las constituciones de mitad de esta centuria, constitucionalizó los valores supremos del ordenamiento. Algunos de ellos aparecen en el preámbulo,<sup>10</sup> otros en el título I de la carta fundamental, y otros, se encuentran dispersos en los restantes títulos de la parte dogmática y de la parte orgánica.

La Corte Constitucional, casi desde su instalación ha insistido, con vehemencia en diversas sentencias integrativas, en la justiciabilidad de los principios fundamentales, esto es, su posibilidad de invocación como fuente de derecho suficiente en debates intersubjetivos: “Los principios Constitucionales... consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional... Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser

9 Colombia. Ver sentencia 1.322 de octubre 18 de 1990, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Expediente 5396

10 Colombia. La Corte Constitucional, mediante sentencia C – 479 de agosto de 1992, cambiando definitivamente el rumbo de la jurisprudencia existente hasta entonces, determinó que el Preámbulo tiene idéntica fuerza normativa a cualquier otra preceptiva constitucional.

entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico – jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería todo su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden”.<sup>11</sup>

Dentro de esta principalística constitucional con la fuerza normativa ya mencionada, podemos encontrar preceptivas que enderezan y sustentan la figura de la responsabilidad del Estado por el acto legislador, tales como:

a) “Son fines esenciales del Estado:...: garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados... asegurar la vigencia de un orden justo.

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 para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado” (artículo 2º). Con base en una norma de similar redacción y que data de la reforma de 1936 como se indicó, se fundamentó la teoría de la responsabilidad administrativa y judicial. Esta norma de naturaleza mixta, por regular simultáneamente el fundamento y fin del Estado, legitima el ámbito de acción de cada una de las autoridades públicas proscribiéndoles conductas diferentes a las allí establecidas. Las leyes, salvo las disposiciones constitucionales expresas, no pueden contener “razones de Estado”, ellas deben propender por las protecciones indicadas y en caso de desviación en la regulación, las leyes se tornan reprochables por el orden jurídico.

b) “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona...” (artículo 5º). Esta prevalencia constitucional no sólo es hermenéutica; ella se impone a los operadores jurídicos como un telos en el quehacer legislativo; esto es, las leyes deben incorporar necesariamente elementos garantes de esta primacía.

c) “Son ramas del poder público... Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines” (artículo 113). “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley” (artículo 121). Estas dos normas que agrupamos como complementarias, incorporan los elementos decididos del Estado de derecho, esto es, la separación de las funciones de los órganos

11 Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T. 406 de junio de 1992. Magistrado ponente Ciro Angarita Barón. Gaceta Constitucional. Corte Constitucional.

del Estado y la sujeción del Estado al derecho. De alguna manera estos mandatos contienen la regulación de la responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de las autoridades del Estado. Dentro de esta responsabilidad e interdicción de arbitrariedad, obviamente, la de la autoridad legislativa. Por demás, hoy, como la misma Constitución lo establece, la distribución funcional no es meramente de control interorgánico, sino teleológico, esto es, para el cumplimiento de los fines del Estado previstos normativamente en la principalística constitucional.

d) “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia...” (artículo 229). Este principio ubicado dentro del título correspondiente a la rama judicial, estatuye el derecho fundamental del acceso a la jurisdicción que, en complemento necesario con el artículo 29 de la carta que regula el debido proceso. Estos dos postulados, se constituyen en el instrumento fundamental del ciudadano para reclamar solución a los conflictos, tanto intersubjetivos, como frente al Estado por las acciones, actos, omisiones o hechos de cualquiera de sus autoridades públicas. En complemento con lo dicho anteriormente, el artículo 229 se erige como otro fundamento constitucional de la interdicción de arbitrariedad de las autoridades públicas.

3.2.2 Nuevo concepto de soberanía e imperio de la ley: Después de dos centurias de la importante elaboración teórica de la fundamentación del origen del poder político, no como emanación divina, sino popular y que dio fruto a los postulados del tránsito de la soberanía monárquica absoluta a la soberanía popular y del imperio del monarca al imperio de la ley como el acto de representación popular por excelencia, es menester revisar la permanencia de esos postulados en los mismo términos primigenios y dieciochescos. Los regímenes democráticos ganan cada día mayor espacio y no sólo la ley es acto de manifestación de la voluntad soberana, antes de ella, está el constituyente primario y secundario o derivados, el ejecutivo es elegido popularmente, los actos de la administración pueden cuestionarse, existen las consultas populares, los referéndum, etc. El imperio y la soberanía del legislador constituyeron en su momento el límite al ejercicio arbitrario del poder, hoy ya no es así y por tanto, el poder legislador no es más que otra función constituida en el Estado de derecho y sólo para el cumplimiento de los fines estatales y el aseguramiento de la vigencia de un orden justo.

Precisamente, en consonancia con ello, nuestra Constitución en su artículo 3º establece que “La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público...”. A su vez, el artículo 113 regula las ramas del poder público, designa allí la legislativa y establece finalmente que las funciones son separadas,

preestablecidas normativamente y tendentes al cumplimiento de los fines del Estado. Seguidamente el artículo 114 establece de manera taxativa las funciones del legislador ordinario y en los artículos 150 y siguientes, establece el ámbito de acción, los límites y directrices a que está sujeto. De igual modo, la Constitución prevé taxativamente los términos, eventos y momentos en que el Presidente de la República puede ser el legislador extraordinario.<sup>12</sup>

La Constitución de 1991 ha desestimado el concepto de soberanía nacional y absolutismo de la ley, estipula el concepto de soberanía popular y vincula la ley a todos los eventos constitucionales, especialmente a los fundamentos y fines del Estado. Vale anotar que precisamente la incorporación de derechos fundamentales al texto constitucional, tiene como finalidad específica establecer un límite al ámbito de acción del legislador, al proscribirle regular su contenido esencial e igualmente, crear constitucionalmente una acción de derecho sustantivo constitucional, esto es, la acción de tutela.

En conclusión, como en alguna doctrina foránea y en la nacional propiamente dicha, ha sido excusa permanente la soberanía e imperio del legislador, como fundamentos para legitimar la irresponsabilidad del legislador, para quienes pretenden mantener estos postulados hoy, será menester que busquen otros instrumentos que la desjudicialice, ya que no puede continuar soportando lo que de suyo, ya en la moderna concepción del Estado y el derecho, se cae por su propio peso.

3.2.3 Supremacía de la Constitución: Definitivamente la institución más importante del constitucionalismo contemporáneo la constituye, sin duda alguna, la fuerza normativa vinculante y la supremacía constitucional.

En este ensayo no se pretende hacer un análisis de las particularidades de nuestro modelo de supremacía y el consiguiente control de constitucionalidad. Sólo queremos relevar que a partir de un modelo acabado de supremacía normativa constitucional y del robustecimiento de la figura del control de constitucionalidad, se deriva necesariamente el cuestionamiento de la actividad del legislador. Ya el artículo 4º de nuestra Constitución establece a manera de principio fundamental la fuerza normativa vinculante y el carácter supremo de la norma constitucional. La Constitución informa todo el orden jurídico infracons-

---

12 Colombia. Artículo 150 – 10, (decretos extraordinarios), artículos 212, 213, 215 (estados de excepción), artículos 341 y 348 (decretos supletivos plan y de presupuesto), algunas disposiciones transitorias (reglamentos constitucionales o decretos autónomos).

titucional, es la norma fundamental y fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico.

El control jurídico de constitucionalidad afianzado en nuestra carta de 1991, definitivamente muestra su carácter cualitativamente superior a las restantes normas del ordenamiento y obviamente a la ley. Se ha dicho en la doctrina foránea,<sup>13</sup> que precisamente los controles jurídicos constitucionales surgieron a partir de la desconfianza y descrédito en que cayó el órgano legislador hacia mediados de la presente centuria, época en la cual, precisamente, se fortalecen los controles en derecho y se desacreditan los políticos de las cartas constitucionales.

La Constitución expedida por la Asamblea Constituyente en julio de 1991, informa un modelo depurado de control de constitucionalidad de todas las leyes formales y materiales que se le permiten al legislador tanto ordinario como extraordinario, expedir. Estos controles pueden ser: a) previos (proyectos de ley estatutaria – artículo 153 CN –, proyecto de ley objetado por inconstitucionalidad y sobre los que el Congreso insistía – artículo 167 CN – y b) posteriores (por vía automática los decretos legislativos – artículos 212, 213, 215 –, las leyes aprobatorias sobre tratados públicos – artículo 241 numeral 10 –, por vía de acción pública de inconstitucionalidad todas las leyes formales y algunos decretos con fuerza de ley – artículo 241 numerales 4 y 5) - .. Consideramos a guisa de ejemplo, que el control previo de los proyectos de ley estatutaria muestra ese grado de desconfianza de la Constitución hacia el legislador. Finalmente, lo más rescatable del control de constitucionalidad es que no se trata de un control puramente formal sino efectivamente material y por tanto, depurado.

La vinculación del legislador a la preceptiva constitucional, tanto en su forma como en su contenido, robustece la supremacía constitucional y desdeña el imperio y soberanía del legislador; por tanto, es definitivamente, la introducción de la supremacía y la fuerza normativa de la Constitución, lo que constituye la piedra angular de la responsabilidad del Estado por el acto del legislador.

3.2.4 Regulación normativa expresa de la responsabilidad del Estado por el acto del legislador en nuestra Constitución: dentro de nuestras preceptivas constitucionales encontramos normas que regulan especialmente la materia de la responsabilidad y a la que de todos modos, se vincula la función legislativa, así:

13 Ver DE LA CUADRA, Tomás. En Separación De Poderes E Interpretación Constitucional. Obra dirigida por Antonio López Pina. Tecnos, Madrid, 1987.



El artículo 6º, en el capítulo de los principios fundamentales, establece que los servidores públicos lo son responsables por infringir la Constitución y las leyes y por extralimitación en el ejercicio de sus funciones. El artículo 123, en el capítulo de la función pública establece que "... los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento". Especialmente el artículo 90, contenido en el capítulo de protección de los derechos ciudadanos, establece que "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas...". Los artículos 228, 229, 237 y 241, referentes a la función judicial y que regulan la vinculación de los actos del legislador a la jurisdicción y por ello la interdicción constitucional a la arbitrariedad legislativa y la excepcionalidad de la existencia de actos "Políticos" o actos por fuera de la órbita de la acción judicial, constituye otro bloque normativo que regula la materia.

Creemos sin embargo, que los artículos 2º y 90 de la Constitución serían casi suficientes para erigir la responsabilidad por el acto del legislador, puesto que de manera clara y palmaria nuestro constituyente de 1991 quiso regular la eventual actuación antijurídica de cualquier autoridad del estado y no existe fundamento constitucional alguno para no haber vinculado allí.

Adicional a todo esto, existe una norma constitucional de estirpe similar a la que aparece en las constituciones europeas y es el artículo 336 que regula la creación de monopolios legales rentísticos a favor del Estado en virtud de finalidad de interés público o social, todo ello haciendo inaplicable la norma legal, sin que medie la indemnización de las personas expropiadas.

Pareciera a primera vista, que el artículo 124 que regula la remisión legal para determinar los eventos de la responsabilidad de los servidores del Estado, fuera problemática, haciendo una interpretación exegética. No obstante la Constitución es absolutamente pletórica en principios que erigen la responsabilidad Estatal y por ello, no vemos un obstáculo en esta norma.

3.3. Conclusiones: Creemos que por todo lo expuesto anteriormente puede predicarse válidamente responsabilidad del Estado por el acto del legislador en los eventos siguientes:

a) Cuando la ley es violatoria de principios o derechos constitucionales y en virtud de su aplicación ha causado un daño al ciudadano. En este caso no se requiere necesariamente la declaratoria de inexecutable de la Corte Constitucio-

nal, puede ser suficiente la inaplicabilidad por el operador jurídico competente de acuerdo al artículo 4º de la Constitución.<sup>14</sup>

b) Cuando la ley es materialmente expropiatoria de un derecho ciudadano y la ley no previó la correspondiente indemnización. En este caso ni el silencio del legislador, ni la disposición expresa que desconoce la indemnización, pueden servir de óbice a la no indemnización, pues en todo caso sería inconstitucional. Aquí en este evento también se requiere el daño llevado a afecto a partir de la aplicación de la ley.

c) Cuando una disposición legal ha regulado una inequidad en las cargas públicas que competen al ciudadano. En este caso, como en los anteriores, se requiere la aplicación de la ley y que de ella se derive el daño. Realmente este evento, está referido a una inconstitucionalidad de la ley pues ella sería violatoria del artículo 13 de la Constitución.

Realmente estimamos que en Colombia la figura de la responsabilidad del Estado por acto del legislador está referida a la expedición de leyes violatorias de la Constitución y en ello se tipifica el requisito de la antijuricidad imputable al Estado. Igualmente y como requisito adicional, que se haya causado un daño ciudadano de la aplicación de la ley. En todo caso, como se dijo, no sería posible que la ley eximiera expresa o tácitamente de la eventual indemnización pues ello, de suyo, la tornarían igualmente inconstitucional.

## Bibliografía

BLANCO VALDÉS, Roberto. El valor de la Constitución. Alianza Universidad de Madrid, 1994, p. 225

CALDERA, Hugo. Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980. Chile

CONSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA. Italia. Edizione Simone. 1994

FERNÁNDEZ, Tomás – Ramón. Arbitrariedad y Discrecionalidad. Editorial Civitas. Madrid, 1991.

GACETA DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Órgano de divulgación oficial de los actos de la Asamblea, Santafé de Bogotá. 1991.

GACETA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL. Imprenta nacional, años 1992, 1993, 1994.

14 Colombia. De conformidad a la Sentencia C. 069 de 1995 de la Corte Constitucional con ponencia de Fabio Morón Díaz, la inaplicabilidad procede por vía gubernativa o judicial.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y otro. Curso de derecho Administrativo. Tomo I y II. Editorial Civitas. Madrid, 1993.

GODECHOT, Jacques. Les Constitutions de la France Depuis 1789. Flammarion. Toulouse, France, 1979.

HENAO PÉREZ, Juan Carlos. Concepto de Fiscalía. Rendido ante la sección tercera del Consejo de Estado para la ponencia de la Responsabilidad del Estado por hechos dañinos por actos de la Asamblea Nacional Constituyente. 1995. consejo de Estado. Colombia.

HOYOS DUQUE, Ricardo. La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, Temis, Santafé de Bogotá, 1984.

LÓPEZ PINA, Antonio y otros. Separación de poderes e interpretación Constitucional. Tecnos, Madrid, 1987.

RADBRUCH, Gustav. El Espíritu del Derecho Inglés. Traducción de Fernando Vela. Revista de Occidente, Bárbara de Braganza, Madrid, 1958

RECOPIACIÓN DE ACTOS LEGISLATIVOS 1914 – 1986. Carlos Restrepo Piedrahita. Anexo a la obra CONSTITUCIONES DE COLOMBIA de Pombo y Guerra. Banco Popular, Santafé de Bogotá, 1986.

RIVERO GONZÁLEZ, Manuel. La responsabilidad del Estado legislador. Documentación jurídica. Tomo XVI, julio – septiembre de 1989. Ministerio de Justicia, Madrid, España.

RIVERO, Jean. Derecho administrativo. Novena De. Caracas. De Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984.

SAYAGUEZ LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo. De Martín Bianchi Altuna, Montevideo. 1986.

Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejo de Estado. Diciembre 13 de 1995. Magistrado ponente, Diego Younes Moreno.

Salvamento de voto de enero... de 1996 de Daniel Suárez Hernández.

THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES. By Floyd G. Cullop. Edit. Mentor. 1984.

# LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN MATERIA DE SEGUROS

**Luis Alberto Botero Gutiérrez<sup>1</sup>**

Trabajo presentado al Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, cumpliendo con los requisitos estatutarios para pertenecer a dicha institución.

## **CONTENIDO:**

1. Planteamiento
2. De la solemnidad del contrato
3. De los amparos provisionales
4. De la responsabilidad de los intermediarios de seguros
5. De las instituciones de la responsabilidad civil extracontractual aplicables a las compañías aseguradoras y los intermediarios

211

## **Planteamiento**

Para abordar el asunto de la responsabilidad precontractual en materia de seguros, es pertinente desglosar el tema en varios puntos que tienen incidencia directa en este campo y que son:

- Análisis de la solemnidad del contrato de seguro.
- Los amparos provisionales y su validez jurídica.
- Alcances de la responsabilidad de los intermediarios de seguros.
- Instituciones de la responsabilidad civil extracontractual aplicables a las compañías y a los intermediarios.

---

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana

## De la solemnidad del contrato

Entre los contratos comerciales nominados es el del seguro uno de los abanderados en cuanto a la solemnidad se refiere, por lo menos en cuanto a las disposiciones legales que así lo dispongan, los artículos 1036, 1046 y aún 1047 del Código de Comercio no dejan duda alguna sobre el carácter solemne de este contrato, allí se manifiesta expresamente tal característica al establecer que el momento en el cual se perfecciona dicho contrato no es otro que el instante en que el asegurador firma el documento contentivo del contrato, denominado póliza. Así mismo, las normas citadas confieren incluso característica detalladas sobre el contenido de ese documento como por ejemplo, que debe redactarse en castellano y una serie de requisitos que no son del caso tratar.

La alternativa para quien estudie el tema es reducida, así como contundente la conclusión en el sentido de que sin póliza no existe contrato de seguro, no tenemos otro camino que ubicarnos en instituciones de naturaleza precontractual para darle vida jurídica a múltiples relaciones surgidas entre los particulares y las Compañías de Seguros entre los cuales no existe póliza expedida y por tanto no existe seguro.

Podría enmarcarse la relación precontractual de los particulares y las Compañías en el ámbito de la promesa de contrato, negocio jurídico generador de una obligación de hacer que en materia comercial es de raigambre estrictamente consensual salvo lo estatuido para la promesa de contrato de sociedad, la obligación derivada de la citada promesa sería entonces la de celebrar el contrato de seguro prometido,, figura inocua además de incómoda porque trasladaría en el tiempo la decisión de asumir los riesgos asegurados hasta tanto se suscriba el contrato, hecho de muy poca valía para quien pretenda proteger sus bienes o vida.

Igual conclusión a la anterior debemos manifestar para el caso de la oferta comercial, basta pensar en la oferta hecha por el particular a la Compañía y que no es respondida por esta perdería su fuerza vinculante, dejando en el limbo a ese particular que pretendió tener el seguro y que lo necesitaba de manera oportuna. La posición contraria es incluso impensable por lo que comporta la asunción de los riesgos y la filosofía misma de este tipo de negocio, así las cosas estas figuras son ajenas a la actividad aseguradora, no tanto por su imposibilidad jurídica de ser aplicadas, como por su inoperancia práctica.

No existe por tanto una figura jurídica nominada aplicable a las relaciones precontractuales existentes entre los particulares y las Compañías de Seguros,

advirtiendo que cuando nos referimos a este tema decimos que no existe mecanismo jurídico que permita asumir riesgos sin contrato de seguro.

Existe algún sector que propugna por la eliminación de la solemnidad del contrato de seguro, es decir que este pudiera perfeccionarse con el sólo acuerdo de voluntades, hecho que dicho sea de paso parece ser la tendencia moderna de la legislación comparada, tal situación que merece un análisis aparte nos merece por lo menos el comentario inicial de que aunque se aceptara la eliminación de la solemnidad del contrato como requisito de existencia del mismo, si es necesario que se conservara la forma escrita por simples razones de seguridad jurídica, no nos atrevemos a pensar lo que podría suceder si al eliminar la forma escrita, dejando el simple acuerdo de voluntades el origen del contrato y sus condiciones particulares, quien podría luego hacer valer una exclusión, un amparo en particular o una garantía.

La posibilidad de que el contrato se perfeccione con el simple acuerdo de voluntades necesita en nuestro criterio la forma escrita, pero si ello resultara eliminado como la solemnidad, tendría que exigirse una intervención milimétrica del organismo de control, en nuestro caso la Superintendencia Bancaria para que la seguridad jurídica no fuera vulnerada y de manera principal la actividad aseguradora se vea de una transparencia total.

De todas maneras las normas no contemplan tales mecanismos, eso no obsta para que el devenir de la actividad comercial vaya creando elementos que hagan funcional la relación del seguro, independientemente de su juridicidad reglada.

## **De los amparos provisionales**

Se dan en el mercado, con relativa frecuencia, que las personas que necesitan asegurar con rapidez algo acudan al asegurador con el propósito de obtener sus amparos de manera inmediata, toda vez que no pueden esperar el proceso de expedición del contrato, dada la magnitud de algunos riesgos o la rapidez con que sucederá algún evento que se pretenda asegurar Vgr. Un transporte por avión, la circulación de un vehículo nuevo que sale al mercado antes de un fin de semana y su dueño no quiere esperar a la semana siguiente para asegurarlo y múltiples casos más.

Pensemos que actualmente el asegurado dispone de 15 días para entregar la póliza a partir de su expedición (artículo 1046 Código de Comercio), eso sin

contar el término para expedir que no existe, circunstancias estas que eventualmente pueden redundar en un lento proceso de generación del contrato.

En atención a la agilidad que comporta el mundo moderno no queda más alternativa que acudir a un sistema que permita empeñar la palabra sobre un contrato que se celebrará, esto es lo que se denomina amparo provisional y que si bien es una figura sin un contenido contractual claro, goza de eficacia no siempre virtual en sentir de unos y absolutamente inocua para otros.

En el campo contractual se complica bastante el panorama de los amparos provisionales, ellos no son contrato de seguro y no siéndolo, no comprometen a la Compañía que los otorga en los términos del ramo de seguro que tenga aprobado.

Con el régimen actual de la reforma financiera Ley 45/90; Ley 35/93; Decreto 633/93; Circular 07 de la Superintendencia Bancaria de 1996, el régimen de los seguros sufre una gradual desregulación, hasta tal punto que las compañías deben hacer aprobar los ramos que consideran vayan a explotar, pero dentro de ellos pueden expedir cualquier tipo de póliza que diseñen sin necesidad de pedir autorización, salvo contadas excepciones cuando el ente que vigile así lo requiera.

En tal sentido, podría pensarse que un amparo provisional se enmarcaría dentro de una de las especies de póliza, que en algún momento decidió lanzar la Compañía. Esta posición no puede ser admitida toda vez que aunque la póliza ya no necesita aprobación previa, si es obligación que se cumpla en su expedición con una serie de formalidades, que no se pueden olvidar, esto porque los amparos previos al contrato en oportunidades son verbales o se contemplan en un simple comunicado donde se admite que se da cobertura sin mayores detalles, sin cumplir requisito alguno de los que la Ley establece para la existencia del contrato.

Se podría pensar entonces, que el amparo provisional no siendo contrato de seguro, sea otra figura contractual innominada en la que dos partes se pusieron de acuerdo para trasladar unos riesgos en virtud de una retribución económica de quien los traslada a quien los asume, no compartimos esta segunda posibilidad de ubicar los amparos provisionales en el campo contractual, entre otras razones porque la capacidad de las Compañías en parte alguna permite realizar negocios que estén por fuera de su objeto social y lo que es peor aun por fuera de los ramos que tengan aprobados.

El panorama de los amparos provisionales es desolador desde el punto de vista contractual, sin embargo hay que abordar el análisis desde el punto de vista extracontractual, asunto que abordaremos más adelante una vez que establezcamos y delimitemos la responsabilidad del intermediario de seguros. Punto de crucial importancia en atención a que la mayoría de las veces son ellos los que hacen el primer contacto con el cliente y los que manejan lo relativo a amparos provisionales.

Existe en la legislación comparada una garantía provisional de cobertura denominada “NOTA DE COBERTURA”, en ella se plasman algunos elementos básicos del contrato y allí tiene fuerza vinculante frente a las partes, es entonces verdadero contrato, algunos dicen que en ella deben consignarse las condiciones generales del contrato, ello nos resulta inconveniente porque al revestir la nota de cobertura de un significativo número de requisitos, lo que se hace es expedir ni más ni menos que una póliza.

Es confusa la doctrina al tratar de distinguir la nota de cobertura del contrato de seguro en sí mismo y por esta razón entre otras es que consideramos que tal mecanismo no soluciona el problema.

De alguna manera en la tendencia actual ya mencionada, según la cual la contratación de seguros es cada vez más ágil, será el mercado el que determine las condiciones de expedición, su rapidez y calidad y no podrá la Ley solucionar el problema. Quien logre mecanismos de selección de riesgos, de expedición inmediata de pólizas y en general quien genere ventajas competitivas, permanecerá en el mercado, los demás estarán llamados a desaparecer, pero todo lo dicho no es un problema que tenga que solucionar el legislador.

El tema de la nota de cobertura ya es de recibo en nuestro medio pero consideramos que las críticas a esta institución son absolutamente válidas y de ser acogida en nuestro medio, perdería toda su aplicabilidad si se establece adicionalmente la consensualidad del contrato de seguro.

## **De la responsabilidad de los intermediarios de seguros**

Esta parte del tema si bien se refiere a la actividad del intermediario y en principio ello frente al cliente sería un tema de responsabilidad extracontractual, veremos como puede ser del ámbito contractual, en atención a los vínculos existentes entre el intermediario y la aseguradora y entre el intermediario y su clien-



te, sin embargo para nuestro análisis abordaremos en mayor medida lo relativo a la relación cliente – intermediario y de este frente al asegurador.

En el pasado, el vínculo del intermediario con la Compañía, así como los límites de la responsabilidad por los actos del intermediario, en los cuales resultaba comprometida la Compañía eran manejados con relativa ligereza, no existía claridad sobre los límites de esa obligación de intermediación y si esos actos vinculaban o no a las Compañías de Seguros. Se hablaba de aplicar normas del mandato en donde se le dice al mandatario que no puede exceder el límite de su encargo y que de hacerlo ello sólo lo obligará a él, (art. 1266 del C. de C.C.).

Existía un marco de irresponsabilidad por los actos precontractuales tanto de los intermediarios como de los aseguradores, dejando eventos en donde no existía contrato de seguro pero se advertía el consentimiento de un intermediario o empleado de una aseguradora, el arbitrio de la palabra empeñada.

A la expedición del decreto 2605/93 que reguló particularmente la actividad de los intermediarios se clarificó, por lo menos, en parte lo relativo a la responsabilidad de este tipo de personas, es así como en el artículo 5 del citado decreto se establece: “Las actuaciones de los agentes y agencias de seguros en el ejercicio de su actividad obligan a la entidad aseguradora respecto de la cual se hubiere promovido el contrato, mientras el intermediario continúe vinculado a esta”.

Nos parece que lo establecido en la norma citada viene a aclarar y saldar la discusión sobre la responsabilidad de los intermediarios, no queda duda de que son responsables, pero tampoco existe duda en que los actos de estos sean de la naturaleza que sean, puedan llegar a comprometer a la Compañía que ellos representen.

De la norma sin embargo encontramos dos hechos que merecen especial análisis:

El primero se refiere a la no inclusión de los Corredores de Seguros en la misma, esto según nuestra interpretación no obsta para concluir lo que este trabajo pretende y es la innegable posibilidad de responsabilizar a los intermediarios por actos precontractuales tanto frente a las Compañías como frente a los clientes, de lo cual reiteramos no escapan los Corredores, porque como ya lo enunciamos la norma sólo vino a aclarar la situación que ya era sostenible antes de su expedición, una cosa es que el Corredor no represente a una Compañía en particular

y otra bien distinta es que su actuar frente a los clientes y las propias Compañías escapen de la responsabilidad civil.

El segundo hecho que destacamos en la norma es la parte final donde se dice “mientras el intermediario continúe vinculado a ésta” lo cual debe ser entendido como que la Compañía responde por los actos de ese intermediario, realizados durante su período de vinculación a la aseguradora, sin importar que el perjuicio se dé con posterioridad a la desvinculación del intermediario, porque allí de todas maneras existe responsabilidad de él frente al cliente y aún frente a la aseguradora a la cual comprometió.

No es posible pensar que el intermediario que hace promesas ilusorias, por fuerza de los contratos, que otorga amparos provisionales sin tener autorización para ello, logre comprometer la responsabilidad de la Compañía Aseguradora, es él quien debe responder frente a ese tercero que resultó afectado y frente a la Compañía a la cual involucró en un hecho generador de responsabilidad.

Obviamente que la responsabilidad civil de la Compañía aseguradora depende en gran medida del tipo de vinculación que ese intermediario ostente, en ese orden de ideas veamos someramente a qué clasificación jurídica obedecen los intermediarios y de allí extenderemos la afirmación antes dicha:

Los intermediarios de seguros en nuestro ordenamiento jurídico obedecen a tres categorías básicas: agentes, agencias y corredores, precisando que los primeros, es decir, los agentes pueden ser independientes o dependientes, de acuerdo con el tipo de contrato que celebren con las Compañías, siendo dependiente aquel que tenga una relación laboral e independiente aquel cuyo vínculo es de carácter comercial y en todos los casos en mayor o menor grado su responsabilidad debe ser admitida, con las limitaciones ya planteadas, entrándose de las agencias el análisis puede revestir un matiz en principio menos riguroso así como en el caso de los corredores, pero la conclusión inicial subsiste, al decir que su responsabilidad puede verse seriamente comprometida.

Dadas las múltiples posibilidades de relación contractual entre las Compañías y los intermediarios, es complejo sacar conclusiones definitivas sobre el grado de responsabilidad que pudieran tener las Compañías Aseguradoras por los actos de los intermediarios, no obstante es absolutamente claro que ellos son sujetos de responsabilidad por los actos de la intermediación, tanto frente a los terceros como frente a las Compañías, cosa diferente es que ello hasta ahora sólo sea una tenue tendencia en los estrados judiciales.

Aceptando la posibilidad de responsabilidad precontractual de los intermediarios y las aseguradoras, es pertinente plantear el tema de la solidaridad que pudiera existir entre unos y otros por esos actos, para lo cual debemos decir que si bien las aristas que puede tener el tema llevarían donde la misma no fuera predecible, en general sostenemos que si se presenta al tenor de lo dispuesto en el artículo 2344 del C.C. y será la víctima en última instancia quien decida si vincula sólo al intermediario o a este y la Aseguradora, o a la última solamente.

Lo planteado hasta aquí indica un rumbo diferente a lo que tradicionalmente conocemos en responsabilidad en materia de seguros, porque es evidente la tendencia a que las acciones se dirijan al asegurador y se deje de lado el panorama de la asesoría que en nuestro medio no es ni mucho menos una actividad de poca trascendencia.

### **De las instituciones de la responsabilidad civil extracontractual aplicables a las compañías aseguradoras y los intermediarios**

La conclusión parece obvia y sencilla, si partimos de la posibilidad de hacer sujetos de responsabilidad civil extracontractual a intermediarios y Compañías de seguros, es apenas lógico que todas las instituciones de esa responsabilidad civil pudieran ser aplicables, pero tal afirmación no puede ser tan categórica.

No es fácil sostener la existencia de responsabilidad civil extracontractual de intermediarios y Compañías de Seguros, si el análisis se hace desglosando los elementos de la responsabilidad.

Si se trata de la conducta tenemos que un intermediario o una Compañía que otorga un amparo sin mediar la Póliza, no es precisamente el causante activo u omisivo del hecho dañino que afecta a la víctima, el perjuicio surge del hecho de que la víctima pretendió trasladar un riesgo para evitar su detrimento patrimonial, u obtener el pago de una suma de dinero ante el daño en su integridad personal y por la omisión del intermediario o de la Compañía en expedir el contrato, se presenta un hecho que afecta el patrimonio, o su integridad y que no va a estar amparado, pero eso es distinto a sostener que el perjuicio se hubiera originado en la conducta de el intermediario o la Compañía.

El daño en nuestro sentir es claro, porque si existiera la póliza el detrimento patrimonial, o de la integridad personal no lo hubiera sufrido el asegurado y por no existir el contrato efectivamente se da el perjuicio, cosa distinta esta en la causa del daño, problema más complejo de resolver.

Sin pretender saldar las eternas discusiones de la causalidad, nos atrevemos a sostener que en este caso específico si bien la causa primigenia del daño obedece a factores ajenos al intermediario y asegurador Vgr. Incendio, atentado, rotura, hurto, etc., también es claro que el tercero sufrió un perjuicio que consideraba ajeno a su esfera jurídica, diferente del daño material antes aludido y ese el que consideramos imputable a la conducta de intermediario y Compañía Aseguradora.

Así las cosas las instituciones que creemos enmarcarían la responsabilidad del intermediario y las Compañías serían eventualmente la responsabilidad directa del artículo 2341 del Código Civil y la responsabilidad por el hecho ajeno del 2349 y sería entonces el accionante quien de acuerdo con el caso elija a cual acude.

Lo anterior sin perjuicio de las demás instituciones que son de pleno recibo en casos específicos.

El tema tratado es apenas un lanzamiento de múltiples inquietudes no resueltas, pero sobre las que sí pretendemos sentar nuestro propio punto de vista y que sólo compromete a quien las emite.



# EL SEGURO OBLIGATORIO

Julio Cesar Yépes Restrepo<sup>1</sup>

## CONTENIDO:

1. Antecedentes
2. Obligatoriedad
3. Sanciones por no prestación de servicios
4. Procedimiento para sanciones
5. Fines del seguro obligatorio
6. Coberturas
7. Gastos médicos, quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios.
8. Incapacidad permanente
9. Muerte
10. Gastos funerarios
11. Cobertura adicional
12. De la reclamación
13. Procedimiento
14. Gastos funerarios e indemnización por muerte
15. Gastos de transporte
16. A quien se reclama
17. Pago de la indemnización
18. El seguro obligatorio y la responsabilidad civil
19. Seguro obligatorio y subrogación
20. Pérdida del derecho a la indemnización
21. Anotaciones finales

---

<sup>1</sup> Abogado Universidad Pontificia Bolivariana.



## ANTECEDENTES

Al igual que en otros campos la tecnología trae problemas que requieren de una solución del derecho positivo. En nuestro país cada día viene incrementándose el parque automotor y este crecimiento lleva aparejado el incremento de los accidentes automovilísticos. Por mucho tiempo en Colombia las víctimas de los accidentes automovilísticos estuvieron desamparadas, sin una legislación positiva que por lo menos en forma primaria les garantizará el derecho a la atención médica y resarcimiento de los perjuicios sufridos.

Sólo hasta el Decreto 2544 de 1987, se consagró en Colombia la obligatoriedad de un seguro que amparase ciertas eventualidades generadas con el desarrollo de la actividad automovilística, fue así como se creó el llamado seguro obligatorio o de manera más técnica la póliza de seguro de daños corporales causados a las personas en accidentes de tránsito. Con posterioridad el Decreto 1032 de 1991 reglamentó en forma integral el seguro obligatorio, y a partir de este momento la avalancha de normas que se han ocupado del tema ha ido creciendo. Es así como el Ministerio de Hacienda y Crédito Público expidió el Decreto 2878 de 1991 que reguló entre otros temas las sanciones a centros hospitalarios y entidades de salud que no cumpliesen con la atención médica a las víctimas de accidentes de tránsito. Luego vino el estatuto financiero (Decreto 663/93) que dedicó todo un capítulo a compilar la legislación relativa al contrato de seguro obligatorio, también la ley 100 de 1993 se ocupó del tema haciendo modificaciones a algunas normas y por último nos encontramos el Decreto 1813 de 1994 del Ministerio de Salud que reglamentó los riesgos catastróficos y los accidentes de tránsito en el sistema General de Seguridad Social en Salud, también dentro de este caudal de legislación en torno al tema encontramos la resolución 002389 de 1994 del Ministerio de Salud que establece las tarifas para los diferentes procedimientos médicos que se presten a las víctimas de accidentes de tránsito, el Decreto 473/95 que incrementó estas tarifas en un 18% y el más reciente el Decreto 0238/96 que aumenta en un 17% las tarifas vigentes.

Sea lo primero establecer si el seguro obligatorio es o no un verdadero contrato de seguro y para ello se hace necesario analizar los elementos esenciales del contrato de seguro señalados en el artículo 1045 de nuestro estatuto mercantil, es decir:

El interés asegurable

El riesgo asegurable



La prima o precio del seguro

La obligación condicional del asegurador

**EL INTERÉS ASEGURABLE:** Es la posibilidad de afectación de una relación jurídica de contenido patrimonial cuando ocurra un siniestro.

**EL RIESGO ASEGURABLE:** Suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador asegurado o beneficiario, y del cual surge la obligación a indemnizar.

**PRIMA:** Contraprestación a cargo del tomador.

**OBLIGACIÓN CONDICIONAL DEL ASEGURADOR:** La obligación del asegurador pende de un hecho futuro e incierto, si se realiza surge su obligación.

Sin duda alguna en el seguro obligatorio éstos elementos se dan, existe la posibilidad de afectación patrimonial (INTERÉS ASEGURABLE), se requiere de un hecho futuro e incierto: el accidente (RIESGO ASEGURABLE) hay un pago de prima, requisito sine quanon para que se expida la póliza, excepto en vehículos de entidades de derecho público (PRIMA) y sólo si acontece el hecho luego de expedida la póliza surge la obligación del asegurador (OBLIGACIÓN CONDICIONAL).

No obstante que el seguro obligatorio comparta los elementos de todo contrato de seguro, puede afirmarse que aquel elemento propio de todo contrato, es decir la expresión libre del consentimiento, no se da, ni el tomador ni el asegurador expresan de manera libre su consentimiento, el tomador expresa su voluntad por una norma imperativa que lo constriñe a celebrar el contrato, obligado por el Estado y como requisito fundamental para la movilización del vehículo y el asegurador siempre que opere el ramo del seguro obligatorio, está obligado a expedir la póliza, su consentimiento no es libre, no puede negarse bajo ninguna circunstancia a expedir el seguro.

Nos encontramos pues en un contrato donde ni la voluntad para celebrar el contrato, ni las condiciones del mismo son establecidas por los contratantes, el Estado haciendo uso de su poder coercitivo impone la obligación de celebrar el contrato.

## **Las Partes en el Contrato de Seguro Obligatorio**

En todo contrato de seguro existe:

Un tomador

Un asegurador

Un asegurado

Un beneficiario

**TOMADOR:** Persona que actuando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos.

**ASEGURADOR:** Quien asume el riesgo

**ASEGURADO:** El titular de un interés que por la ocurrencia de un siniestro puede sufrir perjuicio patrimonial.

**BENEFICIARIO:** Persona que tiene derecho a recibir la indemnización.

En el seguro obligatorio el tomador puede ser cualquier persona, ya sea el propietario, el tenedor, poseedor del vehículo, e incluso alguien que no obstante ninguna calidad jurídica sobre el mismo, basta que exista un vehículo para que cualquiera proceda a tomar el seguro, caso en el cual estaría celebrando el contrato por cuenta de otra persona.

**ASEGURADO:** Es quien eventualmente ante una responsabilidad generada del ejercicio de la actividad peligrosa, deba asumir el pago de indemnizaciones.

**BENEFICIARIO:** Es toda persona que como ocupante del vehículo o peatón sufra un perjuicio a raíz de las lesiones o muerte.

**ASEGURADOR:** Compañía de Seguros que opera en el ramo del seguro obligatorio y que ha expedido la póliza o si se trata de vehículo no identificado o no asegurado en el Fongat.

## OBLIGATORIEDAD

El seguro de que venimos hablando se ha denominado obligatorio por cuanto para la movilización de un automotor por el territorio colombiano es necesario haber adquirido una póliza, pero esta obligatoriedad no sólo debe entenderse respecto al tomador, también debe entenderse respecto al asegurador y a las entidades hospitalarias, veamos entonces:

### Obligatoriedad para Movilización

Toda persona que desee movilizar un automotor por el territorio colombiano debe adquirir el seguro con el fin de garantizar al menos los perjuicios que cause por daños corporales en accidentes de tránsito.

*Automotor:* Aparato provisto de motor propulsor destinado a transitar por el suelo, incluido el elemento sobre ruedas que le sea acoplado, lo que quiere decir que no sólo se entiende por automotor el vehículo en sí mismo, sino también los trailer, lanchas, camabajas que por medio mecánico es acoplado al vehículo para su transporte.

En ocasiones el trailer se encuentra matriculado en forma independiente y por lo tanto el seguro obligatorio será diferente al del cabezote que lo remolca.

Es importante anotar que la obligatoriedad opera para todo vehículo nacional o extranjero que transite por el territorio colombiano.

*No obligatoriedad:* Vehículos sobre rieles, vehículos agrícolas o industriales cuando no circulen por sus propios medios por vías o lugares públicos.

### Medidas coercitivas

Para garantizar que cada vehículo transite con el seguro obligatorio se ha establecido como prerequisite para el trámite de ciertos actos así:

1. Para la expedición del certificado de movilización, esta exigencia prácticamente desaparece ya que el decreto 2150 de supresión de trámites en la administración pública en su artículo 140 suprimió el certificado de movilización.

2. Para expedición de placa.

3. Para traspasos y cualquier gestión ante la autoridad de tránsito.

Además se establece una sanción pecuniaria al conductor de 10 salarios mínimos diarios.

### **Obligatoriedad para el asegurador:**

Si una compañía aseguradora obtiene autorización de la Superintendencia Bancaria para operar el ramo del seguro obligatorio, una vez autorizada, no puede por ninguna razón negarse a expedir el seguro a cualquier persona que lo solicite.

Es la Superintendencia Bancaria la entidad encargada de fijar las condiciones generales de la póliza, tarifas de primas, etc., estando obligadas las compañías a sujetarse a lo dispuesto por la Superintendencia.

Se impone al asegurador la obligación de otorgar pólizas de corto plazo para vehículos extranjeros en tránsito por el territorio colombiano.

El gobierno está facultado para revisar la cuantía y amparos del seguro obligatorio y para modificarlos, siendo las disposiciones de obligatorio cumplimiento para las compañías aseguradoras.

### **Obligatoriedad Centros asistenciales**

El decreto obliga a ciertas entidades a prestar en forma obligatoria los siguientes servicios a las víctimas de un accidente de automovilístico: Atención médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria.

Quienes están obligados: Hospitales, clínicas, entidades de Seguridad, IPS, entidades de previsión social sean oficiales o privadas.

## **SANCIONES POR NO PRESTACIÓN DE SERVICIOS**

1. Multa hasta por 300 salarios mensuales vigentes.
2. Intervención administrativa hasta por 6 meses.
3. Suspensión o pérdida de la personería jurídica de entidades privadas.
4. Suspensión o pérdida de autorización para prestar servicios.
5. Multa de 300 salarios mínimos legales diarios vigentes a funcionario, representante legal, administrador o responsable de la no atención.

6. Cesación del vínculo legal, reglamentario o laboral, o destitución del empleado. Esta sanción establecida en los decretos que regulan el seguro obligatorio debe entenderse modificada por la ley 200 de 1995 del Código Disciplinario único que establece que las sanciones a funcionarios sólo serán las determinadas en la ley. En cuanto a la aplicación de la sanción respecto a particulares, considero que no es aplicable por cuanto la norma que establece la sanción no podía modificar el Código Sustantivo del Trabajo que no establece la no prestación del servicio al accidentado como justa causa de terminación del contrato.

### **PROCEDIMIENTO PARA SANCIONES**

**Titular de la acción:** La víctima

Familiar víctima

Causahabientes

Cualquier autoridad

Testigo.

**Funcionario competente:** La primera instancia la conocen las Superintendencias Seccionales Dirección Seccional de salud y la segunda instancia la Superintendencia Nacional de Salud.

Es importante hacer notar que si bien el decreto establece que la primera instancia la conocen las Superintendencias Seccionales, con posterioridad al decreto 2878 de 1991, las Superintendencias seccionales fueron suprimidas, quedando entonces el vacío de a quien corresponde el trámite de la primera instancia.

#### **Procedimiento:**

Presentación de queja.

Elaboración del pliego de cargos al responsable.

Término de 15 días para la práctica de pruebas, inspección para determinar veracidad de los hechos y responsables.

Comparecencia del responsable, ante la autoridad que investiga y término de 10 días para defensa.

En 3 días se presenta informe a Superintendencia.

En 5 días Superintendencia decide si practica nuevas pruebas o sanciona con resolución motivada.

Recursos de la vía gubernativa.

## **FINES DEL SEGURO OBLIGATORIO**

1. Cubrir gastos por atención médica, quirúrgica, farmacéutica, hospitalaria, de entierro, transporte de víctimas e incapacidad permanente de víctimas de accidente de tránsito.

2. Fortalecer el sistema nacional de urgencias.

3. Amparar a todo afectado incluido el propio grupo familiar.

## **COBERTURAS**

El decreto que regula el seguro obligatorio dentro de las coberturas del mismo interrelaciona algunos amparos típicos de los seguros de daños que tienen carácter indemnizatorio y otros amparos propios de los seguros de personas que no tienen carácter indemnizatorio, podemos entonces afirmar que el seguro obligatorio es un seguro mixto de daños y personas.

Los seguros de daños implican la protección de un perjuicio patrimonial, con ellos se busca proteger el patrimonio económico, de un detrimento eventual que puede afectarlo desfavorablemente, ya sea disminuyendo el activo o incrementando el pasivo.

El seguro de personas por el contrario garantiza el pago de un capital o una renta cuando se produce un hecho que afecta la existencia, salud o vigor del asegurado.

Bajo estos parámetros deberemos entonces catalogar cada amparo como seguro de daños o seguro personal y sí se trata del primero el pago de la suma asegurada será indemnizatorio y si se trata del segundo el pago sería compensatorio.

## **GASTOS MÉDICOS, QUIRÚRGICOS, FARMACÉUTICOS Y HOSPITALARIOS**

**DEFINICIÓN:** Por gasto médico debe entenderse cualquier erogación para cubrir los servicios de médicos generales, especialistas, personal paramédico.

Por gastos quirúrgicos debe entenderse cualquier erogación para cubrir servicios de quirófanos, honorarios de cirujanos, anestesiólogos, implementos de cirugía, etc. Es decir todo gasto en que se incurra durante la práctica de una cirugía.

Para gastos farmacéuticos debe entenderse el costo de cualquier medicamento utilizado en el proceso de curación del paciente.

Por gasto hospitalario debe entenderse cualquier gasto de hospedaje en el centro hospitalario durante el período de cuidado y recuperación del paciente.

El Decreto 1813 de 1994 en su artículo 1º establece que los servicios médico quirúrgicos comprenden las siguientes actividades:

Atención inicial de urgencias

Hospitalización

Suministro de material médico quirúrgico, osteosíntesis, órtesis y prótesis

Suministro de medicamentos

Tratamiento y procedimientos quirúrgicos

Servicios de Diagnóstico

Rehabilitación.

### **NATURALEZA: INDEMNIZATORIO:**

Porque va enderezada a cubrir la afectación del patrimonio que deberá sufragar dichos gastos.

**CUANTÍA:** Hasta 500 veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente.

**TITULAR:** Entidad hospitalaria, clínica, entidad de seguridad, entidad de previsión que atendió a la víctima.

- Cualquiera que demuestre el pago de estos gastos.

## **INCAPACIDAD PERMANENTE**

**DEFINICIÓN:** Es la pérdida de la capacidad laboral de conformidad con la tabla establecida en el artículo 209 del Código Laboral o sino está cobijada en la tabla que el médico de la Oficina Nacional de Medicina e Higiene Industrial o médico legista determine.

De acuerdo al tipo de incapacidad permanente, si es total o parcial se tasa la indemnización, la ley 100 estableció que cuando el porcentaje supera el 50% la incapacidad permanente es total y no parcial.

El Decreto 1813 de 1994 define la incapacidad permanente como la pérdida no recuperable mediante actividades de rehabilitación, de la función de una parte del cuerpo que disminuya la potencialidad del individuo para desempeñarse laboralmente.

**CUANTÍA:** Hasta 180 salarios mínimos diarios.

De acuerdo a la tabla se aplica el porcentaje a la cuantía máxima y así resulta el monto indemnizable.

**NATURALEZA:** Compensatorio, es el pago anticipado de capital o renta por la pérdida de posibilidad de laborar.

**TITULAR:** La víctima en forma directa o sus representantes legales si fuese incapaz.

## **MUERTE**

**DEFINICIÓN:** Es el fallecimiento dentro del año siguiente a la ocurrencia del accidente de tránsito a consecuencia de las lesiones padecidas en este.

**NATURALEZA:** Compensatorio, pago anticipado del capital que la víctima habría podido obtener.

**CUANTÍA:** 600 salarios mínimos diarios vigentes al momento del accidente.

**TITULAR:** Cónyuge en un 50% y herederos en el otro 50% (artículo 1142 del Código de Comercio). En defecto de la cónyuge, la compañera permanente en un 50% (artículo 244 Ley 100 de 1993).



## **GASTOS FUNERARIOS**

Gastos funerarios. En el caso previsto en el numeral anterior, el fondo de solidaridad y garantía reconocerá por gastos funerarios hasta una cuantía máxima de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales diarios vigentes al momento de ocurrencia del accidente.

Si la persona fallecida estuviere afiliada a un fondo de pensiones, los gastos funerarios correrán por cuenta de dicho fondo. En los casos en que el accidente de tránsito sea cubierto por la póliza del SOAT, será la aseguradora la responsable del pago de los gastos funerarios.

**DEFINICIÓN:** Gasto causado en razón de las honras fúnebres de la víctima, comprendiéndose en dicho concepto gastos de preparación del cadáver, transporte, velación, inhumación, siempre y cuando ocurra dentro del año siguiente al accidente.

**NATURALEZA:** Indemnizatorio, se protege el patrimonio económico que ha sufrido el menoscabo.

**CUANTÍA:** 150 salarios mínimos diarios vigentes al momento del accidente.

**TITULAR:** Quien demuestre haber realizado el pago de los gastos.

## **COBERTURA ADICIONAL**

En virtud del decreto 1813 de 1994 se establece un amparo adicional a los establecidos en el seguro obligatorio para los gastos médicos, quirúrgicos cuando la víctima del accidente de tránsito se encuentra politraumatizada o requiere rehabilitación, además de la cobertura del seguro obligatorio se tiene derecho a reclamar al Fondo de Solidaridad y Garantía un amparo adicional de 300 salarios mínimos diarios legales vigentes al momento del accidente.

Este amparo opera tanto para víctimas en accidente con vehículo asegurado como para víctimas con vehículo no asegurado o no identificado.

## **DE LA RECLAMACIÓN**

Para conocer en cada caso concreto si existe o no cobertura del seguro obligatorio y del trámite de reclamación que se debe adelantar ante la compañía aseguradora o el Fongat, se requiere en primer lugar definir qué se entiende por accidente de tránsito.

El artículo 1º del Decreto 1813 de 1994 define el accidente de tránsito como todo suceso ocasionado o en el que haya intervenido un vehículo automotor en una vía pública o privada con acceso al público, destinada al tránsito de vehículos, personas o animales y que como consecuencia de su circulación o tránsito, o que por violación de un precepto legal o reglamentario de tránsito causa daño en la integridad física de una persona.

No se requiere entonces que el vehículo se encuentre en circulación, basta que la persona lesionada haya sufrido lesiones al entrar en contacto con el vehículo, así este se encuentre detenido.

## **PROCEDIMIENTO**

En todos los casos, cualquiera que sea el amparo por el cual se reclama, el reclamante deberá acreditar la existencia del accidente y sus consecuencias dañosas, para ello deberá adjuntar a la compañía aseguradora o al Fongat según sea el caso, los siguientes documentos:

1. Certificación sobre ocurrencia del accidente, o copia auténtica del informe elaborado por la autoridad de tránsito, o la denuncia penal sobre ocurrencia del accidente ante la autoridad competente.

2. Certificado de atención médica elaborado por el médico en formato del Ministerio de Salud.

Además en cada amparo se establecen unos requisitos para la acreditación del derecho así:

**Servicios Médico – Quirúrgicos:** Presentar cuenta de cobro en formato según tarifas y facturas.

**Nota:** Las tarifas están establecidas en la resolución 002389 de 1994 de la Junta de Tarifas para el Sector de Salud del Ministerio de Salud.

### **Incapacidad permanente:**

- Formulario de reclamación
- Certificado de incapacidad expedido por la Junta de Calificación de Invalidez establecida en la ley 100.

## **GASTOS FUNERARIOS E INDEMNIZACIÓN POR MUERTE**

Certificado de defunción o acta de levantamiento del cadáver si la muerte se produjo en el lugar del accidente.

Certificado de defunción expedido por el médico.

Prueba del estado civil de los reclamantes.

Si es gasto funerario, factura de servicios.

### **GASTOS DE TRANSPORTE**

Cuenta de cobro en formato preestablecido.

Certificado transporte de víctimas que expide el centro hospitalario.

**Nota:** Si el traslado fue dentro del área urbana se reconoce hasta 3 salarios mínimos diarios. Si es en carretera hasta 10 salarios mínimos diarios.

No se reconoce transporte si la víctima es trasladada en el mismo vehículo que ocasionó las lesiones.

## **A QUIEN SE RECLAMA**

Los ocupantes del vehículo y los peatones reclaman a la compañía aseguradora que amparaba el vehículo en el cual se movilizaban o que les ocasionó las lesiones.

Cuando concurren varios vehículos en el accidente de tránsito los ocupantes de cada vehículo reclamarán a la compañía que tiene asegurado el vehículo en el cual se movilizaban, y los afectados no ocupantes del vehículo pueden elegir a qué compañía reclaman.

Si el vehículo causante del accidente no está asegurado o se trata de un vehículo no identificado, se reclama el Fongat (Fondo de Solidaridad y Garantía).

## **PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN**

Presentada la reclamación acreditando el derecho y la cuantía, la entidad aseguradora tiene un término de 1 mes para el pago y una vez vencido el término la compañía estará obligada al pago de intereses moratorios vigentes a la fecha en que realice el pago de conformidad con el artículo 1080 del Código de Comercio.

Cuando una entidad hospitalaria, clínica o prestadora de salud reclama con fundamento en el seguro obligatorio a una compañía y ésta dentro de los 15 días de presentación de la solicitud considere que no es clara la reclamación, solicitando aclaraciones, la compañía aseguradora está obligada a cancelar el 60% como anticipo y el saldo se cancela una vez se clarifique.

Si la compañía exigió aclaración y la entidad no responde en 30 días se considera fundada la objeción y debe restituir el anticipo. Si esto acontece en dos oportunidades la entidad de salud pierde el derecho de reclamar anticipos por 90 días.

El Decreto 1813 de 1994 consagra una sanción severa a las compañías aseguradoras que dilaten injustificadamente el pago de las indemnizaciones consistente en multas de 1000 salarios mínimos mensuales vigentes al momento en que la Superintendencia Bancaria imponga la sanción.

Llama la atención que las sanciones por no pago oportuno (interese moratorios) y por dilación en pago (multa) sólo se consagraron para las compañías aseguradoras, de esta manera el mismo estado se protege para que dichas sanciones no le sean aplicada a él., cuando se trata de indemnizaciones que paga el Fondo de Solidaridad y Garantías (vehículos no asegurados o vehículos fantasmas). En estos eventos las sanciones no operan, burlándose así el derecho de las víctimas que ante la ausencia de las sanciones deberán soportar el demorado pago.

## **EL SEGURO OBLIGATORIO Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

Cuando acontece un accidente de tránsito la víctima y las personas afectadas con el mismo, tienen derecho a iniciar la acción judicial por responsabilidad civil extracontractual en contra del causante directo del perjuicio, en contra del propietario del vehículo por su carácter guardián de la actividad peligrosa y en contra de la empresa afiliadora del vehículo si se trata de un vehículo de servicio público. El hecho de que la víctima haya recibido el pago de las indemnizaciones del seguro obligatorio, no le impide el ejercicio de esta acción judicial, lo que acontece es que en el proceso los responsables pueden solicitar que de la eventual condena se descuenten los valores pagados por el seguro obligatorio que tengan carácter indemnizatorio, es decir los pagos realizados por los amparos de gastos, médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos, gastos de entierro, gastos de transporte.

Las indemnizaciones pagadas por incapacidad permanente y muerte no pueden ser descontadas de la indemnización final por no tener carácter indemnizatorio, único tipo de gastos que la ley permite descontar.

## **SEGURO OBLIGATORIO Y SUBROGACIÓN**

La circunstancia de que el seguro sea de obligatorio pago para el asegurador, no significa necesariamente que quien es el real responsable de perjuicios ocasionados se libere plenamente de su responsabilidad. Así como la víctima o sus causahabientes pueden iniciar la respectiva acción judicial en contra de los responsables, la ley ha establecido el derecho que tiene la compañía aseguradora para subrogarse en los derechos del afectado por los valores pagados.

Procede entonces la acción del asegurador contra el o los responsables del accidente, cuando el conductor del vehículo actuó con dolo o culpa grave o cuando al contratarse el seguro se incurrió en vicios como el error.

Igualmente se estableció la subrogación a favor del Fongat, respecto a las indemnizaciones que pague por accidentes ocasionados por vehículos no asegurados.

## **PÉRDIDA DEL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN**

Las condiciones generales del seguro de daños corporales causadas a las personas en accidentes de tránsito, aprobadas por la Superintendencia Bancaria establecen dos eventos, en los cuales se pierde el derecho a la indemnización:

1. Cuando ha habido mala fe en la reclamación o la comprobación del derecho, como por ejemplo cuando un reclamante acompaña a la reclamación facturas falsas, o por valores que no corresponden a las canceladas.
2. Cuando haya habido renuncia a los derechos contra las personas responsables.

En este punto es importante llamar la atención respecto a las conciliaciones realizadas ante inspectores de policía para el evento de lesiones con incapacidad menor a 30 días o conciliaciones ante Fiscalías por lesiones con incapacidad superior a 30 días o muerte, ya que si en la conciliación no se deja expresa anotación de que además de la indemnización recibida del responsable se reclamarán las indemnizaciones del seguro obligatorio, la conciliación debe entenderse como la renuncia de los derechos en contra del responsable y como consecuencia se

producirá la pérdida del derecho a indemnización de conformidad con el seguro obligatorio.

## **ANOTACIONES FINALES**

En relación a gastos médicos – quirúrgicos, primero se afecta el seguro obligatorio, luego puede acudirse al amparo adicional de 300 salarios mínimos diarios que otorga el Fondo de Solidaridad y Garantías a víctimas politraumatizadas o que requieren rehabilitación y luego se acude a la EPS a la que está afiliada la víctima y si el accidente de tránsito constituyó accidente de trabajo se acude a la ARP Administradora de Riesgos Profesionales.

Cuando del accidente de tránsito se derive una incapacidad temporal, el pago de la indemnización por este concepto corresponde a la EPS y a la ARP si fue accidente de trabajo.

En el evento en que una compañía de seguros realice un pago con fundamento en el seguro obligatorio y luego éste resultare ser falso, la compañía puede repetir contra el Fondo de Seguridad y Garantías.

La legislación impuso a las compañías aseguradoras la obligación de adecuar las pólizas y tarifas que coincidan en amparos con el seguro obligatorio, lo que significa necesariamente que en las pólizas de responsabilidad civil en relación a los amparos de lesiones o muerte, deben operar en exceso del seguro obligatorio y por ende debería descontarse de la prima, el valor correspondiente.



# JURISPRUDENCIA

## Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia

### CONTRATO DE SEGURO

#### Subrogación del Asegurador

“En forma reiterada ha sostenido la jurisprudencia de la Corte que la expresión “...hasta concurrencia del importe...” a que alude el artículo 1096 del Código de Comercio, debe interpretarse a la luz de lo dispuesto en el artículo 27 del Código Civil, razón por la cual no puede tener un alcance distinto al que señala su tenor literal. La razón de ser de este precepto estriba en el carácter indemnizatorio de esta especie de contrato, motivo por el cual no puede ser fuente de ganancias o de riqueza.

*“...Cuando por presentarse el siniestro - ha dicho esta Corporación - la compañía aseguradora cubre el valor de la respectiva indemnización, por ministerio de la ley, o sea, sin concurrencia de las partes contratantes, el asegurador se subroga en los derechos del asegurado indemnizado contra el autor del daño, pero solo hasta el valor de la suma pagada, como quiera que al respecto establece la ley que ‘el asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro’ (artículos 1096 y 1121 del Código de Comercio).*

*“Como ha sido rector en materia de seguros que este contrato no puede ser fuente de ganancias y menos de riqueza, sino que se caracteriza por ser indemnizatorio (artículo 1088 Código de Comercio) es apenas obvio que circunscriba el derecho del asegurador que ha pagado el valor del seguro a obtener, del autor del daño apenas el monto de la suma pagada y no una cantidad superior” (Cas. 22 de enero de 1981. G.J. CLXVI, pág.156).*

En este orden de ideas, el fundamento de tal subrogación no es proteger pecuniariamente al asegurador, quien, por el contrario, encuentra en el cobro de la prima la contraprestación económica de sus compromisos, siendo allí, dentro de la relación asegurado-asegurador donde se fija el equilibrio contractual, el cual por virtud de la aplicación de los principios del “cálculo de probabilidades” y la



“previsión de lo imprevisible”, no se resquebraja ni sufre mella alguna cuando el asegurador paga la indemnización, es decir, cuando cumple lo pactado.

Se infiere de lo dicho que la sociedad aseguradora no se empobrece por pagar lo que debe en razón de un contrato cuya singular estructura le permite obtener la contraprestación económica con base en principios técnicos universales. Si así no fuera, no se sabría, entonces, qué papel jugaría la prima dentro del contrato de seguro.

Como se ha dicho, el cimiento de la subrogación no es propiamente la protección patrimonial del asegurador, al cual, de todas formas, se le abre la posibilidad de la subrogación, la cual, en verdad, tiene por objetivo básico la necesidad de evitar el enriquecimiento del causante del daño, así como enervar la posibilidad de que el asegurado obtenga un doble pago del perjuicio. El carácter indemnizatorio lo fija la ley para la prestación en favor del asegurado, desde luego, para evitar allí también que la ocurrencia del siniestro se torne en una fuente de lucro, no de restablecimiento del equilibrio patrimonial para éste. Todo lo cual se halla inspirado en nítidos principios de moral social. Y si pudiera decirse que ese carácter indemnizatorio se traslada a la pretensión del asegurador que ha pagado, en frente del directo causante del daño, sólo lo podrá ser dentro del marco de su propia erogación, no sólo por lo ya dicho, sino también porque no se entendería cómo si el asegurador sólo queda obligado frente al asegurado a pagarle una suma determinada por razón de la pérdida sufrida por éste, él sí pueda exigirle al causante del daño una corrección monetaria que no ha cubierto, máxime cuando no fue el directamente perjudicado.

Luego no puede acudir el censor a la supuesta necesidad de “mantener el equilibrio de las relaciones jurídicas” como un presupuesto para aplicar la corrección monetaria que depreca puesto que si el pago de la indemnización no es un factor de desequilibrio contractual o empobrecimiento del asegurador, sino de pago de una prestación debida, mucho menos resulta serlo el reembolso nominal de la indemnización.

De otro lado, afirma el recurrente que por el hecho del pago de la indemnización pactada no varía la naturaleza de la acción en la cual se subroga el asegurador, razón por la cual tiene derecho a que se le restituya “la totalidad de la indemnización”, o sea, el daño emergente que cobija la corrección monetaria.

Empero, no repara el censor, además de lo dicho, en que la subrogación prevista en el artículo 1096 es, en cierta forma, *sui generis*, puesto que no tiene

como presupuesto el pago de una deuda ajena, esto es, la del tercero responsable, sino, de una propia por la cual ha obtenido como contraprestación el pago de una prima, peculiar característica que llevó al legislador a señalarle el límite que le designó y que una vez cubierta por el responsable implica un pago total y válido al asegurador.

(Sentencia de casación, octubre 13 de 1995. Expediente 3986. Magistrado ponente: Dr. Héctor Marín Naranjo).

## **SALVAMENTO DE VOTO**

**Javier Tamayo Jaramillo<sup>1</sup>**

Con el mayor respeto, me permito discrepar de la decisión mayoritaria, todo relacionado con la negativa de conceder la corrección monetaria sobre las sumas que, en virtud de la subrogación prevista en el artículo 1096 del Código de Comercio, el asegurador le reclama al tercero civilmente responsable del siniestro. En ese sentido, procedo a salvar el voto y, para tal efecto, expongo los siguientes argumentos:

1. En primer lugar, la sentencia, apoyada en antecedentes jurisprudenciales de esta misma Corporación, sostiene que el artículo 27 del Código Civil impide darle al artículo 1096 del Código de Comercio una interpretación que justifique legalmente la corrección monetaria en favor del asegurador que se subroga contra el responsable de un siniestro indemnizado al asegurado. Según la Corte, la claridad de la última disposición citada es tal que es imposible consultar su espíritu.

Así las cosas, según la sentencia, la corrección monetaria en favor del asegurador que se subroga contra el tercero responsable está vedada, pues el artículo 1096 del C. de Comercio, sólo consagra la subrogación “hasta el monto del importe” de la indemnización pagada al asegurado. Esta consideración amerita, con todo, dos observaciones.

---

<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.

De un lado, con las mismas razones que aduce la sentencia en relación con las limitaciones de interpretación que establece el artículo 27 del Código Civil, habría que concluir que, en general, la corrección monetaria, está prohibida en el derecho nacional, pues el nominalismo que éste literalmente acoge impediría una interpretación teleológica que le abra camino a la corrección monetaria. En efecto, el artículo 1627 del Código Civil expresa que “El pago se hará bajo todos los aspectos en conformidad al tenor de la obligación”. Así las cosas, nada de lo literalmente pactado nominalmente en las obligaciones dinerarias, podría ser modificado por el fallador si al artículo 27 del C.C. se le da el alcance que, en el asunto subjúdice, le brinda la sentencia.

No obstante, la jurisprudencia nacional, acudiendo al contexto del Código Civil, a la equidad y al equilibrio patrimonial que debe regular las relaciones jurídicas, en forma pacífica, acoge la solución de la corrección monetaria, si bien hace algunas excepciones. No se ve claro, entonces, porque, en algunas circunstancias, para efectos de conceder la corrección monetaria, pareciera omitirse la aplicación literal de los textos legales correspondientes, desconociendo aparentemente la pauta interpretativa prevista en el artículo 27 del Código Civil y, en cambio, en otras, como en el asunto *sub lite*, dicha pauta se aplica con todo rigor, y, en consecuencia, se niega la corrección.

242 Pero, de otra parte, aún en cumplimiento de las exigencias de interpretación previstas en el artículo 27 del Código Civil para el caso a estudio, lo cierto es que, mirado desde un ángulo diferente, el artículo 1096 tiene una interpretación distinta de la que le otorga la sentencia, lo que nos permite desentrañar su espíritu que fue lo que finalmente hizo la jurisprudencia cuando decidió romper el nominalismo literal previsto en la ley civil.

En efecto, cuando el artículo 1096 del C. de Comercio, establece que “el asegurador que pague una indemnización se subrogará... hasta el monto de su importe... en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro...” lo que está haciendo es impedir que la totalidad de los derechos indemnizatorios que contra el causante del daño tenga el asegurado, pasen al asegurador que cubrió el siniestro. Lo que significa que aquella parte del daño no cubierta por el seguro queda en cabeza del asegurado perjudicado por el hecho del tercero. Pero el importe de lo pagado por el asegurador al asegurado queda sometido al régimen general de las obligaciones indemnizatorias, razón por la cual el principio de la corrección monetaria aplicado por nuestros tribunales conserva acá su plena vigencia.

Como se ve, el artículo 1096 permite una interpretación literal diferente de la dada por la sentencia, lo que muestra que, por lo menos, la norma no ofrece la claridad exigida por el artículo 27 del Código Civil y, por lo tanto, sí es posible e incluso necesario, consultar su espíritu.

Pero, de otro lado, cabe anotar que, pese a la claridad que tenga una norma, el artículo 27 del Código Civil no exige que ella se interprete y se aplique categórica y literalmente, ignorando completamente el resto del orden jurídico. En efecto, el artículo 30 del Código Civil exige que la ley se interprete contextualmente, lo que significa que ambas normas son fuente de interpretación, y a ellas deberá, siempre, acudir el intérprete. Por lo tanto, puede darse el caso de dos normas absolutamente claras si se les considera individualmente, pero contradictorias si se les integra. En tales circunstancias, el juez deberá desconocer una de las dos, pese a lo dispuesto en el artículo 27 del Código Civil. En consecuencia, no vemos por qué no pueda aceptarse la corrección monetaria en favor del asegurador, si otras disposiciones e instituciones del sistema jurídico permiten aceptarla.

2. La interpretación que propongo tiene plena justificación dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

En efecto, el pago del siniestro al asegurado genera un desplazamiento de los derechos indemnizatorios del asegurado contra el tercero responsable hacia el asegurador. En tales condiciones, desde el pago del siniestro, el responsable es deudor del asegurador, en el equivalente de la indemnización recibida por el asegurado. Y así se le considerara como una obligación dineraria, que no lo es, el responsable, al ser condenado en favor del asegurador, tiene que pagar una prestación de la que era deudor desde cuando se produjo la subrogación, razón por la cual dicha prestación debe ser actualizada. La interpretación literal que hace la sentencia sería válida si el tercero responsable le pagase al asegurador el mismo día en que éste paga el seguro al asegurado, pues allí sí habría un equilibrio patrimonial entre las tres partes implicadas. Nadie se enriquecería a costa de los otros.

Ahora, como ya lo dije, lo que el artículo 1096 persigue es que a la subrogación por el pago del siniestro no se le dé un alcance que le permita al asegurador cobrar para sí, aquella parte del daño no cubierta por el seguro y que, por lo tanto, corresponde al asegurado. “Cosificado” el daño en su valor intrínseco el día del pago del siniestro, una parte corresponderá al asegurador y la otra, si fue que no hubo indemnización total, corresponderá al asegurado. A partir de ese

momento, el daño queda bifurcado desde el punto de vista de los legitimados para su reparación y, por lo tanto, cada quien podrá cobrar lo que le corresponde y si ese pago se retarda en el tiempo, cada uno de los legitimados podrá cobrar la corrección sobre la suma a la cual tiene derecho. Tampoco puede perderse de vista que el art. 1096 consagra la subrogación de “LOS DERECHOS” del asegurado, en favor del asegurador, lo que quiere decir que si el asegurado tenía derecho a que su indemnización se corrigiera monetariamente, ese crédito pasa al patrimonio del asegurador con ese mismo beneficio. Obsérvese que la norma habla de subrogación de “derechos” y no de sumas; por lo tanto, no puede reducirse esos derechos al valor monetario que para el momento del pago del siniestro ellos tenían. Para lo favorable y para lo desfavorable, el asegurador recoge en su patrimonio, los derechos que contra el responsable tenía el asegurado.

3. Miradas las relaciones patrimoniales que surgen al momento de producirse la subrogación, observamos que el tercero responsable no puede quedarse impune y por lo tanto, debe indemnizar la totalidad del daño que cause; y, no teniendo él la calidad de beneficiario del seguro, no se ve como finalmente, se beneficie con el desconocimiento de la corrección monetaria en favor del asegurador subrogado. De su lado, el asegurado no podrá cobrar al responsable sino aquella parte del siniestro que no fue pagada por el asegurador, luego la corrección monetaria que se le pretende negar al asegurador subrogado no se le podrá otorgar al asegurado pues, entonces, éste se estaría enriqueciendo injustamente.

Por lo tanto, si, en buen derecho, el responsable tiene que indemnizar todo el daño causado y el asegurado no puede cobrar la corrección monetaria, la conclusión lógica es la de que esa corrección le pertenece al asegurador. Y en esta solución no hay un enriquecimiento sin causa del asegurador. Con el otorgamiento de la corrección monetaria al asegurador sólo se le está manteniendo el valor intrínseco a la indemnización que recibió el asegurado y que, en virtud de la subrogación, ahora pretende ser recuperada por el asegurador contra el tercero responsable. Concedida la corrección monetaria al asegurador subrogado, el equilibrio patrimonial es perfecto pues el responsable paga el valor intrínseco exacto del daño, lo que significa que no se empobrece injustamente en favor del asegurador; el asegurado queda completamente indemnizado por el seguro y por el responsable y, finalmente, el asegurador recibe exactamente el mismo valor intrínseco que pagó al asegurado con motivo del siniestro, lo que significa que no se enriquece injustamente a costa del responsable del daño. Esta interpretación del artículo 1096 del C. de Comercio. No sólo deja intacto el principio rector del

artículo 27 del Código Civil, sino que concilia todo el orden sistemático que contiene el régimen obligacional colombiano. En cambio, con la solución contemplada en la sentencia, el tercero responsable se estará enriqueciendo injustamente a costa del asegurador, enriquecimiento que está prohibido a la luz de nuestro ordenamiento privado. Decimos que se está enriqueciendo, en la medida en que su patrimonio se disminuye menos de lo que debería disminuirse en caso de tener que pagar la indemnización corregida monetariamente.

4. La solución contemplada en la sentencia conduce a consecuencias completamente injurídicas. Veámoslo con un ejemplo:

Supongamos que el asegurador paga al asegurado el valor de una mercancía que era transportada, razón por la cual el asegurador se subroga contra el transportador responsable. Si la mercancía aparece meses o años después, el legitimado legalmente para recibirla será el asegurador subrogado y si, ya para ese entonces, la mercancía tiene un valor mucho mas alto en razón de la inflación, no vemos como, bajo el argumento de que el asegurador no puede cobrar mas de lo que pagó al asegurado, pueda el transportador quedarse con parte de la carga, limitándose a entregar el equivalente al valor nominal de lo pagado por el asegurador al asegurado; tampoco vemos como pueda el asegurado que ya fue plenamente indemnizado por el asegurador reclamar ese exceso que no puede ser conservado por el transportador. La única solución legítima consistiría en entregar la totalidad de la mercancía al transportador quien, al recibir cosas con mayor valor monetario en razón de la inflación, desde el punto de vista intrínseco está recuperando el valor exacto de lo indemnizado al asegurado en virtud del siniestro. Con todo, la solución adoptada por la decisión mayoritaria tendría que conducir a la no aplicación de esta última solución, pues, desde el punto de vista nominal, el asegurador estaría recibiendo una suma superior al importe de lo monetariamente pagado al asegurado. En el ejemplo propuesto, la consecuencia lógica de la tesis sostenida en la sentencia aprobada conllevaría a un enriquecimiento sin causa por parte del transportador responsable, en cuyo caso, se estaría desconociendo el texto claro del artículo 831 del C. de Comercio. Según el cual “Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro”.

Inclusive, variando un poco el ejemplo, supongamos que aparece la mitad de la mercancía, en cuyo caso, el asegurador tendrá derecho a que le devuelvan la mitad que apareció y a que le paguen en dinero, la mitad que se perdió. Sería absurdo que la segunda mitad no se corrija monetariamente siguiendo el criterio de

la decisión mayoritaria y que, en cambio, pudiese beneficiarse de la valorización de la carga que apareció.

5. Según la sentencia aprobada, “la razón de ser del artículo 1096 estriba en el carácter indemnizatorio de esta especie de contratos, razón por la cual no puede ser fuente de ganancias o de riqueza”. Esta apreciación es válida pero en relación con el asegurado y no con el asegurador. En efecto, al producirse la subrogación, pretende el legislador que el asegurado no reciba una indemnización ni superior ni inferior al daño realmente sufrido. Para que no reciba más, le concede acción subrogatoria al asegurador; y, para que no reciba menos, le impide al asegurador cobrar para sí, aquella parte del daño no cubierta por el seguro. Pero la norma en ninguna parte está prohibiendo la corrección monetaria en favor del asegurador, pues, como ya se ha dicho, ésta no constituye una ganancia adicional en beneficio del asegurador y en perjuicio del asegurado, sino, simplemente, la evitación de una pérdida como consecuencia del envilecimiento monetario de la prestación a que tiene derecho el asegurador, en virtud del pago del siniestro.

En consecuencia, nos parece erróneo el argumento invocado por el proyecto, tomado de jurisprudencias anteriores, según el cual como el contrato de seguros “no puede ser fuente de ganancias y menos de riqueza, sino que se caracteriza por ser indemnizatorio es apenas obvio que circunscriba el derecho del asegurado que ha pagado el valor del seguro a obtener, del autor del daño apenas el monto de la suma pagada y no una cantidad superior”. El argumento es erróneo porque el carácter de indemnizatorio que tiene el seguro de daños sólo se aplica al asegurado, quien no puede recibir una indemnización superior al valor del daño realmente sufrido. Ahora, cuando la norma establece que el asegurador se subroga hasta el monto de lo pagado, lo que está es aplicando principios generales de la teoría de las obligaciones, según los cuales, el asegurado conserva el derecho de cobrar aquella parte del daño no cubierta por el seguro. En ninguna parte, el carácter indemnizatorio del seguro impide al asegurador cobrar la corrección monetaria sobre el valor de la indemnización pagada al asegurado pues, como se ha dicho, dicha corrección no constituye una ganancia adicional, sino el mantenimiento intrínseco de los derechos transmitidos en virtud de la subrogación.

Ahora, pese a que el seguro de daños tiene carácter indemnizatorio en relación con el asegurado, lo cierto es que, también, éste tiene derecho a la corrección monetaria si el asegurador no le paga oportunamente. Sin embargo, si el argumento para negarle la corrección al asegurador es el de que éste no puede enriquecerse porque el contrato de seguros de daños es indemnizatorio, cabría,

entonces, afirmar que, tampoco el asegurado tendría derecho a la misma, ni siquiera a los intereses, pues como para él, indiscutiblemente, el seguro es meramente indemnizatorio, sólo podría cobrar el valor nominal del siniestro. Con todo, aparece claro que, en caso de incumplimiento del asegurador, la corrección monetaria sobre el valor del siniestro es procedente, a menos que se paguen los intereses moratorios en cuyo caso, éstos llevan consigo la actualización monetaria. Por lo tanto el carácter de indemnizatorio que, para el asegurado tiene el seguro de daños, no es argumento válido para negar la corrección monetaria de las prestaciones de que son acreedoras las partes, cuando el deudor no cumple a tiempo con su obligación.

La prueba de que el seguro de daños si puede ser una fuente de enriquecimiento para el asegurador, la encontramos en el hecho de que cuando no ocurre el siniestro, el asegurador se enriquece con la prima devengada, y, en tales circunstancias, no se ve cual sea el carácter indemnizatorio que para el asegurador pueda tener este tipo de contratos. Está claro que el asegurador no puede subrogarse en aquellos daños no cubiertos por el seguro, pues se estaría enriqueciendo injustamente a costa del asegurado; pero afirmar que la corrección monetaria no es procedente cuando el asegurador ejerce la acción subrogatoria, bajo el argumento de que el seguro de daños tiene un carácter indemnizatorio, no es válido. El argumento sería válido, por el contrario, si el asegurado pretendiese cobrar esa corrección apoyado en la doctrina de la Corte según la cual, dicha corrección no puede ser otorgada al asegurador, pues, entonces, el asegurado recibiría una indemnización superior al daño realmente sufrido, situación prohibida por el artículo 1088 del C. de Comercio.

Y, pese a que la sentencia afirma lo contrario, hay que concluir que el artículo 1096 del C. de Comercio. Si tiene como una de sus finalidades proteger pecuniariamente al asegurador, pues no pudiendo el asegurado acumular el seguro y la indemnización debida por el tercero, ni pudiendo el responsable quedar impune, lo lógico es que sea el asegurador quien recupere dicha suma, en cuyo caso no se estaría enriqueciendo injustamente a costa de ninguno de los implicados. Simplemente, estaría recuperando el valor intrínseco de la pérdida sufrida con el pago del siniestro. Así la obligación del asegurador encuentre su causa en la prima pagada por el asegurado, de todas formas, la solución adoptada por la ley colombiana consiste en que, en este tipo de seguros, sea el asegurador el que se subroga contra el responsable, pues de lo contrario, éste o el asegurado se estarían enriqueciendo injustamente.



No sobra insistir en que, efectivamente, el artículo 1096 del C. de Comercio, al limitar la subrogación del asegurador, está evitando, no que el asegurador se enriquezca, sino que lo haga injustamente a costa del asegurado. Pero, desde que éste quede plenamente indemnizado, el asegurador puede perfectamente cobrar al responsable el valor del siniestro, sin que, de su lado, desde el punto de vista intrínseco de la prestación, el tercero responsable tenga que pagar una indemnización superior al daño realmente causado. Por ello, la corrección monetaria sobre el valor del siniestro pagado al asegurado es la única forma de mantener el equilibrio patrimonial que se rompió con la ocurrencia del siniestro.

6. Según la decisión mayoritaria, el asegurador “no se empobrece por pagar lo que debe en razón de un contrato cuya singular estructura le permite obtener la contraprestación económica con base en principios técnicos universales”. Me parece, con todo, que tal apreciación es errónea. En efecto, una cosa es que se diga que la contraprestación que recibe el asegurador por asumir el riesgo es la prima y que, por lo tanto, de allí surge la obligación de pagar el siniestro, y otra, bien distinta, es afirmar que el asegurador no se empobrece con el pago del siniestro, porque, dentro de la ley de los grandes números, puede calcular el valor de las primas de forma tal que, al final del ejercicio, el monto total de contratos le deje ganancias. Indiscutiblemente, cuando ocurre el siniestro, el asegurador, dentro de esa específica relación contractual, se empobrece habida cuenta de la aleatoriedad del contrato, pues no hay proporción entre la prima pagada y el valor del siniestro indemnizado. De la misma manera, se enriquece cuando cobra la prima y no ocurre el siniestro. Es decir, en cada contrato en particular, el asegurador se enriquece o se empobrece, dependiendo de la ocurrencia del siniestro. Ahora, el cálculo de probabilidades es una operación pragmática que le permite al asegurador proyectar una determinada ganancia como resultado de la ejecución de varios contratos de seguros. Pero ese cálculo global, desde el punto de vista de cada contrato en particular, carece de trascendencia jurídica. Las obligaciones y derechos del asegurador nada tienen que ver con el cálculo de probabilidades hecho por el asegurador. A nadie se le ocurriría pensar que el asegurador tenga que pagar más o menos a sus asegurados, dependiendo del empobrecimiento o enriquecimiento que le produzca la siniestralidad total.

En consecuencia, el equilibrio contractual no se adquiere a partir del cálculo de la prima, sino a partir del pago de la prima por parte del asegurado, y del pago del eventual siniestro por parte del asegurador. Y, cuando pagado el siniestro, se produce la subrogación, el equilibrio patrimonial de los implicados se restable-

ce, pues el responsable paga lo que valga el daño causado, el asegurado recibe únicamente el valor del daño sufrido, y el asegurador recupera el valor real de lo pagado al asegurado.

Por otra parte, llama la atención el argumento expuesto en la sentencia de acuerdo con el cual “El cimiento de la subrogación no es precisamente la protección patrimonial del asegurador, al cual, si bien se le abre la posibilidad de la subrogación, ésta tiene por objetivo básico la necesidad de evitar el enriquecimiento del causante del daño, así como enervar la posibilidad de que el asegurado obtenga un doble pago del siniestro”.

En ese sentido, cabe observar que, como lo dice la sentencia, la norma le permite al asegurador recuperar lo pagado al asegurado, independientemente de que la finalidad de la norma sea o no proteger al asegurador. Pero nos parece contradictorio que la decisión mayoritaria acepte que una de las finalidades de la norma analizada sea la de evitar el enriquecimiento del responsable y, de otro lado, le niegue la corrección monetaria al asegurador, con lo cual se estaría contraviniendo la filosofía del artículo 1096, pues el único que se enriquece injustamente, o que, por lo menos, injustamente deja de empobrecerse con tal solución, es precisamente el responsable. Es más: la tesis de la sentencia estimula el incremento de los actos dañinos, pues los terceros podrían ser imprudentes y causar daños o podrían apoderarse de bienes asegurados, con la seguridad de que si, años después, deben indemnizar al asegurador, obtendrán una utilidad segura, o, por lo menos, dejarán de indemnizar la totalidad del daño, pues el asegurador no podrá cobrar la desvalorización de la moneda. El responsable se habrá apoderado de un bien que se valoriza en su poder, amén de la utilidad que le puede reportar y, como contraprestación, sólo pagará el valor nominal que tenía el bien afectado cuando el daño se produjo. En esta forma, no es que se haya evitado el enriquecimiento injusto del asegurador, sino que se le ha privado de obtener el valor intrínseco real de la indemnización que le pagó al asegurado. Con la solución aprobada, el único injustamente beneficiado en perjuicio del asegurador es el tercero responsable, lo que contradice los más elementales principios de la responsabilidad civil. En conclusión, la decisión mayoritaria contribuye a que el responsable se quede parcialmente impune, situación que, como lo afirma la misma sentencia, busca ser evitada por el art. 1096 del C. de Comercio.

De otro lado, la decisión aprobada está equivocada cuando dice que el asegurador no puede pretender una corrección monetaria que él no pagó al asegurado. En efecto, el derecho del asegurador a esa corrección no surge del pago de la misma al asegurado, como si se tratara de un siniestro adicional sino del envilecimiento de la indemnización que el responsable le debe al asegurado y que pasa al patrimonio del asegurador en virtud de la subrogación que se produjo al pagar el siniestro. Con ella sólo se busca que el asegurador, sin perjudicar al asegurado, recupere el valor intrínseco de la indemnización pagada en virtud del siniestro. No se pretende cobrar una corrección monetaria que no se ha indemnizado. Se pretende cobrar exactamente el mismo contenido patrimonial de lo que se pagó al asegurado como consecuencia del siniestro.

7. Pero, en mi opinión, el asegurador no sólo tiene derecho al pago del capital más la corrección monetaria, sino, también, a los intereses legales que le produzca ese capital, desde cuando le pagó al asegurado hasta el día en que a él le pague el tercero responsable. En efecto, seguiría constituyendo un enriquecimiento sin causa en favor del tercero responsable, el hecho de que éste pusiese a producir el valor de la reparación hasta cuando, en virtud de la condena, tenga que pagarle al asegurador lo que éste a su turno hubiese tenido que pagarle al asegurado, en virtud del siniestro. El asegurador puede argumentar, válidamente, que el tercero lo privó de la utilidad legítima del interés legal, pues no le pagó sino después de terminado el proceso. Si el asegurador, desde cuando paga al asegurado, se subroga contra el tercero responsable, es porque no sólo tiene derecho a que esa suma se mantenga en su valor intrínseco (corrección monetaria), sino también a que esa suma le produzca, como mínimo, los intereses legales.

8. Finalmente, cabe anotar que el carácter indemnizatorio que tienen los seguros de daños, no incide para nada en la aplicación de la corrección monetaria, tanto a favor del asegurador como del asegurado, en caso de incumplimiento de alguna de las partes. Por ello, así como el asegurador tiene derecho a la corrección monetaria en caso de producirse la subrogación o en caso de mora del asegurado en el pago de la prima, también el asegurado tiene derecho a esa corrección en caso de que el asegurador no pague oportunamente el valor del siniestro. Por ello, cuando en caso de un seguro de responsabilidad civil, el asegurador se niega a pagar el seguro mientras no haya una sentencia condenatoria contra el asegurado, éste tiene derecho a cobrarle al asegurador la corrección monetaria por la desvalorización de la moneda ocurrida desde el momento en que la víctima le reclama judicial o extrajudicialmente, hasta el momento en que

el asegurador le reembolse el valor de la indemnización pagada al perjudicado. Ello por cuanto la obligación del asegurador, para con el asegurado responsable, surge desde el momento en que, a éste, la víctima le reclama judicial o extrajudicialmente. Desde luego, en este último caso se corrige monetariamente el valor asegurado y esa será la suma máxima a que pueda ser condenado el asegurador.



# **Responsabilidad Civil y del Estado**

No. 3  
Julio de 1997

## **Responsabilidad por actos de publicidad comercial desleal**

Andrés Orión Álvarez P.

## **Responsabilidad civil en el sector de la construcción**

Diana Lucía Barrientos Gómez.

## **De la responsabilidad bancaria con ocasión de algunas operaciones activas y pasivas**

Jesús Llano Ramírez

## **Los daños en una economía de mercado**

Jorge Mosset Iturraspe

## **Sobre la sentencia de la sala primera del tribunal supremo de 23 de marzo de 1993: un repertorio de cuestiones de responsabilidad médica.**

Ricardo de Angel Yágüez





# **RESPONSABILIDAD POR ACTOS DE PUBLICIDAD COMERCIAL DESLEAL**

**Andrés Orión Álvarez P.**

## **CONTENIDO:**

- I. Planteamiento del problema
- II. Marco jurídico
- III. Elementos constitutivos de competencia desleal
- IV. Ubicación en el campo de la responsabilidad civil extracontractual
- V. Publicidad
- VI. Cuantificación de los perjuicios

## **I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

Se pretende mediante el presente estudio, analizar la responsabilidad en que incurre el comerciante por ejecutar actos constitutivos de competencia desleal, principalmente desde el punto de vista de la publicidad comercial, dejando de lado por lo tanto aspectos como la responsabilidad por actos de competencia desleal entre personas que no sean comerciantes, Artículo 3, ley 256/96 y las acciones indemnizatorias que tiene el consumidor frente al comerciante (productor, proveedor o comercializador) por la deficiencia en la calidad mínima presunta de los bienes o servicios ofrecidos al público, establecido en el Decreto 3466/82, sobre protección al consumidor.

Por lo tanto el marco jurídico del presente análisis se fundamenta exclusivamente en la Ley 256 de 1996 y comparativamente en los derogados artículos 75, 76 y 77 del decreto 410 de 1971 (Código de Comercio) y en el decreto 2153/92 sobre Promoción de la competencia.



Así las cosas, únicamente se tendrá en cuenta la acción indemnizatoria entre comerciantes por actos de competencia desleal y principalmente por la publicidad comercial desleal.

## II. MARCO JURÍDICO

En primer lugar se hará un recuento histórico, desde la Ley 155/59, siguiendo con los artículos 75, 76 y 77 del Código de Comercio, para llegar a la Ley 256 de 1996, la cual entró en vigencia desde enero de 1996 y derogó expresamente el artículo 10 de la citada Ley, y los artículos 75, 76 y 77 del Código de Comercio.

La Ley 155/59, sobre prácticas comerciales restrictivas, definía en su artículo 10 la competencia desleal:

*“Constituye competencia desleal todo acto o hecho contrario a la buena fe comercial y al honrado y normal desenvolvimiento de las actividades industriales, mercantiles, artesanales o agrícolas”.*

Esta definición en concordancia con los artículos 20 y 23 del Código de Comercio, implicaba que no necesariamente se dan actos constitutivos de competencia desleal entre comerciantes, es decir, es preciso anotar que de acuerdo con los numerales 2 y 4 del artículo 23 del Código de Comercio, la competencia desleal puede presentarse en actos de naturaleza no comercial, tema en lo cual no se profundizará por no ser objeto del estudio a tratar, pero a título informativo se cita:

*“No son mercantiles...2. La adquisición de bienes para producir obras artísticas y la enajenación de éstas por su autor.*

*4. Las enajenaciones que hagan directamente los agricultores o ganaderos de los frutos de sus cosechas o ganados, en su estado natural”.*

De acuerdo entonces con estos dos numerales, y con la parte final de la ley 155/59 sobre actividades artesanales o agrícolas, se deduce como lo expresaba ahora, que bajo la definición de la ley derogada, podía haber actividades que generaran actos de competencia desleal que no se presentan necesariamente entre comerciantes. Lo cual en el fondo se conservó en la actual legislación, dado que el Artículo 3º de la Ley 256 expresa: “Esta Ley se le aplicará tanto a los comerciantes, como a cualesquiera otros participantes en el mercado”.

Igual puede suceder entre personas que presten servicios inherentes a las profesiones liberales, catalogadas en principio por el numeral 5º del artículo 23 del Código de Comercio, como una actividad no mercantil, no obstante entre

profesionales del derecho por ejemplo puede perfectamente configurarse actos constitutivos de competencia desleal enmarcados por el Decreto 196/71 sobre el ejercicio de la abogacía cuando en el artículo 56 establece que constituyen faltas a la lealtad profesional:

1. Realizar directamente o por interpuesta persona, y en cualquier forma, gestiones encaminadas a desplazar o a sustituir a un colega en asuntos profesionales de que éste se haya encargado, u ofrecer o prestar sus servicios a menor precio para impedir que se confiara el encargo a otro abogado.

2. Aceptar la gestión profesional a sabiendas de que le fue encomendada a otro abogado, salvo que medie la renuncia...

3. Propiciar la elusión o el retardo del pago de los honorarios debidos a un colega.

Continuando con la ley 155/59, el artículo 11 enumeraba los actos constitutivos de competencia desleal, norma derogada por los artículos 75 y siguientes del Decreto 410 de 1971, actual Código de Comercio, los cuales fueron derogados a su vez por la nueva Ley 256/96.

A fin de visualizar el paralelo entre las normas derogadas y la actual Ley 256 de 1996, se transcriben los artículos que regulaban la figura de la Competencia Desleal en el Código de Comercio:

### **ARTÍCULO 75:**

Constituyen competencia desleal los siguientes hechos:

*1. Los medios o sistemas encaminados a crear confusión con un competidor, sus establecimientos de comercio, sus productos o servicios.*

*2. Los medios o sistemas tendientes a desacreditar a un competidor, sus establecimientos de comercio, sus productos o servicios.*

*3. Los medios o sistemas dirigidos a desorganizar internamente de una empresa competidora, o a obtener sus secretos.*

*4. Los medios o sistemas encauzados a obtener la desviación de la clientela, siempre que sean contrarios a las costumbres mercantiles.*

5. *Los medios o sistemas encaminados a crear desorganización general del mercado.*

6. *Las maquinaciones reiteradas tendientes a privar a un competidor de sus técnicos o empleados de confianza, aunque no produzcan la desorganización de la empresa ni se obtengan sus secretos.*

7. *La utilización directa o indirecta de una denominación origen, falsa o engañosa; la imitación de origen aunque se indique la verdadera procedencia del producto o se emplee en traducción o vaya acompañada de expresiones tales como “género”, “manera”, “imitación” o similares.*

8. *Las indicaciones o ponderaciones cuyo uso puede inducir al público a error sobre la naturaleza, modo de fabricación, características, aptitud en el empleo o cantidad del producto.*

9. *En general, cualquier otro procedimiento similar a los anteriores, realizado por un competidor en detrimento de otros o de la colectividad, siempre que sea contrario a las costumbres mercantiles.*

### ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 75:

Para el tema que nos ocupa, es importante resaltar los numerales 1 y 4, los cuales tienen relación directa con los actos de publicidad comercial desleal pues mediante dicha actitud se crea confusión con un competidor, sus establecimientos de comercio, sus productos o servicios; también dicha publicidad es un medio encauzado en obtener la desviación de la clientela mediante mecanismos fraudulentos y contrarios a las costumbres mercantiles.

Por último es importante destacar que la enumeración que traía el derogado artículo 75 no es taxativa, sino enunciativa dado que en su numeral 9, deja abierta la posibilidad de que existan otros hechos constitutivos de competencia desleal al expresar que “en general, cualquier otro procedimiento similar a los anteriores, realizado por un competidor en detrimento de otros, siempre que sea contrario a las costumbres mercantiles”.

### ARTÍCULO 76

*El perjudicado por actos de competencia desleal tendrá acción para que se le indemnicen los perjuicios causados y se conmine en la sentencia al infractor, bajo multas sucesivas hasta de cincuenta mil pesos, convertibles en arresto, a fin de que se abstenga de repetir los actos de competencia desleal. (Negrilla fuera de texto).*

*El juez, antes del traslado de la demanda, decretará de plano las medidas cautelares que estime necesarias, siempre que a la demanda se acompañe prueba plena, aunque sumaria,*

*de la infracción y preste la caución que se le señale para garantizar los perjuicios que con esas medidas pueda causar al demandado o a terceros durante el proceso.*

## ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 76

Es importante detenernos frente al inciso segundo del presente artículo, en lo referente a las **medidas cautelares** que el juez estime necesarias. Nótese que ni el Código de Comercio en este capítulo, ni el Código de procedimiento Civil en disposición especial, precisa las medidas cautelares aplicables a este caso concreto, máxime cuando son amplias las conductas que pueden constituir competencia desleal, es decir, el Código de Comercio al regular lo relativo a la competencia desleal, no obstante que expresamente autorizó la práctica de medidas cautelares, nada dijo de la forma como estas se debían llevar a cabo ni en qué consistían, por lo tanto los autores JOSÉ IGNACIO NARVÁEZ y GABINO PINZÓN, teniendo en cuenta que el artículo 568 del mismo código regula casos semejantes, recurrieron a la analogía como mecanismo que permite llenar vacíos, lo cual fue acogido por la Sala Civil del tribunal Superior de Medellín en providencia del 5 de diciembre de 1989, en el proceso de FRYSBY LTDA. Vs. ALIMENTOS NACIONALES PINKY S.A.

Dicha norma se encuentra ubicada en el Libro III, Título II sobre la Propiedad Industrial y textualmente expresa:

*“El titular de una patente o de una licencia podrá solicitarle al juez que tome las medidas cautelares necesarias para evitar que se infrinjan los derechos garantizados al titular de la patente...”.*

Sobre este particular es importante anotar que la nueva ley 256 en su artículo 31 avanzó significativamente, dando la posibilidad de llevar a cabo estas medidas cautelares inclusive antes de presentar la demanda, con carácter preferente e inclusive dentro de las 24 horas siguientes a la presentación de la solicitud, acogiendo además el criterio jurisprudencial y doctrinal de la analogía, remitiendo ya de manera expresa el artículo 568 del Código de Comercio, para lo no previsto en la nueva norma.

De acuerdo con el artículo 568 del Código de Comercio, “Las medidas cautelares podrán consistir en obligar al usurpador a prestar caución para garantizar que se abstendrá de realizar los hechos por los cuales ha sido denunciado; en el comiso de los artículos fabricados con violación de la patente y la prohibición de hacerles propaganda; en el secuestro de la maquinaria o elementos que sirven

para fabricar los artículos con los cuales se infringe la patente, o en cualquier otra medida equivalente”.

Podemos notar que no son medidas cautelares taxativas, sino que deja abierta la posibilidad de la práctica de otras medidas cautelares, que obviamente deberán ser traídas del Código de Procedimiento Civil, igualmente por aplicación analógica, de acuerdo con los artículos 1 y 2 del Código de Comercio.

Por último es importante anotar que en el título de la competencia desleal y en especial bajo la vigencia del anterior artículo 76 que regulaba la acción del perjudicado, no se establecía el procedimiento de la acción tendiente a obtener la indemnización de perjuicios, motivo por el cual se debía acudir al trámite del Procedimiento ordinario. Actualmente bajo el artículo 24 de la nueva ley 256, se regula expresamente este aspecto, ordenándose el trámite mediante el **Procedimiento Abreviado**.

### **Artículo 77:**

*Prohíbese la propaganda comercial que tienda a establecer competencia desleal a otros productores o distribuidores de mercancías, en general, o servicios de igual o similar naturaleza.*

*Presúmase desleal la propaganda comercial si se hace por sistemas de bonificación al consumidor, consistente en rifas, sorteos, cupones, bonos, vales, estampillas y otros medios pagaderos en dinero o en especie, en los siguientes casos:*

- 1. Cuando se trate de artículos catalogados oficialmente de primera necesidad.*
- 2. Cuando sean productos o servicios sometidos a controles sanitarios.*
- 3. Cuando el precio de los productos o servicios en el mercado o su calidad se afecten por el costo de las bonificaciones.*
- 4. Cuando el incentivo para el consumidor esté en combinación con cualquier procedimiento en que intervenga el azar.*

Este era el pequeño contenido de las normas derogadas, reguladoras de la compleja figura de la Competencia Desleal.

## ANÁLISIS COMPARATIVO

Ahora, y con el propósito de elaborar un estudio comparativo, se transcribirán los artículos 7º al 16 de la Ley 256/96, para posteriormente realizar un paralelo al respecto.

**ARTÍCULO 7. PROHIBICIÓN GENERAL.** *Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial.*

*En concordancia con lo establecido por el numeral 2 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado.*(Negrilla fuera del texto).

**ARTÍCULO 8. ACTOS DE DESVIACIÓN DE LA CLIENTELA.** *Se considera desleal toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial.*

**ARTÍCULO 9. ACTOS DE DESORGANIZACIÓN.** *Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno.*

**ARTÍCULO 10. ACTOS DE CONFUSIÓN.** *En concordancia con lo establecido por el punto 1 del numeral 3 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.*

**ARTÍCULO 11. ACTOS DE ENGAÑO.** *En concordancia con lo establecido por el punto 3 del numeral 3 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.*

*Se presume desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento aje-*

*nos, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.*

**ARTÍCULO 12. ACTOS DE DESCRÉDITO.** *En concordancia con lo establecido por el punto 2 del numeral 3 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que tenga por objeto o como efecto desacreditarla actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes .*

**ARTÍCULO 13. ACTOS DE COMPARACIÓN.** *Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 11 y 13 de esta Ley, se considera desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, cuando dicha comparación utilice indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, u omite las verdaderas. Así mismo se considera desleal toda comparación que se refiera a extremos que no sean análogos, ni comprobables.*

**ARTÍCULO 14. ACTOS DE IMITACIÓN.** *La imitación de prestaciones mercantiles e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por la ley.*

*No obstante, la imitación exacta y minuciosa de las prestaciones de un tercero se considerará desleal cuando genere confusión acerca de la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación ajena.*

*La inevitable existencia de los indicados riesgos de confusión o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica.*

*También se considerará desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor cuando dicha estrategia se halle encaminada a impedir u obstaculice su afirmación en el mercado y exceda de lo que según las circunstancias, pueda reputarse como una respuesta natural del mercado.*

**ARTÍCULO 15. EXPLOTACIÓN DE LA REPUTACIÓN AJENA.** *Se considera desleal el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.*

*Sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Penal y en los Tratados Internacionales, se considerará desleal el empleo no autorizado de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas o engañosas aunque estén acompañadas de la indicación acerca de*

*la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como «modelo», «sistema», «tipo», «clase», «género», «manera», «imitación», y similares.*

**ARTÍCULO 16. VIOLACIÓN DE SECRETOS.** *Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquiera otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de algunas de las conductas previstas en el inciso siguiente o en el artículo 18 de esta Ley.*

*Tendrá así mismo la consideración de desleal, la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos análogos, sin perjuicio de las sanciones que otras normas establezcan.*

*Las acciones referentes a la violación de secretos procederán sin que para ello sea preciso que concurran los requisitos a que hace referencia el artículo 2 de esta Ley.*

Ahora es pertinente hacer un paralelo entre la ley 155/59, los artículos 75, 76 y 77 del Código de Comercio (Derogados) y la ley 256/96, actual legislación en materia de competencia desleal.

## PARALELO

**Ley 155/59.**

**Art. 75, 76, 77**

**Código de Comercio:**

1. Constituye competencia desleal todo acto o hecho contrario a la buena fe comercial y al honrado y normal desenvolvimiento de las actividades industriales, mercantiles, artesanales o agrícolas. (Ley 155/59)

**LEY 256/96**

**Nuevo régimen de**

**competencia desleal**

1. Constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor



2. El artículo 76 del C. de Co., sólo expresa que el perjudicado por actos de competencia desleal tendrá acción para que se le indemnicen los perjuicios causados. (acción de declarativa y de condena)
3. Establece la imposición de multas en la sentencia.
4. Autoriza la práctica de medidas cautelares, sin enunciarlas o remitir a norma análoga.
5. No hace referencia expresa o tácita a los responsables en acción de indemnización por actos de competencia desleal.
6. No regulaba el trámite, por lo tanto se debía rituar mediante el Procedimiento Ordinario
7. Carece de cualquier referencia procedimental.
2. El artículo 20, incluye en las acciones que puede invocar el perjudicado contra los actos de competencia desleal además de la acción declarativa o de prohibición.
3. Desaparece la imposición de multas.
4. El artículo 31 remite expresamente al artículo 568 del Código de Comercio, para la práctica de las medidas cautelares.
5. El artículo 22 expresa que se tiene legitimación contra cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización del acto de competencia desleal.
6. determina el procedimiento de la acción, al expresar en el artículo 24 que las acciones se regirán por el Procedimiento Abreviado.
7. Regula todo el procedimiento.
  - Remite el trámite abreviado.
  - Establece normas sobre competencia territorial. Art. 25.

- Regula el período de prescripción
  - Hay norma expresa sobre medidas cautelares.
8. No autoriza expresamente la práctica de pruebas anticipadas.
8. A partir del artículo 26 establece el mecanismo para la petición, decreto, práctica y apreciaciones de diligencias preliminares de comprobación de actos de competencia desleal.
9. No expresa término de prescripción de la acción.
9. El artículo 23 establece que las acciones de competencia desleal prescriben en dos años a partir del momento en que el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal, y en todo caso por el transcurso de tres años contados a partir del momento de la realización del acto.
10. No fija una regla general prohibitiva de actos de competencia desleal.
10. Contiene norma expresa que fija una regla general prohibitiva de competencia desleal.

## **SEMEJANZAS:**

1. Ambos definen el concepto de competencia desleal (Ley 155/59), Ley 256/96).
2. Ambos atribuyen al perjudicado una acción tendiente a la indemnización de perjuicios.
3. Ambos enumeran de manera enunciativa y similar actos constitutivos de competencia desleal (Artículo 75 Código de Comercio y Artículos 8 al 17 ley 256).
4. Los Jueces Civiles del Circuito Especializados, conservan la competencia para conocer de estas acciones.
5. Ambas tienen aplicación a todas las personas que participan en el mercado, aunque no sean comerciantes.

## **INTERVENCIÓN DE OTRAS AUTORIDADES NO JUDICIALES EN CASOS DE ACTOS CONSTITUTIVOS DE COMPETENCIA DESLEAL**

1. Ya citamos el caso de la competencia desleal entre profesionales del derecho, cuyo competente sería el **Tribunal Disciplinario** para efectos de imponer sanciones, que aunque se trata de un organismo de la Rama Judicial, no es competente para pronunciarse sobre la indemnización de perjuicios.

2. Otro organismo competente o regulador de cierto modo, es el **Consejo Nacional de Televisión**, que indirectamente influye en la proyección de los comerciales y por tanto en el control de la competencia.

Es el caso del acuerdo “tácito” que existe entre el Grupo Santodomingo y Ardi-la Lule, respecto a la guerra de las polas, lo que constituye una práctica comercial restrictiva entre dos comerciantes cuya posición es dominante en el mercado.

Pues bien, el acuerdo 6 de 1993 prohibió en televisión los comerciales de bebidas alcohólicas y cigarrillos en las franjas de horario familiar, por razones de salud pública, quedando permitidos en la franja comprendida entre las 11:00 PM y las 6:00 AM. Este acuerdo fue respaldado por la resolución 0003 de marzo de 1995 del Consejo Nacional de Estupefacientes, que aclaró diferencias entre “publicidad directa” y “publicidad promocional o institucional”. Así las cosas la publicidad de cerveza en horario familiar quedó relegada a la promocional o institucional, es decir, aquella que no estimula el consumo del producto, sino que patrocina o promueve un evento o actividad deportiva, social o cultural, sin mencionar sus atributos.

En consecuencia y teniendo en cuenta la importancia del horario familiar, LEONA (del Grupo Ardila Lule) emitió un comercial en el que aparecía una caja y un rugido de león, entonces Bavaria con el objeto de contrarrestar el lanzamiento de Leona, hizo la cuña de César Rincón, en la que terminaba diciendo “hay cosas que no se aprenden de la noche a la mañana, como los productos que hace Bavaria”. En todo caso en ninguno de los dos comerciales aparecía ni la cerveza, ni la botella, simplemente la referencia subliminal.

El grupo Santodomingo observó como la cerveza leona comenzaba a incursionar fuertemente en el mercado bogotano y aunque se desgastó publicando cifras de ventas para demostrar la superioridad de Bavaria, era conciente el daño que le estaba causando leona en su monopolio, el cual no era ni medianamente proporcional a la incursión de las gaseosas del grupo Santodomingo en el mercado, frente a las gaseosas Postobón, de Ardila Lule.

Vino entonces el comercial de Bavaria en el pueblo boyacense de Chíquiza, en donde el momento de la celebración en el pueblo es la anhelada llegada del camión de Bavaria. Dicho comercial contiene básicamente mensajes subliminales, pues no muestra la cerveza como tal, simplemente un envase oscuro sin etiqueta, y aunque al televidente le parezcan idénticas al envase de cerveza Águila, argumentaron los defensores del grupo Santodomingo que son iguales a las botellas de Pony Malta y como el nombre de Bavaria en el camión es institucional, la fiesta cervecera del pueblo boyacense terminó siendo aprobada por el Consejo Nacional de Televisión, aunque en realidad pocas veces se ha glorificado tanto el consumo de una cerveza, como en este pequeño cortometraje de Sergio Cabrera.

Al mismo tiempo el Grupo Santodomingo demandó ante el Consejo Nacional de Televisión al Grupo Ardila Lule por una escena de la telenovela Café en la que Gaviota aparece tomando LEONA, cuyo envase es perfectamente enfocado; por lo cual fue sancionado RCN a pagar a título de multa la suma de \$6.965.000.00.

Posteriormente el Grupo Santodomingo solicitó al Consejo Nacional de Televisión el retiro de la propaganda de Leona como patrocinadora del Fútbol Colombiano, porque en su sentir el aviso puesto en las camisetas de los futbolistas incitaba de manera directa al consumo de la cerveza cuando además expresaba el comercial “tú te la ganaste”.

Es ahí cuando nace la iniciativa en Ardila Lule de demandar el comercial de Bavaria en el pueblo boyacense, pero una vez se le notifica que la publicidad de las camisetas no se suspenderá, prefiere guardar silencio frente a su competidor,

pues en la medida en que Bavaria cometa irregularidades apoyada en tecnicismos y manipulaciones, Leona podrá hacer lo mismo, la cual tiene más interés en tener presencia en el horario familiar para afianzar su nuevo producto.

Conductas que son controladas y calificadas por el Consejo Nacional de Televisión, la cual posee en consecuencia cierta injerencia sobre la publicidad en Colombia.

3. El Decreto 2153/92 sobre Promoción de la competencia atribuye al Ministerio de Desarrollo Económico y a la Superintendencia de Industria y Comercio la función de establecer la política del Gobierno en materia de promoción de la competencia, estímulo al desarrollo empresarial, desarrollo de la iniciativa privada, la libre actividad económica y la protección al consumidor. Debe por lo tanto la Superintendencia velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de competencia y prácticas comerciales restrictivas. *Se entiende por estas últimas los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y en general toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos de grupos dominantes en el mercado.*

4. Igualmente, el decreto 663/93, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, regula en su artículo 98, las reglas, acciones, sanciones y procedimiento sobre competencia desleal en el sector Financiero y Asegurador y atribuye a la Superintendencia bancaria como autoridad administrativa, facultades de intervenir para impedir y controlar las prácticas comerciales restrictivas y el ejercicio de actos de competencia desleal, con imposición de sanciones y el decreto de medidas preventivas, sin perjuicio de la competencia atribuida a los jueces para los procesos de responsabilidad civil.

Hasta aquí observamos que, aparte de la responsabilidad civil, cuyo proceso y pronunciamiento es de competencia de los JUECES CIVILES DEL CIRCUITO ESPECIALIZADOS, donde existan o en su defecto de los Jueces Civiles del Circuito, existen otras instancias administrativas que controlan y que inclusive imponen sanciones a quienes violen precepto de la competencia desleal, tales como: la Superintendencia de Industria y Comercio, la Superintendencia bancaria, el Consejo Nacional de Televisión y los Tribunales Disciplinarios, entre otros.

### III. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE COMPETENCIA DESLEAL

Se considera que son actos constitutivos de Competencia Desleal, en primer lugar, los actos que se presenten entre comerciantes que ejercen una **misma actividad económica o que satisfacen una misma necesidad**. Sólo entre comerciantes competidores pueden presentarse actos constitutivos de competencia desleal. Lo dicho no descarta la hipótesis anunciada al principio, con base en la ley 256/96, en el sentido de que pueden presentarse actos de competencia desleal entre personas que jurídicamente no tiene calidad de comerciantes, como en el caso de actividades artesanales y agrícolas, entre otras.

En segundo lugar, el acto debe ser **contrario a la ley o a las prácticas y usos mercantiles**.

Otros autores traen como tercer requisito necesario para que se tipifique el acto de competencia desleal, **la presencia del daño en el comerciante competidor**. De lo cual me aparto totalmente, pues una cosa es ejecutar actos de competencia desleal, y otro muy distinto es que este produzca daño en comerciante competidor. Más bien, el daño es un presupuesto de la acción de indemnización de perjuicios, es decir, del Proceso de responsabilidad civil, más no del acto constitutivo de competencia desleal. Piénsese en un acto constitutivo de competencia desleal que no produzca daño en el competidor, por ese solo hecho no dejará de ser competencia desleal, otra cosa distinta es que el agraviado no tenga causa para iniciar la acción civil. Al respecto me permito citar una Jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia:

*“La pretensión conminatoria no está subordinada a la existencia de un perjuicio. Tres son las fases que se distinguen en la competencia desleal, a saber: a) La ejecución de actos desleales con aptitud para producir confusión, desviación o desorganización; b) La ocurrencia real o efectiva de dichos fenómenos; y c) La existencia de perjuicios cuya sustancia, según quedó visto, la constituye por principio la conducta censurable del competidor. De esas tres etapas claramente diferenciables de la institución, basta entonces la primera de ellas para que proceda la acción conminatoria consagrada en el artículo 76 del Código de Comercio que, en su caso, se encaminará a obtener “en la sentencia” -según lo precisa la citada disposición- que se apremie al infractor con multas sucesivas hasta de cincuenta mil pesos, convertibles en arresto, “a fin de que se abstenga de repetir los actos de competencia desleal”, sin que sea necesario la existencia de un perjuicio cuantificable en dinero, que se requiere desde luego, cuando la pretensión del actor, no se limita a eso sino que reclama la correspondiente reparación económica y por lo tanto, apunta a la obtención de una indemnización. A este respecto no podrá argüirse que como la pretensión conminatoria está a*

*continuación de la indemnizatoria y precedida de la preposición “y”, es preciso advertir en ello una especie de subordinación forzosa de los medios en estudio hasta el punto de que el actor, para hacer uso del segundo tenga que exigir por fuerza la indemnización de un daño específico determinado en su entidad y cuantía, por cuanto jamás fue esa la intención del legislador que, por el contrario, guiándose por el criterio doctrinario de mayor aceptación, quiso atemperarse a la naturaleza jurídica igualmente preventiva de la institución, como lo demuestra el hecho de que hubiese permitido no sólo el ejercicio aislado de la pretensión conminatoria, sino inclusive la adopción de pronunciamiento en tal sentido como medida cautelar (inciso 2º. art. 76 C. de Co.) aún en frente de una pretensión de exclusivo sentido resarcitorio” (CSJ. CAS. Civil. Sent. Sep. 12/95. Exp. 3939. M.P. Nicolás Bechara Simancas).*

### **UN TERCERO COMO BENEFICIARIO DE LA ACCIÓN:**

Es importante anotar que el proceso de responsabilidad civil tendiente a obtener una indemnización de perjuicios en contra del comerciante infractor, beneficia en forma directa al demandante, pero de manera consecuencial al público en general, al consumidor. Si bien la acción la instaura un comerciante que se siente atropellado por su competidor, debe precisarse que de manera indirecta el consumidor recibe un beneficio al conocer la verdad del origen, calidad, originalidad y demás aspectos del bien o servicio que adquiere, en consecuencia, se trata de una protección al consumidor que puede verse engañado y perjudicado por los actos de competencia desleal efectuadas por un comerciante. Esta se constituye en una característica especial de los procesos de responsabilidad por actos de competencia desleal, si se tiene en cuenta que todos los mensajes publicitarios, ponderaciones del producto, posibles exageraciones, imitaciones y demás avisos están dirigidos al consumidor, con el fin de atraerlo.

Así lo confirma el artículo 21 de la ley 256/96, cuando establece que “cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 20 de esta ley. Agrega que estas acciones (declarativas y de condena – preventiva o de prohibición) podrán ejercitarse también por las asociaciones o corporaciones gremiales cuando resulten gravemente afectados los intereses de sus miembros y las asociaciones que tengan por finalidad la protección del consumidor e igualmente la podrá ejercer el Procurador General de la

Nación, respecto de aquellos actos desleales que afecten gravemente el interés público o la conservación del orden económico de libre competencia.

#### **IV. UBICACIÓN EN EL CAMPO DE LA responsabilidad CIVIL extra-contractual<sup>1</sup>**

La responsabilidad civil extracontractual se divide en tres grandes instituciones:

La responsabilidad por el hecho propio o directo, con culpa probada. Artículo 2341 del Código Civil.

La responsabilidad por el hecho ajeno. Artículo 2347 a 2349 del Código Civil.

La responsabilidad por el hecho de las cosas o por las actividades peligrosas, con culpa presunta. Artículo 2350 a 2356 del Código Civil.

En principio, la competencia desleal constituye un típico caso de responsabilidad directa, es decir, solo compromete la responsabilidad del comerciante del comerciante demandado, desde aquel momento ñeque se pruebe su culpabilidad.

En la responsabilidad directa o por el hecho propio del artículo 2341 del Código Civil, el juez se reserva la facultad de juzgar cada conducta para concluir en la sentencia si ella es o no culposa. El demandante en consecuencia debe probar los hechos en que fundamenta las pretensiones y de allí el juez deduce la culpabilidad. En síntesis, la responsabilidad directa del artículo 2341 del Código Civil se caracteriza porque además de probar el hecho físico, el comerciante corre con la carga probatoria de demostrar factores constitutivos de responsabilidad, que en el caso que nos ocupa, serán actos constitutivos de competencia desleal, deberá acreditar también, como en cualquier juicio de responsabilidad, los perjuicios sufridos con el actuar del demandado y obviamente los presupuestos de la responsabilidad:

Conducta dañina

Daño en la víctima

Nexo de causalidad entre la conducta y el daño.

La responsabilidad civil del comerciante por actos de competencia desleal se debe fundamentar en el ejercicio ilegal de la libre competencia, es decir, si un

1 TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil. Temis. 1993.



comerciante en el uso legítimo de la libre competencia, inicia y ejecuta actos constitutivos de competencia desleal con el propósito de atacar ilegalmente a su competidor, estaremos frente a un dolo eventual, ya que el comerciante sabía el daño que podría causar a su competidor.

Igualmente y de acuerdo con el artículo 22 de la ley 256, “si el acto de competencia desleal es realizado por trabajadores u otros colaboradores en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales, las acciones previstas en el artículo 20 de esta ley, deberán dirigirse contra el patrono”, caso en el cual nos ubicamos en el campo de la responsabilidad por el hecho ajeno.

**JURISPRUDENCIA:** La competencia desleal también puede darse mediante conductas culposas. “A diferencia de lo que parece insinuar en términos generales el artículo 75 del Código de Comercio en el sentido de consagrar allí la exigencia de un comportamiento doloso del competidor demandado para que se configure la institución de la competencia desleal, el numeral 9º de dicho precepto se encarga de despejar esa duda al tipificar así mismo como tal cualquier conducta culposa de aquel que, siendo contraria a la costumbre mercantil, afecte los intereses de sus rivales. No es entonces indispensable la existencia de dolo en el demandado para que se estructure esta figura, porque la conducta culposa también puede dar lugar a ella, cualquiera que sea el grado de la misma”. (CSJ. CAS. Civil. Sent. Sep. 12/95. Exp. 3939. M.P. Nicolás Bechara Simancas).

## **V. PUBLICIDAD**

La publicidad comercial es uno de los medios o vías que utilizado inadecuadamente puede conducir al comerciante a incurrir en actos de competencia desleal. Es por naturaleza el medio más eficaz para atraer al público, y a su vez para incurrir en actos de competencia desleal.

### **A. DEFINICIÓN:**

La publicidad no es más que un instrumento al servicio de los intereses económicos (tal vez el más eficaz) para ejercer el derecho a compartir en un mercado. La finalidad es el lucro y la publicidad es el instrumento, considerado de mayor idoneidad para alcanzar ese fin. En nuestro mercado se garantizan constitucionalmente la libertad de empresas y de competencia, pero esta tiene sus límites legales, respecto al consumidor y al competidor.

Igualmente se puede definir la actividad publicitaria como “toda la divulgación para dirigir la atención del público o de los medios de difusión hacia determinado producto o servicio, con el fin de promover de modo mediato o inmediato su contratación...” (Estatuto Publicitario Español).

Afirma el autor español JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA RUTA, que la publicidad es una actividad, que como tal es un proceso en el cual intervienen varias personas que son igualmente responsables.

El anunciante

La agencia de publicidad, y

El medio de comunicación.

Tema que será posteriormente analizado a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, y que es de trascendental importancia respecto al rema de la responsabilidad y la legitimación en la causa por pasiva.

## **B. BIEN JURÍDICO TUTELADO:**

La actividad publicitaria tiene una alta potencialidad lesiva, en la medida en que la actuación de un comerciante que sea contraria a los usos y prácticas mercantiles puede causar grave daño a los consumidores y a los competidores, por lo tanto, todo el orden público está interesado en que el contenido del mensaje publicitario sea verídico, honesto, y esté conforme a las prácticas usuales del comercio, por cuanto una competencia engañosa, es encaminada a crear confusión, tendiente a desacreditar a un competidor, no cumple su función orientadora y por el contrario lesiona actividades mercantiles que generan presupuesto de responsabilidad en el comerciante infractor.

## **C. ALGUNAS CLASES DE PUBLICIDAD COMERCIAL DESLEAL:**

**Difamatoria:** Se trata mediante cualquier mecanismo publicitario de quitarle la **fama** a un competidor. Atacan la moral y la ética del comerciante competidor y cuestionan también su actividad en el campo legal, mediante injurias o calumnias, con el propósito de que el cliente se abstenga de adquirir alguno de esos productos y así captar esa clientela. Ej.: El Presidente de una compañía afirma que su competidor es un evasor de impuestos.

**Denigratoria:** Se pretende desviar la clientela con base en el descrédito del competidor, con afirmaciones que le desacrediten como comerciante, que desacrediten sin razón sus productos, servicios o establecimientos de comercio.

De esta publicidad denigratoria se deriva la publicidad comparativa, la cual específicamente menciona el nombre de la competencia y compara los atributos específicos de los productos o servicios anunciados, lo cual es reprochable teniendo en cuenta que nadie puede ser juez en su propia causa. Así lo establece, aunque con cierta imprecisión, el artículo 13 de la ley 256/96 cuando expresa: “Se considera desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento propio o ajeno con los de un tercero, cuando dicha comparación utilice indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, u omita las verdaderas. Así mismo, se considera desleal toda comparación que se refiera a extremos que no sean análogos, ni comprobables”. No obstante esta publicidad es permitida por el Código de Autorregulación Publicitaria, bajo las siguientes condiciones:

Que su objetivo sea la defensa del consumidor.

Que tenga principios básicos de objetividad en la comparación

Que la comparación sea factible de comprobación.

Que compare productos fabricados en el mismo período.

Que no cree confusión entre productos y marcas competidoras.

Que no denigre o deforme la imagen del producto o servicio competidor.

Que en el caso de comparación entre productos cuyo precio no sea igual, esta circunstancia sea claramente indicada.

En general, que respete los principios y las normas de lealtad en la competencia comercial.

**Por engaño:** Se trata de un acto publicitario que riñe con la verdad. Es el caso de los comerciantes que con el fin de promover sus ventas, anuncian falsas liquidaciones de la empresa o establecimiento de comercio, con las cuales se falta a la verdad y además puede causar confusión en el mercado.

Por violación de normas de propiedad industrial:

Es quizá la forma más usual de publicidad desleal. En la propiedad industrial se protegen las patentes, los inventos, las marcas, las enseñas, nombres, los dibujos y los modelos industriales.

En estos casos existe una variación en la competencia para el conocimiento del proceso de responsabilidad, ya que el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil atribuye de manera privativa a los Jueces del Circuito Especializados de Bogotá la competencia para conocer de estos procesos por violación a las normas de propiedad industrial, así sea bajo la modalidad de competencia desleal en cualquiera de sus formas. Y el artículo 24 de la Ley 256, en concordancia con el Decreto 2273/89, atribuye la competencia a los Jueces Civiles del Circuito Especializados de acuerdo al factor territorial del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, y en su defecto, a los Jueces Civiles del Circuitos, donde el demandado tenga su establecimiento y a falta de este su domicilio y a elección del demandante también será competente el juez del lugar donde se haya realizado el acto de competencia desleal.

Respecto del tema de la Propiedad Industrial, se debe recurrir al Código de Comercio, artículos 534 y siguientes y a la DECISIÓN 344 de la Comisión de acuerdo de Cartagena.

#### **D. CÓDIGO NACIONAL DE AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA**

275

No existe en Colombia un estatuto legalmente expedido con fuerza vinculante, que regule íntegramente la publicidad comercial, como sucede en otros países como España, Argentina y Chile entre otros, en donde el estado ha reglamentado minuciosamente la actividad publicitaria. Con carácter legal sólo existe en Colombia el artículo 77 del Código de Comercio.

Por lo tanto y ante la apremiante necesidad, surgió un estatuto privado llamado Código de Autorregulación Publicitaria cuyo objetivo, entre otros, es el de la protección a los competidores contra las conductas de competencia desleal. Dicho estatuto fue expedido en 1980 por iniciativa de las diferentes asociaciones vinculadas a la industria de la publicidad, tales como:

Asociación Nacional de Dirigentes de mercadeo y ventas: DIRIVENTAS

Asociación Nacional de Anunciantes: ANDA.

Asociación de Medios de Comunicación: ASOMEDIOS.

Asociación Internacional de Publicidad, Capítulo de Colombia.

En su formación y al mismo momento de promulgar el Código, se creó la Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria, CONARP, como máximo organismo privado de vigilancia de la ética publicitaria, cuyo objeto es garantizar la operancia práctica de las normas contenidas en el Código de Autorregulación Publicitaria.

### **NATURALEZA Y VALIDEZ DEL CÓDIGO DE AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA**

De acuerdo con los artículos 150 y 200 de la Constitución Nacional solo tienen iniciativa legislativa, es decir facultad de presentar proyectos de ley, el Congreso y el Presidente de la República por medio de sus ministros de despacho. Por lo tanto se desconoce la fuerza vinculante de las “normas” del Código de Autorregulación Publicitaria, pues su creación obedece a la iniciativa de personas vinculadas con el proceso publicitario en Colombia, quienes por intermedio de sus representantes concurrieron a la celebración de un **acuerdo privado** que autorreguló la actividad publicitaria.

Así las cosas, existe en Colombia una forma de justicia privada que trata preventivamente de moralizar conforme a sanos criterios de respetabilidad y honestidad, la publicidad comercial en Colombia, cuyo Código aunque no tenga la calidad jurídica de tal, sí vincula a todos los gremios nacionales adscritos a la actividad publicitaria.

Es así como, se asignan las funciones a la COMISIÓN GENERAL DE AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA, se señalan los procedimientos a los cuales es necesario recurrir cuando se requiere la intervención de este Tribunal y, en último lugar, se dice que en caso de violación a las normas de este Código, CONARP podrá tomar medidas tales como:

Sugerir la corrección del anuncio.

Sugerir el retiro del anuncio.

Amonestar privadamente a anunciante, al medio de comunicación y a la agencia de publicidad.

Rechazar la publicación de avisos.

Solicitar a las entidades adherentes al Código las medidas disciplinarias que sus estatutos le permitan utilizar para sancionar al infractor.

Amonestar públicamente al sancionado.

Todo lo cual, sin perjuicio, de la acción legal que corresponda, ante la Rama Jurisdiccional al presunto perjudicado por los actos de publicidad comercial desleal.

Este recuento tiene por objeto, demostrar cómo éste Código Privado, podríamos entenderlo como recopilación de los usos y costumbres mercantiles que han regido y continúan rigiendo la actividad publicitaria mercantil. En verdad como lo dice el propio Código en su acápite: Antecedentes. "... llegamos así a reunir casi la totalidad de los Códigos de Autorregulación Publicitaria vigentes en el mundo, decidiendo tomar como modelo, por encontrarlo más apropiado al caso colombiano, El Código Brasileño el cual fue basado en el Código Internacional de la práctica publicitaria".

Desde otro punto de vista, a este Código, sólo le faltaría para ser un Código de costumbres mercantiles, en el campo de la publicidad, el que estas costumbres, tal como lo prevé el art. 86 ordinal 5º del Código de Comercio, fueron recopiladas y certificadas por una de las Cámaras de Comercio de las que operan en el país, con ello se le estaría dando al Código de Autorregulación un mayor afianzamiento dentro del Ordenamiento Jurídico Colombiano y de paso se le dotaría de una mayor coercibilidad, ya que sus normas serían verdaderas costumbres mercantiles, que certificadas por una Cámara de Comercio, tendrían la misma autoridad que la ley comercial, siempre que tales normas no contraríen lo dispuesto en normas mercantiles.

Por lo demás, al contener el Código de Autorregulación las normas sobre toda actividad publicitaria en Colombia, se cumpliría con los requisitos de ser costumbre pública, uniforme, reiterada y generalizada en todo el territorio nacional.

Ahora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96 del Código de Comercio corresponde a la Confederación de Cámaras de Comercio recopilar las costumbres que tengan carácter nacional, de lo cual resulta que, entre nosotros, sería COMFECAMARAS la entidad encargada de verificar las costumbres recopiladas en el Código de Autorregulación y certificar su existencia y validez en todo el territorio nacional.

En el aspecto que estamos analizando, en relación con la responsabilidad, es importante citar el Título tercero del citado "Código":

## RESPONSABILIDAD

Sobre las personas responsables de actos constitutivos de competencia desleal, el Código Nacional de Autorregulación Publicitaria conceptúa:

**ARTÍCULO 46:** La responsabilidad en la observancia de las normas de este Código abarca el anuncio en su contenido y formas totales, incluyendo testimoniales, declaraciones o presentaciones audiovisuales que tengan origen en fuentes externas.

**ARTÍCULO 47:** La responsabilidad en la observancia en las normas de conducta establecidas en este Código corresponde solidariamente al anunciante, a la agencia de publicidad y al medio de comunicación:

El anunciante asumirá la responsabilidad total por su publicidad.

La agencia de publicidad será solidaria con el anunciante en el cumplimiento de los preceptos de este Código, so pena de responder solidariamente con el anunciante y con la agencia de publicidad.

El medio de comunicación no deberá aceptar anuncios sin identificación del patrocinador, salvo los avisos clasificados y las campañas de expectativa, debiendo finalmente rechazar los anuncios de polémica o denuncia que no estén autorizados expresamente por una fuente conocida que respalde su contenido.

La responsabilidad por el anuncio difundido directamente por el anunciante sin la intervención de la agencia de publicidad, será del medio de comunicación y del anunciante.

El medio de comunicación podrá rechazar además, los anuncios que atenten contra la posición editorial o periodística.

Al respecto existía un vacío total en relación con las personas responsables de los actos constitutivos de competencia desleal. Tema que por fortuna trata aunque superficialmente el artículo 22 de la Ley 256/96:

**ARTÍCULO 22:** “La legitimación pasiva. Las acciones previstas en el artículo 20, procederán contra cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización del acto de competencia desleal.

Si el acto de competencia desleal es realizado por trabajadores u otros colaboradores en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales, las acciones previstas en el artículo 20 de esta Ley, deberán dirigirse contra el patrono”.

Aunque no precisa en forma clara las personas que deberán responder por los perjuicios derivados de los actos de competencia desleal, como lo hace el Código de Autorregulación Publicitaria, expresa que dicha acción procede “contra cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización del acto de competencia desleal”, por lo que será el demandante quien deberá probar además de la culpa, el dolo, y los perjuicios sufridos, la real participación de otras personas en dicha actividad, que aparte del anunciante (comerciante demandado) podrían eventualmente ser la agencia de publicidad y el medio de comunicación, lo cual no conlleva a la integración de un litisconsorcio necesario, pero correlativamente tendrá la facultad el demandado de llamar en garantía o denunciar el pleito a quien considere igualmente responsable, en los términos de los artículos 54 y 57 del Código de Procedimiento Civil.

## VI. CUANTIFICACIÓN DE LOS PERJUICIOS

Tal como lo expresa el Doctor JAVIER TAMAYO JARAMILLO en su obra, “De la Responsabilidad Civil. Tomo II”, la liquidación de daños y perjuicios por actos de competencia desleal suscita grandes dificultades, puesto que, se trata casi siempre de un lucro cesante generalmente intangible y difícilmente determinable.

De un lado, puede haber un perjuicio fácilmente evaluable, siempre que su existencia esté probada, Comcel caso del **daño emergente** representado en el valor de las mercancías perdidas por culpa del demandado, o representado en el valor de las inversiones en publicidad en que tuvo que incurrir el demandante para contrarrestar y aclarar al público en generar falsedad de los anuncios publicitarios del competidor.

Pero cuando los actos constitutivos de competencia desleal generan en el comerciante perjudicado fenómenos como la pérdida de la clientela, o la disminución en las ventas, se presenta la gran dificultad de demostrar con exactitud el lucro cesante generado, y más aún, se incrementa tal dificultad cuando se trata de actos relacionados con la publicidad comercial desleal, pues ¿cómo se podría calcular el valor del lucro cesante ante la presencia de un comercial desleal de televisión?, es decir, el comerciante perjudicado ¿cómo podrá evaluar su pérdida, ante el comercial desleal representado en perjuicios por ausencia o pérdida de clientela? O concluir que estos fenómenos obedezcan necesariamente al acto de publicidad comercial desleal y no a otros factores externos e inclusive propiciados por cambios latentes en un momento determinado en la economía nacional.



Respecto de los perjuicios morales, tal como afirma el Doctor Tamayo Jaramillo en la obra citada, al igual que en la indemnización por daños a las cosas, en la competencia desleal, y en general, en todos los daños causados a una actividad lucrativa, puede haber lugar a la indemnización de perjuicios morales, cuando el perjudicado es una persona natural. Es natural que se produzcan unos perjuicios morales en un comerciante o industrial que vea su establecimiento de comercio, empresa o industria abocada a la ruina en razón de la actividad culposa o dolosa de un comerciante competidor. Claro está, que como en cualquier condena por perjuicios morales, estos deben ser debidamente acreditados dentro del proceso.

### **MECANISMOS DE LIQUIDACIÓN:**

Tanto en el lucro cesante, como en el daño emergente proveniente la destrucción o deterioro de una cosa, generalmente la indemnización se paga años o meses después de la ocurrencia del daño, su monto debe ser actualizado, ante la evidente desvalorización de la moneda. Se acude usualmente, al mecanismo índice de precios al consumidor o alza en el costo de la vida y excepcionalmente al mecanismo de valor de reposición o reemplazo.

a) **VALOR DE REPOSICIÓN O REEMPLAZO:** Consistente en entregar a la víctima un bien similar al destruido o dando al perjudicado una suma de dinero suficiente para reemplazar o reparar el bien dañado, de forma que el demandante quede e iguales condiciones a las que tenía antes de ocurrir el acto constitutivo de competencia desleal. Le bastará al juez mediante testigos o peritos saber cuál es el precio que al momento de la indemnización tiene la recuperación del bien o cuanto cuesta el bien si este sufrió pérdida total.

Es necesario anotar, que en estos eventos de daño emergente es difícilmente configurable en los casos de publicidad comercial desleal, porque esta puede generar desde un punto de vista lógico, más fácil, perjuicios representados en el lucro cesante e inclusive en perjuicios morales, que en estrictos daños a las cosas.

b) **ÍNDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR:** En este mecanismo se debe necesariamente acudir a las estadísticas del DANE o del BANCO DE LA REPÚBLICA para que mediante certificados que expidan dichas entidades respecto al índice de precios al consumidor, pérdida del poder adquisitivo de la moneda, devaluación, etc., se actualice el valor del bien a la fecha de la certificación. Ejemplo: La reparación del bien ascendió a la suma de \$5.000.000.00 en enero de 1989, entonces se solicita a dichas entidades que con base en el índice de precios al consumidor

certifique cuánto valen esos \$5.000.000.00 para el momento de la certificación. Ese será entonces el valor actualizado del daño emergente.

Respecto al lucro cesante, el cual está representado en lo que dejó de ganar la víctima a raíz de los actos de competencia desleal de su competidor, es importante anotar que es aquí donde se presentan los mayores problemas probatorios, pues tal como se expresaba anteriormente se trata de una prueba diabólica, toda vez que aunque el demandante perjudicado con actos de publicidad comercial desleal, haya realmente sufrido perjuicios, quedará casi imposibilitado para su demostración, pues es difícilmente calculable y determinable cuantos clientes ha perdido la víctima o cuántos ha dejado de captar por los actos de competencia desleal ejecutados por el demandado y de allí, deducir el quantum de su indemnización. Es por ello que tal vez la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 12 de septiembre de 1995. Expediente N° 3939, expuso que la pretensión conminatoria no está subordinada a la existencia de un perjuicio. Se expresa en esta sentencia que basta con que se lleven a cabo actos constitutivos de competencia desleal para que proceda la acción conminatoria con el fin de que se apremie al infractor a fin de que se abstenga de repetir los actos de competencia desleal, sin que sea necesaria la existencia de un perjuicio cuantificable en dinero, que se requiere desde luego, cuando la pretensión del actor no se limita a eso sino que reclama la correspondiente reparación económica y por lo tanto, apunta a la obtención de una indemnización. No obstante ser esta sentencia pronunciada con base en el hoy derogado artículo 76 del Código de Comercio conserva plena validez dentro de la nueva regulación normativa (Ley 256/96) la afirmación de que la pretensión conminatoria no está subordinada a la existencia de un perjuicio, y siendo consecuentes, se afirma que sólo la pretensión indemnizatoria es la que debe estar subordinada a la existencia de un perjuicio.

No obstante, se deben tener en cuenta mecanismos probatorios tales como testimonios, documentos, inspecciones judiciales con intervención de peritos a los libros de contabilidad de las dos empresas en litigio, para que con base en esa información se pueda eventualmente llegar a una conclusión sobre el valor de los perjuicios representados en el lucro cesante por la presencia de los actos de publicidad comercial desleal, desentrañando las posibles variaciones en las ventas de ambas empresas a partir de la ejecución de dichos actos, convirtiéndose en conclusión en un problema probatorio complejo, que se resolverá de acuerdo a las virtudes del demandante para entrar a probar de manera fehaciente el valor de los perjuicios sufridos.



# RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN

**Diana Lucía Barrientos Gómez**

## CONTENIDO:

Interpretación del art. 2060 c.c.

Responsabilidad del empresario

La actividad constructora siendo de tanta trascendencia e incidencia económica a nivel nacional aun no cuenta con una reglamentación autónoma que regule todos los aspectos que a ella atañen, ni siquiera en el Código de Comercio hay una normatividad precisa sobre el contrato de construcción y todas sus estructuras, ni se definen claramente sus obligaciones, tenemos que seguir acudiendo al art. 822 del estatuto que contempla que las actividades mercantiles no reguladas por el C. C.Cio., se sujetarán a los principios establecidos en el Código Civil, por lo tanto nos trasladaremos a la legislación civil. Las relaciones jurídicas de empresarios constructores civiles y comerciantes en cuanto al contrato de construcción se regulan en el Código Civil.

283

## INTERPRETACIÓN DEL ART. 2060 C.C.

Tradicionalmente se ha recurrido al art. 2060 C.C., como pilar normativo de la responsabilidad civil del constructor: son varias las disposiciones existentes en el Código Civil, pero partiremos de algunos términos que trae esta norma para emprender este estudio.

Art. 2060 dispone: “Los contratos para la construcción de edificios, celebrados con un empresario, que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan, además, a las reglas siguientes:

...3º) *Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido*

suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041, inciso final.

(Se debió citar el art. 2057 C.C.).

Este art. data de 1887 y por ello en cuanto a su redacción nos debemos ubicar en el tiempo y tratar de adecuarlo a la realidad actual.

El art. 2060 del C.C., contiene varias figuras que considero necesario precisar, antes de entrar a estudiar la responsabilidad en sí de los constructores. Son ellas CONSTRUCCIÓN DE EDIFICIOS, OBRAS, RUINA, EMPRESARIO, entre otras.

En el 2060 C.C., se regulan obligaciones pecuniarias en relación con la **CONSTRUCCIÓN DE EDIFICIOS**. Y por esta se ha de entender toda edificación en pisos, en planta, subterránea, elevada, u obra en general, que reúna materiales y mano de obra y tenga además el carácter de permanencia.

Cuando hablamos de OBRA debemos saber qué se define por ella. Haríamos un tratado intentándolo, en aras de encontrar un sentido nos remitimos a una definición que trae el Decreto N° 1753 de agosto de 1994 que reglamenta algunos aspectos de la licencia ambiental: 1º.... OBRA, PROYECTO O ACTIVIDAD: un proyecto, obra o actividad incluye la planeación, ejecución, emplazamiento, instalación, construcción, montaje, ensamble, mantenimiento, operación, funcionamiento, modificación, y desmantelamiento, abandono, terminación, del conjunto de todas las acciones, usos del espacio, actividades e infraestructura relacionadas y asociadas con su desarrollo.

RUINA en principio podemos deducir de esta palabra una pérdida total de un objeto u obra, pero en un sentido más práctico será todo daño que se dé por un defecto de construcción que provenga de un vicio del suelo, de un vicio de la construcción misma o de los materiales utilizados, es decir pérdida o deterioro de la calidad del mismo bien.

AMENAZAR RUINA es cuando el daño no se ha hecho evidente pero según el transcurrir normal de las cosas se ha de presentar. Por ejemplo, cuando no se construyen los filtros de agua, y las lluvias van deteriorando el terreno hasta ocasionar el debilitamiento de las fundaciones.

El término PERECE pienso que hace alusión, no a que desaparezca totalmente el edificio o la obra sino más bien a que pierda en forma definitiva la naturaleza para la que fue construida o creada, me explico: si por un defecto de construc-

ción no se mezclan adecuadamente y el respectivos porcentajes la arena, gravilla y cemento una losa no da la suficiente resistencia que permita seguir adelantando la edificación, así la losa no se derrumbe o desaparezca habrá que demolerla y en el evento de que se ejecute, la edificación no podrá ser habitada. En este caso PERECE esta parte de la obra.

... **CELEBRADOS CON UN EMPRESARIO** tradicionalmente se ha hecho alusión al **CONSTRUCTOR** como ejecutor de una obra.

En la redacción de este artículo y el capítulo al que se incorpora, se interpreta a ese empresario como persona natural (cuando en el art. 2062 C.C., se establece que la muerte del empresario da lugar a la terminación del contrato).

Antes los empresarios eran personas de confianza que manejaban la obra (maestro de obra) compraban materiales, pagaban salarios, coordinaban trabajos en el 2061 C.C., se hablaba de los arquitectos teniéndose en cuenta a las personas que contaban con algún estudio técnico o título profesional que lo habilitaba para dirigir una obra, hoy además se entienden los ingenieros civiles, eléctricos y otros profesionales.

Ubicándonos en el tiempo, debido a los riesgos que se asumen, a los costos tan altos, a las diferentes figuras jurídicas que rodean los negocios, a los grandes capitales de inversión, a la magnitud de las obras, a la especialización en las artes y oficios cada vez es menor el número de **EMPRESARIOS** personas naturales que emprenden totalmente la construcción de una obra.

El empresario hoy en día puede ser persona natural o jurídica y puede encargarse de un todo o parte de la ejecución de la obra o proyecto.

Para dar aplicación al 2060 C.C, aclararemos que se puede entender por **EMPRESARIO** de ese entonces a lo que comúnmente se ha llamado hoy en día **CONSTRUCTOR** en forma general.

En la actualidad una obra corriente pero con la suficiente seriedad reúne a varias personas o figuras:

**PROPIEDAD DEL PROYECTO:** Persona o personas naturales o jurídicas agrupadas en sociedades de hecho, consorcios o sociedades de hecho, consorcios o sociedades de Derecho que tienen la propiedad de un inmueble por construir o simplemente se reúnen con el fin de desarrollar un proyecto.

**GERENCIA DEL PROYECTO:** Persona Natural o Jurídica que se encarga de la contratación de las diferentes etapas de un proyecto. Busca además las fuentes de financiación, es el puente entre la entidad financiera y el propietario del proyecto. Además lleva la representación legal del proyecto. Aprueba presupuesto. Adjudica los contratos de obra, estudios, interventoría, suministro de materiales, supervisa las cuentas del proyecto. Realiza trámites ante planeación, coordina trámites y elaboración de las promesas de venta, reglamentos, etc., coordina el plan publicitario, liquida contratos de obra, entrega a planeación las obras de urbanismo, vigila calidad de los materiales, entre otros.

Son funciones de dirección y manejo. Su obligación es de resultado pues es quien se obliga con los dueños del proyecto a que la obra encomendada se lleve a efecto, es el representante legal del proyecto.

Considero que su responsabilidad se equipara a la del llamado EMPRESARIO.

**INTERVENTORÍA:** esta figura normalmente era utilizada en la ejecución de obras públicas y en obras particulares de cierta importancia y complejidad.

Hoy en día es más frecuente y se exige en proyectos de encargo fiduciario, proyectos asociativos, etc.

Es la interventoría un control y canal entre el ejecutor constructor material del proyecto y la gerencia o propietario del mismo, entre sus funciones está:

Analizar todos los estudios y planos técnicos a ejecutarse en el proyecto. Colaborar con las diligencias ante planeación, revisar los diferentes presupuestos tanto el general como los parciales de las diferentes obras. Dar visto bueno de los subcontratos que se lleven a cabo. Autorizar los anticipos de dinero que el gerente del proyecto disponga. Vigilar porque todos los detalles de la construcción se ejecuten de acuerdo con las especificaciones acordadas previamente. Vigilar la compra de materiales. Reportar cualquier irregularidad que se descubra en la construcción. Vigilar porque se pague oportunamente a los contratistas y subcontratistas, también a los diferentes empleados de la obra. Autorizar la compra de materiales o equipos necesarios para el desarrollo de la obra.

Aprueba o rechaza las entregas totales o parciales de la obra según los planes trazados y el programa a ejecutar.

Se presume su responsabilidad en la medida en que por su profesión u oficio haya debido conocer el vicio de construcción, del suelo o de los materiales que originaron el daño.

En caso contrario habrá de demostrarse su negligencia o culpa en su actuar que de alguna manera incidiera en la ocurrencia del daño.

**CONSTRUCTOR:** Se puede entender en varios sentidos:

- a) Ejecutor de obra.
- b) Manejo directo del proyecto.
- c) Consultor Asesor.

a) En el primer caso se da cuando es contratado por la gerencia de un proyecto o propietario del mismo para que ejecute una obra ceñido a unos planos, licencia de construcción, licencia ambiental, diseño arquitectónico, diseño hidráulico, diseño estructural, diseño de instalaciones de gas y diseño eléctrico.

Él ha de aplicar sus conocimientos para hacer realidad todos los anteriores requerimientos y hasta donde den sus conocimientos hacer observaciones que no se ajusten o que riñan con la confección material de la obra de la cual está encargado, por lo tanto ejecuta técnica y administrativamente los trabajos con el objeto de obtener la correcta realización de los planos y el cumplimiento de las especificaciones.

Ordena la compra de los materiales, elementos y equipos necesarios para la construcción. Responde por los salarios y las prestaciones sociales del personal que emplee en la construcción con los fondos que suministre la gerencia o según el caso la fiduciaria. Llevar la contabilidad de la obra y en general cumplir con las obligaciones que se desprendan de la naturaleza del compromiso de dirigir técnicamente la construcción.

En este caso puede haber un empresario que desarrolle la obra eléctrica, así mismo otra que contrate todo lo relacionado con el gas, diseño, compra de materiales, puesta en marcha, entrega a interventoría, etc.

Por lo tanto para hablar de constructor, mejor EMPRESARIO, debemos detenernos un poco en el tipo de proyecto, la obra en sí, las obligaciones contractuales y otros aspectos que veremos más adelante.



b) En el segundo caso, normalmente cuando hablamos de constructor lo encajonamos en esta figura, el típico Ingeniero civil o profesional afín persona naturales, o sociedad de ingeniería que adquiere un terreno o es contratado por un tercero para que le desarrolle totalmente un proyecto. Es así como él es el encargado de hacer o contratar el estudio de los suelos, contrata e interviene en el diseño arquitectónico, lo mismo con el diseño estructural, hidráulico, eléctrico, de redes de gas, es quien lleva el proyecto a planeación para su aprobación y llena los requisitos para obtener la licencia ambiental. También selecciona y adquiere materiales, equipo y el personal para la obra y así mismo busca las fuentes de financiación a nombre propio si es su proyecto o de terceros si fue contratado. Y para completar es quien promueve y vende el proyecto.

c) En el tercer caso solo es consultor o asesor del dueño del proyecto, su obligación tan solo será de medio, más no de resultado y habrá de demostrarse en este caso si su asesoría fue la causante del daño. Se le aplican las normas el mandato art. 2144 C.C. Se hace necesario demostrar la culpa del asesor, si dicha asesoría se hizo sin tener los suficientes elementos de juicio para el encargo o no actuó con la suficiente prudencia para dar sus apreciaciones.

**CONSTRUCTOR EMPRESARIO O AFÍN** Como hemos tratado de aclarar debemos individualizar un poco el sentido de EMPRESARIO a quien por costumbre se le tipificó como constructor en forma general entendiendo por tal al profesional que está al frente de la obra dirigiendo la confección material de la misma. Pero en muchas oportunidades en un mismo proyecto pueden coexistir varias obras ejecutadas por diferentes profesionales obras que son autónomas pero ejecutadas por personal diferente al del constructor de otra obra autónoma y requieren manejo y dirección diferente al del constructor típico. Ej.: red de gas, instalación eléctrica, red de comunicaciones, etc.

Por lo tanto una falla en cada una de estas obras que cause o amenace ruina u origine un daño a otro será imputable a quien tenía el poder de dirección, control, mando y conocimiento de la obra encomendada.

Cuando es determinable donde se originó el daño se ha de vincular el empresario o empresarios que estaban a cargo de la ejecución de la parte respectiva de la edificación que dio lugar al daño.

Cuando no es fácil determinar de donde proviene el daño y existen varios empresarios que tengan relación directa con la ejecución de la obra la presunción

operara contra todos y cada uno para exonerarse deberá demostrar o la culpa del otro o que su participación no incidió en el resultado.

## **RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO**

### **Responsabilidad contractual**

Las relaciones de los empresarios – constructores con los dueños de las obras o proyectos se rigen por contratos verbales o escritos, contratos que consagran para cada una de las partes obligaciones específicas, generales de la ley y además se rigen por los principios generales del derecho.

El incumplimiento del contrato origina un daño que da lugar a la reclamación de perjuicios, esta es la fuente de la RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL consagrada en el art. 2056 surge así la obligación de indemnizar para el causante del daño.

En aras de hacer más simple el estudio de este tipo de responsabilidad me he permitido clasificarla según el momento en que se originó el daño (durante los trabajos y después de la entrega de la obra) y ubicando encada uno de estos momentos qué responsabilidad surge entre los sujetos relacionados, así:

### **1) DURANTE LA EJECUCIÓN DE LA OBRA**

**Dueño de la obra – Empresario.** Según el art. 2056 C.C. Habrá lugar a reclamación de perjuicios, según las reglas generales de los contratos, siempre que por una u otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución.

Esta es la típica responsabilidad contractual por la no ejecución, ejecución tardía, mala ejecución, en general el incumplimiento de las obligaciones por alguno de los contratantes.

Cuando hablamos de Responsabilidad CONTRACTUAL, hablamos también de **obligaciones** de MEDIO y de RESULTADO para establecer el grado de culpa o presunción de responsabilidad de quien incumple el contrato.

En la OBLIGACIÓN DE MEDIO se exige una culpa probada del deudor, para triunfar en las pretensiones.

En la OBLIGACIÓN DE RESULTADO el deudor de la prestación se obliga a producir un resultado específico y si no se da, se presume en culpa al deudor y solo

se libera demostrando una causa extraña. Es el caso del EMPRESARIO – CONSTRUCTOR su obligación es de Resultado.

En estos casos de incumplimiento hay una presunción de culpa pues se ha considerado que la obligación del constructor es de RESULTADO.

El incumplimiento deberá surgir durante la ejecución del contrato, la acción para la reclamación de perjuicios será la ordinaria, contemplada en el art. 2536 C.C., la prescripción de la acción será de 20 años a partir del incumplimiento.

## **2) DESPUÉS DE LA ENTREGA DE LA OBRA**

### **A) Dueño de la obra – Empresario constructor**

La entrega de la obra y el recibo conforme del dueño, solo significa que el dueño la aprueba, como exteriormente ajustada al plan y **no exime** de responsabilidad al empresario (Nº 4. art. 2060 C.C.).

Conforme lo dispone el art. 2060 Nº 3: “Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041, inciso final”. (Se debió citar el 2057 que reza: ... Si la cosa perece por vicio de la materia suministrada por el que encargó la obra, salvo que el vicio sea de aquéllos que el artífice, por su oficio, haya debido conocer; o que conociéndolo, no haya dado aviso oportuno.

En la norma citada se establece un término de garantía de diez años después de la entrega de la obra para presumir la responsabilidad del empresario – constructor por los daños que se ocasionen en la obra por vicio de construcción, del suelo y vicio de los materiales, según el caso, esto es lo que comúnmente se ha denominado GARANTÍA DECENAL.

Para ejercer la acción se tiene veinte años contados desde el momento de la ocurrencia del daño, es decir que si el daño sucede dentro de los diez años hay una presunción de culpa en contra del empresario y el dueño cuenta con 20 años más para demandar. Así se desprende del art. 2356 C.C., donde se dispone que la acción ordinaria prescribe en 20 años.

Algunos han confundido los diez años de garantía de estabilidad, donde cuando se presenta el daño, se presume que el constructor es responsable, con el tiempo para ejercitar la acción y son dos aspectos diferentes.

En principio el término para que se genere el daño es de 20 años, los primeros diez tiene la ventaja de la presunción mencionada, en los diez restantes habrá que demostrar la culpa del constructor en la generación del perjuicio.

El daño puede darse como consecuencia de:

### **Vicio de la construcción**

Cuando la estructura, los accesorios que la integran y que hacen parte de lo que podría denominarse inmueble, fallan por motivos diferentes a una causa extraña (fuerza mayor, caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero), se origina una responsabilidad.

VICIO DEL SUELO que el empresario deba conocer en razón de su arte u oficio o sus dependientes. Por esto para realizar cualquier tipo de obra es necesario presentar a planeación un estudio de suelos donde según las características y volumen de la misma han de tomarse medidas y realizar obras que garanticen la estabilidad del edificio o construcción.

VICIO DE LOS MATERIALES que el empresario suministre, o que suministrenlo el dueño de la obra o proyecto aquel haya debido conocerlo en razón de su profesión u oficio. (art. 2060 N° 3, 2057 N° 3.).

Si los materiales son suministrados por el dueño de la obra o proyecto no responde, se exonera demostrando que no era su obligación. Pero si por su profesión u oficio dicha mala calidad debía ser observada por el empresario, este tendrá que responder. Podrá el empresario repetir en contra de quien suministró los materiales.

El vicio de los materiales no solo se aplica a la construcción misma de las losas, muros, columnas, pensamos en construcción y tenemos en la mente ladrillo, hierro, bloque, cemento, cerámica, también debemos pensar en los elementos de la parte hidráulica, eléctrica, conexiones a gas, decorativos, etc.

Si el vicio de construcción, del suelo o de los materiales obedece a culpa o responsabilidad de uno de sus dependientes, contratistas o empleados o del distribuidor o fabricante de los materiales, el constructor no se libera, más sin

embargo podrá llamar en garantía dentro del proceso a la persona responsable o repetir contra ella lo pagado, en otro proceso.

### **B) Empresario constructor – Adquiriente posterior**

a) Cuando el Adquiriente compra al dueño de la obra: En este punto se ha presentado mucha controversia. Es el caso cuando una persona (jurídica o natural) contrata con un empresario – constructor un proyecto para su ejecución y después ese propietario vende los diferentes inmuebles a un comprador (Adquiriente posterior); en principio la relación contractual es entre el dueño de la obra (vendedor) y el Adquiriente (comprador). Si se origina un daño después de la entrega de la obra la vía más clara es que el Adquiriente reclame al vendedor por vía contractual, acción que se desprende del contrato de compraventa mercantil (se analiza con más detalle en el literal C), y si quiere vincular al constructor lo podrá hacer por vía extracontractual según el art. 2351 C.C.

Pero algunos tratadistas como el Dr. Javier Tamayo Jaramillo opinan que cuando se enajena un bien, con él se transmiten o se ceden las garantías que favorecen el derecho de propiedad y una de ellas es la garantía decenal que obliga la ley al constructor. Por lo tanto es viable que el Adquiriente demande contractualmente al constructor en virtud del art. 2060 N° 3 C.C. Lo que no podrá hacer este Adquiriente es demandar a la vez contractual y extracontractualmente por dicho daño, no se podrán ejercer las dos acciones a título principal. En caso de elegir la vía contractual contra el empresario – constructor, no se podrá demandar por lo mismo al dueño de la obra, pues en este caso el Adquiriente reemplaza en su reclamación al vendedor (dueño de la obra).

Considero que la relación existente entre comprador y empresario en el caso que nos ocupa no es contractual y existiendo norma precisa y clara además con las bondades que dispone el mismo art. 2060 C.C., como se indica a continuación, la vía a ejercer es la EXTRA CONTRACTUAL. En mi sentir emplear la vía contractual en este caso es forzar las instituciones jurídicas y correr riesgos judiciales esperando que la jurisprudencia interprete de la misma forma, pienso que es más seguro emplear normas que están dispuestas para este caso y que de todas formas nos ampara con las mismas garantías. Art. 2351 C.C.

b) Cuando el Adquiriente compra directamente al constructor que a la vez es dueño del proyecto.

Si el vendedor fue directamente el constructor, así el contrato de venta de inmuebles en este caso se estructure bajo el amparo de la legislación comercial, prima el contrato de construcción y la garantía decenal que se deriva de dicho contrato (art. 2060 N° 3 C.C.).

GARANTÍA DECENAL consiste en que el Empresario responderá de los daños y perjuicios que se causen durante los diez (10) años subsiguientes a la entrega de la obra (terminación total de la obra, acá no se tiene en cuenta la fecha del contrato de venta) por vicio de la construcción o del suelo que dicho empresario haya debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales que él suministre o que habiéndolos suministrado el dueño de la obra, por su oficio aquel haya debido conocer. Pero la acción de responsabilidad que surge se podrá ejercer dentro de los 20 años siguientes contados a partir del día en que se produjo el daño.

### **C) Dueño de la obra (vendedor de inmuebles) y comprador del inmueble**

El vendedor encargó la construcción de la obra a un tercero.

La actividad de dicho vendedor, generalmente ha de enmarcarse dentro de la legislación comercial en el CONTRATO DE VENTA DE INMUEBLES ART. 905 y s.s. C. Cio. Pues su objeto social normalmente será el de vender inmuebles.

El DUEÑO DE LA OBRA conserva una acción contractual en contra del constructor por el incumplimiento del contrato debido a los daños que por vicio de suelo, construcción y materiales, según el caso, se den. Esta acción es la que venimos denominando decenal, regulado por el art. 2060 C.C.

Se desprende la ACCIÓN CONTRACTUAL contra el dueño de la obra y vendedor derivada del contrato de compraventa que regula el Código de Comercio.

En este caso debemos determinar la causa del daño para establecer a qué tipo de acción debemos acudir:

Existe acción de responsabilidad por:

- a) Vicios APARENTES
- b) Vicios OCULTOS
- c) Falta de EFICIENCIA y BUEN FUNCIONAMIENTO de la cosa vendida.

### RESPONSABILIDAD POR VICIOS APARENTES (Defectos de calidad o cantidad)

El ART. 931 del C. de Cio. Establece una presunción en el sentido de que el comprador quiere adquirir la cosa sana, completa y libre de gravámenes, desmembraciones y limitaciones del dominio.

Además agrega que si el comprador, dentro de los cuatro días o dentro del plazo estipulado en el contrato alega que la cosa presenta defectos de calidad o cantidad, la controversia se someterá a peritos, allí se decidirá si los defectos de la cosa afectan notoriamente y la hacen desmerecer en forma tal que no sea de recibo o lo sea a un precio inferior. El comprador tendrá derecho a que se dé por terminado el contrato y a que se le indemnice, o puede optar por la rebaja del precio también con su indemnización.

Estos casos se debatirán en el proceso verbal sumario (Decreto 2282 de 1989).

Según se desprende del art. 931 C.Cio., el juez en ese proceso verbal sumario decidirá sobre la terminación del contrato, o rebaja del precio y la correspondiente indemnización.

El término para ejercer esta acción en principio es de 20 años como lo dispone el art. 2356 C.C., ya que no hay norma expresa en el C. de Cio.

### **Responsabilidad por vicios ocultos**

En el art. 934 el C. de Cio. Se dispone los vicios o defectos ocultos en la cosa vendida. Elementos:

Que el vicio se manifieste después de la entrega.

Que el vicio sea oculto.

Que la causa del vicio sea anterior al contrato.

Que dicho vicio o defecto haya sido ignorado sin culpa por el comprador.

Que el vicio o defecto hagan la cosa impropia para su destinación o para el fin previsto en el contrato.

La indemnización de perjuicios se sujeta a que el vendedor conociera o debiera conocer por razón de su arte u oficio el vicio o defecto oculto. Para el caso de vendedores profesionales de inmuebles este conocimiento se presume.

**SOLUCIONES:** terminación del contrato o rebaja del precio, ambas con indemnización de perjuicios.

**PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN** Según lo dispone el art. 938 C. Cio., la acción prescribirá en seis meses, contados a partir de la entrega. Por lo tanto el vicio oculto debe salir a relucir en esos seis meses y la acción de responsabilidad se deberá ejercer en esos seis meses.

Según el art. 936 del C. Cio., será absolutamente nula toda estipulación que excluya o limite la garantía por vicios ocultos, cuando el vendedor haya callado de mala fe.

### **FALTA DE EFICIENCIA Y BUEN FUNCIONAMIENTO**

El art. 932 del C. de Cio. Autoriza al comprador a reclamar por defecto de funcionamiento de la cosa vendida durante el lapso otorgado como garantía por el vendedor o a falta de estipulación se contempla por la ley una garantía de (2) dos años, contados a partir de la fecha del contrato.

#### **REQUISITOS**

Compraventa mercantil de inmueble.

Defecto de funcionamiento (garantía de buen funcionamiento de la cosa vendida).

Reclamar dentro de los 30 días siguientes al descubrimiento del defecto Término de caducidad de la acción – reclamación extrajuicio. Para intentar la acción después, tendrá 20 años según el C. Civil, pues al respecto nada regula el C. Cio.

El término de la garantía será estipulada en el contrato o en su defecto será de 2 años desde la fecha del contrato de venta, en mi sentir este término podrá ser mayor o menor según lo pacten las partes, pero habrá que dejarse constancia de esto. (Acá se presenta un problema y es que en la práctica el inmueble se entrega con anterioridad y otras veces después de firmar escrituras).

Consiste la falta de eficiencia o de buen funcionamiento en que el bien al ser utilizado se deteriora más rápidamente que el común o no sirve para lo que fue concebido.

Este defecto no da lugar a la acción resolutoria sino a la reparatoria.

Se presume con responsabilidad al vendedor.



Se exonera si hay causa extraña.

La garantía del buen funcionamiento es inherente al contrato, ella se presume en caso de no pactarse expresamente.

## **Responsabilidad extracontractual**

Surge cuando se comete un daño a una persona en su integridad o bienes, no existiendo un contrato de por medio. Como en la responsabilidad anterior, hay dos momentos para analizar la responsabilidad extracontractual: durante la ejecución de la obra o después de la entrega del bien.

### **1) DURANTE LA EJECUCIÓN DE LA OBRA**

#### **a) Empresario (constructor) – Dueño de la obra**

En la realización de los trabajos puede darse el caso de que el dueño de la obra resultare lesionado o alguno de sus bienes averiados, por el desprendimiento de algún elemento, por no tenerse las medidas o señales de seguridad suficiente, etc., acá se aplica la responsabilidad por actividades peligrosas contempladas en el art. 2356 C.C., donde existe una presunción de responsabilidad ya que la construcción de edificios por el riesgo que genera no solo la utilización de máquinas o equipos, sino también el levantamiento de la edificación ha sido catalogada a nivel doctrinario y jurisprudencial como una actividad peligrosa.

Se libera destruyendo el nexo causal o sea demostrando una causa extraña. La acción prescribirá en 20 años contados a partir del hecho.

#### **b) Empresario (constructor) – Terceros**

Con fundamento en el mismo art. 2356 C.C., y teniendo en cuenta que la actividad de la construcción ha sido tenida como actividad peligrosa, por los riesgos que su desarrollo puede generar en ellas, todo daño que se cause a una persona en sus bienes o integridad física debe ser indemnizado.

Se presume la responsabilidad de quien tenía el poder de dirección y control de la obra.

En este caso también se puede vincular al dueño de la obra en su calidad de propietario.

### c) Dueño de la obra - Terceros

Puede darse el caso de que el dueño de la obra tiene el control y el poder de dirección de ella, por lo tanto será responsable este ante los terceros perjudicados, en virtud del art. 2356 C.C., si el daño proviene del desarrollo de una actividad peligrosa, se presume en este caso su responsabilidad.

En caso de que el daño no provenga del ejercicio de una actividad peligrosa, y el dueño tiene el poder de dirección y control, la norma a aplicar sería el art. 2341 C.C., teniéndose que demostrar la culpa de este.

El art. 2350 C.C., contempla situaciones de responsabilidad extracontractual cuando el edificio u obra en general ya ha sido entregado al dueño.

Es de anotar que la guarda de la actividad peligrosa es acumulativa, en un momento dado el empresario y dueño pueden ser responsables del daño, si tanto uno como el otro tienen el poder de control suficiente para evitarlo.

#### 2) DESPUÉS DE LA ENTREGA

##### a) Empresario (constructor) - Terceros

Dispone el art. 2351 C.C. que si el daño causado por la ruina de un edificio se debe a vicio de la construcción, tendrá lugar la responsabilidad del art. 2060, N° 3. En dicha disposición se contempla no solo el hecho de que el daño ocurra dentro de los 10 años subsiguientes sino también la PRESUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD.

En la citada norma la responsabilidad es por VICIOS DE CONSTRUCCIÓN, lo que en un momento dado podría dar lugar a pensar que el vicio de los materiales y del suelo están excluidos, considero que todo depende de la manera como se puede reflejar, es decir un vicio en los materiales lleva aun vicio de la construcción pues la falta de calidad y correctas especificaciones de la materia empleada, produce una falla en la edificación, entonces el empresario no podrá alegar que los materiales no servían para evadir responsabilidad, (alegar la propia culpa no exonera de responsabilidad), ya que el empresario debía conocer en razón de su oficio la calidad de los materiales. Así mismo lo relacionado con el vicio del suelo.

La norma 2351 C.C., hace una remisión expresa al art. 2060 N° 3, donde se está dando al perjudicado la garantía de diez años después de la entrega de la obra y además la presunción de responsabilidad.

Esta norma es perfectamente aplicable cuando existiendo un contrato de compraventa entre el dueño de la obra y un comprador, este último pretenda demandar al constructor por los perjuicios causados debido aun vicio en el desarrollo de la obra. Pues como ya lo hemos señalado en estos casos no hay contrato entre constructor y comprador por lo tanto se aplicará la responsabilidad extracontractual fundamentada claramente en el art. 2351 C.C.

#### **b) Dueño del inmueble – Terceros**

El art. 2350 del C.C., reza: El dueño de un edificio es responsable de los daños que ocasione su ruina, acaecida por haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia.

... Si el edificio perteneciere a dos o más personas pro indiviso, se dividirá entre ellas la indemnización, a prorrata de sus cuotas de dominio.

De la redacción de este artículo se desprende una responsabilidad civil extracontractual, después de la entrega del inmueble por parte del empresario, pues al hablar de reparaciones necesarias en cabeza del dueño de la obra, se da a entender que este ya ha recibido la edificación y además que bajo su cuidado tiene el deber de conservación del inmueble. Pero si la ruina es ocasionada por vicio de la construcción la norma aplicable será el 2351 C.C.

El art. 2350 C.C. exige demostrar la culpa del dueño cuando expresa: OMITIDO LAS REPARACIONES NECESARIAS, O POR HABER FALTADO DE OTRA MANERA AL CUIDADO DE UN BUEN PADRE DE FAMILIA.

#### **CLASIFICACIÓN DE ALGUNOS CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA ECONÓMICO**

a) Por ADMINISTRACIÓN DELEGADA se da cuando la remuneración del contrato de construcción equivale a un porcentaje de los costos directos del proyecto tanto de materiales como de mano de obra.

b) CONTRATACIÓN A PRECIO ÚNICO. Cuando se pacta la ejecución de una obra sujeta a las especificaciones técnicas, por un precio fijo y a ejecutarse en un tiempo determinado.

c) **CONTRATACIÓN POR PRECIO UNITARIO.** Cuando el valor del contrato se liquida con base en las cantidades de obra realmente ejecutadas a los precios unitarios inicialmente pactados. Normalmente acá se presentan reajustes.

Para el caso de la responsabilidad civil considero que la forma de pago del contrato no tiene mayor incidencia en cuanto a la calidad y estabilidad de la obra o una falla en la misma o un daño a tercero o a un incumplimiento de carácter laboral. Pero si hay que diferenciar cuando debido a la mala calidad de los materiales o equipos se produjo el daño, generalmente en los tres casos anteriores es el EMPRESARIO quien suministra los materiales o por lo menos tiene una participación directa en la selección de ellos, por lo tanto seguirá siendo responsable por los vicios de estos. De todas formas en caso de ser demandado podrá llamar en garantía a quien le vendió dichos materiales para vincularlo al proceso o en últimas repetir contra dicho vendedor en caso de ser condenado.



# DE LA RESPONSABILIDAD BANCARIA CON OCASIÓN DE ALGUNAS OPERACIONES ACTIVAS Y PASIVAS

**Jesús Llano Ramírez**

## **CONTENIDO:**

Introducción

Capítulo I. Operaciones bancarias

Capítulo II. Principios de interpretación

Capítulo III. Contratos

Responsabilidad bancaria derivada de las operaciones

Capítulo IV. Responsabilidad bancaria derivada de operaciones activas

Conclusiones y sugerencias

Mi intervención en este encumbrado Foro no pretende otra cosa que hacer lo que el Maestro Miguel Moreno Jaramillo enseñaba desde su cátedra universitaria a la que tuve el privilegio de asistir, como en sus escritos, palabras cuya actualidad no declina:

*“No pretendo echarla de doctrinante. – Temo equivocarme y vivo listo a mudar de parecer – Que al menos mi esfuerzo despierte en los juristas – con mis dudas, vacilaciones y errores – el deseo de exponer sobre temas de derecho civil – hago apenas de animador. – Sólo pretendo inquietar – (Clasificación de los Contratos).*

La compacta y recogida legislación que en materia de bancos trae nuestro Código de Comercio del año 1971, aparece adicionada con una normatividad de mayor envergadura como es la establecida en los decretos 1730, 1731, 1732, 1748

y 1755, todos del año 1971, y que constituyen el llamado, entre nosotros, como el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

En tal cuerpo legislativo encuentran su regulación las denominadas Instituciones Financieras, agrupadas bajo los rubros de “Establecimientos de Crédito” (Bancos, Corporaciones Financieras, Corporaciones de Ahorro y Vivienda y Compañías de Financiamiento Comercial); “Sociedades de Servicios Financieros” (Sociedades Fiduciarias, Almacenes Generales de Depósito y Sociedades Administradoras de Fondos, Pensiones y Cesantías); “Sociedades de Capitalización” y “Otras Instituciones Financieras” (entre estas, los organismos Cooperativos de grado superior); etc.

El Estatuto Codificado y el estatuto orgánico del sistema financiero muestran un efecto jurídico digno de tenerse en cuenta, como es éste:

Que en materia de Banca, la complementariedad legislativa ya mencionada se introduce una evidente AMPLIACIÓN EN EL REPERTORIO DE LOS NEGOCIOS atendibles y que, para lograrlo se mantiene la carta de ciudadanía a la BANCA COMERCIAL, entendida bajo el esquema tradicional que acogía el Código de Comercio de 1971 y a la nueva concepción bancaria, conocida como BANCA DE INVERSIÓN. Esta última calificación muestra la actuación de los bancos participando como operadores de gestiones, ya en nombre propio o en el de terceros. Los muestra también comprometidos en el otorgamiento de garantías directas a favor de terceros, constituidas sobre bienes que, aunque puedan no pertenecerle, si está en capacidad de controlar, etc.

Modernamente, el concepto mismo de BANCA comprende las dos vertientes dichas, la comercial y la de inversión. Y tal ampliación conceptual conlleva también una natural proliferación de fuentes de RESPONSABILIDAD dado que ya hacen acto de presencia nuevas formas de contratación en las cuales la extensión del mandato recibido por el Banco desborda, con gran significación las del tradicional mandato que le da vida al principal negocio que constituye la razón de ser de los bancos comerciales: la cuenta corriente.

Esta ampliación normativa trae, como apenas es natural, un nuevo reto para INTERPRETAR el negocio jurídico: de una parte, la “interpretatio legis” se enfrentará con lo esquemático de las normas y quizá pueda resultar una interpretación exigua que requiera la ayuda de una “interpretatio iuris” con la cual podrá alcanzar un rango que redunde en beneficio de la doctrina general del negocio bancario.

Dentro del último giro interpretativo habrán de entrar en juego los llamados “**contratos por adhesión**” que imponen la necesidad de valorar la especial forma de obtención del consentimiento; considerar el alcance de las llamadas condiciones generales del contrato; y también habrán de ser tenidas en cuenta las fuentes del derecho comercial y las disposiciones del derecho general, para lograr los resultados que se apetecen mediante una sana hermenéutica.

El prontuario que se contiene en las anteriores formulaciones, y que apenas anuncia algunas de las caras de la problemática bancaria, pone de presente una primera y ABSOLUTA LIMITACIÓN como es la necesidad de efectuar una RESTRICCIÓN TEMÁTICA. Así lo entendemos y aceptamos.

Y añadida a las consideraciones de orden legal atrás sugeridas, existe otra de carácter operativo y de tipo extracontractual que no puede pasarse en silencio dada su enorme trascendencia por los efectos que de ella se derivan, como es el empleo de la informática, nueva tecnología cuya aplicación en el mundo de los negocios constituye una invasión masiva.

Desde el ángulo de nuestro interés en esta exposición, haremos referencia en la parte final, a este tema cuya importancia apunta Abelardo Rivera Llano, cuyas palabras traemos en esta oportunidad:

*“La cibernética o informática implican un mayor grado de convulsión respecto al derecho, porque en este caso es el derecho mismo el que, en cuanto ordenación u objeto impacto de las conquistas de la ciencia convertida en tecnología. No se trata de meramente que el derecho va a experimentar, y está experimentando – en cuanto objeto del conocimiento, una mutación derivada de un modo distinto de ser elaborado, tratado y conocido-. Es aquí, entonces, donde surge el problema y el reto que debe afrontar el jurista y, en general, el operador del derecho...” (Derecho y tecnología Informática, Bogotá, revista N° 1. 1989, pág. 23).*

A nuestro modo de ver, el empleo del medio informático constituye un instrumento que contiene riesgos en cada una de sus etapas, desde la preparación de programa, manejo de las claves de entrada, digitación, etc., y en el cual intervienen personas extrañas al propio Banco, todo lo cual puede fácilmente conducir a una RESPONSABILIDAD del establecimiento bancario para con su cliente, dada la naturaleza peligrosa de la civilización de la informática.

Potenciando situaciones derivadas de la informática, vale tener en cuenta la TRASCENDENCIA que tiene los llamados documentos electrónicos en el campo



de DERECHO PROBATORIO, civil y penal, como tendremos ocasión de plantear en el capítulo final de esta exposición.

Dada la gran amplitud del negocio bancario y sus responsabilidades, como volvemos a expresar, nuestra atención estará puesta sobre este modesto temario y sobre el cual nuestra exposición contendrá las limitaciones provenientes ya de mis limitadas capacidades personales y dadas la multiplicidad de fuentes de RESPONSABILIDAD para los Bancos, surgidas en forma concreta o abstracta, esto es clasificable como de tipo contractual o extracontractual tal como lo dejamos insinuado atrás, volvemos a expresar que nuestra atención está puesta sobre los extremos que pasamos a enunciar:

### **I. OPERACIONES BANCARIAS**

Su regulación.

Alcances Jurídicos de la Actual Legislación

Prohibiciones Especiales

Control Oficial

### **II. PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN**

Obtención del Consentimiento

Contratos de Adhesión

Condiciones Generales

Criterio Doctrinal como Fuente de interpretación

Fuentes Legales

### **III. CONTRATOS**

Cuenta Corriente Bancaria

Naturaleza Jurídica

Obligaciones a cargo del Banco

Responsabilidades específicas del Orden Legal

Transferencia Electrónica

La Informática y el Derecho Probatorio

#### **IV. RESPONSABILIDAD BANCARIA DERIVADA DE LAS OPERACIONES ACTIVAS**

Otorgamiento del Crédito

Normativa Prudencial

Clasificación de la Cartera de Créditos

#### **V. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS**

### **DE LA RESPONSABILIDAD BANCARIA CON OCASIÓN DE LA REALIZACIÓN DE ALGUNAS OPERACIONES ACTIVAS Y PASIVAS**

“Quien estudia las instituciones mercantiles no tiene la vista fija y atenta en la teoría general de las obligaciones, que pertenece a otra disciplina, distinta en los Códigos, en la doctrina y también en la enseñanza. Estudia cada cuestión, casi aislándola de la teoría general, complaciéndose en multiplicar las excepciones al derecho común como si fueran otros tantos descubrimientos jurídicos que justifican la autonomía comercial. Así las reglas generales que poco a poco, gracias al estudio perseverante de los hechos jurídicos comerciales, sobresaldrían espontáneamente de la forma casuística en que tiene origen, quedan perdidos porque el mercantilista carece de competencia en la formación de la teoría general de las obligaciones y muchas veces ni se ocupa...” (César Vivante, *Trat. De der. Com.*, Ed. Reus, 1932, T. I., pág. 39).

305

#### **INTRODUCCIÓN**

El nombre que hemos dado a esta exposición está indicando, sin asomo de duda, las limitaciones que hemos trazado porque la “Responsabilidad” que se trata de deducir está referida a las llamadas “operaciones bancarias” y, dentro de éstas se consideran solamente algunas.

Además de lo anterior, el propio concepto de “operaciones bancarias” conlleva otras exclusiones puesto que un banco, como entidad dotada de personalidad jurídica y por ende de capacidad, puede concurrir a la celebración de contratos que, como los de compraventa de muebles y equipos de oficina; consecución de personal, arrendamiento para sus oficinas, etc., están por fuera de la regulación legal de las, tantas veces mencionadas operaciones bancarias.

Con las limitaciones ya referidas debe entenderse, entonces, que la intención que anima al suscrito al presentar las siguientes reflexiones no pasa de ser una

mera tesis monográfica circunscrita a determinadas facetas de un tema de mayor envergadura. Por lo expresado, habrá necesidad de prescindir de muchos conceptos especialmente relacionados con la comparación de figuras contractuales afines, de referencia a posiciones doctrinales, etc., que vendrían bien ajustadas para la formulación de tesis panorámicas que, como bien se comprende, resultan inapropiadas en encuentros como el presente.

Las palabras del maestro Vivante que han sido recogidas en el epígrafe, constituyen el mejor argumento de autoridad que pueda darse para justificar la incursión que habremos de hacer en el campo de la interpretación de los contratos mercantiles, con la fisonomía que le confieren los artículos 1º, 2º, 3º y 822 del Código de Comercio, frecuentemente ignorados, o mal aplicados, como se precisará un poco más adelante.

Ya en la etapa de ejecución misma del contrato, en el cual se acuda a la ayuda de la informática, se da una ocurrencia que no puede pasar inadvertida en esta oportunidad, constituida por los altos riesgos que acompañan a dicho tratamiento lógico y automático de la información y que surgen desde el momento de la preparación de los programas, manejo de las pistas, claves de entrada al sistema, pasando por los errores en que pueda incurrirse en el proceso de digitación, sin excluirse, desde luego, los riesgos del uso indebido o doloso del sistema. Estos eventos ponen de presente que, no obstante la alta técnica que se aplica en el mundo de la informática no la despoja de su naturaleza abiertamente riesgosa.

¿Cómo se dimensiona y gradúa la responsabilidad de un Banco cuando se está en presencia de un error, o cuando se ha cometido fraude? Ocurrido uno de tales eventos comienza para el usuario una verdadera situación de desventaja; de una parte, porque en las más de las veces, ignora la forma de operación del sistema y de la otra; porque va a tener que afrontar las exigencias del sistema probatorio que, al menos en nuestra legislación, no tiene aun claramente definida la manera de apreciación en cuanto a documentos de informáticos. ¿Podrá exculparse el Banco, para evadir su responsabilidad, en el hecho de que el error fue cometido por un tercero? ¿Cómo demostrará en cuál de las etapas se incurrió en él? ¿De qué manera se establece la autenticidad del documento?

Más adelante se tratará de dar alguna respuesta a estas situaciones, pero por lo pronto procedemos al estudio de las bases de los negocios que comprometen y benefician la actividad bancaria.

# CAPÍTULO I

## OPERACIONES BANCARIAS

### REGULACIÓN LEGAL

El Código de Comercio solo se limita a incluir, dentro de la enumeración de los actos de comercio las llamadas “operaciones bancarias, de bolsas o martillos”, tal como aparece en el art. 20, numeral 7º, dejando a la ley el señalamiento de aquellas. Desde la expedición del referido ordenamiento, en el año 1971, hasta el año de 1991 cuando hizo su aparición el Estatuto Financiero, las diversas operaciones eran establecidas por la ley 45 de 1923, con las modificaciones introducidas por la ley 57 de 1931. Este sistema aparece reestructurado con arreglo a la ley 45 de 1990 y los decretos reglamentarios 1730, 1731, 1732, 1733, 1748 y 1755 de año de 1991. Y finalmente, con sujeción al decreto 633 de 1993, expedido en uso de facultades extraordinarias conferidas por la ley 35 de 1993, se recoge en este cuerpo de doctrina la reglamentación actualmente vigente.

Para el propósito de esta charla se toman las siguientes disposiciones del Decreto 633:

*“ARTÍCULO 2º. Establecimientos de crédito... se comprenden las siguientes clases de instituciones financieras: **establecimientos bancarios**, corporaciones financieras... establecimientos bancarios... Son las instituciones financieras que tienen por función principal la captación de recursos en cuenta corriente bancaria, así como también la captación de otros depósitos a la vista o a término, con el objeto primordial de realizar operaciones activas de crédito...” (Subrayas y negrillas extratexto).*

*ARTÍCULO 7º. Operaciones autorizadas. Todo establecimiento bancario organizado de conformidad con este Estatuto, tendrá las siguientes facultades, con sujeción a las restricciones y limitaciones impuestas por las leyes:*

- a) Descontar y negociar pagarés, giros, letras de cambio y otros títulos de deuda;*
- b) Recibir depósitos en cuenta corriente, a término y ahorros, conforme a las previsiones contenidas en el Código de Comercio y en el presente estatuto;*
- c) Cobrar deudas y hacer pagos y traspasos;*
- d) Comprar y vender letras de cambio y monedas;*
- e) Otorgar crédito;*
- f) Aceptar para su pago, en fecha futura, letras de cambio que se originen en transacciones de bienes correspondientes a compraventas nacionales e internacionales;*

*g) Expedir cartas de crédito;*

*h) recibir bienes muebles en depósito para su custodia, según los términos y condiciones que el mismo banco prescriba y arrendar casillas de seguridad para la custodia de tales bienes;*

*i) Tomar préstamos dentro y fuera del país, con las limitaciones señaladas por las leyes;*

*j) Obrar como agente de transferencia de cualquier persona y en tal carácter recibir y entregar dinero, traspasar, registrar y refrendar títulos de acciones, bonos y otras constancias de deudas;*

*k) Celebrar contratos de apertura de crédito conforme a lo previsto en el Código de Comercio; y*

*l) Otorgar avales y garantías, con sujeción a los límites y prohibiciones que establezcan la Junta Directiva del Banco de la República y el Gobierno Nacional, cada uno dentro de su competencia”.*

Las anteriores operaciones pueden agruparse, según la finalidad perseguida de la siguiente manera:

#### A) OPERACIONES DE CRÉDITO:

1) Activas: (Préstamos, apertura de crédito, descuentos, factoring, etc.)

2) Pasivas (Depósitos en cuenta corriente, depósito de ahorro, depósito a la vista, redescuentos, aceptaciones bancarias, etc.)

3) Representación (Cobro de deudas, realización de pagos, etc.)

La naturaleza de la operación para clasificarla como “activa” o “pasiva” depende del papel que en ella juegue el banco, sea como deudor o como acreedor. El principio contable que predica que “quien recibe, debe” es el que viene a señalar la mencionada posición. De esta suerte, las operaciones ACTIVAS tienen la nota común de consistir en concesiones de crédito efectuadas por el Banco. Se trata de que éste proporcione dinero a cambio de promesas de restitución. Por el contrario, es “pasiva” la operación consistente en la aceptación, en propiedad, de capitales ajenos para el fortalecimiento de los propios medios de explotación.

### **ALCANCES JURÍDICOS DE LA ACTUAL LEGISLACIÓN**

La determinación que hace el decreto 663/93 en cuanto a las “operaciones autorizadas” a los Bancos muestra un primer aspecto que es necesario tener en cuenta para fijar las responsabilidades que de aquellas puedan seguirse, como es éste; aunque de tales operaciones se siguen efectos jurídicos, no todas tiene

la categoría de “contrato” como puede apreciarse en las que dicen relación a intervención en el tráfico de títulos valores (literales a, d, y f, del artículo 7º), sometidas ellas a la ley de su circulación y de las cuales se siguen específicas responsabilidades.

En cuanto a la índole de las demás operaciones vale destacar que se encuentran sometidas al régimen contractual de derecho privado. Así ha sido entendido por los doctrinantes; el Maestro Garrigues entiende lo anterior en los siguientes términos:

*“Las operaciones bancarias tanto activas y pasivas, como neutras dan lugar a relaciones contractuales entre el banco y el cliente, que encarnan en los esquemas negociables clásicos del derecho privado. El derecho de obligaciones muestra los cuadros y moldes que el Banco utiliza para cumplir su misión de negociante de dinero y de acreedor y distribuidor del crédito. Esto significa que no hay contrato bancario especial y distinto de los demás contratos. Sin embargo, los contratos bancarios se forman a veces por combinaciones entre los distintos tipos contractuales o dan lugar a figuras sui géneris. Esto explica, en todo caso, que los contratos bancarios ofrezcan características y modalidades resultantes de pactos peculiares de contenido uniforme para toda clase de operaciones (condiciones generales) que las separan de los contratos utilizados por quienes ostentan la titularidad jurídica de una empresa bancaria...” (Contratos Bancarios, Gráficas Aguirre, 1975, Madrid, p. 39).*

A su vez, la consideración contractualista que deja escrita, obliga al análisis de dos nuevas facetas, como son:

#### A) PROHIBICIONES ESPECIALES

B) EL CONTROL OFICIAL a que están sometidos los bancos, ¿hará variar la naturaleza jurídica de las operaciones que le están autorizadas?

Relativamente a las prohibiciones y limitaciones deben ser tenidas en cuenta las que determina el artículo 10 del Decreto 663/93 que, como finalidad principal tienden a establecer un verdadero control en el juego de las operaciones monetarias propiamente dichas.

De entre tales prohibiciones se destaca la siguiente que constituye una especial fuente de responsabilidad a cargo del Banco:

*“Artículo 10... e) No podrán limitar o restringir en forma alguna la cuantía de los saldos proveniente de depósitos en cuentas corrientes; en caso de terminación unilateral del contrato de cuenta corriente bancaria deberán dejarse consignadas expresamente los motivos*

*que la determinaron, los cuales han de corresponder a los definidos en los respectivos manuales del establecimiento bancario”.*

La regulación específica que introduce el Estatuto Financiero recogido en el Decreto 633, en relación con las cuentas corrientes bancarias, particulares, oficiales, etc., régimen de cheques fiscales, etc., el manejo de las secciones de ahorros (su apertura), el ahorro contractual, programas de captación, inembargabilidad, depósitos con menores de edad, depósitos conjuntos, retiro de depósitos), vienen a constituir directrices de obligatorio cumplimiento de tipo normativo que, de no ser atendidas o, de serlo en forma irregular, generarán para el establecimiento responsabilidades no solo frente al cliente mismo sino también frente a los organismos de control (Arts. 124 al 130, Decreto 663/93).

La respuesta que debe darse a la segunda cuestión relativa a la incidencia de CONTROL OFICIAL sobre la naturaleza misma del contrato celebrado, debe partir, al menos en nuestro derecho nacional, de los principios constitucionales en donde se tiene dispuesto que:

*ARTÍCULO 333. La actividad económica y la iniciativa privada, son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin la autorización de la ley”.*

*ARTÍCULO 335. Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del artículo 150 son de **interés público** y no pueden ser ejercidas sin previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito” (Subraya y negrilla fuera de texto).*

Al referirse la Corte Constitucional al tema del **servicio público bancario**, tiene dicho que solamente el Banco de la República alcanza tal categoría con arreglo a la nueva Constitución (Art. 371) tal como puede verse en las Sentencias T 443 de 1992; 473 de 1994; c-521 de 1994; 450 de 1995, entre otras.

Entre los doctrinantes tomamos a Guiseppe Ferri y Joaquín Garrigues que apuntan en la misma dirección que se viene anotando, las siguientes palabras:

Para Ferri:

*“La empresa bancaria, aunque sujeta a un estatuto especial, es una empresa privada, así se transforme en un instrumento de política económica del Estado... Función de interés público, como la bancaria, no equivale a función pública... Teniendo cuidado con el signi-*

*ficado de las palabras, la fórmula (de la ley) no indica una función pública del Estado sino una función que siendo propia de particulares, relleva el punto de vista del interés general y el límite que debe tener su disciplina” (Citado por Enrique Díaz Ramírez en Contratos Bancarios. Ed. Temis, 1993, pág. 26).*

**El Maestro Garrigues tiene dicho:**

*Las operaciones bancarias, tanto las activas y pasivas, como las neutras, dan lugar a relaciones contractuales entre el Banco y el Cliente que encarnan en los esquemas negociables clásicos del Derecho Privado. El derecho de obligaciones suministra los cuadros y moldes que el Banco utiliza luego para cumplir su misión de negociante de dinero y de acreedor y distribuidor del crédito. Esto significa que no hay contrato bancario especial y distinto de los demás contratos...” (Contratos bancarios, Graf. Aguirre, Madrid, pág. 39).*

¿Cómo han de ser interpretados aquellos contratos? ¿Qué clase de responsabilizase le son deducibles al Banco en el desarrollo de sus negocios, además de la denominada responsabilidad contractual? A estos extremos se hará referencia más adelante.

Las anteriores circunstancias se traen a colación en esta oportunidad, dado que por cuestión de metodología es necesario trazar el derrotero que ha de seguirse en la exposición y que está entre uno de estos dos extremos; o sea está por el sistema de la **casuística**, analizando uno a uno los casos que originan la pretendida responsabilidad o se elige el de la **dogmática**, para sentar los principios generales de los cuales habrá de inferirse aquella responsabilidad.

## **CAPÍTULO II**

### **PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN**

#### **CONTRATOS BANCARIOS**

El solo enunciado está insinuando la vigencia de la ya tradicional separación entre el derecho civil y el derecho comercial que ha dado lugar a tantas posiciones legislativas y doctrinales y que de un tiempo para acá se está tratando de solucionar mediante la unificación codificadora.

Todas aquellas posiciones son ajenas a nuestro propósito de hoy. Lo único que resulta inocultable es que, en tratándose de negocios mercantiles como el que ahora ocupa nuestra atención, y con mayor significación si dicho negocio no tiene su paralelo en la vida civil, los principios de interpretación tiene fisonomía especial que establece distancias con relación a los principios generales de



interpretación que no pueden desconocerse. El derecho bancario no se excluye de ello.

Apuntamos seguidamente esta diferencia interpretativa y ello nos lleva a entender la importancia de los siguientes subtemas:

A) Obtención del consentimiento en materia mercantil que domina dentro del derecho financiero de ADHESIÓN a cláusulas PREDISPUESTAS, bajo la modalidad de las llamadas CONDICIONES GENERALES.

B) Fuentes legales de interpretación. Aplicación obligatoria de las normas establecidas por el Código de Comercio y el alcance de otras disposiciones aplicable a dicha actividad, pero tomadas del ordenamiento civil, al cual se hace expreso envío.

Presentamos un pequeño esquema de los anteriores planteamientos con el ánimo de ser coherentes con la filosofía trazada por el siempre actual Maestro Vivante en cuyas palabras hemos venido apoyados.

## **OBTENCIÓN DEL CONSENTIMIENTO**

### **CONTRATOS DE ADHESIÓN**

#### **CONDICIONES GENERALES**

Sin necesidad de extensas referencias doctrinales, se puede pensar que, relativamente a los negocios cuya prestación fundamental a cargo del obligado está conformada por ciertos bienes o servicios caracterizados por la uniformidad que conduce a una disciplina antiforme y constante para cada una de las relaciones surgidas para cada usuario, no puede exigirse sino un “minimum” de precisión sobre “el germen del contrato que se trata de celebrar” según lo entiende Jean Charbonnier (Der. Civ. T. II. Vol. II. Pág. 161). El negocio así realizado tiene una mínima parte como producto de la autonomía de la voluntad, y la parte restante se entiende tácitamente consentida por el solo hecho de no haberse formulado objeción alguna. Ello representa un conjunto de consecuencias aparejadas al principio de contrato y la proyección del consentimiento deberá ser dimensionada según se trate del derecho común o del regido por los principios de adhesión.

La caracterización de los negocios de ADHESIÓN está dada por estos factores:

1º. La superioridad económica de una de las partes que de hecho lo coloca en situación de imponer condiciones abusivas a la contraparte.

2º. Inclusión de cláusulas predisuestas, redactadas por la parte económica más fuerte.

3º. Invariabilidad de las cláusulas.

Desde luego que para la elaboración de las cláusulas denominadas Predisuestas, se admite por la doctrina, bajo el nombre de CONDICIONES GENERALES, la distinción entre las que son libremente fijadas y las que tienen el carácter de **vinculadas** entendiéndose en este último rango aquellas que tiene su origen directo o indirecto en el Estado o las que tiene carácter normativo.

En nuestro ordenamiento comercial solamente en la actividad aseguradora existe la previsión del artículo 1047, cuyo parágrafo único dispone que:

*“Se tendrán como condiciones generales del contrato aunque no hayan sido consignadas por escrito, las aprobadas por autoridad competente para el respectivo asegurador en relación con el seguro pactado, salvo las relativas a riesgos no asumidos”.*

Pero en la reglamentación referente a bancos no existe disposición de este contenido, no obstante lo cual, juzgamos nosotros, cabe la aplicación analógica en consideración a la idéntica naturaleza de las actividades aseguradoras y bancarias miradas desde el punto de vista de la formación del consentimiento.

Las bases sobre las cuales se determinan los bancos comerciales el contrato de cuenta corriente están acordadas por el sector, con lo cual no tienen naturaleza normativa determinándose que, cada banco queda comprometido con su usuario bajo las modalidades en el contrato preparado de antemano.

En materia de INTERPRETACIÓN de esta clase especial de acuerdos resultan pertinentes las siguientes consideraciones:

A) Que la posición doctrinal generalizada, le reconoce carácter contractual al consentimiento “incipiente” del adherente”.

B) Que la EFICACIA de las condiciones generales dependen del hecho de **conocimiento** que el contratante adherente haya tenido o debido tener al momento de la celebración del acto, mediante el empleo de una diligencia ordinaria.

Frente a la falta de regulación legal en nuestro medio sobre este particular consideramos oportuno acudir a fuentes foráneas en las que encontramos ayuda como nos ilustra el Código Civil Italiano cuyo artículo 1341 incorpora la línea doctrinal ya expresada.

### El texto pertinente dispone:

*“Artículo 1341. Las condiciones generales establecidas por uno de los contratantes serán eficaces respecto del otro si en el momento de la conclusión del contrato este las ha conocido o hubiera debido conocerlas usando la diligencia ordinaria.*

*En todo caso no tendrán ningún efecto, si no fueren específicamente aprobadas por escrito, las condiciones que establezcan a favor del que las ha impuesto, limitaciones de responsabilidad, facultades de rescindir el contrato o suspender su ejecución o sanciones a cargo del otro contratante, caducidades, limitaciones a la facultad de imponer excepciones con terceros, prórroga o renovación tácita del contrato, cláusulas compromisorias o derogaciones a la competencia de autoridad judicial.*

**Finalmente, debe hacerse referencia especial entre nosotros al mandato constitucional con cuya aplicación se podrá enfrenar el abuso del derecho por parte de los empresarios so pretexto de la libertad económica. Los últimos dos apartados del artículo 333 de la actual Carta fundamental determinan:**

*“El estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su **POSICIÓN DOMINANTE** en el mercado nacional.*

*La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación” (Negrilla fuera de texto).*

*De la extensa cosecha doctrinal sobre la significación de los debidos contrapesos que, en materia de consentimiento deben concurrir a los negocios por ADHESIÓN, traemos la apreciación del Maestro argentino Rubén S. Stiglitz quien se pronuncia diciendo:*

*“... Y por un marcado control sobre el contenido del contrato, porque el de seguros precisamente por tratarse de un contrato por adhesión, ve sustraído el control natural de las partes contratantes. Y por ello se requiere de un acentuado control de afuera del contrato...”*

*Toda concepción social de mercado garantiza al particular su espacio a la libertad contractual, con un límite: la comunidad y la persona humana. Y así como no es posible una economía de mercado sin libertad contractual, tampoco es concebible un Estado social de derecho que no arbitre los medios que repriman el abuso y el daño. Y esto es lo que acontece con el contrato de seguro. Su contenido no es razonable dejar que sea la resultancia de las leyes de los libres juegos, porque uno de los sujetos de la relación no es libre, pues al contratar se halla en estado de compulsión (adhiera o no contrata), ni está en condiciones de competir partidariamente con el asegurador que es quien dispone del poder de negociación... De allí la necesidad de control de un contrato celebrado por quienes no son precisamente iguales. Y ese rol. El de cuidado y vigilancia es del Estado, el único que se halla en condiciones de restablecer el equilibrio formal. (Tomado de revista Íbero. Etí. De Seguros N° 8, Pont. Univ. Javeriana. Bogotá. 1996. pág. 312)”*

## CRITERIO DOCTRINAL COMO OTRO ELEMENTO DE INTERPRETACIÓN

La naturaleza misma del mundo financiero, en donde se vive bajo una dinámica mayor para el hecho económico que el de su regulación normativa, hace recordar la hondura y permanente validez de las palabras del Maestro Garrigues:

*“Las normas jurídicas protegen los intereses de la comunidad humana asegurándole las condiciones de vida. A los intereses de la comunidad pertenecen también los intereses de sus miembros. El derecho ordena los intereses privados dentro de la comunidad limitándolos mutuamente y frente a los propios de la comunidad. Y si la función del derecho consiste en asegurar los bienes vitales, la investigación del interés será el único modo de investigación funcional del derecho. La ciencia jurídica tiene que investigar las situaciones de interés tenidas en cuenta por el legislador y que se dan en la vida y cuáles son los efectos, desde el punto de vista de interés que produce la norma jurídica elegida, la jurisprudencia que sitúa en el primer plano la investigación del interés se llama “jurisprudencia de intereses”. (Curso Der. Merc. T. I. pág. 40).*

Si se hace el análisis de la sola norma jurídica como criterio de interpretación se caerá en la llamada “**jurisprudencia de doctrina**” según la denominación atribuida a Heck. A este medio de proceder le vienen oportunas las palabras del tratadista:

*“No basta con fijar puramente lo que la ley dice. Un intérprete que se limitara a la fórmula legislativa porque está descrita de tal modo o en relación con la costumbre porque se practica de tal manera y prescindiese de indagar qué valoración normativa constituye su ratio turis mostraría tener una noción bien mísera del sentido de la ley y no cumpliría con su tarea. La lógica del derecho es algo más que una pobre lógica formal de las singulares proposiciones legislativas...” (Emilio Betti. Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos. Edit. Edersa. Sin fecha. Pág. 258).*

Pero en el campo lógico de la interpretación no se trata de aplicar una u otra clase de jurisprudencia, en forma alternativa. No, a nuestro entender deben concluir ambos criterios dosificándolos bajo la mira delineada por el propio Maestro español al decir que:

*“Cuando los autores modernos dicen que el derecho mercantil es una ciencia de observación y, cuando se presenta ante nosotros una institución mercantil no debemos correr inmediatamente a la disposición legislativa que la regula, en realidad lo que se quiere destacar, si esta tendencia ha de tener algún sentido, es la necesidad de investigar cuidadosamente en cada caso cual es la situación de intereses en el juego. Ha cambiado la concepción del derecho como cambió la del mundo cuando en astronomía sucedió el sistema de Copérnico al de Tolomeo”. (J. Garrigues. Op. Cit. Pág. 40).*

Más debe tenerse el buen cuidado de no incurrir en un excesivo rigorismo en la aplicación de esta “**jurisprudencia de intereses**” que lleve al intérprete a caer en la llamada por la doctrina la “**solución alternativa del derecho**” conforme a la cual, si al contrato se le atribuye la categoría de mero instrumento económico, adquieren relevancia en su regulación las “**reglas del mercado**”, lo que conduce a la aplicación de principios como éste:

*“El derecho retrocede ante la economía. Los valores de la escala axiológica (justicia, seguridad, orden, paz, etc.) son reemplazados por los valores de economía”. (Interpretación económica del contrato. Jorge Mosset Iturraspe. Rubinzal Culzoni. Edit. Bs. Aires. 1994, pág. 20).*

Esta incursión a la doctrina mercantilista y la referencia a principios de interpretación no hace otra cosa que recoger nuestra adhesión a la perspectiva trazada por el Maestro de Maestros, César Vivante, que sirven de epígrafe a esta modesta exposición.

Del criterio interpretativo que se adopte, depende la respuesta que haya de darse para el señalamiento y fundamentación de la RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL que pende para todo el Banco en el ejercicio de sus funciones en la intermediación del dinero.

## FUENTES LEGALES DE INTERPRETACIÓN

La jerarquía normativa en materia mercantil ofrece matices que es preciso determinar si es que se requiere dar una adecuada pauta interpretativa, como es, en este momento, nuestro propósito.

A pesar de ser un tema repetidamente tratado en la doctrina, queremos acudir a los hitos que trazan los Artículos 1º, 2º, 3º y 822 del Estatuto Mercantil que, si se toman a la ligera, pueden conducir a conclusiones inaceptables. Comparativamente los textos citados resultan bien reveladores:

### Artículo 1º

Los comerciantes y los asuntos de comercio se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos **no regulados** en ella serán decididos por **analogía de sus normas**. (Subrayas y negrilla extratexto).

### Artículo 2º

En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la **regla anterior**, se aplicarán las disposiciones de la **legislación civil**. (Subraya y negrilla fuera de texto).

La comparación normativa deja en claro que el orden de procedencia se establece así: disposiciones de la ley comercial, nalaogía de sus disposiciones para casos sin regulación expresa, y por último las normas civiles. Estas (las civiles) vendrían a tener entonces un carácter eminentemente supletivo. Pero a la norma general del derecho civil no puede llegarse aún, como lo encaran los primeros dos artículos, en consideración al rengu que se le confiere a la “costumbre mercantil”, por el artículo 3º:

*“La costumbre mercantil tendrá la **misma autoridad** que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regirse por ella...”(Subraya y negrilla fuera de texto).*

Lo anterior constituye una verdadera interpolación entre las normas escritas y la analogía de tipo mercantil y los principios del derecho común a los que pueda acudir y de la cual intercalación resultan colocados en un orden superior a los principios consuetudinarios.

Agotadas las instancias de los primeros tres artículo ya citados, ¿Se podrá acudir por fin a las normas del Código Civil?

El artículo 822 responde a esta pregunta:

*Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de **derecho civil**, sus efectos, **interpretación**, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y **negocios jurídicos** mercantiles, a **MENOS** que la ley establezca otra cosa.*

*La prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, **salvo** las reglas especiales establecidas en la ley. (Subraya y negrilla fuera de texto).*

La notable significación de la norma comentada descansa en la locución adverbial “A MENOS QUE la ley establezca otra cosa”, pues con ella la aplicación extensiva que se preconiza queda irrevocablemente supeditada al hecho de no existir norma contraria. Es que, gramatical y jurídicamente hablando, el “MENOS QUE”, vale tanto como decir, “EXCEPTO”.

Y para el caso de la remisión que hace el artículo 822, se dan abundantes ejemplos en que la propia ley mercantil tiene establecidas “**otra cosa**” lo que significa la obligación de diferir la aplicación de los principios civiles.

### ¿Cuáles sean tales ejemplos?

El Estatuto Comercial mismo contiene una específica regulación en materia de contratos y obligaciones mercantiles tal como se lee en el Libro Cuarto. En éste aparecen consignados principios que difieren de los reconocidos en la legislación común. Valgan como ejemplos muy representativos:

- a) Manejo de los términos técnicos o usuales referentes a la vida mercantil;
- b) Principio de la consensualidad: Ello determina que, por ejemplo, contratos que en el campo civil son de naturaleza real, como el mutuo. En el ámbito comercial es de índole puramente consensual. Vale tener presente el principio acogido por el C de Co., cuando se trata de promesas de compraventa a las que no les cabe el tratamiento solemne que le exige la norma civil;
- c) Incorporación de la presunción de solidaridad pasiva en negocios que vinculan a varios sujetos;
- d) Reglas sobre las firmas, entre las cuales se admite la hecha por medios mecánicos;
- e) Representación de intereses, voluntaria y aparente; facultades del representante;
- f) Regulación de la oferta con determinación de sus alcances jurídicos, distinción de clases y determinación de ser irrevocable; reconocimiento de perjuicios causados durante el período precontractual;
- g) Incumplimiento de negocios jurídicos plurilaterales;
- h) Regulación especial sobre Cláusula Penal: retractación cláusula penal excesiva;
- i) Consagración del principio de revisión contractual por excesiva onerosidad o debido a circunstancias imprevistas para determinada clase de contratos;
- j) Consagración de causales especiales de resolución o terminación de contratos bilaterales originada en la mora de una de las partes. Debe ser entendida la procebilidad de esta norma con requisitos diferentes a los de la tradicional condición resolutoria tácita (1546 C.C.).
- k) Determinación de las monedas en que hayan de ser cumplidas las obligaciones, impugnación del pago; enmienda de errores; imputación de pago; pagos efectuados con títulos valores de contenido crediticio, etc.;

l) Tratamiento normativo de la “Cesión de Contrato”.

m) Aceptación de la “ineficacia, nulidad, anulación e inoponibilidad” como sanción de los actos jurídicos, etc.

## CAPÍTULO III

### CONTRATOS

El análisis que pasamos a hacer parte del reconocimiento hecho en nuestra legislación de dos categorías de cuentas: una, conocida en la doctrina como mera cuenta de depósitos o cuenta de giro, en la cual el Banco siempre tendrá la calidad de “**deudor**”, en la que se admite convenir la forma como han de efectuarse los giros. Y, la otra, la tradicional “**cuenta corriente mercantil**” en la que antes de la clausura de la cuenta ninguno de los interesados será considerado como acreedor o deudor (artículos 1245 y ss. C. de Co.).

Estas dos modalidades se advierten claramente en las siguientes normas que se transcriben:

*“Artículo 1382. Por el contrato de depósito en cuenta corriente el cuenta -correntista adquiere la facultad de consignar dinero y cheques en un establecimiento bancario y de disponer, total o parcialmente, de sus saldos mediante el giro de cheques o en otra forma previamente convenida con el Banco. (Subraya y negrilla fuera de texto).*

*Todo depósito constituido a la vista se entenderá entregado en cuenta corriente bancaria, salvo convenio en contrario”.*

*“Artículo 1385. El banco podrá, salvo pacto en contrario, acreditar o debitar en la cuenta corriente de su titular el importe de las obligaciones exigibles de que sean recíprocamente deudores o acreedores.*

Esta compensación no operará...

*Tampoco operará cuando el cuenta - correntista o cualquiera de los cuentacorrentistas haya sido declarado en quiebra o se le haya abierto concurso de acreedores. (Subraya y negrilla fuera de texto).*

La orientación que hemos dado a esta exposición, tal como se advierte desde su comienzo que no es otra que el de la determinación de las RESPONSABILIDADES que pueden serle deducidas al Banco por el ejercicio de las operaciones que le son propias, constituye una suficiente explicación del por qué, iniciamos el análisis de los negocios con la CUENTA CORRIENTE, prescindiendo de las referencias generales a toda clase de contratos como son: su naturaleza, forma como



surgen a la vida jurídica, etc., por ser propias de un tratado general del contrato. Sólo haremos mención tangencial s alguno de tales elementos y ello solo como punto de partida para deducir la forma del cumplimiento de las obligaciones que le son exigibles.

Con relación a la cuenta corriente, nuestra posición nos lleva a entenderla bajo estas vertientes:

A) Como contrato que es, determina unas responsabilidades referidas a la forma como se cumplen las prestaciones. De aquí surge una responsabilidad contractual.

B) Que igualmente, puede verse comprometida su responsabilidad en razón de los *medios o sistemas* utilizados para dar cumplimiento a las obligaciones contraídas. Sobre estos medios, si de por sí llevan aparejado un riesgo bien puede pensarse en el establecimiento de principios de responsabilidad objetiva. En estos eventos, tal compromiso patrimonial caería sobre el Banco como resultas de una responsabilidad extracontractual.

C) La primera de las responsabilidades, la contractual, con el agregado de que aquellas obligaciones incluyan las llamadas responsabilidades profesionales que, según la moderna tendencia será deducible cuando, aún sin mediar culpa ni dolo, no se haya dado acabado cumplimiento a las reglas de arte, propias de la actividad. Para la aplicación de este tipo de responsabilidad entienden los autores que se requiera una autorización propia para el ejercicio correspondiente; onerosidad en el ejercicio y sujeción a una normativa reglamentaria (técnica). La actividad bancaria queda cobijada por estos principios, al decir de los doctrinantes, y cuya procedencia la hace aplicable en nuestro medio según el ESTATUTO FINANCIERO como aparece en el artículo 98 del Decreto 663 de 1993, que a la letra dice:

**“Artículo 98. Reglas Generales...**

*4. Debida prestación del servicio y protección al consumidor. Las instituciones sometidas al control de la Superintendencia Bancaria, en cuanto desarrollan actividades de interés público, deberán emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios a sus clientes a fin de que estos reciban la atención debida en el desarrollo de las relaciones contractuales que se establezcan con aquellas y, en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones. Igualmente, en la celebración de las operaciones propias de su objeto, dichas instituciones deberán abstenerse de convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante”.*

## **CUENTA CORRIENTE BANCARIA**

En este contrato autónomo es fácil advertir la presencia de elementos de otros contratos como son el de cuenta corriente mercantil, el mandato y el depósito. Así puede advertirse en la propia ordenación comercial (arts. 1382 y 1385 C. de Co.). Repárese además, que implícitamente el Código está admitiendo la posibilidad de llegar a una cuenta corriente mediante el Contrato de Apertura de Crédito (art. 1400 C. de Co.), elemento que en nada altera la responsabilidad como deudor que es la que nos interesa por ahora.

### **¿Qué OBLIGACIONES asume el Banco en la cuenta corriente bancaria?**

Para una clara determinación es necesario entender que para el cumplimiento de las órdenes de pago que el cliente le dé, el Banco no es solamente un DEPOSITARIO de los fondos, sino que es un verdadero mandatario que está obligado a cumplir con los encargos que el cliente le confiere. Y es un MANDATO que tiene la calidad de oneroso, lo que determina, de suyo, una especial categoría de responsabilidad según la filosofía del artículo 1604 del C. Civil en la cual, la adecuada para el Banco es la culpa leve dado el recíproco beneficio obtenido por las partes vinculadas en el CONTRATO; el cliente obtiene la seguridad en la custodia de sus valores y el manejo de los mismos a través de entidad con solvencia económica y moral. Y el Banco logra el aumento de sus disponibilidades para el ejercicio de su actividad, obtiene créditos de las sumas recibidas y percibe comisiones por la mayoría de las operaciones que celebra.

No resulta fácil efectuar una clasificación categórica que comprenda la totalidad de las obligaciones que incumben al banquero bajo el cuadro denominado “mandato” que habitualmente le es confiado dada la gran diversidad de operaciones. Pero la misión del banquero tiene, en realidad, gran variedad de compromisos. Todos ellos enmarcados dentro del doble concepto de mandatario y depositario que conducen a que, muchas veces, sea difícil ubicar la responsabilidad como proveniente de depósito o como derivada del mandato.

Tenidas en cuenta tales circunstancias, las principales OBLIGACIONES para el BANCO, se refieren a estos extremos:

**A) RECIBIR LOS DEPÓSITOS, bien en efectivo, en cheques o en otra clase de títulos, como por ejemplo los llamados depósitos judiciales cuando así lo disponga la ley.**

En cumplimiento de esta precisa obligación, no podrá negarse el Banco a recibir consignaciones, aún las provenientes de terceros, siempre y cuando que el consignante suministre los datos concernientes al titular de la cuenta, indicación de su número distintivo y demás exigencias para toda consignación.

Los riesgos evidentes que pueden seguirse de la consignación por un tercero que paga como por ejemplo la validez del pago que con ella pretenda hacerse, so extrabancarios y por ello el Banco que lo recibe, queda exento de responsabilidad por cuanto que es un verdadero tercero con relación al negocio del cual surge la obligación que se trata de satisfacer.

La obligación de recibir los depósitos, no admite condicionamientos, salvo que exista norma legal que señale determinativamente los establecimientos habilitados para recibir consignaciones con destino al pago de cuantías especiales.

**B) SUMINISTRAR LAS CHEQUERAS y los formatos especiales para el retiro de fondos, distintos al cheque, si esta última forma ha sido convenida.**

Bajo esta modalidad pueden ser entendidas las operaciones de transferencia, tanto la clásica como la electrónica, a través de los sistemas denominados “cajas automáticas”, “terminales en punto de venta”, mediante tales procedimientos se puede, además de efectuar las citadas transferencias, realizar pagos, recibir depósitos, informar saldas en cuenta y toda aquella gama de operaciones comprendidas dentro de la llamada “Tarjeta INTELIGENTE”.

**C) LLEVAR EL ESTADO CONTABLE DE LA CUENTA, ENVIAR EL EXTRACTO Y DEVOLVER LOS CHEQUES ORIGINALES QUE HAYA PAGADO, según mandato leg. (728 C. de Co.).**

Estas prestaciones a cargo del Banco, no admiten pacto en contrario según la doctrina de la propia Superintendencia Bancaria, como puede verse en el oficio OJ – 049, Feb. 25/72.

**D) PAGAR LOS CHEQUES GIRADOS U OTRAS FORMAS CONVENIDAS, cumpliendo instrucciones de pago correspondientes.**

Esta constituye el arco total de la cuenta corriente bancaria puesto que el negocio denominado “depósito” que constituye su razón de ser le impone al banquero la obligación de pagarle (restitución en el lenguaje del Código Civil. Art. 2.221) a su depositante. ¿Como se efectúa esta solución? La determina el cuenta – correntista mediante las instrucciones impartidas las cuales forman parte integrante del mandato que se involucra en la relación bancaria. Pero debe en-

tenderse que el “pago” que verifica el Banco cuando así se lo ordena su cuenta – correntista no lo vincula cambiariamente con el beneficiario del cheque u orden.

Sin embargo de lo anterior, para el Banco pueden hacerse exigibles responsabilidades en los eventos de no pagar, estando obligado a hacerlo; por pagar cuando no ha debido efectuarlo o por efectuar pagos irregulares.

**E) MANTENER LA RESERVA BANCARIA. Entendiéndola en la dimensión que se le ha dado en la consagración constitucional (art. 15) como que constituye uno de los extremos de la intimidad personal y familiar y, por ende, como un derecho fundamental.**

**F) REINTEGRAR EL SALDO a la terminación del contrato. Constituye la obligación esencial para el Banco, entendida su posición de depositario.**

El anterior cuadro de las obligaciones a cargo del Banco se extrae de la propia regulación del Código de Comercio y en razón de tal origen debe tenerse presente que aquellas responsabilidades se generan en el ejercicio de la llamada “banca comercial”. Porque es necesario ampliar el concepto de responsabilidad para dar respuesta a nuevos compromisos que la Banca está adquiriendo cuando se adentra en operaciones que son propias de la “Banca de Inversión” como se le ha dado en llamar.

Con la anterior precisión resulta inútil para el propósito de la determinación de la **responsabilidad bancaria** fijar, en el tiempo, dos momentos en el contrato de cuenta corriente:

1º) **Iniciación** del contrato, bien por el depósito o por la apertura de la cuenta (que determina obligaciones como depositario).

2º) **Movimiento** de la cuenta por órdenes de pago (que genera obligaciones como mandatario).

I. Se menciona especialmente el momento del depósito en cuanto que, una vez efectuado, sea por ventanilla o mediante buzón “ganatiempo” instalado este por el propio Banco y bajo su vigilancia porque desde dicho momento comienza la responsabilidad para el Banco por cualquier pérdida o extravío de los efectos depositados, sí así sucediere, y de impone la obligación de pagar o cobrar según el caso cuando tales hechos ocurrieren.

En uno de los casos ocurridos, el Banco se descarga frente a su cuenta – habiente por la desaparición del sobre de consignación en el buscón correspondien-

te, alegando que al no aparecer el sobre, el Banco no tenía la calidad de depositario a pesar de existir, como en realidad existía, el recibo de depósito expedido por medio electrónico. El Banco quiso desplegar hacia su cuenta – habiente la carga de la prueba de la consignación por medio diferente al de la ley (art. 1386 C. de Co.) según el cual el comprobante de consignación constituye la plena prueba de la misma, la posición de la entidad aparece abiertamente contraria la ley.

Aceptar la posibilidad de uso fraudulento de este sistema de consignación en buzón; admitir igualmente la posibilidad de un uso honesto y legítimo del sistema constituyen posiciones conceptuales que en nada afectan la configuración de una verdadera RESPONSABILIDAD para el Banco que ofrece servicios que conlleven un riesgo superior al normal. En casos como este que se menciona aparece evidente el compromiso para el Banco a acudir a la vía jurisdiccional en ejercicio de la acción de reposición de títulos valores, a la cual no se procedió en el caso mencionado.

**II. Movimiento de la cuenta por órdenes de pago.** El cumplimiento de esta obligación determina para el Banco atender dos extremos:

- a) La legitimación, y
- b) El pago propiamente dicho.

### **LEGITIMACIÓN**

La obligación del Banco, en sus relaciones para con el librador, determinan para aquél la de cubrir el cheque emitido hasta el importe del saldo disponible, a no ser que exista disposición legal que lo exima de tal obligación. Tal es el punto de partida que determina nuestra ley comercial (Art. 720 C. de Co.).

Dada la especial naturaleza jurídica del cheque, el Banco librado para atender la orden de pago debe efectuar previamente las VERIFICACIONES que expresamente le impone la ley (art. 712 y ss. C. de Co.), referentes al instrumento propiamente dicho tales como:

A) Creación y forma del cheque y su contenido; limitación de su negociabilidad; presentación ante el Banco para su pago, etc.

B) LEGITIMACIÓN del tenedor, para lo cual deberá estarse a la ley de su circulación según haya sido expedido el instrumento a la orden o al portador.

C) La no existencia de hechos relativos al librador o girador que determinen que el Banco está obligado a rehusar el pago tales como: contraorden, constancia de apertura del trámite de liquidación obligatoria (Ley 222 de 1996, modificatoria del Art. 726 del C. de Co.), orden de **embargo**, falta de alguna de las firmas, existencia de restricciones cuantitativas, etc.

## RESPONSABILIDADES ESPECÍFICAS DE ORDEN LEGAL

El anterior proceso para el pago de los cheques constituye una fuente de RESPONSABILIDAD bien para el cuenta – correntista, bien frente al beneficiario, delimitada según la etapa en que pueda serle aducida. Según ello y a guisa de ejemplo, se destacan éstas:

A) Habiendo insuficiencia de fondos es OBLIGATORIO para el Banco el OFRECIMIENTO de pago parcial. La OMISIÓN de tal pago sanciona la ley en estos términos:

*“ARTÍCULO 722. C. de Co. Cuando sin causa justa se niegue el librado a pagar un cheque o **no haga** el ofrecimiento de pago parcial, prevenido en los artículos anteriores, pagará al librador, a título de sanción, una suma equivalente al 20% del importe del cheque o del saldo disponible, **sin perjuicio** de que dicho librador persiga por las vías comunes la indemnización de los daños que le ocasionen”. (Las subrayas y negrillas fuera de texto).*

B) Responsabilidad por pago de cheques falsos o alterados. Entendemos que sobre este particular nuestra legislación trata de manera diferente el mismo hecho. Una doble columna pondrá de manifiesto la diferencia tal como nosotros la entendemos:

*“ARTÍCULO 732. Todo Banco será responsable a un **depositante** por el pago que aquel haga de un cheque falso o cuya cantidad se haya aumentado, salvo que dicho depositante no notifique al Banco, dentro de los tres meses después de que se le devuelva el cheque, que el título era falso o que la cantidad de él se había aumentado.*

*Si la falsedad o alteración se debiere a culpa del librador, el Banco quedará exonerado de responsabilidad”.*

*“ARTÍCULO 1391. Todo Banco es responsable con el cuenta – correntista por el pago que haga de un cheque falso o cuya cantidad se haya alterado, salvo que el cuenta – correntista haya dado lugar a ello por su culpa o la de sus dependientes, factores o representantes.*

*La responsabilidad del Banco cesará si el cuenta – correntista no le hubiere notificado sobre la falsedad o adulteración del cheque, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se le envió la información sobre tal pago.*

No corresponde a la orientación de esta charla un manejo detenido de esta especial responsabilidad, tema de cuyo extenso que para una toma de posición exige un análisis diferenciado entre la responsabilidad por obligaciones de resultado basada en la restitución de bienes de género, y obligaciones de resultado basadas en la culpa del deudor. Pero dada la inocultable entidad del asunto no puede pasarse sin hacer siquiera alguna referencia tangencial. Desde esta posición, consignamos estas anotaciones:

I. Las diferencias entre los cánones legales citados se advierten en la determinación del sujeto en cuyo favor se reconoce la responsabilidad: en el artículo 732. Lo es el “depositante”; en cambio en el 1391 tal responsabilidad lo es para el cuenta – correntista. En puro derecho son bien distintos uno y otro.

II. La responsabilidad para el Banco, según el artículo 732 puede desaparecer mediando la culpa del librador a quien se le impone el deber de “notificar al Banco sobre la falsedad o el aumento de la cantidad”. Conforme al artículo 1391, la cesación de la responsabilidad para el Banco descansa sobre otro bien diferente, como es “que el cuenta – correntista haya dado lugar a ello por su culpa o la de sus dependientes, factores o representantes”.

III. En el factor **tiempo** para dar noticia al Banco sobre el hecho de la alteración o falsificación, que en el primer evento es de tres y en el segundo de seis meses.

De entre la abundante doctrina de la H. Corte Suprema, traemos sostenida por la sala de Casación Civil (Exp. 4311, de octubre 24/94 con ponencia del H. Magistrado Carlos Esteban Jaramillo Scholls) concebida en estos términos:

*“Si no hubo culpa del cuentahabiente, el banco responde, así tampoco hubiese existido culpa de su parte... En otros términos, conviene insistir una vez más que en el citado artículo 1391 del C. de co., establece quien debe correr con los riesgos de los cheques falsificados riesgo impuesto por la ley a las entidades financieras quienes, dado el volumen de transacciones que realizan, compensan las pérdidas que los cheques falsificados pueden causar, regla esta que, de acuerdo con las disposiciones recién aludidos, tiene como obvia excepción que la culpa de los hechos recaiga en el cuenta – correntista o en sus dependientes, factores o representantes. Se estima que el ejercicio de la banca de depósito se equipara fundamentalmente a una empresa comercial que, masivamente, atrae a sí y asume los riesgos inherentes a la organización y ejecución del servicio de caja, luego es precisamente en virtud de este principio de la responsabilidad de la empresa, cuyos rasgos objetivos no*

*pueden pasar desapercibidos, que el establecimiento bancario, asumiendo una prestación tácita de garantía, responde por el pago de cheques objeto de falsificación, ello en el entendido, se repite que es inherente a la circulación de títulos bancarios de esta índole el peligro de falsificación... Pero al mismo tiempo no debe perderse de vista otros postulados acogidos sin reparo para atemperar el rigor de esta doctrina... lo cierto es que esta responsabilidad puede moderarse, e incluso quedar eliminada, si concurre culpa imputable al titular de la cuenta corriente”.*

C) Por incumplimiento de los deberes DESPUÉS DE EFECTUADO EL PAGO. De manera especial se tiene dispuesto que:

*“Artículo 728. Todo banco estará **obligado a devolver** al librador, junto con el extracto de su cuenta, los cheques originales que haya pagado”. (Negrilla fuera de texto).*

Entendida esta obligación como uno de los presupuestos establecidos para que el librador pueda ejercer las acciones de responsabilidad contra el Banco en casos de adulteración del cheque o por aumento de su valor, a que se refieren los artículos 732 y 1391, viene a comprenderse el porqué de la irrenunciabilidad a este derecho, por parte del cuenta – correntista y a pesar de lo cual tal renuncia suele consignarse en los formularios de apertura de cuenta corriente bancaria. Sobre este particular vale recordar la posición fijada por la Superintendencia Bancaria en Oficio J.049/25/02/72/:

*“La necesidad de que se dé cumplimiento a esta disposición (artículo 728) se establece claramente si se toma en consideración el artículo 732... Como consecuencia de lo dicho, este despacho confirma su criterio expresado anteriormente de que la norma del artículo 728 **no es de las susceptibles de ser variada contractualmente**. Debe por ello el Banco estar en situación de devolver los cheques originales, haciendo entrega material de ellos al librador o dejándolos a disposición de este para ser retirados en cualquier momento. Estima la Superintendencia **que debe darse claro y nítido aviso a los titulares de cuentas corrientes sobre el hecho de que tienen a disposición los cheques** y de que si desean retirarlos pueden hacerlo”. (Subrayas y negrillas fuera de texto).*

D) Responsabilidades originadas por el pago irregular. Aparecen establecidas en el Código y referidas a nuestro modo de ver, unas a los cheques comunes y otras con relación a los cheques especiales.

Con relación a los primeros, se encuentran las que acabamos de mencionar. Y relativamente a los segundos deben ser tenidas las previsiones de los artículo 738, sobre el llamado “pago irregular”; 740 sobre el **cheque certificado**; cheques viajeros (749); y las siguientes normas especiales, referentes a los llamados CHE-



**QUES FISCALES:** Artículo 5º de la Ley 1ª de 1980 y el artículo 125 del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) que se transcribe:

*“Artículo 125. De conformidad con el artículo 5º de la Ley 1ª de 1980, los establecimientos bancarios que pagaren o negociaren o en cualquier forma violaren lo prescrito en dicha Ley, responderán en su totalidad por el pago irregular y sus empleados responsables quedarán sometidos a las sanciones legales y reglamentarias del caso”.*

Tomamos de la Corte Suprema, en su sala de casación civil, los siguientes apartes del fallo proferido sobre este particular:

*“...Ahora bien, en caso de que el cheque entregado como pago a la entidad de derecho público no sea cancelado o descargado en su favor sino en el de un tercero, sea de un banco consignatario o a favor de la cuenta de un particular en este último, dicho banco y el particular pueden resultar responsables solidariamente de este pago irregular en ilícito conforme a los artículos 5º de la ley 1ª de 1980 y 2342, 2342, y 2344 del C. Co.*

*En estos casos, en principio de la **legitimación** para hacer valer la **responsabilidad extracontractual** estará radicada en el beneficiario del título valor, esto es la entidad pública que ha recibido el cheque fiscal, que es quien ha sufrido el daño correspondiente, cuando tal recepción conlleva el pago eficaz liberatorio... Pero si el cheque fiscal es descargado a favor de una persona distinta de la entidad pública, con la circunstancia de quien con él paga no solo pierde el valor de la adquisición sino que también conforme a la ley, el pago que pretendía hacer resulta ineficaz y, por consiguiente, restablece insoluta la obligación originaria o fundamental, para ser cancelada posteriormente, no puede menos que concluirse la existencia de la legitimación activa, que por dicho perjuicio, tiene aquel particular para reclamar la indemnización correspondiente contra los establecimientos bancarios que pagaren, negociaren irregularmente dicho cheque o en cualquier otra forma violen lo prescrito en la Ley 1ª de 1980” (Mag. Ponente: Pedro Lafont Pianetta) (C.S. de J. Casación. Febrero 22/89).*

## **TRANSFERENCIA BANCARIA**

Bien puede ser entendida esta operación, como una variable del “cheque” te- niéndose en cuenta que constituye un medio apropiado para dar órdenes al ban- co, para retiro de fondos. Desde el punto de vista de la doctrina y de la práctica bancaria, se entiende por TRANSFERENCIA, el traspaso de una cuenta a otra, realizada por el Banco a solicitud de su cuentahabiente.

Bajo esta perspectiva se entiende que la transferencia no pasa de ser una operación puramente contable que se concreta en el registro de un cargo y otro de abono en las cuentas del ordenante y del beneficiario, que deberá efectuar el Banco ordenado:

De la exacta contabilización de la operación tanto con relación a los nombres de los interesados y el monto ordenado como de la misma imputación será responsable el Banco como que tal transferencia constituye una de las vías para cumplir, como mandatario que es de su cuenta – correntista.

Y mirada con ese solo encasillamiento, a la transferencia le son aplicables los principios imperantes en la cuenta corriente.

Las variantes que generalmente se dan en materia de transferencias pueden proyectarse de la siguiente manera:

- A) Efectuada entre dos cuentas que el ordenante tiene en un mismo Banco.
- B) La realizada entre una cuenta del ordenante y la de un tercero, abiertas ambas en el mismo Banco.
- C) La ordenada por un mismo cuenta – habiente pero sobre dos bancos diferentes.
- D) La correspondiente a dos cuentas de distinto dueño, abiertas en bancos distintos.

Como anotación, vale decir que en la primera forma (A) no puede hablarse técnicamente de pago, por no existir el tercero a quien se le deba. En las que intervienen beneficiarios tal pago sí tiene ocurrencia y en ellas se configura un negocio tripartito que tiene proyecciones referentes de una parte al ordenante y su banquero; de otra, beneficiario – banco, y finalmente entre ordenante – beneficiario, su desarrollo y comportamiento desbordan el propósito de esta exposición y por tanto prescindimos de más referencias.

## **TRANSFERENCIA ELECTRÓNICA**

La obligada referencia al uso de la electrónica aparece plenamente justificada si se paran mientes en las implicaciones jurídicas que tienen los documentos producidos por tal sistema: en razón de ellos consignamos las siguientes pretensiones:

- A) El concepto mismo de transferencia electrónica puede definirse diciendo que lo constituye toda transferencia de fondos iniciada a través de una terminal electrónica. Por vía telefónica, computador o cinta magnética para ordenar, instruir o autorizar a una institución financiera para debitar o acreditar una cuenta. La anterior descripción según lo entiende la ley americana de 1978.

B) Las maneras más usuales para realizar esta clase de operaciones se realiza a través de:

**Cajas automáticas** dispuestas para cumplir las funciones de cajero; habilitadas para recibir depósitos, efectuar pagos, informar saldos, efectuar transferencias, registrar pagos con tarjetas de crédito, etc.

**Terminales en puntos de venta.** Prestado con equipos instalados en grandes comercios, destinados principalmente a la realización de compras con débitos automáticos para los clientes y acreditación en las cuentas de las firmas vendedoras y otros servicios adicionales.

**Banca Hogareña.** Ofrecen realización de transferencias solicitadas telefónicamente, realización de pagos a terceros, cancelación de créditos, etc., y permite la posibilidad de ser manejado a través de computadores personales, etc.

**Conexión automática.** Para enlazar entre sí las instituciones bancarias. Son inocultables las consecuencias jurídicas que surgen del empleo del mencionado sistema y que aún no han encontrado respuesta definitiva, al menos en nuestro medio. Por ejemplo:

En **materia probatoria** cabe pensar: ¿Es dable dentro de nuestro sistema probatorio aceptar como auténtico el documento informativo? ¿Los medios informáticos ofrecen medios de identificación más seguros que la resulta de la firma misma?

En **materia de interpretación** de los contratos de servicio informático viene a propósito preguntarle ¿Sí es aplicable el criterio de los llamados negocios por adhesión?

Y relativamente a la carga de la prueba debe definirse si el Banco, por su posición dominante dentro del negocio jurídico, quien debe asumir la obligación de probar, como creemos nosotros, la ausencia de culpa.

Y ya a manera de inquietud, formulamos la siguiente que se proyecta en el campo de la responsabilidad:

¿El empleo que el Banco hace del sistema electrónico como medio eficaz para la recta ejecución del mandato que le surge del contrato de cuenta corriente, no determinará para el banco la obligación de asumir la responsabilidad en que los encargados del manejo incurran por su hecho o culpa, en los términos determinados expresamente en el artículo 1738 del C.C.?

Tal norma, que consagra la responsabilidad por hecho de un tercero expresa:

*“Artículo 1738. En el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable”.*

A la cual debe servirle de apoyo, como entendemos nosotros aquella otra, extraída del contrato de mandato civil, conforme al cual:

*“Artículo 2140. La recta ejecución del mandato comprende no sólo la sustancia del negocio encomendado, sino los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo. Se podrán, sin embargo, emplear medios equivalentes, si la necesidad obligare a ello y se obtuviere completamente de ese modo el objeto del mandato”.*

Bien se comprende que los terrenos que se abren con los interrogantes anteriores con relación a los documentos informáticos no pueden ser encarados en esta oportunidad, lo cual no es óbice para dejar anotada la circunstancia, en materia de derecho probatorio, de que nuestra legislación procesal tiene sentadas las bases para predicar sobre la admisibilidad de la prueba informática toda vez que el documento producido por dicho sistema llena a cabalidad la exigencia de representatividad del pensamiento contenido en objeto mueble, tal como lo exige el artículo 251 del . C. de P. C.

Ya en cuanto a la VALORACIÓN de la prueba misma producida por el sistema habrán de ser aplicados los principios relativos a la naturaleza misma, privada o pública del documento, su autenticidad y demás pormenores exigidos para cada caso.

Conforme a nuestro sistema probatorio, “las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos...”, como se establece en la ley procesal (art. 252). Según tal principio el documento electrónico debe ser admitido como medio de prueba, entendiendo por tal el constituido a través de circuitos, por mensajes sobre soportes magnéticos (documentos electrónicos en sentido estricto) o los formados por medio del computador (documentos informáticos en sentido amplio).

El aspecto de la AUTENTICIDAD del documento, el producido por medio informático no difiere de los demás documentos y su autenticidad podrá ser establecida con arreglo a los principios establecidos en la ley procedimental en su artículo 252. Recuérdense que la “autenticidad consiste en la certeza que se obtiene en cuento a la persona que elabora, lo confecciona o lo firma”.

El hecho que constituye la telemática y la electrónica, requiere nuevos derechos. Y en la búsqueda de los últimos, para su estimación probatoria, los documentos obtenidos por dichos medios han venido siendo entendidos por los autores desde las siguientes perspectivas A) Como una presunción o indicio B) Como complemento de la prueba escrita; C) Como mero principio de una prueba escrita.

Como se ve de lo expuesto, no es pacífica la solución de estos nuevos interrogantes nacidos de la nueva tecnología en cuanto tienen su proyección en materias jurídicas. Nuestra posición frente a estos nuevos retos se circunscribe a presentar inquietudes.

## **CAPÍTULO IV**

### **RESPONSABILIDAD BANCARIA DERIVADA DE OPERACIONES ACTIVAS**

#### **“OTORGAMIENTO DEL CRÉDITO”**

El manejo descrédito constituye la actividad principal de los establecimientos bancarios y para el cual dispone de los dineros que le son entregados por los cuentahabientes, lleva aparejada una seria responsabilidad para el Banco al que se le exige una gran diligencia para el otorgamiento del crédito como para el otorgamiento del crédito como para el mantenimiento del ya concedido y para el control de las garantías que le hayan sido otorgadas.

La práctica bancaria internacional tiene acogidas las normas sugeridas por el Comité de Basilea, conocidas como **NORMATIVA PRUDENCIAL**, mediante las cuales se tiende a prevenir las consecuencias funestas de una mala práctica en la adopción de distintos riesgos crediticios por parte de bancos y demás entidades financieras.

En nuestro medio colombiano se tienen las instrucciones impartidas por la Superintendencia Bancaria en las Resoluciones N<sup>o</sup> 1980 y 2195 de 1994, mediante las cuales se establecen criterios básicos de la evaluación del riesgo crediticio, la capacidad de pago del deudor y otros factores.

Se parte de la clasificación, según el destino del crédito, en tres categorías: a) Comerciales; b) De consumo; c) Hipotecarios para vivienda, señalando para cada uno de estos rangos los correspondientes criterios de CLASIFICACIÓN.

Los créditos comerciales comprenden las siguientes categorías:

A. **Normal:** Que reflejan una estructura y atención adecuadas.

B. **Subnormal:** Son los bien atendidos actualmente y protegidos pero con muestras de debilidad potencial.

C. **Deficiente:** Inician deficiencias en la capacidad de pago del deudor o de sus codeudores, o pérdidas o deterioro del valor de las garantías.

D. **De difícil cobro:** Que tiene cualquiera de las categorías del crédito deficiente pero cuya contingencia es mayor, porque la situación financiera es inadecuada.

E. **Crédito irrecuperable:** De entre estos se clasifican los que tengan más de doce meses vencidos.

Para la efectividad en el control preventivo en el otorgamiento del crédito se exige de los establecimientos de crédito la realización de EVALUACIONES periódicas, unas de carácter parcial y otras de carácter completo, con base en los factores previstos en la disposición legal. Igualmente se tiene regulada la determinación de los llamados COEFICIENTES DE RIESGO INDIVIDUAL Y GLOBAL en las tres categorías de crédito reconocidas por la Superintendencia, normatividad que conduce a mantener al día los instrumentos para una exacta evaluación tanto de la capacidad de los usuarios del crédito como poner al Banco en situación de evaluar sus propios recursos y el estado de salud de su cartera.

En razón de estas finalidades, se tiene dispuesto en el artículo 24 de la Resolución N° 2195 de 1994, lo siguiente:

*“Artículo 24. Control Interno. Los reglamentos internos de cada institución determinarán el área operativa a quien corresponda llevar a cabo las evaluaciones de cartera de que trata esta resolución y es deber de la junta directiva, del representante legal y demás administradores responsables de cartera, SUPERVISAR CUIDADOSAMENTE tales evaluaciones ASUMIENDO RESPONSABILIDAD por las mismas.*

*Los funcionarios responsables de ejecutar las evaluaciones serán designados por la junta directiva y su nombramiento será comunicado a la Superintendencia Bancaria por el representante legal dentro de los quince (15) días siguientes al mismo, indicando la fecha y número de acta de la correspondiente sesión”. (Negrillas fuera de texto).*

Es fácil advertir que una descuidada evaluación por parte del ente financiero del estado de solvencia de quien le solicita crédito, o la equivocada apreciación del riesgo, conducirá la entidad a una reclamación por daños y perjuicios mediante el ejercicio de la responsabilidad extracontractual en que haya incurrido.

Pero se preguntará: ¿Cómo pueden los terceros verse afectados con la conducta del Banco que obra desoyendo los principios constitutivos de dicha **NORMATIVA PRUDENCIAL**?

La lesión básica que reciben los terceros la pueden derivar según lo anota Jack Vezian, de la merma patrimonial que puede tener el acreditado en caso de caer en dificultades. Dicho autor entiende así el entramado:

*“Pero los terceros pueden también ser víctimas de un crédito imprudentemente concedido. Concertar o continuar en relaciones con el comerciante cuya actividad resulta artificialmente mantenida en razón del crédito bancario, tales terceros, es decir los acreedores del acreditado perderán en todo o en parte sus créditos en la liquidación judicial de los bienes de este último...” (La Responsabilité, du Banquier en droit privé, Français. Libr. Techniques, Toulouse, 1938, p. 133 # 202. Trad. Libre del autor).*

Por último, vale establecer el estrecho parentesco existente entre las resoluciones antes citadas de la Superintendencia Bancaria para el análisis de cartera y las disposiciones de la ley 222 de 1996 (artículos 22, 23 y 24) en cuanto estas normas determinan quienes son administradores, qué deberes les competen y de qué manera contraen responsabilidad.

De entre los “deberes”, los administradores deben obrar con buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de los asociados. Y el dolo o culpa en que puedan incurrir tales administradores los hace responder solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que ocasionen a la sociedad, a los socios, o a terceros.

## **CAPÍTULO V**

### **CONCLUSIÓN – SUGERENCIAS**

No pretendo que se le conceda originalidad al presente estudio pues soy el primero en reconocer que no tiene tal atributo. Espero sí, que se le abone, al menos, la coherencia entre las bases enunciadas al comienzo y el desarrollo de las mismas y que se atribuya al tema la interpretación del negocio mercantil la

decisiva importancia que ella tiene como he querido evidenciarlo en esta oportunidad. Que mis apreciaciones estén o no traídas, o que aparezcan en contradicción con criterios ajenos viene a construir un hecho que no le resta validez a la apreciación fundamental.

Lo que está fuera de toda discusión es la imperiosa necesidad de reajustar nuestros sistemas legales para proveer de respuestas adecuadas a los interrogantes que, desde hace ya muchos días, han hecho su aparición con la aplicación de las nuevas tecnologías, como lo es la informática.

Nuestro ordenamiento procesal actual resulta incapaz de dar respuesta a la respuesta a las ocurrencias que han estado viviendo, por ejemplo, en materia de pruebas. Y nuestros jueces se han visto abocados a decidir casos en los cuales se requiere de un amplio conocimiento de técnicas informáticas, las cuales desconocen.

La invasión masiva de esta tecnología está poniendo de relieve, una indiscutida realidad como es la absoluta interdependencia entre las empresas prestadoras de servicios mediante el uso de la informática y los usuarios pero en una forma que patentiza un radical desequilibrio: el empresario tiene pleno conocimiento de su sistema y posee el control del mismo. El usuario, en cambio carece de tal conocimiento y control.

¿Cómo puede buscarse el rompimiento de tal desequilibrio? Nos atrevemos a pensar que existe una tácita obligación para cada una de las partes así relacionadas que determina, para el empresario que presta servicios, la obligación de “instruir” al usuario en una forma que resulte realmente eficiente sobre el funcionamiento y los alcances del sistema, a fin de que el usuario al obtener el debido conocimiento de aquél, dé su indispensable cooperación y esté en capacidad de contribuir al adecuado cumplimiento de la relación contractual.

¿Dentro de ésta concepción, creemos que el deber de **información** por parte de los empresarios va un poco más lejos que la simple descripción de los servicios que son ofrecidos en volantes puestos a disposición del público en taquillas, o en mensajes publicitarios?

¿Por qué no tratar de obtener una norma legal que imponga a quienes utilizan el servicio informático, la obligación de suministrar los informes relativos a la mecánica operativa que se utiliza por tal medio, y la correlativa obligación para el usuario de enterarse de la misma, como acontece en el campo de la medicina



y demás servicios de la salud en donde la misma ley impone al profesional la obligación de una debida y adecuada información? (Ley 23 de 1981).

Si se ponen en una relación comparativa las actividades financieras y las del campo de la salud, se advierte que en ambas se manejan instrumentos, ayuda y procedimientos que determinan inocultables peligros para el usuario el DEBER DE INFORMACIÓN que corre a cargo de quien presta el servicio viene a ser elemento definitivo para que, por parte del usuario, venga a darse el consentimiento. En esta especie de vasos comunicantes viene entonces a obtener un elemento definitorio cuando se enfrente la necesidad de determinar responsabilidades en el ejercicio de la prestación dada, para la cual ya ha entrado a jugar el consentimiento basado en un expreso conocimiento.

# LOS DAÑOS EN UNA ECONOMÍA DE MERCADO

**Jorge Mosset Iturraspe**

## **CONTENIDO:**

1. Aproximación al tema. El antecedente de los Ferrocarriles Argentinos. Los beneficios de la velocidad en el tráfico
2. La cuestión avanzada con la “Economía de Mercado” y la revolución neoconservadora. Algunas situaciones
3. Un antecedente en la historia del Derecho. La incorporación de la culpa como requisito sine qua non de la responsabilidad. La obra de Domat
4. El Derecho de Daños y las empresas. Un terreno sensible por pluralidad de razones
5. La interpretación económica como reacción ante los avances del Derecho de Daños
6. Argumentos con los que los juristas apoyan los criterios economicistas.
7. La función del Instituto de la Responsabilidad. Su cuestionamiento
8. La “socialización” de la responsabilidad. El seguro. La liberación del dañador. La justicia distributiva
9. Responsabilidad y Mercado. La “soberanía de las víctimas”. La Economía desmiente al Derecho
10. La “decadencia de la responsabilidad”. Su “estado lamentable”. Los denominados “daños accidentales”
11. El eco o resonancia social de los daños. La influencia de la carga indemnizatoria sobre la sociedad
12. Las contradicciones de la interpretación económica

13. El “maniqueísmo” y los daños. Los buenos y los malos en tema de responsabilidad. El abandono del derecho y de sus valores. La necesaria complementación
14. El retorno de la culpabilidad. La presunción de inocencia. Las actividades permitidas
15. El retroceso de las fronteras. La concepción clásica sobre la carga de la prueba
16. La función del abogado. El rol de la justicia institucionalizada. Las críticas desde la “Economía de mercado”
17. La “extraña coincidencia marxista – capitalista”, en la crítica al derecho y a la Abogacía
18. La utilidad o satisfacción de una actividad. Costos y beneficios del daño. La función de bienestar. Los incentivos. La eficacia
19. El retroceso de la responsabilidad por daños. El “dejar hacer y dejar pasar”
20. Las “recetas atractivas” de empresas y capitales. La lenidad frente a los daños
21. Las enseñanzas del análisis económico. Purezas e impurezas, en el Derecho y la Economía. Cultura y Valores

## **1. Aproximación al tema. El antecedente de los Ferrocarriles Argentinos. Los beneficios de la velocidad en el tráfico**

En la década del sesenta, siendo yo abogado de la Empresa de Ferrocarriles Argentinos, recibí con asombro las instrucciones acerca del comportamiento de los conductores de convoyes ante la posibilidad de una colisión: los frenos no debían ser aplicados al máximo, para evitar, de este modo, que las ruedas del tren se “cuadraran”, que el desgaste originado en ese comportamiento las dañara. En ese mismo tiempo, ante mi insistencia en la colocación de barreras en un paso a nivel de peligrosidad singular, se me contestó que “no se colocarían, por ser más económico hacerse cargo de las indemnizaciones” de las víctimas.

En los años setenta, el profesor De Vertiz, de la Universidad de Córdoba, escribía sobre los accidentes en el tráfico, reclamando la benignidad para los conductores de vehículos de carga o de transporte de personas, con base en el provecho o beneficio que se seguía de una circulación rápida.

### **“El teorema de Coase”.**

También en los años sesenta, Ronald Coase expone su famoso teorema, con motivo del “problema del costo social” y allí, se ocupa de los daños causados a los vecinos por los humos emanados de las chimeneas de una fábrica: la solución “eficiente” – afirma – es instalar el depurador de las chimeneas, dado que ello es más barato que comprar los lavarropas a los vecinos perjudicados en sus prendas; empero, otra cosa ocurría si el monto total de los daños causados a los vecinos fuera inferior al costo de ese filtro; en esta hipótesis habría un derecho a dañar con el pago de la compensación...

### **El avance de la Economía de Derecho o interpretación económica del derecho.**

Poco a poco los hombres del derecho, los operadores jurídicos, íbamos cayendo en la cuenta de que el “Derecho de Daños” no escapaba a la ecuación “costos – beneficios”. Al conjuro de un “Derecho de la Economía” – como diría Federico de castro y Bravo – o de una “interpretación económica del Derecho” se insuflaban ideas ajenas a los valores tradicionales: justicia, equidad, solidaridad, paz social.

### **Idealistas y realistas.**

El discurso se bifurca según que su autor sea un “idealista” o un “realista”. Mientras el primero se siente inclinado a sostener que el Estado y, por ende, el Derecho, persigue la preservación de los bienes de la persona, de su patrimonio y, sobre todo, de su salud, a “cualquier precio”, como bienes fundamentales, un realista – utilitarista no dudaría en señalar que la protección de tales bienes no puede hacerse sin tener muy en cuenta su “costo económico” y de ahí que no pueda hablarse de un resguardo absoluto.

### **La enseñanza de Calabressí.**

Leemos en una obra de Guido Calabressi que se ha vuelto un clásico en la materia. El costo de los accidentes: “Nuestra sociedad no desea preservar la vida humana a cualquier precio. En su sentido más amplio, la idea desagradable de

que estamos dispuestos a destruir la vida nos ha de resultar evidente (...) Pero lo más significativo para el estudio de la responsabilidad civil, y quizá tan obvio como lo anterior, es que las vidas no sólo se sacrifican cuando el *quid pro quo* es algún gran principio moral, sino también cuando están en juego cuestiones de mera convivencia”.

## **2. La cuestión avanzada con la “Economía de Mercado” y la revolución neoconservadora. Algunas situaciones**

A partir de los años ochenta, con la revolución neoconservadora y el avance de la economía de mercado, el tema vuelve con mucha mayor fuerza, invadiendo nuevas áreas de la responsabilidad.

Lo observamos en el tema de “los productos elaborados”. Allí el “pretexto” o argumento de “flexibilidad” es el avance científico y tecnológico, que se resentiría si se hiciera cargar a las empresas con las consecuencias dañosas imprevisibles de los bienes que se comercializan; puesto en el mercado – no en todos, preferiblemente en los “periféricos” – prematuramente, con el deseo de experimentar o probar, y frente a riesgos calificados como propios “del desarrollo”; como el precio que los consumidores deben pagar para contar, en el mañana, con productos mejores. Observamos en la especie un “logro” en la “socialización de los perjuicios”, puesto que en lugar de soportar las empresas productoras de los “riesgos de la experimentación”, traspasan los mismos a los particulares consumidores...

No es ajeno, en absoluto al “daño ambiental”. Más aún, observamos que brinda un campo considerado como muy propicio para tales avances. Primero fue la aplicación de la máxima “contamina pero paga”, que significa tanto como considerar al ambiente como un bien más dentro del Mercado, susceptible de ser cambiado por un precio en dinero; luego fueron las pretensiones de escapar a la responsabilidad, sea con base en una “autorización para funcionar” o bien el estipendio de una tasa de contaminación o polución. Y desde un tiempo hasta ahora, con la interpretación tendenciosa del principio del “desarrollo sostenible o sustentable”, priorizando un supuesto progreso a las pretensiones de lograr un medio sano, equilibrado, deseable. Los “conservacionistas” pasan a ser los enemigos del desarrollo, los cavernarios o los tribales.

Y como para la concepción del mercado como eje o centro de la vida social, ningún bien escapa a sus “leyes invisibles”, a sus reglas de oferta y demanda, también la salud se muestra infiltrada por la Economía. Proliferan los “cursos de

Economía y gestión en salud”, destinados a poner en caja la ecuación costos – beneficios, desquiciada por una “medicina ejercida a la defensiva”; se trata ahora de “pactar” la prestación del servicio de salud: los médicos y auxiliares deben comprometerse a bajar los costos, reduciendo análisis, radiografías, estudios de variada índole, y, a su vez, los pacientes se obligan a “limitar sus pretensiones de salud”, disminuir las visitas, aceptar una convalecencia fuera del instituto y cuantas mas acciones sean conducentes al mismo objetivo; sobre esas bases los médicos han de recibir una “bonificación” o sobresueldo tomado de los ahorros producidos, y los enfermos serán compensados con otros servicios, que hasta ahora no recibían; servicios extras. La salud incorporada al Mercado, dentro del comercio o del tráfico; como un bien que puede ser motivo de acuerdos o transacciones.

### **3. Un antecedente en la historia del Derecho. La incorporación de la culpa como requisito sine qua non de la responsabilidad. La obra de Domat**

Un estudioso de la historia del Derecho de daños nos diría, seguramente, que no hay aquí mayores novedades. Que en los comienzos del quehacer industrial, en la Gran Bretaña, en los inicios de la actividad de los telares, los empresarios mostraban suma preocupación por los daños sufridos por sus operarios, que les obligaban a resarcir, en alguna medida las consecuencias perjudiciales. Que deseosos de encontrar un “escape” jurídico a la responsabilidad, una causa de justificación o excusa absolutoria, recurrieron a Domat, el gran jurista francés, cuya fama les había llegado, precursor del Código Civil de 1804. Y fue en Domat que encontraron una exposición de la responsabilidad con base, exclusivamente, en la culpa: pas de responsabilité sans faute. Los operarios lastimados debían demostrar que el patrón tenía alguna culpa en la incorporación de las maquinarias o en su funcionamiento. De no probarlo, la responsabilidad no existía. Y por esta vía se abarataron los productos de las tejedurías, no hubo un traslado de las indemnizaciones a los costos. Las empresas pudieron seguir produciendo sin sufrir tales agobios económicos...

### **4. El Derecho de Daños y las empresas. Un terreno sensible por pluralidad de razones**

Ocurre que el Derecho de Daños es un terreno sumamente sensible para las empresas:

Por los daños que pueden padecer las personas empleadas en la producción;

Por el medio ambiente en el cual se desarrolla la actividad productiva;

Por los consumidores de los bienes elaborados; sin perjuicio de otros daños, sea con motivo, sea en ocasión del quehacer empresario: contratos para adquirir insumos, negocios relativos al traslado de circulación, accidentes o colisiones de tránsito, etc.

Y aunque las indemnizaciones, por la pérdida de la vida humana o por las lesiones físicas o psíquicas, se elevaron a sumas consideradas muy altas.

Todo lo cual, sumado a la “atribución objetiva” que había logrado avances impresionantes en los últimos años – dejando de lado toda idea de reproche moral o de conciencia – configuraba un panorama que se juzgó altamente peligroso e inconveniente para la marcha de tales empresas.

## **5. la interpretación económica como reacción ante los avances del Derecho de Daños**

La interpretación económica puede considerarse una reacción, frente a los logros de la responsabilidad por daños, al corrimiento “de las fronteras”; una reacción con la mirada puesta no ya en las víctimas sino en los agentes o victimarios. Y dentro de la categoría de los “dañadores”, en las empresas, personas jurídicas que por la índole de su actividad son proclives o inclinadas a dañar.

### **La mirada puesta en los agentes dañadores**

Se comienza, con el pretexto económico, a contemplar la situación patrimonial de las empresas agentes o causantes de daños; cuál es la incidencia en el giro o actividad empresaria y cuál la repercusión en los costos de los productos elaborados o de los servicios. Y desde el ángulo de las empresas y del Mercado: cuáles son las consecuencias de la litigiosidad, de la descapitalización empresaria, de la producción a la defensiva, el desempleo, etc. El costo de responsabilidad quita incentivos a la producción...

## **6. Argumentos con los que los juristas apoyan los criterios economicistas**

La variedad de los argumentos expuestos a partir de la interpretación económica, no ya en el puro terreno de la Economía, sino en el ámbito de lo estrictamente jurídico, es sorprendente:

Se expresa dudas sobre la función de la responsabilidad civil;

Se pregona una progresiva socialización de la misma;

Se sostiene, directa o indirectamente, que la “clase” de los dañados o “víctimas” debe asumir una madurez y prescindir del paternalismo hasta ahora existente;

Que debe ser ella cuidadosa y previsora, debiendo interpretarse, en muchas situaciones, que acepta o asume los riesgos de dañosidad;

Que son ellas, las eventuales víctimas, quienes deben contratar seguros – por vía de ejemplo, los peatones – y no pretender el seguro de los automovilistas o camioneros;

Que es razonable que las víctimas soporten parte del costo de los daños, puesto que no puede aludirse a una “inocencia total”.

Que la mayoría de los sucesos dañosos son accidentes, donde priva lo fortuito o casual;

Que, cuando más, las empresas deben “contribuir” al resarcimiento, en medida moderada; siendo el camino más conveniente el de la reparación a través de “fondos” que todas las personas de una comunidad contribuyen a formar.

Que la responsabilidad, por tales o cuales hechos, no es fenómeno individual, de tal o cual dañador, sino un fenómeno global, de donde corresponde observar, más allá del “caso”, el significado que en el conjunto de la sociedad tienen los acontecimientos;

El endurecimiento de la responsabilidad atenta contra el “activismo”, el afán de hacer o realizar; lleva al “quietismo” por temor de las consecuencias perjudiciales para terceros;



Lleva, así mismo, a la litigiosidad, a la multiplicación de reclamos, a una “física de las acciones humanas”, que frente a cualquier “desgracia” busca necesariamente un responsable;

Esa litigiosidad pone a riesgo, por abarrotamiento, el servicio de justicia, y encarece, aumenta costos, porque se trabaja “bajo el temor”, “a la defensiva”, multiplicando resguardos y cuidados.

El nuevo imperativo en la materia es la “flexibilidad”: quitar el catálogo de conductas antijurídicas, “dejar hacer”, con base en la desregularización; transformar los mandatos legales en meramente dispositivos o supletorios;

Flexibilizar la interpretación sobre la causalidad adecuada; apreciar debidamente los eventos imprevisibles, los fortuitos, que abundan en todas las actividades;

La culpabilidad reaparece, como culpa, dolo o malicia. Es un freno a las pretensiones resarcitorias: “la real malicia” en los daños cometidos por la prensa; la prueba del dolo del empleador, para posibilitar la acción ordinaria en los perjuicios laborales, etc. La culpa grave de los profesionales.

## **7. La función del Instituto de la responsabilidad. Su cuestionamiento**

La función del instituto de la responsabilidad es seriamente cuestionada:

Contempla el fenómeno ex post y no, como se debiera, ex ante;

No se muestra como superior a los sistemas de protección social de las víctimas, sea la directa, a través de la seguridad social, sea la indirecta, sobre la base de un sistema de seguros sólidos;

Se descrea de su función “normativa”, disuasoria, bien sea en el plano individual, bien a escala de la colectividad.

Semejantes dudas y cuestionamientos no muestran, desde el ángulo de la Economía de Mercado, una congruencia relevante: el sistema de “seguridad social” lejos de privatizar la responsabilidad la “estatiza”, la pone sobre las espaldas del Estado (al que precisamente se quiere achicar). Por otro lado, un capítulo importante de la prevención es la fuerza disuasoria de las normas sancionatorias, de la condena a indemnizar y una condena mínima en su cuantía no disuade a los eventuales dañadores como lo reconoce Genevieve Viney.

## **8. La “socialización” de la responsabilidad. El seguro. La liberación del dañador. La justicia distributiva**

La “socialización” de la responsabilidad, pregonada desde ópticas diversas puede tener lecturas muy variadas; desde el auge del seguro individual obligatorio hasta la pretensión de “liberar al dañador”. Es la duda que nos invade cuando Ivonne Lambert – Faivre alude a la “evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización”. Y, a renglón seguido nos dice que en la ley de 1986 sobre la indemnización de las víctimas del terrorismo, se quiebra toda referencia con cualquier “responsabilidad”: el responsable no es solamente marginado, es excluido del sistema. La indemnización de las víctimas prescinde del responsable, para luego, más adelante, generalizar: “La Filosofía del Derecho confronta las soluciones aportadas por el legislador, la jurisprudencia y la doctrina, a los problemas de justicia renovados por la evolución de las técnicas, de las costumbres y de las mentalidades, puesto que la justicia distributiva de la responsabilidad es impotente para reparar la fatalidad de la desgracia, la justicia distributiva de la solidaridad debe tomar el relevo: es una lección de nuestro vigésimo siglo”.

Desde la óptica de la “Economía de Mercado” son conocidas las apreciaciones de Hayeck – uno de sus corifeos máximos – acerca de la solidaridad, a la cual desconoce en su función y califica con sus peores epítetos.

## **9. Responsabilidad y Mercado. La “soberanía de las víctimas”. La Economía desmiente al Derecho**

La responsabilidad se traslada de la sociedad civil al Mercado. Y se reitera para las víctimas el discurso neoconservador acerca de los consumidores (“hay que homologar las leyes de la responsabilidad con las del mercado”): soberanos del Mercado, necesariamente bien informados, cuya libertad se debe respetar sin caer en paternalismos, por lo cual no debe verse en los dañados a la parte débil; conscientes, en muchos casos, de los riesgos que asumen que van desde el riesgo del error judicial – que acepta quien recurre a la justicia institucionalizada – hasta el de la contaminación, que internalizar quien habita en zonas industriales; o el de los productos elaborados, que acepta quien los adquiere libremente. Son sus descuidos o negligencias, en pluralidad de situaciones, la causa, única o concurrente del perjuicio que padecen.

La protección de los dañados – débiles adolece de un voluntarismo improvisado y ha llevado al fracaso de la sociedad.

Es casi una constante que lo que las normas “declarativas”, en la Constitución o en las leyes, pretenden establecer, la Economía lo desmiente.

## **10. La “decadencia de la responsabilidad”. Su “estado lamentable”. Los denominados “daños accidentales”**

La apuntada desarmonía entre el Derecho de Daños y la Economía de Mercado lleva – en nuestra opinión – a la prédica acerca de la “crisis de decadencia de la responsabilidad civil”: en “estado lamentable”, afirma Tunc, en la doctrina francesa; crisis del “concepto mismo”, en palabras de Widmer, en la doctrina suiza; por la cual, coinciden, deben buscarse alternativas, muy en especial, atendiendo a que “el campo más importante de la responsabilidad civil tradicional es hoy el de los daños corporales”; esos daños son, en su mayor parte. “casos accidentales”.

Con semejante expresión (“daños accidentales”) se quiere decir: casual, contingente, fortuito; de donde se pone en tela de juicio, para los daños corporales que una persona sufre en su salud o integridad psicofísica, la relación de causalidad adecuada entre el obrar de una persona – agente y el resultado perjudicial.

¿Es verdad que lo que el Derecho considera “vinculado causalmente” sobre la base de criterios de previsibilidad y razonabilidad, puede la Economía calificar de casual o fortuito?

Creemos rotundamente que no es así.

Conocemos ámbitos de dañosidad donde semejante “conversión” se ha invocado reiteradamente: van desde los accidentes de tránsito a los daños ecológicos, pasando por algunas responsabilidades profesionales.

Juzgamos que se trata de un retroceso intencionado, un puro afán de eludir responsabilidades.

## **11. El eco o resonancia social de los daños. La influencia de la carga indemnizatoria sobre la sociedad**

Cada vez son más insistentes las voces que aluden a la “influencia de la carga indemnizatoria sobre la sociedad”, en su principio o detrimento, el litigio entre

un damnificado por daño ambiental y una empresa se transforma rápidamente en una cuestión entre “protección del ambiente y desempleo o desocupación”.

Hay externalidades, nos dice Lorenzetti, y consecuencias que llevan al Decreto privado a una permanente referenciabilidad pública, enfrentando límites derivados de la insuficiencia de sus métodos.

El conflicto no es más “entre particulares”, ni tampoco interempresario; es entre la actividad empresarial o económica, en general, y la sociedad.

No estamos muy convencidos de que esta supuesta transferencia, tal como se plantea, sea real y no propuesta interesadamente; mostrada para llevar aguas al “molino empresario”, sobre la base de identificar los intereses y los fines del Mercado con intereses y fines de la sociedad.

## **12. Las contradicciones de la interpretación económica**

Las contradicciones son evidentes cuando el discurso económico sobre los daños se queja del “quietismo” por temor a las consecuencias; de la actividad “a la defensiva” de los costos de la prevención y, por otro lado, pone el acento en la evitación del perjuicio, en la visión ex ante.

La opción entre “dejar hacer” y controlar los procesos de producción, el impacto ambiental, la prestación del servicio de salud, el estado de los automotores que integran el “parque”, se muestra como un dilema de hierro.

Y el “dejar hacer” va unido a la superación de la “trama normativa”, la desregulación, al reemplazo de las reglas del Derecho por la propias de la Economía – y aponer sobre las espaldas “de otro”, el Estado y su previsión social, o los fondos de cobertura, o el “seguro obligatorio” – los resultados dañosos, nos preguntamos: ¿Cuál es el temor que va a contener el espíritu de puro lucro? ¿Cuál el freno a la especulación salvaje? ¿Cuál el incentivo disuasorio?

## **13. El “maniqueísmo” y los daños. El abandono del derecho y de sus valores. La necesaria complementación**

De ninguna manera aceptamos la visión “maniqueísta” que divide entre buenos y malos (los primeros serían los adherentes a una visión juridizada de la responsabilidad y los segundos los que proponen la interpretación económica); santos y diablos, justos y pecadores.

Pero nos preocupa que en un tema de tanta sensibilidad, que tiene que ver ya no exclusivamente con el patrimonio, sino, y por sobre todo, con la vida y la salud de las personas, se marque una tendencia fuerte hacia:

El abandono de la construcción que el Derecho, con sus afanes de justicia y equidad, ha plasmado con esfuerzo y diálogo;

El silenciamiento de los valores de la escala axiológica, para su reemplazo por otros, de la escala económica;

La eficiencia reemplaza a la Justicia; el afán de lucro a la equidad; el crecimiento económico a la solidaridad; como si fueran valores opuestos, incompatibles, y no complementarios: eficiencia con justicia, lucro con equidad, crecimiento con solidaridad.

#### **14. El retorno de la culpabilidad. La presunción de inocencia. Las actividades permitidas**

El retorno de la “culpabilidad” a la que vemos volver aquí y allá, con nuevos bríos, constituye un hecho elocuentísimo. Y va de la mano con el replanteo de la concepción tradicional sobre la “carga de la prueba”:

Con base en una presunción constitucional de inocencia.

Con base en la presunción de licitud – o de regularidad – de todo quehacer autorizado.

La presunción de utilidad o provecho de todo emprendimiento, de ahí que quien afirme lo contrario, la violación al ordenamiento, el exceso o el abuso, deba demostrarlo.

Se “santifica” la actividad empresarial y se “crucifican” los reproches, las quejas, las pretensiones inhibitorias.

#### **15. El retroceso de las fronteras. La concepción clásica sobre la carga de la prueba**

Es de lamentar que en las materias señaladas, de la imputación subjetiva y de la carga de la prueba, se dejen de lado, como si se tratara de un lastre, los logros brillantes de la mejor doctrina especializada:

El análisis de Rodotá sobre los “perjuicios” – de índole histórica, ideológica y lógica – que afectaban a la visión clásica sobre la culpa como factor de imputación;

El distingo entre la profesionalidad y la inexperiencia; la ciencia y la ignorancia; el afán de lucro y la necesidad insatisfecha;

En lo puramente procesal, los desarrollos sobre “cargas dinámicas de la prueba”, pruebas prima facie, res ipsa loquitur u otros de similar poder de convicción.

Se dejan de lado no ya por la aplicación de conceptos de orden filosófico o de carácter moral – como los que preocupaban a Llambías, en la doctrina argentina – sino por “conveniencias económicas”.

## **16. La función del abogado. El rol de la justicia institucionalizada. Las críticas desde la “Economía de mercado”**

Para que el cuadro se vaya completando es preciso destacar que los ataques economicistas tiene muy en cuenta “la función del abogado” y el rol de la Justicia institucionalizada.

La litigiosidad, la “industria del juicio” y una supuesta “condescendencia” de los tribunales, son los temas centrales. Obviamente, el telón de fondo lo integran “el desprecio por el Derecho”, como normativa de la convivencia, la subestimación de la actividad de los abogados – desestabilizadora y contestataria – y el descreimiento en los jueces del Estado, como se les denomina.

La prédica economicista pasa también por la “privatización” de la justicia:

La proliferación de medios alternativos, como la mediación, donde lo acordado es justo;

La habilitación para mediar o buscar la solución de las controversias profesionales ajenas al Derecho;

La denuncia del “litigio” como costo desestabilizador en la ecuación costos – beneficios;

La denuncia acerca de la “industrialización” de la labor del abogado que significa tanto como decir que sólo busca el lucro, el enriquecimiento, aún a costa de la seguridad y de la paz social.

## **17. La “extraña coincidencia marxista – capitalista”, en la crítica al derecho y a la Abogacía**

Cuando se analiza la “campana” de descrédito de los operadores jurídicos, de veinte años a esta parte, se cae en la cuenta de la “jefatura de filas”, ejercida por marxistas y capitalistas extremos, empeñados en colocar las “estructuras de producción” por delante del ordenamiento jurídico.

Prescindiendo del mundo socialista, por su falta de actualidad, digamos que Thatcher, Reagan, Bush y ahora el candidato a presidente por el partido Republicano en los Estados Unidos, Dale, no han ahorrado denuestos, contra abogados y nos han atribuidos todos los “desastres” que padecen sus respectivos pueblos.

Una comprensión imperialista de la Economía se encuentra detrás de estas campañas; preocupada por imponer sus propias reglas y desplazar al Derecho al papel de “pieza de museo”.

## **18. La utilidad o satisfacción de una actividad. La función de bienestar. Los incentivos. La eficacia**

Frente a una actividad cualquiera, generadora de posibles riesgos de dañosidad, el análisis económico, de juristas o economistas, se pregunta por la utilidad o satisfacción que para las partes y para terceros proporciona la realización de esa actividad.

Se atiende a la “función de bienestar”, a la maximización de esa función; a la utilidad que produce, deducidos los costos. La pregunta no es, entonces, sobre la justicia o injusticia del daño, sobre la pérdida de vidas humanas o sobre la dignidad mancillada, sino sobre su utilidad o satisfacción, con base en una ecuación que contemple los costos.

Las normas que regulan “accidentes” son o no buenas según sus efectos. De la relación entre la utilidad y los costos de esos efectos se seguirán los “incentivos” que tales normas crean en la conducta de los sujetos. Y la eficacia será, por tanto, el resultado de esos incentivos.

En una Economía de Mercado, se pregona, la atención a los “costos de los accidentes” – primarios, secundarios y terciarios – contribuye, al mismo tiempo, a la estabilidad del nivel de los negocios, a una mayor ocupación y a un equilibrio extraeconómico, con un crecimiento permanente y correcto.

## **19. El retroceso de la responsabilidad por daños. El “dejar hacer y dejar pasar”**

Es fácil observar, al conjuero de estos criterios económicos, “un retroceso” de la responsabilidad por daños; no sólo nos hemos detenido en la búsqueda de soluciones justas y equitativas, solidarias y pacificadoras, sino que damos marcha atrás; disminuimos el valor de la vida humana, aceptamos reparaciones simbólicas, adoptamos topes de variada índole, volvemos al “reproche de conciencia” y ponemos en las espaldas del sino o de la mala suerte perjuicios que tiene autores conocidos.

Flexibilizamos, abaratamos costos, socializamos, quitamos barreras al “dejar hacer”; confiamos en el “dejar pasar”, sin sanciones; privatizamos por horror al Estado y a sus jueces; descansamos en los usos y costumbres empresarias por desconfianza en las normas jurídicas y en los abogados.

La promesa no es ahora “el triunfo de la clase trabajadora”, sino el “agrandamiento de la torta y su reparto”. Mientras tanto, en el ínterin, los pueblos de Latinoamérica – a ellos va dirigido nuestro discurso – deberán sufrir, confiados en que el paraíso está cada vez más cerca y que el destino no será el de Moisés, “morir a la vista de la tierra prometida”.

## **20. Las “recetas atractivas” de empresas y capitales. La lenidad frente a los daños**

Empero, en la Aldea Global, en un mundo más pequeño y comunicado, la lucha por la radicación de empresa, por la conquista de capitales, exhibe ya un agudo proceso de “competencia legislativa” y “degradación del galantismo legal”, destinado a favorecer esa captación.

La lenidad frente a los daños originados en el trabajo, en la contaminación ambiental, o con los productos elaborados, es una de las “recetas” más atractivas.

Se piensa entonces en la necesidad de consagrar “un piso internacional” garantizado de bienes fundamentales; un pacto que ponga fin a la acentuación de las desarmonías o al menos consensualice bases mínimas de respeto a la persona humana, frente al avance de los criterios puramente económicos.



## **21. Las enseñanzas del análisis económico. Purezas e impurezas, en el Derecho y la Economía. Cultura y Valores**

Las enseñanzas del análisis económico son muchas y muy interesantes. Pensemos que no se trata meramente de un discurso para la reflexión de política legislativa ni una enseñanza sobre los efectos económicos de los principios vigentes. Es mucho más: es la introducción de un criterio “consecuencialista” a la hora de interpretar y aplicar el Derecho sobre la base de una “pureza” en el razonamiento económico comparable a la “pureza” jurídica de la teoría de Kelsen, una y otra marginada de los valores de la escala axiológica que termina de convencernos sobre la necesaria “impureza” del Derecho; siendo ese análisis más que una “tendencia” o una “orientación”, un criterio que ya ha entrado en el discurso de los operadores jurídicos, a todos los niveles: legisladores, jueces y abogados, a contramano de lo que la cultura de nuestros pueblos considera justo desconociendo valores fundamentales que queremos respetar.

# **SOBRE LA SENTENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE MARZO DE 1993: UN REPERTORIO DE CUESTIONES DE RESPONSABILIDAD MÉDICA**

**Ricardo de Ángel Yagüez**

## **CONTENIDO:**

1. Antecedentes
2. Los recursos de casación
3. Un problema que no llegó a la casación: la relación entre una compañía de seguros de asistencia sanitaria y los médicos incluidos en sus listas
4. La relación entre los médicos y las clínicas privadas
5. La individualización de la especialidad médica en el acto quirúrgico: absolución del cirujano
6. La condena al anestesista: ¿Un caso de “culpa virtual”?

## **1. ANTECEDENTES**

1. El título de este comentario jurisprudencial puede parecer aparatoso. Pero creo que no lo es, porque pocas sentencias han tenido o tendrán oportunidad de considerar tan variados e interesantes aspectos de lo que en terminología un tanto convencional denominamos “responsabilidad médica”, expresión a la que acudimos porque la más rigurosa de “responsabilidad civil del médico” queda corta ante los problemas planteados en el caso y ante el contenido de la resolución.

Por otro lado, el asunto entrañaba a su vez otro problema muy sugestivo, que el Tribunal Supremo no tuvo oportunidad de afrontar porque había quedado zanjado en la apelación. Quiero decir que el pronunciamiento de la Audiencia al respecto no fue objeto de recurso de casación, lo que evidentemente lo excluía

de la contemplación de la Sala Primera. No obstante, creemos digno de interés mencionarlo aquí como efecto lo haré más adelante.

2. Sin perjuicio de transcribir enseguida el fundamento de Derecho primero de la sentencia, que reproduce fielmente los hechos centrales del caso, conviene sintetizarlo diciendo que se trataba de la demanda de menor cuantía (de entonces) que en diciembre de 1988 entablaron ante el juzgado de primera instancia de Bilbao Don Bernabé y Doña Carmen, actuando en nombre y representación de su hijo Don Eduardo, mayor de edad, en ejercicio de la patria potestad prorrogada.

La demanda se plateó contra Don H., cirujano, Doña B., anestesista, Clínica V., S.A., e I.M., compañía de seguros de asistencia sanitaria. Los actores, en la representación en que actuaban, solicitaban que se condenase a los demandados al pago de la indemnización de cien millones de pesetas, en concepto de indemnización de los daños experimentados por su hijo Don E., como consecuencia o con ocasión de una intervención quirúrgica a la que había sido sometido.

Don H. era el cirujano que había operado al paciente y Doña B. era la anestesista que había desempeñado su función como tal en el curso del acto quirúrgico. Este último se había realizado en uno de los quirófanos de la Clínica codemandada. Por otro lado la demanda contra la aseguradora I.M., se basaba en la circunstancia de que, estando asegurado en ella el paciente Don E., había acudido, en razón a su dolencia, al cirujano Don H., uno de los profesionales de esta especialidad incluidos en las listas de médicos de la referida compañía de seguros y de entre los cuales los asegurados podían elegir libremente.

Los demandados se opusieron a la demanda, solicitando – lisa y llanamente – su íntegra desestimación, esto es, su respectiva absolución.

El Juzgado de Primera Instancia, por sentencia de 6 de julio de 1989, estimó parcialmente la demanda y declaró que todos los demandados estaban obligados, solidariamente, a satisfacer a los actores, en la representación que ostentaban, la cantidad de cincuenta millones de pesetas en resarcimiento de los daños y perjuicios causados a su hijo Don E.

3. Apelada la sentencia del Juzgado por todas las partes personadas, los actores solicitaron en la alzada una condena en los términos cuantitativos en que habían formulado su demanda, esto es, por cien millones de pesetas. Los demandados, por su parte, solicitaron su respectiva absolución.

Vista la apelación por la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Primera, ésta dictó sentencia de 30 de marzo de 1990 cuya parte dispositiva decía así:

*“Que estimando los recursos de apelación interpuestos por la representación procesal de B. y C. y la representación del I.M. y desestimando los recursos interpuestos por la representación de H. y B. y la representación de la Clínica V., S.A. contra la sentencia de 6-6-1989, dictada en autos de menor cuantía, por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Bilbao, debemos revocar parcialmente la sentencia de instancia y, en consecuencia, estimando en parte la demanda rectora, debemos condenar y condenamos a H., B. y a la Clínica V., S.A., a que abonen solidariamente a los actores la cantidad de cien millones de pesetas por daños y perjuicios, absolviendo al I.M. de las pretensiones instadas en su contra; con imposición a los demandados de las costas causadas en primera instancia, salvo las causadas por I.M., que se impondrán al actor, y respecto de las causadas en segunda instancia, se imponen a la representación de los médicos ya Clínica V., S.A., las causadas por sus recursos, sin que se haga declaración respecto a la actora y la representación del I.M.”*

4. Hay que hacer notar que tanto ante el Juzgado como ante la Audiencia los dos médicos actuaron bajo una única representación y bajo una única dirección letrada.

5. Como decíamos antes, el fundamento de Derecho primero de la sentencia del Supremo sintetiza los hechos capitales de este caso, en la forma siguiente:

*“Por Don B. y Doña C., en nombre y representación de su hijo Don E., en virtud de la patria potestad que tienen concedida legalmente, se formuló demanda contra Doña B., Don H., el I.M. y la Clínica V., S.A., ejercitando acción indemnizatoria de los daños y perjuicios sufridos por su citado hijo a consecuencia de la intervención médico - quirúrgica a que fue sometido: la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Bilbao dictó sentencia por la que, revocando parcialmente la dictada por el Juzgado, estimó en parte la demanda y condenó a Don H., a Doña B. y a la Clínica V., S.A., a que abonen solidariamente a los actores la cantidad de cien millones de pesetas por daños y perjuicios, absolviendo al I.M.. Parte la sentencia recurrida de los siguientes datos fácticos que, dice en su fundamento de Derecho segundo, “han quedado acreditados a través de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas”: a) E. (hijo de los actores) tenía concertado un seguro de asistencia médica y quirúrgica con el I.M.; b) en el mes de octubre de 1988 (sic) acudió a la consulta del cirujano H., quien diagnosticó la existencia de un quiste sacrocoxígeo, fisura anal y hemorroides, indicándole la necesidad de la operación y, previos los análisis preoperatorios, se realizó la intervención en la Clínica V., el 7 de noviembre de 1986, bajo la dirección del cirujano H. y de la anestésista B.; el día 12 de noviembre fue dado de alta y al producirse molestias, se realiza una segunda operación el día 2 de diciembre de 1986, a la que asistió el hoy actor, médico, en condición de espectador y, al acabar dicha operación, y*

colocar al operado en posición normal (pasar de decúbito prono a decúbito supino) se aprecia midriasis intensa, parada cardíaca (son los datos obrantes en la hoja de anestesia al folio 115); c) como consecuencia de lo anterior, y después de reanimarle, el operado, según informe del médico forense, se encuentra afecto a un cuadro cerebral anóxico que da lugar a una demencia orgánica. Se encuentra profundamente alterada su facultad de ideación, es incapaz de expresar sus deseos, emite constantemente quejas ininteligibles, padece crisis de inquietud y agitación psicomotriz, siendo su capacidad intelectual prácticamente nula y precisando para todas las maniobras de aseo y comida la ayuda de una persona. También es precisa una vigilancia permanente del enfermo para evitar autoagresiones. El cuadro clínico es consecuencia de una anoxia cerebral en el curso de una intervención quirúrgica. Se encuentran afectados el tronco cerebral y extensas áreas cerebrales. Presenta una hemiparesia corporal derecha con afasia (incapacidad de hablar y comprender lo hablado). Se trata de una situación irreversible que incapacita al enfermo de forma permanente, tanto para regir su persona como para administrar sus bienes, siendo por ello necesaria la ayuda permanente, cuyo diagnóstico es “hipoxia cerebral masiva por paro cardíaco” (folio 55) en situación de coma vigil”. En el fundamento cuarto de la sentencia combatida se sienta que “del examen de las pruebas obrantes en autos se acredita que la operación se realizó sin monitor (control de la actividad eléctrica del corazón), “por lo que esta falta de monitorización (control sobre la actividad cardíaca), imputable a los médicos actuantes en la operación, infringe las normas mínimas de cuidado exigibles en su actuación profesional, y por todo ello no detectaron la parada cardíaca al terminar la operación, es en el momento de pasar al paciente de la posición prono a decúbito supino cuando se dan cuenta -como consta en la hoja de anestesia “al colocarle en posición normal, midriasis intensa parada cardíaca” de que ha ocurrido una parada cardíaca cuando ésta se produjo, y este hecho es determinante de las consecuencias dañosas posteriores”; “y si detectado el paro cardíaco en el momento de darle la vuelta (de decúbito prono a decúbito supino) se aplican los medios necesarios, el paciente se hubiera reanimado absolutamente, de lo que se infiere que la parada cardíaca fue anterior; de estos datos cabe imputar falta de diligencia a los médicos actuantes porque infringen la técnica normalizada y estandarizada, de falta de monitorización y de no apercebirse cuando se produjo la parada cardíaca, lo que supone una falta de vigilancia del paciente al no haber tomado las precauciones y cuidados para evitar accidentes conforme a las reglas consagradas por la práctica médica operatoria, máxime cuando, según todos los informes periciales, la anestesia implica riesgos, y estos riesgos son previsibles y evitables” añade la sentencia que “en el supuesto de que se produjese al poner al paciente en la posición normal, según los informes periciales es un momento de alto riesgo, por lo que el cirujano y anestesista debieran haberlo realizado con la máxima diligencia”; “también concurre la aplicación tardía del desfibrilador en el paciente, lo que conlleva el daño irreparable en el cerebro del paciente, según informe pericial (la parada cardíaca con anoxia cerebral duró de dos a tres minutos (folio 755)) y el propio informe señala que el desfibrilador debe utilizarse antes de los 90 segundos de la parada cardíaca,

*y todos los informes periciales afirman que la recuperación del enfermo de estas características, lo lógico y razonable es que hubiera sido satisfactoria y sin secuelas, y también coinciden que la aplicación del desfibrilador debe ser inmediata y no demorable, por lo que los medios de recuperación no fueron lo suficientemente eficaces para salvar las funciones cerebrales (folio 716)”, y “concorre negligencia en el comportamiento de los médicos intervinientes, por la falta de vigilancia y el no empleo de los medios adecuados”.*

## **2. LOS RECURSOS DE CASACIÓN**

Contra la sentencia de la Audiencia interpusieron sendos recursos de casación el cirujano Don H. y la anestesista Doña B. (que ante el Supremo actuaban ya bajo distinta representación y con dirección letrada distinta entre sí), así como Clínica V., S.A.

El recurso de Don H. se formuló al amparo del ordinal 5º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, invocando infracción de los preceptos contenidos en los artículos 1101, 1103 y 1104 del Código Civil, todo ello de acuerdo con la doctrina jurisprudencial contenida, entre otras, en las sentencias de 30 de septiembre de 1985, 13 de julio de 1987, 12 de febrero de 1988, 7 de junio de 1988 y 7 de febrero de 1990.

Por su parte, el de Doña B. alegaba infracción del artículo 1214 del Código Civil y de la jurisprudencia de la propia Sala Primera (motivo primero), infracción del artículo 1228 del Código Civil (motivo segundo), infracción del artículo 1249 y de la jurisprudencia (motivo tercero), infracción del artículo 24 de la Constitución (motivo cuarto), infracción del artículo 1104 del Código Civil y de la jurisprudencia (motivo quinto), infracción por inaplicación del artículo 1105 del Código Civil y jurisprudencia de la Sala Primera (motivo sexto) e infracción por inaplicación del artículo 6.3 del Código Civil, en relación con el artículo 272 del mismo cuerpo legal (motivo séptimo y último).

El recurso de Clínica V., S.A., se articuló en tres motivos. El primero, por infracción por indebida aplicación del artículo 1903 del Código Civil y doctrina legal aplicable. El segundo, por indebida aplicación del artículo 1902 del propio Código Civil y doctrina legal que desarrolla dicho precepto. Y el tercero por infracción del artículo 1137 del mismo Código.

## **3. UN PROBLEMA QUE NO LLEGO A LA CASACIÓN: LA RELACIÓN ENTRE UNA COMPAÑÍA DE SEGUROS DE ASISTENCIA SANITARIA Y LOS MÉDICOS INCLUIDOS EN SUS LISTAS**

1. Advertíamos antes que en este interesante caso concurría un extremo de orden jurídico que el Tribunal Supremo no tuvo oportunidad de enjuiciar, dado que los actores se aquietaron a la sentencia de la Audiencia, pues queda visto que no recurrieron en casación.

La circunstancia de que el autor de este comentario fuera abogado de la aseguradora I.M. en este caso nos permite reflejar cómo se planteó la cuestión que ahora nos ocupa.

2. Me refiero al hecho de que la demanda se formuló también contra la referida aseguradora, por haber sido - decían los actores - la que concertó el seguro de asistencia médica con Don E., a la que se pagaba trimestralmente el importe del mismo y de cuyo concierto derivan las demás obligaciones de los restantes demandados para con el citado Don E. Aunque no se mencionaba de forma expresa, parecía deducirse de la demanda que el soporte de la acción contra I.M. era el artículo 1903 del Código Civil, en cuanto consagra la denominada “responsabilidad por hecho ajeno” (en concreto, la del empleador o empresario por hechos de sus dependientes).

En la contestación a la demanda, por parte de I.M., poníamos de manifiesto que la actividad de aquella aseguradora se hallaba regulada por la Orden de 14 de enero de 1964, del entonces Ministerio de la Gobernación, sobre relaciones de aseguradoras con el personal médico no vinculado por dependencia laboral.

Conviene advertir que el artículo 2º de la Orden en cuestión establece la diferencia fundamental en esta materia, que es la que media entre entidades aseguradoras “sin cuadro facultativo propio” y “con cuadro facultativo propio”. En las primeras, la asistencia médica (de acuerdo con el artículo 4º de la Orden mencionada) se lleva a cabo como consecuencia de convenio entre la aseguradora y los Colegios de Médicos respectivos, de suerte que, como dice literalmente la Orden en cuestión, todos los médicos colegiados que lo deseen pueden prestar los servicios asistenciales a los beneficiarios de la entidad con sólo manifestar su voluntad en tal sentido, no ya a la aseguradora, sino al Colegio profesional; lo que significa lisa y llanamente que el ingreso de médicos en las listas de la aseguradora es automático, se lleva a cabo por vía colegial y constituye una manifestación del principio de libre competencia profesional que hace que la aseguradora no pueda negarse a incluir en sus listas a cualquier médico que la solicite, sólo por ser colegiado, salvo eventuales supuestos de acuerdo con el Colegio mismo para que ese automatismo no se produzca.

Por todo ello, en esta modalidad de seguro el asegurado puede acudir a cualquier médico de las listas de la aseguradora.

Citábamos además la circunstancia de que en el convenio entre I.M. y el Colegio Oficial de Médicos de Vizcaya se declaraba expresamente que era preciso suscribirlo al no existir relación laboral ni de ninguna otra clase entre los médicos y la aseguradora. Esta última expresión, sin embargo, no era del todo afortunada en el convenio, pues evidentemente sí existe alguna relación entre aseguradora y médicos. Lo que a todas luces se quería decir es que no hay relación jurídica que implique dependencia de los facultativos respecto de la compañía. Y de hecho una sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos (de 17 de enero de 1974) había tenido oportunidad de declarar que la relación entre la aseguradora de autos y los médicos de sus listas era “de arrendamiento de servicios, de índole especial”.

En definitiva, veníamos a poner de relieve un sugestivo problema de los que plantea el párrafo cuarto del artículo 1903, esto es, el consistente en determinar si ese caso de responsabilidad por hecho ajeno tiene su fundamento en la circunstancia de que el “dependiente” (en el sentido más amplio de la expresión) se halle funcionalmente sujeto a las directrices o criterios, en suma a la disciplina del “principal” (parece interesante, para no prejuzgar, no hablar de empresario).

3. El análisis de la jurisprudencia en esta materia permite llegar a una respuesta afirmativa a esa pregunta, como se advierte en los casos en que el Tribunal Supremo se ha planteado la cuestión de si el comitente (en el contrato de obra) responde o no de los daños que ocasione el contratista, directamente o por medio de sus empleados. Extremo que recientemente he analizado *in extenso* en mi *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, 1993, págs. 371 ss.

4. Un caso similar al que nos ocupa ahora (una demanda contra un médico y contra la misma aseguradora I.M.) había sido conocido en otros autos por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Bilbao, que a mi juicio planteó muy bien la cuestión con un razonamiento (luego confirmado por la Audiencia) del siguiente tenor:

*“Sin embargo, la actora parte de un dato fáctico erróneo, el de que el citado Doctor pertenece al cuadro médico del I.M., cuando la realidad es que el citado I.M. no tiene cuadro facultativo propio sino un concierto con el Colegio de Médicos, en el que se establece que los médicos que lo soliciten, siempre que estén colegiados en el Colegio Oficial de Médicos de Vizcaya y conformes con las tarifas establecidas, pasan automáticamente a formar*



*parte de las listas del citado I.M. que les paga por acto médico realizado sin que su relación sea de índole laboral ni presuponga una relación jerárquica o de dependencia, pues el I.M. carece de facultad de selección de los médicos y de control sobre los mismos. Por lo anteriormente expuesto, no existiendo la relación de jerarquía o dependencia exigida como presupuesto necesario para la aplicación del artículo 1.903 del Código civil para que puedan darse los supuestos de “culpa in eligendo” o “culpa in vigilando” no cabe, por este motivo, exigir responsabilidad alguna al I.M. por un acto realizado por un médico incluido en su ‘relación de facultativos’, sin que tampoco pueda exigirse responsabilidad derivada del propio contrato de seguro pues el I.M. cumplió su obligación de prestación de asistencia sanitaria sin que se haya alegado un anormal funcionamiento de dicho I.M. como causante del resultado dañoso”.*

5. En relación con este extremo, la sentencia de la Sala Primera de 12 de febrero de 1990 declaró la responsabilidad, junto con la del médico, de la compañía de seguros de la que formaban parte. Pero ha de advertirse que esta condena de la aseguradora se basó en la apreciación de la Audiencia de que existía entre el médico y la aseguradora una relación de dependencia. La sentencia del Supremo, en efecto, parte de la base de que “... existe una cierta subordinación jurídica del médico con A., S.A., aunque en este caso por modo un tanto indirecto por intermedio de la coaseguradora I., por razón del contrato de servicios profesionales existente entre ambos, por el que el facultativo queda obligado a la atención de los asegurados de aquélla, mediante la correspondiente retribución y utilizando los medios que la sociedad de seguro de asistencia sanitaria pone a su disposición”. Más adelante añade el Supremo que “con base en la interpretación del contrato de servicios suscrito entre la coaseguradora I. y el tantas veces repetido recurrente, señor H., llega a la conclusión de la existencia de aquella relación de dependencia...”.

Sentadas estas premisas, parece razonable el desenlace condenatorio. Pero de ordinario no existe entre las compañías de seguros de asistencia sanitaria y sus médicos dependencia de estos últimos respecto de las primeras, reduciéndose todo a la existencia de una lista o cuadro de facultativos entre los cuales el asegurado puede elegir libremente. Y sin que, por ello, entre el médico y la compañía haya relación laboral o subordinación funcional.

6. Volviendo al pleito objeto del presente comentario, hay que señalar que el Juzgado, como hemos visto, condenó también a la aseguradora, limitándose a fundar la condena en el hecho de que “le afectaron las consecuencias de la Ley de 8 de octubre de 1980, para determinar sus derechos y obligaciones, tanto o más que las disposiciones de orden menor en que se escuda”.

En otras palabras, el juzgador de instancia hacía una genérica invocación de la Ley de Contrato de seguro, pero sin que se alcance a deducir en cuál de sus preceptos o principios se amparaba.

La Audiencia, por el contrario se hizo eco de los argumentos que habíamos esgrimido en la demanda y en la apelación en defensa de I.M., diciendo al respecto:

*“La representación del I.M. solicita la revocación de la sentencia, porque no tiene responsabilidad de ninguna clase en la intervención quirúrgica realizada por los médicos demandados en la clínica V.; la actora sostiene la responsabilidad del I.M. por ser con quien se concertó el seguro de asistencia médica, del que derivan las obligaciones de los demás demandados con el asegurado. Sin embargo, el I.M. no tiene responsabilidad extracontractual, porque es una compañía de seguros del ramo de asistencia sanitaria, cuya actividad se halla regulada en la Orden Ministerial de 14 de enero de 1964, en la modalidad “sin cuadro facultativo propio y pago por acto médico” y en el artículo 4º de dicha Orden se establece “que los médicos no están vinculados a la aseguradora por ninguna relación de dependencia”, y así consta en el convenio suscrito entre el I.M. y el Colegio de Médicos de Vizcaya, donde la elección de los médicos corresponde al Colegio de Médicos (folio 280); y también en las “condiciones generales de la póliza”, epígrafe “modalidad” (en esta modalidad, la asistencia se establecerá al modo clásico de ejercer la Medicina con plena libertad, tanto por parte del asegurado como del médico para establecer sus relaciones) - folio 276-, por lo que al no tener relación de dependencia ni jerárquica ni laboral con los médicos intervinientes, que el I.M. no elige, no se le puede imputar culpa “in eligendo” o “in vigilando”, sustrato jurídico de la culpa extracontractual, tampoco responsabilidad contractual porque el asegurador ha cumplido con sus obligaciones. El artículo 105 de la Ley de Contrato de Seguro distingue entre las aseguradoras que asumen directamente la prestación de los servicios médicos y las que no lo asumen, por lo que admite la modalidad contractual de I.M: sin cuadro facultativo propio, y por tanto no existe dependencia ni control sobre la lista de médicos, de la que el asegurado puede elegir, por lo que el I.M. no debe responder, sobre la base del artículo 1903 del Código civil, de la negligencia profesional en que han incurrido los médicos que el propio asegurado eligió, y por estas razones debe prosperar el recurso de apelación interpuesto por el I.M.”*

En definitiva, vemos que prosperó la tesis de que una compañía de seguros de asistencia sanitaria, en su modalidad de “sin cuadro facultativo propio”, no responde los daños causados por los médicos integrantes de sus listas y sobre los cuales los asegurados tienen absoluta libertad de elección.

#### **4. LA RELACIÓN ENTRE LOS MÉDICOS Y LAS CLÍNICAS PRIVADAS**

1. Es éste uno de los extremos que afronta la sentencia del Supremo objeto de este comentario.

Se recordará que la demanda se había formulado también contra la clínica en la que se había llevado a cabo la intervención quirúrgica de la que resultaron los daños.

En punto a su legitimación pasiva, la demanda la atribuía a Clínica V., S.A., en función de que en sus instalaciones tuvo lugar el acto médico que causó las graves lesiones ..., aportando este centro médico tanto medios personales propios, como instrumentales y técnicos, sin perjuicio de que fue el lugar designado por el cirujano para practicar la operación.

También aquí parecía implícita la cita del artículo 1903 del Código civil, e incluso puede suponerse que la del 1902, de admitir que se trataba de “responsabilidad por hecho propio”, si se tiene presente que al fundamentar la responsabilidad solidaria de los codemandados los actores decían: “Téngase presente que en el caso que nos ocupa .ha intervenido en la producción del resultado lesivo la entidad Clínica V., S.A., en cuyas instalaciones tuvo lugar el acto médico que la produjo, aportando esta sociedad el quirófano correspondiente, con sus medios instrumentales y personales, para la práctica de la intervención quirúrgica y que no dudamos en calificar de precarios, dada la carencia o inexistencia de un monitor de apoyo, que hubiera podido detectar al instante el paro cardíaco que experimentó Don E.”

El Juzgado admitió este razonamiento, diciendo que no cabía negar la dependencia de los implicados (se supone que los médicos) respecto del centro sanitario, si bien no con vínculo laboral.

La Audiencia desestimó el recurso de Clínica V., S.A., al amparo de un razonamiento que por evitar repeticiones trataré más adelante al mencionar el criterio del Supremo al respecto.

2. Este problema que ahora nos ocupa ha sido objeto de tratamiento por parte de la jurisprudencia.

En la sentencia de 11 de noviembre de 1991 se declaró que no procedía condenar al sanatorio en que habían ocurrido los hechos motivadores de la demanda; porque entre el médico y la clínica no existía relación de dependencia. Advierte la resolución que el llamado por la doctrina “contrato de clínica” o “contrato de hospitalización” (concertado directamente por el paciente con una clínica priva-

da, sin mediación de la Seguridad Social ni de ningún otro contrato de seguro) aparece como un contrato atípico y complejo, que puede abarcar la prestación de distintas clases de servicios, según la modalidad bajo la que se haya estipulado, pues comprendiendo en todo caso (cualquiera que sea su modalidad) los servicios llamados extramédicos (de hospedaje o alojamiento) y los denominados asistenciales o paramédicos, puede abarcar o no los actos pura y estrictamente médicos, según que, respectivamente, el paciente haya confiado a la clínica dichos actos médicos por medio de sus propios facultativos (dependientes laboral o profesionalmente de la clínica) o haya elegido libremente a un médico ajeno a los del referido establecimiento.

Y esa segunda modalidad era la que concurría en aquel caso, en el que la paciente eligió y contrató libremente los servicios del ginecólogo que le asistió en el parto, el cual no tenía dependencia laboral ni profesional alguna respecto al sanatorio, por lo que en este caso los actos pura o estrictamente médicos se hallaban claramente fuera del aspecto obligacional del centro sanitario, que quedaba obligado a la prestación de los servicios extramédicos y los asistenciales o paramédicos.

En la sentencia de 30 de julio de 1990, de la Audiencia Provincial de Barcelona, se absolvió a la clínica en la reclamación que contra ella y un médico de la misma había entablado el actor como consecuencia de los daños que alegaba, al haber dejado embarazada a su esposa después de que el médico en cuestión le practicara la vasectomía encaminada a la esterilización. Llama la atención que la sentencia diga que procede absolver a la clínica (pronunciamiento que en términos generales parece correcto), añadiendo que para ello es indiferente que exista o no relación de dependencia laboral o de otra índole entre el centro sanitario y el médico.

Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 29 de septiembre de 1991 se declara la irresponsabilidad de la clínica demandada por no existir dependencia laboral -respecto a ella- de los médicos culpables del daño ocasionado a la actora.

3. Regresando a nuestro caso actual, reproducimos a continuación el fundamento de Derecho undécimo de la sentencia del Supremo, en que se razona sobre los motivos de casación esgrimidos por la clínica. La Sala estima los dos primeros motivos, sin necesidad de entrar en el tercero.

Pero conviene dividir los razonamientos del Supremo en este punto, ya que el primero es una formulación de carácter general acerca de las obligaciones que una clínica contrae cuando no tiene ningún tipo de relación laboral, ni otra suerte de jerarquía, respecto de los médicos que en ella desarrollan su actividad.

Dice la sentencia en este punto:

*“El motivo primero del recurso interpuesto por Clínica V., S.A., acogido al ordinal 5° del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, alega infracción del artículo 1903 del Código civil ya que, se dice, la clínica no tiene ninguna obligación ni “in eligendo”, ni “in vigilando” respecto de los médicos que utilizan el establecimiento para atender a sus clientelas. Reconocido en el fundamento de Derecho sexto de la sentencia combatida que la clínica recurrente no tiene ningún tipo de relación laboral ni contractual con los médicos que intervinieron en la operación, es evidente la inaplicación al caso del artículo 1903 del Código civil regulador de la responsabilidad extracontractual que nace de los actos u omisiones de las personas por quienes se debe responder. Concertada la utilización de las instalaciones de la Clínica V., S.A., directamente por el cirujano que había de practicar la intervención quirúrgica y siendo de cargo del I.M., con el que el paciente tenía concertada una póliza de seguro, el precio por la utilización de las instalaciones, la obligación de la clínica queda circunscrita a suministrar los medios técnicos en ejecución de los llamados actos paramédicos necesarios, por lo que no surge para ella ninguna obligación de responder por las acciones u omisiones culposas o negligentes de los profesionales intervinientes en el acto médico para cuya realización se concertó el uso de las instalaciones de la ahora recurrente; se revela así como infringido el artículo 1903 del Código civil, ya que en su caso sería aplicable el artículo 1902, pues estaríamos ante una responsabilidad por acto propio”.*

Se observará que la sentencia reproduce los razonamientos de la de 11 de noviembre de 1991, arriba citada, sobre la distinción entre servicios médicos, servicios llamados “extramédicos” (de hospedaje o alojamiento) y los denominados “asistenciales o paramédicos”, que en la referida sentencia de 1991 se describían, aunque no de forma exhaustiva, como administración de los medicamentos prescritos, inyecciones, control de temperatura, guarda y seguridad del paciente), junto a otros, referentes al control del postoperatorio, cuya naturaleza de acto asistencial, sanatorial o paramédico vendrá determinada por la índole, gravedad o importancia de la intervención quirúrgica realizada y, sobre todo, de las instrucciones específicas que al respecto haya dado el médico que realizó la intervención.

Conviene señalar que en aquella sentencia de 1991, y dado que se había tratado de un parto normal, el Supremo consideró evidente que el *examen continuo y casi permanente de la zona corporal afectada* por el acto médico realizado (un par-

to), como única forma posible de poder detectar en su inicio la aparición de una hemorragia, no entraba dentro de las obligaciones asistenciales del sanatorio, al que el ginecólogo - precisamente por la normalidad del parto y el buen estado de la parturienta - no había dado ninguna instrucción especial de vigilancia.

Similar es el criterio, aunque más lacónicamente expresado, en la sentencia que ahora comentamos, que se limita a decir (no era preciso más) que la obligación de la clínica quedaba circunscrita a suministrar los medios técnicos e instrumentos necesarios para llevar a cabo la intervención, lo que significa, en una palabra, que la Sala no considera incumplidos por parte de la clínica los llamados servicios asistenciales o para- médicos que la sentencia de 1991 había descrito con gran precisión y distinguiendo los dos aspectos o tipos de actuación que al efecto mencionaba.

4. Pero además se había esgrimido por los actores contra la clínica otra causa de responsabilidad, consistente en la inexistencia en el quirófano de un desfibrilador que pudiera atajar la parada cardíaca que en efecto se produjo. Dicho de otro modo, se alegaba una culpa “directa” del establecimiento sanitario por insuficiencia de sus instalaciones.

Pues bien, la Audiencia desestimó también esta argumentación, diciendo:

*“La sentencia recurrida fundamenta la responsabilidad de la Clínica V., S.A., en la existencia de un único desfibrilador en la Sala de reanimación, que no estaba en el momento de la detección de la parada cardíaca en el quirófano, y afirma que ‘la ausencia del desfibrilador en la propia sala de operaciones supone la falta de un elemento técnico necesario para los supuestos de parada cardíaca’ que debe ser aplicado lo más rápidamente posible. Como se ha dicho antes, las obligaciones contractuales asumidas por la clínica consistían en proporcionar las instalaciones e instrumentos adecuados para la ejecución del concreto acto médico, correspondiendo la correcta utilización de tales medios o instrumentos a los médicos dentro del ámbito de su respectiva especialidad; acreditado en autos que la clínica poseía un aparato desfibrilador en perfecto estado de funcionamiento en la sala de reanimación, sin que, por el contrario, conste que el retraso en la aplicación del mismo sea debido a la conducta del personal de la clínica, no se puede afirmar la existencia de una acción u omisión culposa imputable a ella que genere su responsabilidad por los daños sufridos por el hijo de los actores, no siendo obligación de la clínica la de que el repetido aparato se encuentre en el quirófano, lo que, de ser así, comportaría la obligación de poseer varios desfibriladores dada la existencia de varios quirófanos en la clínica susceptibles de ser utilizados simultáneamente, obligación que no resulta acreditada, y así la Sociedad Española de Cirugía Cardiovascular emitió informe muy favorable sobre las instalaciones de la clínica (folios 367 y siguientes); la no utilización del desfibrilador en tiempo hábil*

*por el facultativo encargado de la reanimación del paciente no es imputable a la clínica al no existir relación de dependencia entre ambos. Todo lo cual lleva a la estimación de este motivo así como a la del segundo en que se alega infracción del artículo 1902 del Código civil, por lo que, sin necesidad de entrar en el estudio del motivo tercero, procede acoger el recurso con la consiguiente casación y anulación de la sentencia recurrida, así como la revocación de la de primera instancia, en cuanto condenan a la Clínica V., S.A., al pago de la indemnización solicitada, debiendo ser absuelta de la pretensión reparatoria contra ella dirigida en la demanda, lo que determina la imposición a la parte actora de las costas de primera instancia atinentes a este codemandado, a tenor del artículo 523 de la Ley Procesal civil y sin que proceda hacer especial condena en las causadas en la apelación y en este recurso, de conformidad con los artículos 710 y 1715 de la citada Ley. Procede devolver a la parte recurrente el depósito constituido que, en el presente caso, no era necesario por no ser conformes entre sí las sentencias de instancia (art. 1703 de la Ley de Enjuiciamiento civil)”.*

Se observa, por tanto, que la sentencia rechaza la pretensión de los actores en este punto por dos motivos. En primer lugar, porque considera la Sala que no se ha acreditado la “obligación” de la clínica de disponer de varios desfibriladores; con esta expresión se quiere aludir sin duda a la no necesidad (desde el punto de vista de una adecuada planificación hospitalaria, y por tanto con criterios periciales médicos) de poseer varios aparatos de este tipo. Y en segundo término se vuelve a insistir en el argumento de la primera parte de la sentencia en este punto, en el sentido de que, al no existir relación de dependencia entre los médicos y la clínica, no era imputable a esta última la no utilización del desfibrilador en tiempo hábil, es decir, cuando se advirtió la parada cardíaca.

5. Por otro lado, la alusión a la no utilización del desfibrilador por parte del facultativo encargado de la reanimación del paciente nos sugiere la invocación de otra sentencia (en este caso también de la Audiencia Provincial de Bilbao, pero en pleito diferente) en que ese extremo del uso del desfibrilador adquirió particular importancia.

Era un pleito en el que el demandante alegaba haber sufrido daños síquicos como consecuencia del paro cardíaco experimentado durante una intervención quirúrgica de corrección del tabique nasal, a causa del cual hubo un lapso de tiempo en el que el oxígeno no llegó al cerebro del actor, resultando éste dañado (sic).

Se entabló la demanda contra el cirujano actuante y el anestésista que intervino en la operación, dictándose sentencia del Juzgado por la que se absolvía al

cirujano y se condenaba al anestesista a indemnizar al actor en la suma de cincuenta millones de pesetas.

En la sentencia del Juzgado se alude al anestesista en su función primaria de aplicar la anestesia y se menciona esa anestesia como causa de la parada cardíaca. Pero luego, en la resolución, no se vuelve a hablar más de esto, para adoptarse -como única *ratio decidendi* del fallo- la teoría de que el anestesista es culpable por no haber afrontado adecuadamente el hecho de la parada cardíaca en sí.

En la apelación contra esta sentencia quedó claro que era infundado atribuir la causa de la parada cardíaca a la anestesia, a la luz de los informes periciales obrantes en autos.

Pero, como decíamos, no era éste el problema técnico- médico del caso, sino el consistente en determinar si había habido negligencia del anestesista al hacer frente a la parada cardíaca que sobrevino.

La sentencia del Juzgado, con una lectura inadecuada de los informes periciales obrantes en autos, como la Audiencia tuvo oportunidad de reflejar, manifestó que, siendo la causa más frecuente de parada cardíaca la fibrilación ventricular, y constituyendo el desfibrilador uno de los medios de atajarla, el anestesista no lo había aplicado a pesar de tenerlo a su disposición.

Es claro que el Juzgado aplicó -aun sin decirlo- la doctrina de la “culpa virtual” del médico, basada en razonamientos deducidos de la estadística, aunque en este caso -según se vio- no correctamente interpretados.

En la vista ante la Audiencia pusimos de relieve que, según reflejaban los informes periciales, aunque la fibrilación ventricular es la causa de parada cardíaca más frecuente (70 %) -siendo otras causas la asistolia y la disociación electromecánica-esa proporción es distinta en el caso de pacientes sometidos a intervención quirúrgica, dado que en esta hipótesis la parada cardíaca tiene como causa más frecuente la asistolia. En concreto, el informe de un cardiólogo decía que la asistolia es la causa más frecuente de parada cardíaca en enfermo anestesiado y sometido a maniobras quirúrgicas.

El informe del mismo cardiólogo (perito designado por el Juzgado) manifestaba que en los casos de parada cardíaca por asistolia (cese súbito de toda actividad eléctrica y mecánica), la desfibrilación está contraindicada.



Por otro lado, el informe de otro perito judicial, especialista en pulmón y corazón, decía que los pasos a dar en circunstancia de parada cardíaca son los siguientes: entubación endotraqueal, bolsa de ventilación unidireccional, masaje cardíaco externo, utilización de drogas y fluidos, monitorización ECG y desfibrilación ventricular. Añadía este informante que si la parada cardíaca cede con las medidas aplicadas en este orden secuencial, no se deben dar pasos sucesivos. Decía también que en la parada cardíaca intraoperatoria intervienen muchos factores, pero que los máximos responsables suelen ser los reflejos vagales que provocan asistolia. Afirmaba así mismo que la probabilidad de fibrilación ventricular en un corazón joven sin patología previa es, en cualquier caso, muy baja. Y concluía advirtiendo que es altamente improbable que una fibrilación ventricular ceda sólo con masaje cardíaco y adrenalina, sin usar el desfibrilador.

En base a estos datos médicos, nuestra argumentación consistió en advertir:

a) Que siendo como era el paciente un hombre joven sin patología previa, la probabilidad de fibrilación ventricular era muy pequeña.

b) Que la causa más frecuente de parada cardíaca intraoperatoria es la asistolia, es decir, que la hipótesis de fibrilación ventricular era estadísticamente la menos fundada.

c) Que el anestesista había adoptado la secuencia de pasos a dar en el caso de parada cardíaca, con el desenlace de que esa parada cedió, recuperando su actividad el corazón.

d) Que, como había dicho un perito informante, si la parada cardíaca había cedido con masaje cardíaco externo (aparte de otras medidas previas), no se tenían que haber dado pasos sucesivos como el consistente en la aplicación del desfibrilador.

e) Que, siendo “altamente improbable” que una fibrilación ventricular ceda sólo con masaje cardíaco y adrenalina, y habida cuenta que en el caso de autos se había recuperado la actividad cardíaca sin desfibrilador, esta circunstancia revelaba que la causa de la parada en aquel caso no había sido, con toda verosimilitud, una fibrilación ventricular.

En definitiva, sosteníamos que la no utilización por el anestesista del desfibrilador no podía erigirse en causa de atribución de culpa a dicho profesional, puesto que las circunstancias concurrentes no reclamaban su uso, y sí en cambio la adopción de medidas que en los autos quedaba acreditado que se habían tomado.

La Audiencia estimó el recurso del anestesista (único recurrente), absolviéndole.

Su sentencia, después de recoger la doctrina jurisprudencial actual sobre inaplicabilidad de la inversión de la carga de la prueba en el caso de actividad profesional del médico, se atiene a nuestra alegación de que el juzgador de instancia había incurrido en error al interpretar el informe del cardiólogo designado como perito por el Juzgado.

La Sala comparte esta alegación y dice:

*“El Doctor O. señala en su informe las tres principales causas de paro cardíaco: la fibrilación ventricular, la asistolia o bloqueo cardíaco y la disociación electromecánica. Ahora bien, la conclusión efectuada por el juzgador de instancia –negligencia del Dr. I. por no utilizar el desfibrilador cuando la fibrilación es la causa más frecuente de paros cardíacos– no es correcta o al menos rigurosa a la vista del citado informe dado que en él, si bien se manifiesta que la fibrilación ventricular es la forma más frecuente de paro, también se concreta que la asistolia es la más común en procedimientos quirúrgicos con inducción anestésica, luego ésta y no aquélla es la que motiva mayor número de paros cardíacos en operaciones quirúrgicas; por lo tanto, dado que la premisa mayor fijada por la sentencia recurrida –fibrilación causa más común de paro cardíaco, cuando no lo es en los casos como el de autos (en operaciones quirúrgicas)- falla, no cabe después deducir que ella sea el motivo del que sufrió el actor; pero incluso dejando de lado las estadísticas, la prueba obrante en autos no acredita la causa que provocó el paro cardíaco y tampoco que la actuación observada por el Dr. I. fuera negligente, razón por la que debe desestimarse la demanda ya que a la parte demandante correspondía probar la negligencia del anestesista acogiendo el recurso interpuesto por éste”.*

Se observa, pues, que la disponibilidad y la concreta utilización del desfibrilador pasa a segundo término a la vista de las características médicas del supuesto de hecho, circunstancia que -con todas las reservas propias de una opinión en materia de Medicina por parte de quien es lego en ella- podría quizá haber sido tenida en cuenta también en el caso de la sentencia del Supremo objeto del presente comentario, dadas las sustanciales coincidencias entre este caso y el de la resolución de la Audiencia Provincial de Bilbao que acabamos de referir.

He de advertir que ese asunto de la Audiencia de Bilbao está ahora pendiente de recurso de casación promovido por el demandante.

## 5. LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA ESPECIALIDAD MÉDICA EN EL ACTO QUIRÚRGICO: ABSOLUCIÓN DEL CIRUJANO

1. Una de las cuestiones de más interés en la sentencia de que tratamos es sin duda la consistente en el deslinde que hace entre el objeto de la actividad profesional de cirujano y de la anestesista demandados, a efectos de individualizar sus respectivos cometidos y, por tanto, los presupuestos para discernir su respectiva culpa o ausencia de ella.

En una palabra, se aborda un problema que siempre ha suscitado mucho interés, proyectado sobre todo al caso de la intervención quirúrgica. La participación en ella, cuando menos, de un cirujano y de un anestesista, entraña a veces dificultades de definición de las incumbencias de uno y otro, que históricamente se han visto complicadas desde el punto de vista jurídico por cuestiones tales como la visión del cirujano como “responsable de lo que en el quirófano sucede”, la forma de designación o elección del anestesista que ha de actuar, la atribución de responsabilidad por lo que es cometido propio del cirujano como distinto del eventual deber de vigilancia de lo que el anestesista hace, etc.

No es éste, desde luego, el único caso digno de interés a estos efectos. Muy al contrario, la moderna fórmula de trabajo médico en equipo puede suscitar problemas de individualización también en otros ámbitos distintos del quirúrgico. Pero refiriéndonos al caso clásico, por así decirlo, hoy es opinión doctrinal dominante la de que ante la pregunta sobre compatibilidad entre responsabilidad del anestesista y del cirujano, debe sostenerse que cada profesional tiene en el acto quirúrgico unas funciones propias y exclusivas. Por lo que, al menos en principio, cada uno de ellos responde de sus actos. Única fuente de responsabilidad común sería el error cometido conjuntamente, o por uno de ellos pero que pudiera y debiera ser, por su carácter grave y claro, advertido por el otro profesional.

Este es el criterio que se advierte en la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, es decir, en materia penal, y que se atisbaba en algunas sentencias de la Sala Primera.

Pues bien, la sentencia que comentamos reviste - como decíamos- el interés de haber abordado la cuestión que ahora nos ocupa.

2. Procede analizar el enjuiciamiento que la Sala hace de los motivos de casación esgrimidos por el cirujano del caso, esto es, Don H. Es preciso recordar que, como hemos dicho antes, en el recurso de casación el cirujano actuó bajo distintas representación y defensa que la anestesista Doña B.

El que había sido Letrado de ambos ante el Juzgado y ante la Audiencia sostuvo la tesis de absolución de los dos facultativos, esgrimiendo al efecto -de forma técnicamente impecable a mi juicio- la doctrina jurisprudencial vigente en materia de responsabilidad médica, concretada sobre todo en el principio de que en ella no rige la presunción de culpa proclamada por el Tribunal Supremo en otros ámbitos de la responsabilidad civil, el de que no juega por tanto la inversión de la carga de la prueba y el de que, en consecuencia, incumbe al paciente demandante demostrar cumplidamente la culpa del médico demandado.

Este planteamiento no prosperó, siendo de interés destacar a este respecto el modo de razonar de la Audiencia, que se desprende de los fundamentos jurídicos de la sentencia del Supremo alusivo a los recursos de uno y otro facultativo. Más adelante tratamos sobre ellos.

Pero volviendo al interpuesto por el cirujano Don H., merece la pena, en primer término, transcribir el fundamento de Derecho segundo de la sentencia, por cuanto sintetiza de forma muy afortunada lo que en punto a principios generales en materia de responsabilidad civil del médico viene proclamando la jurisprudencia.

Dice así ese fundamento:

*“El recurso de casación formalizado por Don H. consta de un solo motivo en que, al amparo del ordinal 5º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se alega infracción de los arts. 1101, 1103 y 1104 del Código civil, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias que cita; se dice en el motivo que todos los parámetros de conducta en que se funda la sentencia combatida para determinar la responsabilidad del recurrente se corresponden con la función, la competencia y los cometidos de un anestesista o reanimador, ninguno de ellos afecta al comportamiento profesional que se espera de un cirujano. Es doctrina reiterada de esta Sala recogida, entre otras, en sentencias de 26 de mayo de 1986, 12 de julio de 1988, 17 de julio de 1989, 7 y 12 de febrero y 6 de noviembre de 1990, y 11 de marzo de 1991 que la obligación contractual o extracontractual del médico y, más en general, del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o lo que es igual, no es la suya una obligación de resultado, sino una obligación de medios, es decir, está obligado, no a curar al enfermo sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia; además, en la conducta de los profesionales sanitarios queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida por esta Sala para daños de otro origen, estando, por tanto, a cargo del paciente la prueba*

*de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa, ya que a la relación material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico -sentencias de 13 de julio de 1987, 12 de julio de 1988 y 7 de febrero de 1990- que puede manifestarse a través de la negligencia omisiva de la aplicación de un medio - sentencia de 7 de junio de 1988- o más generalmente de una acción culposa -sentencia de 22 de junio de 1988- y así se ha estimado en aquellos casos en que se logró establecer un nexo causal entre el acto tachado de culpable o negligente o la omisión de los cuidados indicados, y el resultado dañoso previsible y evitable, caso de las sentencias de 7 de febrero de 1973, 28 de diciembre de 1979, 28 de marzo de 1983 y 12 de febrero de 1990; cuando por el contrario no es posible establecer la relación de causalidad culposa, no hay responsabilidad sanitaria, así en sentencias de 26 de mayo de 1986, 13 de julio de 1987, 12 de febrero de 1988 y 7 de febrero de 1990”.*

*Así mismo ha de tenerse en cuenta el principio de la llamada “lex artis ad hoc” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, recogido en las sentencias de 7 de febrero y 29 de junio de 1990 y 11 de marzo de 1991 al decir “que la actuación de los médicos deba regirse por la denominada ‘lex artis ad hoc’, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional”, añadiendo la última de las sentencias citadas que “se entiende por ‘lex artis ad hoc’ como aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la Medicina -ciencia o arte médica- que tienen en cuenta las especialidades características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal requerida”.*

A renglón seguido, el fundamento jurídico tercero entra en el fondo de la cuestión a fin de determinar lo que era incumbencia del cirujano en este concreto caso, para a partir de esta base concluir si había habido o no por su parte una incorrecta praxis médica, esto es, violación de la *lex artis* que le era exigible en el episodio quirúrgico (en sentido amplio) que llevó al trágico desenlace.

Y dice a tal efecto la sentencia:

*“El contrato de arrendamiento de servicios concertado entre Don E. y el médico cirujano Don H. tenía por objeto la extirpación de un quiste sacro-coxigeo que aquél padecía y que fue llevada a cabo el día 7 de noviembre de 1986, siguiendo una técnica quirúrgicamente correcta; la herida producida fue parcialmente cerrada quedando una vía de drenaje por la que los exudados y eventualmente el pus, fluyen con facilidad, disminuyéndose así el riesgo de procesos infecciosos graves en el postoperatorio, si bien pueden resultar necesarias cuando se sigue esta técnica, reintervenciones para eliminar tejidos desvitalizados o fungoides, que dificultan la cicatrización, que es lo que ocurrió en el presente caso, en que, ante las*

*molestias que padecía el señor I.B., se decidió una nueva intervención quirúrgica practicada por el médico cirujano el día 2 de diciembre de 1986. De ahí que el acto médico objeto de aquel contrato pertenezca a la rama de la Medicina que constituye la Cirugía y que se propone curar las enfermedades por medio de operaciones manuales o con instrumentos y que implica una actuación en órganos o tejidos enfermos, extraer cuerpos extraños, etc.; de ahí que la obligación del cirujano de indemnizar los daños y perjuicios ha de surgir de la omisión de la diligencia debida en la prestación de sus servicios profesionales atendidas las reglas técnicas de su especialidad comúnmente admitidas y las particulares circunstancias del caso y teniendo en cuenta que en el nexo causal entre la conducta del agente y la procedencia del daño ha de hacerse patente la responsabilidad de aquél y su obligación de repararlo (sentencia de 22 de febrero de 1946 citada por la de 7 de febrero de 1990); por ello no puede imputarse a un médico especialista el evento dañoso sufrido por un paciente que tenga su origen en el incumplimiento de las reglas técnicas propias de otra especialidad, como es, en el presente caso, la de Anestesiología y médicos especialistas, elaborada por el Consejo Nacional de Especialidades Médicas, Ministerio de Sanidad, en el año 1979, por emplear y aplicar métodos y técnicas necesarios para hacer al paciente insensible al dolor y para protegerlo frente a la agresión psíquica o somática, antes, durante y después de las intervenciones quirúrgicas, mantener las funciones vitales en condiciones óptimas antes, durante y/o después de cualquiera de las situaciones citadas: reanimar cualquier tipo de pacientes, médicos o quirúrgicos, a los que muy diversas clases de situaciones patológicas hayan conducido hasta una situación crítica, en que sus funciones vitales se vean gravemente desequilibradas, iniciando y manteniendo la terapia intensiva adecuada hasta que se considere superado dicho estado crítico. En el presente caso, la sentencia recurrida pone la causa de los daños sufridos por el paciente en la falta de monitorización del mismo que hubiera permitido el control de la actividad eléctrica del corazón y, en consecuencia, advertir la parada cardíaca a tiempo de aplicar adecuadamente los medios de reactivación de las funciones vitales, haciéndose notar por el Tribunal 'a quo' que, aunque se admita que se utilizó el citado medio de control, se observó tardíamente la parada cardíaca sufrida por el paciente, lo que impidió que éste se hubiera reanimado absolutamente al aplicarle los medios necesarios; es decir, la sentencia recurrida hace derivar la responsabilidad que declara respecto al cirujano y a la anestésista intervinientes, de la inobservancia de las reglas técnicas adecuadas para mantener las funciones vitales óptimas durante y después de la operación quirúrgica, o para la reanimación del paciente al advertir la situación crítica en que se hallaba; ahora bien, tales reglas técnicas son las que regulan la actuación profesional del médico anestésista, no la del especialista en Cirugía, siendo de notar que, según los informes periciales obrantes en autos, el cirujano sólo hubiera podido advertir la producción del paro cardíaco al quedar exangüe la zona en que operaba al cesar el flujo sanguíneo por la parada cardíaca, circunstancia que no resulta acreditada en autos. Por todo ello, ha de concluirse que el codemandado Don H., médico cirujano que intervino a Don E., observó en la prestación de sus servicios profesionales las reglas técnicas adecua-*

*das a la operación quirúrgica que llevó a cabo y no puede imputársele el daño producido por la inobservancia de reglas técnicas propias de otras responsabilidades médicas ajenas a la por él practicada.*

*En consecuencia, procede admitir este último motivo de que consta el recurso con la consiguiente casación y revocación de la de primera instancia en cuanto condena a Don H. al pago de la indemnización solicitada, procediendo, por el contrario, absolver al mismo de la demanda con imposición de las costas de primera instancia a él referidas, a la parte actora de acuerdo con el art. 523, párrafo primero, de la Ley de Enjuiciamiento civil, y sin hacer expresa condena en las causadas en la segunda instancia ni en este recurso, a tenor de los artículos 710 y 1715 de dicha Ley, y procediendo la devolución al mismo del depósito constituido a tenor del precepto últimamente citado, depósito cuya constitución no era necesaria en el presente caso al no ser conformes de toda conformidad las sentencias recaídas en primera y segunda instancia (art. 1703 de la Ley Procesal civil)".*

En síntesis, la Sala declara que no corresponde al cirujano la aplicación de las reglas técnicas adecuadas para mantener las funciones vitales óptimas del paciente durante y después de la operación quirúrgica, o para su reanimación al advertir la presencia de una situación crítica del mismo.

Dicho de otro modo, frente al criterio de la Audiencia que entendió que incumbía a ambos profesionales la atención al paciente en el episodio concreto de que se trataba, el Supremo -con lujo de argumentos- procede a la individualización de competencias de que antes hablábamos, para así establecer las fronteras entre las respectivas responsabilidades de uno y otro facultativo.

3. No obstante este pronunciamiento del Supremo, que nos parece impecable, creo oportuno plantear una cuestión de interés en la materia que nos ocupa y que se suscitó, aunque muy de pasada, en la demanda rectora de estos autos. Cuestión que, por otra parte, puede afectar a un elevadísimo número de casos de responsabilidad por la actuación del anestesista.

Me refiero al conocido fenómeno de que de ordinario el paciente acude al cirujano y de que cuando éste aconseja llevar a cabo una intervención quirúrgica, que de hecho se practica, lo habitual es que sea el propio cirujano el que designe el anestesista que ha de actuar en la operación.

No es infrecuente que el paciente no ya sólo no entable lo que llamaríamos una relación contractual normal con el anestesista (en el sentido de concertar un pacto de fisonomía clásica), sino que suele suceder que el cliente no conozca siquiera la identidad de ese anestesista.

Circunstancia por la que en principio podría suscitarse la nada despreciable cuestión doctrinal sobre si el cirujano responde de la actuación del anestesista, no como consecuencia de la inobservancia de su propia *lex artis* (la del cirujano) sino a causa de su elección de aquel anestesista; lo que de hecho suele resultar de la práctica habitual de que un determinado cirujano actúe con la colaboración de un también concreto anestesista, formando parte así -los dos- de lo que se suele denominar “un equipo médico”.

De hecho, en el pleito que nos ocupa, y al hablarse de la legitimación de los demandados, en la demanda se justificaba la pasiva del cirujano Don H., añadiéndose: “... por ser la persona con la que se convino y aceptó el acto médico, quien, en su calidad de director del equipo médico interviniente, precisó, también, de los servicios de la demandada, la anestesista Doña B.”.

Se atisba, por tanto, una imputación a Don H. por presunta culpa en la elección o designación de la citada anestesista Doña B.

En este punto, que merece desde luego tratamiento más amplio impropio de este lugar, manifiesto mi opinión en el sentido de que lo que en estas hipótesis puede ocurrir es que nos encontremos en presencia de una relación jurídica de mandato, en su modalidad de perfección tácita (párrafo tercero del artículo 1710 del Código civil), por cuya virtud el cirujano recibe el “encargo” de designar él mismo a la persona que ha de actuar como anestesista en el acto quirúrgico.

Sentada esta hipótesis de trabajo, en términos generales nos parece difícilmente sostenible hacer recaer sobre el cirujano las consecuencias de lo que haya podido ser una mala práctica médica por parte del anestesista.

A modo de apunte se me ocurre invocar el principio contenido en el número 2º del artículo 1721 del Código civil, que determina que el mandatario responde de la gestión del sustituto cuando se le ha dado la facultad de nombrarlo, pero sin designar la persona y si el nombrado fuere notoriamente incapaz.

No estamos, evidentemente, en presencia de un caso de “sustituto del mandatario”, pero en ese precepto vemos un principio que sería perfectamente trasplantable al caso que nos ocupa, por vía de analogía y al amparo del artículo 4º.1 del Código civil.

Dicho de otro modo, y de acuerdo con esta interpretación, podría alcanzar responsabilidad al cirujano si la trayectoria profesional del anestesista le revelara como inexperto o negligente, esto es, no en el caso en que la culpa profesional



del anestesista se hubiere manifestado por primera vez en el acto quirúrgico concreto de que se trate o, todavía más (dado que un cierto margen de equivocación es tolerable en toda actividad profesional, en términos relativos), tampoco en aquellas circunstancias en que se puede afirmar que la actividad profesional de ese anestesista es “generalmente” correcta.

Habría que dejar a salvo -como hipótesis de posible responsabilidad del cirujano por la elección de un determinado anestesista- el supuesto en el que las particularidades técnicas del caso justificasen la adopción de una particular cautela por parte de aquél en la elección del anestesista, en razón, por ejemplo, a una también especial competencia, destreza, experiencia o especialización que viniesen impuestas por el tipo de intervención quirúrgica, o por características singulares del enfermo, etc.

Sería también un caso de posible responsabilidad del cirujano por la actuación del anestesista (aunque aquí no por “culpa en la elección”, sino por negligencia del propio cirujano en su específico campo de actuación) aquel en que ese cirujano no se hubiese asegurado de que se cumplen por el anestesista los actos normales de su actividad y de que éste colabora en las condiciones de diligencia normal al objetivo común del “equipo”.

Ahora bien, este criterio que acabo de expresar debe aplicarse, a mi juicio, de forma restrictiva y sólo cuando las circunstancias concretas de un caso justifican una atención especial del cirujano a lo que el anestesista hace. Porque, de no ser así, vendría a concluirse que aquél responde siempre de lo que este último efectúa; tesis que como regla general me parece inadmisibles. De hecho, el Tribunal Supremo -en la sentencia que nos ocupa- la rechaza.

En este sentido es digno de citarse el caso resuelto por el Tribunal de Apelación de Toulouse en sentencia de 24 de abril de 1973. Se trata de una resolución en la que a primera vista parece sostenerse la teoría de una genérica responsabilidad del cirujano por todo lo que sucede en el quirófano. De hecho, se dice que “la conducción y la organización general de la operación corresponde al cirujano”. Pero una lectura más atenta nos advierte que lo que en aquel caso motivó la condena del cirujano fue el hecho de que éste, antes de tomar la decisión de operar a pesar del deficiente estado de la enferma, tenía el “deber imperioso” de asegurarse de que el anestesista reanimador conocía dicho estado y había adoptado las precauciones adecuadas. Y que, habiendo comprobado en el curso de la operación que ésta iba a ser más larga de lo previsto, tenía igualmente el deber

de pedir al anestesista la instalación de una perfusión destinada a compensar la pérdida de volumen sanguíneo.

Lo que está claro es que otro modo de entender las cosas (es decir, un criterio extensivo en la responsabilización del cirujano por los actos profesionales del anestesista) tendría que conducir, por elemental cautela de aquél, a una radical modificación del *modus operandi* actual en punto a la designación, determinación o identificación de los anestesistas actuantes en los quirófanos.

## 6. LA CONDENA AL ANESTESISTA: ¿UN CASO DE “CULPA VIRTUAL”?

1. Nos parecen oportunas ciertas consideraciones sobre la posición actual de la jurisprudencia en materia de responsabilidad civil del médico, como pórtico del último extremo de este comentario, esto es, el relativo a la forma en que el Tribunal Supremo llega a la desestimación del recurso de casación promovido por la anestesista Doña B., que según estamos viendo resultó ser –en definitiva- la única condena en este pleito.

Forzoso es recordar que en materia de responsabilidad civil rige hoy el criterio jurisprudencial de que cuando como consecuencia de una acción u omisión se produce daño a otro debe presumirse la culpa del agente, de suerte que a la víctima le basta probar la realidad del daño y la relación de causalidad entre la conducta del presunto responsable y ese daño. Entre las explicaciones de esta doctrina de los tribunales debe incluirse el impacto que en el Derecho de daños han tenido los principios de solidaridad conducentes a un criterio *pro damnato*, esto es, a una forma de reflexión por cuya virtud se persigue el objetivo de indemnizar al perjudicado a toda costa, liberándole de la gravosa carga de tener que demostrar que el agente causó el daño por negligencia, impericia o descuido: en suma, por su culpa.

Pues bien, constituye excepción a este criterio jurisprudencial el caso de los profesionales y en concreto el de los médicos, que es el que han tenido más oportunidades de juzgar los tribunales españoles.

No es el momento de entrar aquí en consideraciones acerca de la razón de ser de esta excepción (que a mi juicio no es ningún privilegio, sino simplemente eso, una excepción), siendo bastante ahora ponerla de relieve.

Dice el Tribunal Supremo que presuponer la culpa del médico, o atribuirle alguna suerte de responsabilidad objetiva (esto es, hacerle responder como consecuencia de su función profesional), “sin consideración alguna de si ese actuar fue correcto por plena y absoluta adaptación a los medios de curación posibles

a emplear, tanto supondría como el cercenar su actuar, pues que lógicamente se inhibiría de hacerlo, con evidente perjuicio para el paciente y la sociedad en general ante el temor, en casos delicados, de que a pesar de actuar correctamente, o sea con plena adaptación a los medios y técnica a emplear, el resultado favorable al paciente no llegara a obtenerse”.

Manifiesta también el Tribunal Supremo que en la conducta de los profesionales sanitarios queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida por la Sala para los daños de otro origen.

Y esto porque el Tribunal Supremo es consciente de “lo aleatorio existente en la ciencia médica”, así como el significado del “simple factor reaccional del enfermo”.

Del mismo modo que admite que “en materia de intervenciones médicas, y concretamente quirúrgicas, las consecuencias, que de éstas resulten pueden ser atribuibles a complicaciones imprevisibles y siempre posibles con mayor o menor riesgo según la clase de intervención...” Al igual que alude a “la Posibilidad de complicaciones ajenas al buen actuar profesional del médico”. O a “incidencias inesperables” en su quehacer.

Dice en otro caso el Tribunal Supremo que “la carga de la prueba del médico interviniente en una operación quirúrgica generante del resultado dañoso que considera el artículo 1902 del Código civil y consiguiente relación causal, precisa para la aplicación de responsabilidad con base en ese precepto legal, no se produce meramente como consecuencia del acto de realización de dicha intervención quirúrgica”.

No faltan alusiones a “reacciones o anomalías de origen humano en el paciente, no previsibles”, que exculpan al médico. A quien, dice otra sentencia, “no le es exigible la infalibilidad”.

Por ello, no responde el profesional cuando los criterios de la *lex artis* del médico no permiten deducir que en el curso de su actuación surja “un evento de inesperada realidad, imprevisto o inevitable”.

Todo ello mueve al Tribunal Supremo a declarar que la responsabilidad del médico “ha de basarse en una culpa incontestable, es decir, patente, que revele desconocimiento de los deberes que deriven del estado de la ciencia médica, por lo que no se puede exigir al facultativo que venza dificultades que puedan

ser equiparables a la imposibilidad”. Ha de quedar patente, en suma, la conducta negligente o culpable del médico para que pueda condenársele.

En aplicación más concreta, también ha declarado algún tribunal que “la elección de un tratamiento supone escoger entre las varias posibilidades con valor terapéutico que la Medicina ofrece para una enfermedad, sin que se pueda culpar a un médico del fracaso de la opción elegida, siempre que ésta sea científicamente defendible”.

Es también pronunciamiento jurisprudencial constante, en concordancia con lo que se acaba de decir, el de que incumbe al perjudicado probar la culpa del médico demandado.

Como consecuencia de la no presunción de culpa respecto al médico, el paciente demandante no sólo debe acreditar el daño, esto es, el desenlace de la acción de facultativo, sino también que éste -en su actuación- no se ajustó a la *lex artis* o regla de su ciencia.

Dice el Supremo a este respecto que “la obligación del profesional sanitario se concreta en proporcionar al paciente todos los medios curativos de que disponga, según el estado de la ciencia, necesitándose probar el reproche culpabilístico del agente y la relación o nexo causal entre el acto culpable, o la omisión, y el daño producido”.

No obstante todo lo anterior, tanto los tribunales como los autores se han planteado la pregunta sobre si es razonable mantener en todo su rigor ese principio de que en el médico no se presume la culpa y de que, por ello, es el paciente el que debe demostrarla para que el facultativo sea condenado a indemnizar.

Pregunta que tiene innegable fundamento en la circunstancia de que de ordinario el paciente no tiene medios para enjuiciar el proceder del profesional y muchas veces incluso ignora en qué consistió su actuación. En realidad, es el segundo reparo el que condiciona el primero, puesto que para éste puede ser eficaz la prueba pericial que en el pleito se practica y con cuyo resultado los jueces tienen elementos de juicio para resolver justamente.

a) En vista de estas objeciones, los tribunales extranjeros resuelven a veces haciendo uso de un mecanismo intelectual basado en lo que autores franceses han llamado la “culpa virtual”.

Se ha formulado este concepto al amparo de la siguiente reflexión: 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 que podría considerarse “elíptico”, conducente de hecho a un sistema de presunción de culpa.

Por decirlo de otro modo, a través de una deducción obtenida de la anormalidad de las consecuencias se afirma que el médico no ha actuado de acuerdo con los datos actuales de la ciencia y con una conducta profesional diligente.

En otras palabras, se tiende a aliviar la pesada carga probatoria del paciente, no siendo ya necesaria una prueba acabada o completa de culpa en el actuar del médico sino deduciéndose ésta de determinados hechos que *prima facie* permiten presumirla según las reglas del criterio humano, que no son otras que las de la lógica. Es la técnica deductiva que permite concluir que hubo negligencia en el médico porque la experiencia común revela que en el curso ordinario de las cosas ciertos accidentes no pueden ocurrir si no es por una crasa incompetencia o falta de cuidado.

b) Otro razonamiento por el que se alivia la situación procesal del paciente en un pleito de reclamación de responsabilidad es el que, a partir del principio de igualdad de tratamiento de las partes en el proceso, exige que el médico haga posible al enfermo la prueba de su pretensión.

Se facilita la carga de la prueba -que en principio corresponde al paciente- a través del reconocimiento judicial de la existencia de una obligación de documentación que constituye un aspecto del deber de información del médico. Dicho principio exige que el facultativo haga posible al enfermo la prueba indiciaria a través de la diligente redacción de los datos clínicos. En el marco de la relación de paridad entre el médico y el enfermo, satisface el interés primario del enfermo el ser adecuadamente informado y poder examinar, si lo desea, los documentos pertinentes sobre el transcurso de la enfermedad. En otras palabras, el deber de certificación puede tener influencia en la distribución de la carga de la prueba. Es claro, por ejemplo, que el médico resulta perjudicado en el plano probatorio no sólo si sustrae o altera documentos que tienen importancia para arrojar luz sobre la controversia, sino también si la redacción de los actos médicos es inexacta o incompleta.

c) También ha de tenerse presente que la no inversión de la carga de la prueba no significa, desde luego, que el tribunal no pueda llegar a una conclusión de res-

ponsabilidad del médico basada en la utilización de la prueba de presunciones. Prueba de presunciones que en este caso consistirá (para llegar a un desenlace condenatorio) en excluir la concurrencia o interferencia, entre el proceder del médico y el resultado dañoso, de una circunstancia ajena al curso natural de los acontecimientos. Esta exclusión, ciertamente, sólo puede operar a la luz de premisas que la ciencia médica proporcione, no pocas veces en función de datos derivados de la experiencia o, si se quiere, de la probabilidad estadística.

d) Igualmente, se advierte en la jurisprudencia una ruptura de la regla general que nos ocupa cuando se trata de daños resultantes de la aplicación de productos o utilización de objetos por parte del médico.

Aunque todavía no muy arraigada en nuestro país, hay una tendencia jurisprudencial extranjera que sugiere la distinción entre los daños que resultan del acto médico en sí, es decir, de la prestación propiamente dicha a cargo del facultativo, y por otra parte los daños que derivan del carácter presuntamente defectuoso del material o de “un material”. En el primer caso es necesario probar la culpa del médico, porque se trata del ámbito de actuación afectado por una inevitable aleatoriedad. En el segundo supuesto, por el contrario, es legítimo imputar al médico una obligación de resultado: la defectuosidad del material es bastante para dar lugar a su responsabilidad, independientemente de si hubo prueba de su culpa.

Por ejemplo, un acto de transfusión de sangre hace responder del daño causado cuando la sangre transfundida está afectada por una contaminación; sería el caso de contaminación por el agente de la sífilis, o de la hepatitis, o del sida. Otro tanto podría decirse respecto del odontólogo, en el supuesto de defectos de la prótesis que aplica.

El Tribunal Supremo ha aplicado este criterio al condenar al médico en atención al resultado dimanante de su actuación, pero en función de un razonamiento de cierta objetividad como es el consistente en la presumible composición de un fármaco aplicado al paciente. La Sala sienta la premisa de que la no presunción de culpa contra el médico no puede interpretarse sin más como una rigurosa imposición de la carga probatoria al paciente. A partir de este principio, el Tribunal Supremo acude a un criterio de “flexibilidad” de las reglas sobre distribución de la carga de la prueba. Quizá quepa sostener que en esta sentencia se hizo uso del antes citado criterio de la “culpa virtual”, dado que lo que el Tribunal Supremo parece dar por descontado es que el daño sufrido por el paciente no pudo impu-

tarse (a la luz de argumentos científicos) a una causa distinta de la de composición del fármaco que había sido aplicado al enfermo.

Es admisible que en la hipótesis en que el facultativo desempeña su actividad con “instrumentos”, en el sentido más amplio de esta expresión, se concentra o reduce la gama de circunstancias que pueden conducir a un desenlace lesivo para el paciente. Extremo que a su vez podría constituir elemento que facilitase la valoración de la prueba hasta el punto de poder llegar, por exclusión, a la apreciación de culpa en el proceder del médico. Todo ello, desde luego, sobre la base de que quede descartada la concurrencia de cualquiera de las circunstancias que pueden hacer fracasar una actuación médica, por muy correcta e irreprochable que sea. Ahí estaría ese “juicio por exclusión” de que acabo de hablar.

e) Por fin, debe advertirse que en ocasiones la condena del médico viene dada no tanto por su impericia o negligencia profesionales, sino por la falta de una debida información al paciente sobre las consecuencias posibles de un determinado acto médico.

2. Hechas estas consideraciones, procede examinar los razonamientos expuestos por el Supremo para desestimar el recurso de Doña B.

No corresponde entrar aquí en el detalle del fracaso de los tres motivos que se articularon bajo el ordinal 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, ni del que alegaba infracción del artículo 1214 del Código civil, ni del que invocaba infracción del 1249 del mismo cuerpo legal. Se trata, desde luego, de interesantes extremos pero que creo impropios del destino de este comentario.

En cambio, sí reviste importancia “de fondo” el fundamento jurídico séptimo de la sentencia, en el que la Sala razona sobre la desestimación del motivo que invocaba infracción del artículo 24 de la Constitución española, en concreto el principio de presunción de inocencia.

Dice al respecto la sentencia:

*“El motivo cuarto invoca infracción del artículo 24 de la Constitución española puesto que, se dice, la sentencia recurrida vulnera el principio de presunción de inocencia al partir de un supuesto de culpabilidad médica basado en la inexistencia de un dato en la hoja de anestesia y estableciendo una serie de presunciones no ajustadas a Derecho ni a la sana crítica atentatorias del citado principio. Dice la sentencia de esta Sala de 2 de marzo de 1990 que “la presunción de inocencia reconocida en el artículo 24 de la Constitución española, se extiende a cualquier efecto jurídico desfavorable aun en el ámbito civil y administrativo en cuanto se trate de resoluciones judiciales basadas en hechos afirmados en el correspondien-*

*te procedimiento que no se reconozcan acreditados, puesto que la mencionada presunción es de índole juris tantum, que, como de tal índole, puede ser destruida por cualquier medio de prueba libremente valorado por el Juez o Tribunal que conoce de la cuestión, lo que conduce a que para que resulte admisible el recurso de casación por infracción de la presunción de inocencia ha de fundamentarse mediante la referencia a actos concretos que gocen de verosimilitud o que la aplicación de la decisión judicial se haya producido sin apoyo alguno y no al modo en que haya sido valorado”; en el caso de autos, la sentencia recurrida declara probados los hechos de que parte para establecer la responsabilidad de la recurrente, a través de un examen de los medios probatorios obrantes en los autos como se explicita en el fundamento cuarto, concretamente de las pruebas documental y testifical, así como de los informes periciales emitidos, todo lo cual es bastante a destruir la presunción juris tantum contenida en el citado artículo 24 de la Constitución, aparte de que, como tiene declarado esta Sala (sentencias de 20 de febrero de 1989, 25 de marzo de 1991 y 7 de enero de 1992), “el artículo 242 de la Constitución, establecedor de tal presunción, no es aplicable al caso de culpa extracontractual, habiendo de referirse en todo caso a normas represivas, punitivas o sancionadoras cuyo carácter no tienen los artículos 1902 y 1903 del Código civil, pues la indemnización que contemplan es de significación reparadora o de compensación, para conseguir que el patrimonio del lesionado quede, por efecto de la indemnización y a costa de los responsables del daño, en situación equivalente al que tenía antes de sufrirlo”. Todo lo cual hace improsperable el motivo examinado”.*

3. Por fin, es el fundamento jurídico octavo el que contempla el aspecto nuclear de este asunto, es decir, el que se refiere a la apreciación de la culpa del anestesista a la luz del artículo 1104 del Código civil, definidor de lo que constituye la negligencia y aplicable, según constante doctrina jurisprudencial, a la responsabilidad extracontractual.

En este punto, la sentencia razona así:

*“El motivo quinto alega infracción del artículo 1104 del Código civil y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Como se dice en el segundo fundamento de esta resolución, recogiendo la doctrina reiterada de esta Sala, en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba que rige para otras materias, por lo que a la relación material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico, reproche que en el presente caso tiene su fundamento en la falta de vigilancia y el no empleo de los medios adecuados, vulnerando la lex artis ad hoc. Declarado probado en autos que la intervención se realizó sin monitor para el control de la actividad eléctrica del corazón del paciente, lo que impidió a los médicos intervinientes advertir la parada cardíaca en el momento de producirse, sin que tal dato de hecho haya sido desvirtuado por este recurso, es correcta la calificación de negligente de la conducta de la anesthesióloga que hace la sentencia recurrida, ya que*



*entre sus deberes profesionales se incluye la de mantener las condiciones vitales del paciente en condiciones óptimas antes, durante y después de la intervención, así como la de su reanimación cuando se haya producido la situación crítica en que aquellas funciones se vean gravemente desequilibradas; el empleo de la monitorización de la actividad cardiaca del paciente hubiera permitido a la recurrente apreciar el fallo cardíaco en el momento de surgir el mismo y aplicar las técnicas adecuadas de reanimación con la prontitud necesaria para poder evitar la anoxia cerebral padecida por el paciente y las graves consecuencias de la misma; pues bien, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial citada, el médico no está obligado a obtener la curación del enfermo, sí lo está a usar todos aquellos que, según el estado de la ciencia, puedan conseguirla y ello con la diligencia debida. Declarado probado así mismo el retraso en el empleo del desfibrilador, sin que tal declaración haya quedado desvirtuada. Ello implica igualmente una conducta negligente de la recurrente ya que tratándose de una fibrilación presenciada “cuando el paciente está previamente monitorizado, o se consigue hacerlo en los primeros sesenta segundos de evolución si se detecta fibrilación ventricular, se procederá como primer paso a la desfibrilación eléctrica”, según el Plan Nacional para la difusión y enseñanza de la Resucitación cardiopulmonar (folios 714 y 715), sin que tal retraso en el uso del citado aparato quede justificado, como se pretende en el recurso, por la situación alejada del quirófano en que se realizaba la operación del desfibrilador, ya que la anestesista ha de tener a su disposición, para su aplicación en tiempo óptimo, todos los medios que, según las circunstancias de tiempo y lugar, permitan cumplir sus deberes profesionales con las mayores garantías de éxito aun cuando éste no llegue a conseguirse por circunstancias extrañas a su actuar profesional; en consecuencia, no se ha producido la infracción del artículo 1104 del Código civil que se denuncia en el motivo que, por ello, ha de ser desestimado, al igual que el sexto en que se acusa infracción del artículo 1105 del mismo cuerpo legal, pues en el mismo se hace supuesto de la cuestión al no respetarse los hechos probados; es evidente que la aplicación de la anestesia comporta riesgos y que los mismos pueden ser evitados adoptando las técnicas adecuadas, cuya simple existencia está basada en la realidad de tales riesgos y sobre su previsibilidad y evitabilidad, al igual que, como se pone de manifiesto en los informes periciales, obrantes a los folios 574 y siguientes y 699 y siguientes, la maniobra de colocar al paciente en la posición de decúbito supino desde la de decúbito prono en que se le mantuvo durante la intervención quirúrgica entraña riesgos que exigen la actuación directa del anesestiólogo que, en el caso, pudo advertir la parada cardiaca inmediatamente y adoptar las medidas necesarias en tiempo útil para evitar las consecuencias que necesariamente se derivarían de la anoxia cerebral causada por aquella parada cardiaca; al estar acreditado que fue ese repetido retardo en advertir la producción de la parada cardiaca, así como en el uso de los medios tendentes a evitarlas, la causa de las lesiones padecidas por el hijo de los actores, no se ha infringido el artículo 1105 del Código civil, por lo que no debe prosperar este motivo de casación”.*

La Sala, en consecuencia, aprecia la concurrencia de culpa en la anestesia demandada. De un lado, por no haberse cuidado de que el paciente estuviera debidamente monitorizado, a fin de apercebirse de una eventual parada de la actividad cardíaca. De otra parte, por no haber hecho uso del desfibrilador, extremo este en el que –sin embargo- el razonamiento de la Sala no parece del todo convincente por no haberse probado que la parada cardíaca fue producto de fibrilación ventricular. En este punto me remito a lo que más arriba he señalado en relación con un caso relativamente parecido al que nos ocupa.

Pero cabe preguntarse si además no jugó en el criterio del Supremo (aunque sin citarla expresamente) la doctrina de la “culpa virtual” a que antes me he referido, por cuanto que en su última parte la Sala pone de manifiesto que, siendo evidente que la aplicación de la anestesia comporta riesgos; y que los mismos pueden ser evitados adoptando las técnicas adecuadas, corresponde al natural proceder del anestesista -de acuerdo con las razonables exigencias de su especialidad- adoptar los medios para advertir la eventual parada cardíaca.

Es claro que nos encontramos en este caso ante uno que es particularmente revelador de la necesidad de adoptar mitigaciones o paliativos al principio jurisprudencial de que en materia de responsabilidad médica no cabe la presunción de culpa ni, por tanto, la inversión de la carga de la prueba. Dicho de otro modo, ante una circunstancia en la que resulta difícilmente admisible la teoría de que corresponde al paciente la demostración de que en el proceder del facultativo hubo negligencia.

Los detalles del caso hacen impensable la práctica de una prueba, a cargo del paciente, reveladora de que el facultativo incurrió en culpa en su actuación profesional. Sería tanto como hablar de una “prueba imposible” o, por utilizar expresión clásica, una “prueba diabólica”.

A partir de esta premisa, y abstracción hecha del significado que la Sala atribuye a la falta de monitorización (y mucho más del que otorga al no uso del desfibrilador, que no parece tan convincente), lo que sí mueve a reflexión -y en definitiva a aceptar el razonamiento del Supremo- es que al desgraciado desenlace (no precedido de ningún antecedente inquietante) ha de dársele una explicación que corresponde hacer al médico encausado.

No se trata tanto de una estricta inversión de la carga de la prueba (que el Tribunal Supremo descarta para los médicos), sino de algo que, aun parecido al anterior, es conceptualmente distinto. Me refiero a la circunstancia de que si en

el curso normal o natural de los acontecimientos en un acto quirúrgico no es razonable esperar un determinado resultado (dato que proporcionará el estado de la ciencia médica en cada momento), un razonamiento basado en lo que los hechos “dicen por sí mismos” (el *res ipsa loquitur* del Derecho anglosajón) no contradice las exigencias jurisprudenciales establecidas en este campo.

En suma, la sentencia es convincente a mi juicio y creo, por ello, justificada la atención que debe merecer.

# **Responsabilidad Civil y del Estado**

No. 4  
Abril de 1998

**Límites establecidos por la legislación Colombiana en algunos casos de indemnización.**

Gilberto Martínez Rave

**Responsabilidad por productos defectuosos en la Comunidad Económica Europea. Principios básicos para un estatuto del consumidor.**

Ricardo de Angel Yágüez

**Paralelo entre la Responsabilidad Civil y la Seguridad Social.**

Carlos Alberto Gherzi

**La Responsabilidad Civil por productos defectuosos y su aseguramiento.**

Javier Tamayo Jaramillo



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



# LIMITES ESTABLECIDOS POR LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA EN ALGUNOS CASOS DE INDEMNIZACIÓN

**Gilberto Martínez Rave<sup>1</sup>**

Se han venido promocionando y sustentando algunos proyectos de ley que pretenden introducir en Colombia mecanismos encaminados a limitar o reducir las indemnizaciones de los daños y perjuicios mediante la aplicación de topes, límites, tablas o baremos que fijan su valores con anticipación desconociendo disposiciones legales y criterios jurisprudenciales y doctrinarios que entre nosotros consagran la *indemnización integral* como criterio rector de la compensación que se aplica tanto en el derecho privado como en el derecho público, esto es los jueces penales, civiles, laborales, a los particulares como también los encargados de aplicar la Justicia Contencioso Administrativa, al Estado y a las entidades de derecho público.

Hemos tenido la oportunidad de conocer, de parte de algunos expositores extranjeros, las experiencias que se han tenido al respecto en otros países, siendo la más cercana en el tiempo, la de España al introducir y regular el seguro obligatorio de responsabilidad civil, relacionado con las consecuencias que puedan darse en los accidentes automovilísticos, que incluyen los perjuicios materiales y morales, que consagra tablas o mecanismos que limitan el monto de las indemnizaciones por los daños o perjuicios ocasionados en los accidentes de vehículos automotores terrestres.

La obligación de indemnizar los daños que se ocasionen a las personas o a su patrimonio, está consagrada y regulada en todos los estatutos civiles vigentes en el Universo. Y no de ahora, sino desde hace ya mucho tiempo, inclusive antes la ley Aquilia, existió la obligación de indemnizar, compensar, a quien se le cause un daño en el cuerpo o en sus bienes.

Lo que sí ha venido cambiando en los últimos años es el concepto culpabilista de la responsabilidad civil extracontractual que, con fundamento en el código

---

1 Miembro del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado

civil francés, seguido por la mayoría de las legislaciones de Europa y América, consagró la que hemos conocido como tesis tradicional y clásica de la responsabilidad civil extracontractual. Ya se admite pacíficamente, que la culpa, o elemento subjetivo de la responsabilidad, ha dejado de ser un elemento esencial y necesario de responsabilidad civil extracontractual o porque no se exige como sucede en la denominada responsabilidad sin culpa o porque se presume la mayoría de las veces. Esto es lo que hace que la posición de la víctima o perjudicado sea mucho más favorable en este momento que anteriormente cuando se le exigía la prueba de dicho elemento. Como consecuencia de las aspiraciones indemnizatorias de los perjudicados son satisfechas más fácilmente y por sumas que antes no se imponían, al aceptarse también que el quantum, el valor del daño no es, como anteriormente se disponía por los falladores, el que corresponde al momento en que se ocasionó el daño sino que se actualiza o indexa al momento del fallo, o del pago si fuere necesario adelantar un proceso ejecutivo para exigir el cumplimiento de la condena impuesta.

Fue en el campo laboral donde inicialmente comenzó la rebelión contra esa obligación de probar cuando en los riesgos laborales, esto es en los accidentes de trabajo y en las enfermedades profesionales, se liberó al trabajador perjudicado de probar la culpa o factor subjetivo, la culpa del patrono, para obtener el reconocimiento de su pretensión indemnizatoria. El auge del maquinismo que llevó el consecuente aumento de los accidentes de trabajo logró del derecho esta respuesta positiva. Más tarde sucede igual en la responsabilidad civil automovilística, al crearse mecanismos como el seguro obligatorio de automotores que autorizó a las víctimas de los accidentes de tránsito a obtener la indemnización de los perjuicios sin necesidad de probar la culpa del conductor. Posteriormente y ante el auge de los actos terroristas en diferentes países, tratando de proteger a las personas víctimas de ellos se implementaron mecanismos que liberan a las víctimas o perjudicados de la obligación de probar el elemento subjetivo o la culpa en el responsable para ser indemnizado. Estos beneficios, muy relevantes para la época en que se establecieron, imponían una contraprestación, cual era la limitación, tarificación o control en el monto de la indemnización o beneficios. Se conocieron por una parte de la doctrina con el calificativo de *indemnizaciones automáticas* y se aceptaron como un avance para superar la dificultad de probar el elemento subjetivo culpa que en su época se exigía para que prosperaran las reclamaciones indemnizatorias. En esta clase de indemnizaciones sólo se compensan los perjuicios materiales o patrimoniales que conforman el daño emergente,

que se concreta en el costo de las atenciones médico-asistenciales y hospitalarias y el lucro cesante que se concreta en la pérdida de un ingreso, renta o pensión. No se incluyen los perjuicios extramatrimoniales como indemnizables.

En Colombia en este momento, existen algunas indemnizaciones limitadas legalmente, esto es tarifadas con anticipación por la ley, que no exigen del perjudicado la prueba del factor subjetivo o culpa del responsable. El decreto 1295 de 1994, que reglamentó la ley 100 de 1993 que creó en Colombia un Sistema Integrado de Seguridad Social, regula los Riesgos Profesionales y consagra a favor de los trabajadores beneficios no solo médico-asistenciales sino económicos y pensionales a través de la que hemos denominado *responsabilidad laboral*, que corresponde atender al patrono que puede transferir a una ADMINISTRADORA DE RIESGOS PROFESIONALES (A.R.P) atendiendo a una cotización mensual que para estos efectos le impone la ley. La hemos considerado indemnización automática por el hecho de recibir, el trabajador cuando queda lesionado o sus herederos cuando aquel muere, beneficios económicos y asistenciales tarifados y sin necesidad de probar la culpa del patrono. El hecho de recibir los beneficios que consagra la responsabilidad laboral no les impide reclamar del patrono la responsabilidad civil ordinaria, común, a que tienen derecho, cuando acrediten el factor subjetivo o culpa de aquel en el accidente de trabajo o en la enfermedad profesional. Esa que hemos denominado *responsabilidad ordinaria o civil en el contrato de trabajo* la consagra expresamente el art. 216 del Código Laboral Colombiano y es diferente a la laboral porque no existe límite en el monto de la indemnización e incluye los perjuicios morales y fisiológicos que no incluye aquella.

Igual sucede en los accidentes de tránsito. Mediante diferentes disposiciones, entre ellas la ley 33 de 1986, el decreto 1032 de 1991, el decreto 663 de 1993, la ley 100 de 1993, el decreto 1298 de 1994 y decreto 1813 del mismo año, se creó y reguló el que se ha conocido como Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, SOAT, mediante el cual, sin necesidad de probar la culpa o factor subjetivo del conductor, las personas que, como pasajeros o peatones, resulten víctimas o perjudicadas en un accidente protagonizado por vehículos automotores terrestres, reciben beneficios médico-asistenciales y económicos de parte de la aseguradora que expide la póliza correspondiente. Como contraprestación a la no necesidad de demostrar el elemento subjetivo culpa, se limitan o tasan con anticipación, el monto de los riesgos cubiertos. Si es en servicios asistenciales, médico quirúrgico, hospitalario, se reconocen hasta 500 salarios mínimos legales diarios (en casos excepcionalmente graves, hasta 800); si se trata de incapacidad permanente



recibe hasta 180 salarios mínimos legales diarios. Si se ocasiona la muerte a una persona sus herederos reciben 600 salarios mínimos legales diarios que se distribuyen el cincuenta por ciento para la cónyuge o compañera y el otro cincuenta en proporción al número de hijos. Si se han atendido gastos de inhumación o funerarios se reconocen hasta 150 salarios mínimos legales diarios. Por último si se ha hecho necesario trasladar a la víctima o perjudicado del lugar de los hechos a un centro asistencial se reconocen por gastos de transporte hasta diez salarios mínimos legales diarios. Las sumas superiores a esos topes deberá asumirlas el causante del daño. Pero, al igual que en los riesgos profesionales del área laboral, en la responsabilidad automovilística el hecho de recibir esos beneficios de parte de la aseguradora que expidió la póliza del SOAT, no impide a las víctimas o perjudicados intentar las acciones judiciales, penales, civiles, contravencionales, a las que crean tener derecho en relación con el conductor, el propietario o la empresa a la cual se encuentra afiliado el automotor. En caso de prosperar esta reclamación indemnizatoria deberá descontarse de ella lo pagado por la aseguradora por riesgos indemnizatorios como lo son los asistenciales, los funerarios y los de transporte pero no lo pagado por los riesgos no indemnizatorios como son los de muerte y de incapacidad permanente que son personales.

En los casos de víctimas de actos terroristas, la ley 104 de Diciembre 30 de 1993, que se extendió a las víctimas de ataques guerrilleros y de combates o de masacres por la ley 241 de diciembre 26 de 1995, consagró ayudas médico asistenciales y económicas, para vivienda, educación, como respuesta al aumento manifiesto de esa clase de actos que involucraban a gran parte de la población civil que se encontraba desprotegida ante las consecuencias de las acciones violentas y terroristas de los grupos alzados en armas. En esta clase de reclamaciones no es necesario acreditar ningún factor subjetivo por parte de los autores del daño para que se obtengan los beneficios, motivo por el cual están tarifados, limitados por las mismas normas que los crearon. Así se establece en el título II, arts. 18 a 47 de la ley 104, que fueron prorrogados en su vigencia por el art. 1º de la ley 241 de Diciembre 26 de 1995. Pero el haber recibido esos beneficios no impide que se pueda reclamar el monto total de la indemnización a través de las acciones ordinarias. El artículo 47 de la citada ley autoriza que en caso de que la Nación o alguna entidad pública sea condenada al pago de la indemnización total de perjuicios podrán descontarse las sumas que correspondan a los beneficios que se han recibido con fundamento en las leyes 104 de 1993 y 241 de 1995 al haber sido cubiertos por el Fondo de Solidaridad y Garantía.

Obsérvese que en las indemnizaciones automáticas, siempre queda abierta la posibilidad de iniciar las acciones encaminadas a obtener la indemnización completa integral, que compense la totalidad de los perjuicios sufridos. No se agota la posibilidad indemnizatoria de los perjudicados o víctimas con los beneficios limitados o tarifados con anticipación por la ley. Si el perjudicado considera que el monto de la indemnización a que tiene derecho es mayor, puede intentar las acciones judiciales que crea tener a su favor siempre y cuando satisfaga las exigencias procesales de toda la responsabilidad civil extracontractual, incluyendo en algunos casos la obligación de acreditar el elemento subjetivo de la culpa a no ser que la ley la presuma en el caso concreto o que se trate de una presunción de responsabilidad, si quiere triunfar en sus pretensiones indemnizatorias.

Mientras en las acciones ordinarias, plenas, prima el criterio de la *indemnización integral* para el resarcimiento total de los perjuicios no creemos posible establecer o utilizar topes, tablas o tarifas que limiten anticipadamente el valor de la indemnización y que con ello se agote la posibilidad jurídica de reclamar, pues los montos anticipados no corresponden siempre a la gravedad e intensidad de los realmente ocasionados.

No se puede limitar el monto de la indemnización de los perjuicios patrimoniales, esto es los que afectan las cosas, los bienes, el patrimonio económico, al igual que los que lesionan el aspecto pecuniario de la persona cuando se trata de daños corporales acreditados objetiva y suficientemente. Si alguien tuvo que pagar y reconocer sumas de dinero para atender a las consecuencias de daños en sus cosas o bienes no es posible jurídicamente reconocerle solo una parte de los perjuicios que es lo que sucede cuando están tarifados. Igual sucede cuando se trata de perjuicios patrimoniales resultantes del daño corporal ocasionado a una persona cuando se atenta contra su vida o su integridad física o síquica y cuyas consecuencias disminuyan, perturben o pongan fin a su capacidad laboral. En estos casos, demostrado el daño emergente y el lucro cesante resultantes de la muerte o de las lesiones, no es viable jurídicamente limitar su indemnización o ponerle un tope, pues esto desconocería el criterio rector universalmente reconocido de la *indemnización integral*, total, completa, de los daños y perjuicios, que han sido adoptado por la legislación, la jurisprudencia y la doctrina nacionales y extranjeras.

Pero la situación es completamente distinta, cuando se relaciona con la indemnización de los daños o perjuicios extramatrimoniales, es decir aquellos que no tienen un contenido patrimonial o económico, que hace difícil su evaluación

e inaplicable el concepto de la indemnización integral por cuanto sus especiales características, al afectarse intereses no cuantificables económicamente dificultan su tasación objetiva. Nos referimos a aquellos perjuicios que, cuando se trata de daños corporales, personales, no afectan el aspecto pecuniario económico, ni la capacidad laboral, sino intereses diferentes, como sucede con los *daños estéticos* que alteran la armonía corporal o afean a la persona, los daños morales que afectan su *integridad emocional*, o con el *pretium doloris*, o *precio del dolor ya sea físico o síquico* que alteran o perturban la salud o la tranquilidad de la persona, o al que atenta contra la *integridad funcional o fisiológica* del lesionado, etc. Igual cuando se trata de daños no corporales, es decir los que no afectan a la persona, pero sí intereses o derechos subjetivos protegidos constitucionalmente como la imagen, el buen nombre, la honra, la libertad de expresión, religiosa, artísticas, científica, etc.

La dificultad de valorar o tasar los perjuicios extramatrimoniales en cada una de sus diferentes manifestaciones, ha impuesto a los estudiosos del derecho la necesidad de buscar mecanismos que permitan su tasación o evaluación. Varias fórmulas se han manejado, entre ellas el método de cálculo por puntos, el método del multiplicador, el método matemático y el método en concreto, pero se ha tenido que aceptar como última y efectiva solución el *arbitrio judicial*, esto es otorgar al funcionario la capacidad de tasar, en cada caso concreto el monto de esos perjuicios, no en forma arbitraria sino con fundamento en elementos objetivos que permitan su tasación equitativa.

Y en este punto donde se ha hecho necesario encontrar solución a la problemática de establecer el monto o quantum que se debe reconocer por los perjuicios extramatrimoniales, aquellos que afectan a la persona humana en su vida y en su integridad corporal ya sea física o síquica, incluyendo, si es necesario y posible, un valor a la vida y a la integridad corporal cuando se desconozcan o se atente contra estos derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.

Nos hemos acostumbrado a valorar el perjuicio o daño a la persona sólo cuando tiene una manifestación patrimonial o económica. Esto es que el hombre vale, para esos efectos, por lo que produce, no por lo que es. La indemnización se reconoce porque se ha lesionado, perturbado o suprimido a la persona como máquina humana, como su capacidad de generar riqueza y no por su categoría de ser humano, de persona.

Las dificultades para la evaluación de los perjuicios extramatrimoniales han llevado a muchos a negar su condición de indemnizables. De allí que en algunos países se tengan como no indemnizables y en otros se establezcan y defiendan mecanismos legislativos o jurisprudenciales que sólo permiten indemnizar los perjuicios patrimoniales, económicos, es decir aquellos que afectan las cosas, los bienes o a la persona humana como máquina productiva y que se concretan en el daño emergente y en el lucro cesante.

En Colombia se indemnizan los daños patrimoniales, los que afectan no sólo a las cosas, bienes o patrimonio sino también los corporales cuando lesionan económica o productivamente a las personas, y apenas se inicia la indemnización de sólo una parte de los personales no pecuniarios, esto es sin consecuencias económicas. Se evalúan el daño emergente y el lucro cesante con fundamento en el impacto que el perjuicio tiene en la capacidad laboral o productiva de la persona pero no todo lesionamiento a la integridad física, síquica, funcional, emocional, del hombre como ser humano. Para nosotros los colombianos, al igual que para la mayoría de los habitantes de los países de América, la persona vale mientras produzca, mientras cumpla su cometido de máquina productora de riqueza. Es por eso que cuando muere o se incapacita un improductivo, un menor, una ama de casa, un anciano, etc.; no se indemnizan por lo general sus daños corporales por cuanto no está produciendo y se considera que no generan lucro cesante ni para él cuando se incapacita o invalida ni para sus parientes cuando muere, a pesar de que se encuentre en una etapa previa, como el estudiante, o preparándose para su productividad.

En Europa, donde hace ya varios años se indemnizan los diferentes perjuicios extramatrimoniales con fundamento en el arbitrio judicial, se han dado condenas con montos indemnizatorios que algunos consideran exagerados y que gráficamente los han descrito como “lotería judicial”. Es por ello que se ha planteado la necesidad de establecer unos límites, topes, baremos que ellos llaman, para corregir o evitar el desborde, el exceso, de los funcionarios judiciales en la fijación de los montos indemnizatorios.

Es conocida en España la ley mediante la cual se consagran unos baremos, topes, o límites indemnizatorios, para la responsabilidad civil resultante de los accidentes automovilísticos, a través del seguro obligatorio de responsabilidad civil. En ella se analizan los diferentes elementos que deberán tenerse en cuenta para determinar el monto indemnizatorio que corresponde atender a la compañía aseguradora.

Se ha pretendido, igualmente, tasar o limitar las indemnizaciones en casos diferentes a los accidentes automovilísticos y esa tendencia se ha querido implantar en Colombia donde gracias a las presiones de sectores interesados en limitar el monto de las indemnizaciones se ha presentado un proyecto de ley al Congreso Colombiano, para que consagre una figura igual al seguro obligatorio de responsabilidad civil español e inclusive se pretende extenderlo a los daños a las personas ocasionados en eventos distintos a los automovilísticos. En España en este momento, se debate sobre la constitucionalidad de ese seguro obligatorio con baremos y la imposibilidad de aplicarlo a otras actividades distintas a la del transporte.

Hemos conocido el proyecto de ley radicado en el Congreso Nacional de Colombia con el número 234 de 1997, en el cual se dedica el título primero, a la EFICIENCIA DE LA JUSTICIA, y en su art. 15 dispone: "Art.15. VALORACION DE DAÑOS A LAS PERSONAS. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados directamente a las personas se efectuará con sujeción al MANUAL DE VALORACION DE DAÑOS que para tal efecto expida el Gobierno Nacional, atendiendo al principio de reparación integral y a criterios técnicos actuariales y de equidad".

El proyecto trae una manifiesta contradicción por cuanto no es posible aplicar el principio de *reparación integral* cuando se utilizan baremos o tablas que la limitan. La indemnización o reparación integral, total, como también se le llama, exige una compensación real, cierta, completa de los perjuicios sufridos que deberá tener en cuenta su intensidad, extensión y valor real.

Es desafortunada la redacción del proyecto porque parece dar a entender que se refiere a la tasación o evaluación de los perjuicios o daños patrimoniales, que como ya explicamos no admiten topes o limitaciones. Sería muy importante y defendable si se refiriera a los extramatrimoniales a los cuales sí son aplicables la tasación en equidad, los baremos, tarifas o topes por su dificultad evaluativa.

Es por eso que hemos querido referirnos a la reforma que se intenta para que en desarrollo de ese artículo del proyecto de ley 234 de 1997, se logre consagrar legislativamente la indemnización de los daños extramatrimoniales y se les fije un límite o tope. Pero no podrán aplicarse a los patrimoniales o económicos que no pueden tener más límites que sus reales consecuencias, ya se relacionen con daños en las cosas o bienes o con los aspectos pecuniarios o económicos del perjuicio corporal o personal que generalmente conforman el daño emergente y

el lucro cesante. El proyecto se refiere simplemente a “*los daños irrogados directamente a las personas*” sin ninguna aclaración, a lo que permitiría entender que se refiere a los que hemos estado acostumbrados a indemnizar, esto es a los de carácter patrimonial, económico o pecuniario, lo que sería absurdo. Lo entenderíamos y apoyaríamos si lo que pretende es fijar pautas o límites a los jueces cuando hagan uso del arbitrio judicial para tasar o fijar los perjuicios extramatrimoniales que no están sometidos al criterio de la indemnización integral.

También es oportuno comentar que el decreto 91 de 1998 consagra unos Seguros Obligatorios por responsabilidad civil contractual (a favor de los pasajeros) y extracontractual (en relación con los peatones) para los transportadores de personas antes de recibir la habilitación o autorización para la prestación de esos servicios. Igualmente a los transportadores de carga les exige seguros obligatorios de responsabilidad civil contractual (en beneficio de los dueños de la carga) y de responsabilidad civil extracontractual en beneficio de terceros o peatones, para obtener su habilitación o autorización para prestar el servicio. Pero estos seguros tienen una gran diferencia con los españoles y es que no impiden solicitar el pago de la indemnización integral o completa de los perjuicios sufridos.

Colombia se ha matriculado en el grupo de países que aceptan la clasificación tradicional de los daños y perjuicios indemnizables, en sus manifestaciones de *materiales y morales*, cuando en los arts. 1603 y 1604 del C. Civil, divide los materiales en daño emergente y el lucro cesante y en el art. 103 del Código Penal menciona como indemnizables los perjuicios materiales y morales ocasionados en el delito.

Esa clasificación tradicional de *materiales y morales* es demasiado estrecha y por eso recomendamos interpretarla adecuadamente dándole los alcances de *patrimoniales y extramatrimoniales* que se utilizan en otros países. La dificultad de incluir todos los daños o perjuicios indemnizables en la primera clasificación, esto es en materiales y morales, es lo que ha permitido que un sector de la doctrina y la jurisprudencia colombianas sigan sosteniendo que los perjuicios extramatrimoniales que no encajan en la definición de morales, no son indemnizables. Para nosotros, como la ley no ha definido lo que considera como perjuicios morales es claro que, aunque técnicamente no encajen todos los extrapatrimoniales en el concepto de morales, porque se han entendido que estos son los que afectan únicamente la integridad emocional de la persona, sí deben indemnizarse. Pero ¿cómo se indemnizarían si en Colombia sólo son indemnizables los materiales, en sus manifestaciones de daño emergente y de lucro cesante y los morales, que co-

responden al lesionamiento emocional de las personas? La respuesta es sencilla. Debemos entender por perjuicios *materiales* los que en otros países y legislaciones se conocen como *patrimoniales*, esto es los que afectan el aspecto económico, patrimonial de la persona y como *morales* los que se conocen en otros derechos como *extrapatrimoniales*. Si aceptamos esa solución podemos resolver los conflictos que se dan con perjuicios extramatrimoniales diferentes a los morales, por cuanto en estos quedarían incluidos no solo los que afectan la integridad emocional de la persona, sino todos los demás corporales extrapatrimoniales, como el *pretium dolores*, esto es la indemnización de los dolores físicos o síquicos, los estéticos o de afeamiento de la persona que atentan contra su apariencia física, los que atentan contra la integridad *fisiológica o funcional* o el placer de la vida, de los *morales de rebote*, esto es los que afectan emocionalmente a otras personas con los daños corporales ocasionados a sus parientes próximos, etc. Además incluiríamos en los morales otros perjuicios extrapatrimoniales diferentes a los corporales como aquellos que afectan o lesionan intereses o derechos consagrados constitucionalmente pero diferentes a la vida y la integridad, como la libertad de movimiento, la libertad de expresión, la intimidad en la correspondencia, en las conversaciones telefónicas, la libertad de cultos o religiones, la libertad de pensamiento, de filosofías o creencias políticas, la honra, el honor, el buen nombre, la imagen de las personas, la libertad de asociación, la intimidad, la dignidad humana y en fin los daños que se ocasionan por el desconocimiento o atentados contra los derechos subjetivos que ampliamente protege la carta política de 1991.

Admitimos que para ello no existen parámetros objetivos que permitan una tasación fácil y por qué no se puede, en esos casos, aplicar el concepto de indemnización integral que rige en nuestro derecho. La solución es aceptar el *arbitrio judicial*, para permitir que en cada caso concreto y teniendo en cuenta el interés o derecho subjetivo violentado, las circunstancias en que se dio su desconocimiento y sus consecuencias inmediatas o hacia el futuro, el juez fije un valor proporcionado a la intensidad y extensión del daño. Y para evitar lo que está sucediendo en otros países, como los europeos, consideramos necesario establecer un tope o límite legal para que los falladores no se extralimiten, es decir aceptar para ellos los baremos, tablas o topes anticipadamente fijados por la ley.

Los límites o topes no son nuevos en Colombia pues se ha establecido en el Código Penal de 1981 un mecanismo que corresponde a esa inquietud. El art. 106 de dicho estatuto consagra la indemnización y la forma para la evaluación de los perjuicios morales; el arbitrio judicial pero con un tope o límite equivalente en

moneda nacional a mil gramos de oro por perjudicado. Reza así la norma comentada: “*indemnización por daño moral no valorable pecuniariamente*”. Si el daño moral ocasionado por el hecho punible no fuere susceptible de valoración pecuniaria, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido o perjudicado hasta el equivalente, en moneda nacional, de un mil gramos oro. Esta tasación se hará teniendo en cuenta las modalidades de la infracción, las condiciones de la persona ofendida, la naturaleza y consecuencias del agravio sufrido”.

Esta norma, que es la única en el campo normativo colombiano que se refiere a la manera de hacer la tasación de los perjuicios morales, consideramos debe ser aplicada por analogía en los demás procedimientos y en la evaluación de los demás perjuicios extrapatrimoniales, tal como lo ha venido haciendo el Consejo de Estado.

La misma fija al funcionario pautas, parámetros o elementos objetivos que deberá tener en cuenta para definir cuando el monto indemnizatorio es equivalente a uno, a cien, a doscientos, a quinientos o a mil gramos de oro. No es una determinación arbitraria, subjetiva, sino que ella, no sólo tiene que ser debidamente motivada sino además tener en cuenta algunos elementos objetivos que deben aparecer o que pueden establecerse objetivamente en el proceso.

Mientras para el Consejo de Estado Colombiano esa norma del Código Penal es aplicable al procedimiento Contencioso Administrativo para tasar los perjuicios morales que se reclaman a las entidades de derecho público, al tenor de lo dispuesto por el art. 8º de la ley 157 de 1887 que establece “*cuando no haya una ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho*”. Para la Corte Suprema de Justicia, en sus salas de casación civil y laboral, no es aplicable por ser una norma reguladora del proceso penal que no puede aplicarse a otra clase de hechos diferentes a los delictuales. Sostienen que esos perjuicios deben regularse por el arbitrio judicial en sumas que la mayoría de jueces y magistrados aplican automáticamente sin tener en cuenta las circunstancias específicas de cada caso y sin analizar el impacto de la inflación que golpea la economía colombiana y modifica el valor relativo de dichas sumas.

Consideramos que los perjuicios extrapatrimoniales, en sus diferentes manifestaciones como ya lo explicamos, deben ser indemnizados en Colombia, tasa-



dos o evaluados bajo el concepto de perjuicios morales y con aplicación del art. 106 del Código Penal.

En este sentido, el Consejo de Estado que en Colombia aparece más avanzado en el tema indemnizatorio, ha aplicado ese concepto amplio del perjuicio y ha incluido, para los efectos indemnizatorios, lo que entre nosotros se ha venido calificando como perjuicios funcionales o fisiológicos, que diferencia claramente el perjuicio moral, y ha aplicado el gramo de oro como mecanismo de evaluación. En sentencia de Septiembre 25 de 1997, expediente 10.421 de Edelmira Cano contra el Municipio de Medellín, con ponencia del Dr. Ricardo Hoyos Duque, si fijó, a favor de un menor que quedó inválido y perdió sus órganos genitales en un accidente, el equivalente en pesos colombianos a dos mil gramos de oro por perjuicios fisiológicos e independientemente tasó los perjuicios morales en mil gramos de oro para el mismo perjudicado y en 500 gramos de oro la indemnización de los perjuicios morales de rebote reclamados por la madre del menor perjudicado.

El mecanismo de los gramos de oro que consagra el Código Penal y que acepta el Consejo de Estado para las condenas en contra de las entidades de derecho público, permite mantener actualizado el valor de las sentencias condenatorias pues si se fija su valor en pesos o se convierte en pesos colombianos antes del pago, se presenta una pérdida de su valor adquisitivo por cuanto el dinero, con el paso del tiempo, pierde capacidad de adquisición en países con una inflación de dos o mas dígitos, como en Colombia.

Es por eso que consideramos que ese mecanismo de actualización a través del gramo de oro, utilizado en el Código de Comercio (arts.1835, 1981, 1989) y en el Código Penal (art.106) debe seguirse aplicando en la tasación o fijación de los perjuicios extrapatrimoniales (que en Colombia se entienden indemnizables bajo el concepto de morales) que independientemente a los materiales se presenten en cada caso, sin importar el procedimiento o área del derecho en que se ordene su indemnización, sea penal, civil, laboral, contencioso administrativo, etc.

Es aceptable y por lo tanto debe mantenerse y extenderse a los otros procedimientos, el mecanismo de los gramos de oro que consagra el art. 106 del C. Penal tal como lo han venido haciendo el Consejo de Estado y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, respetando los parámetros o pautas que la misma norma consagra y entendiendo que el concepto de daño moral que allí

se indica incluye todos los daños o perjuicios extrapatrimoniales que se puedan ocasionar.

Pero, además, es necesario buscar mecanismos apropiados o aplicar analógicamente algunas disposiciones vigentes para superar las injusticias que se dan cuando, siguiendo la tesis de las Salas de Casación Civil y Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se ha considerado que la invalidez de un improductivo no origina daño patrimonial indemnizable para él que cuando muere no deben ser indemnizados sus parientes próximos.

Es lo que sucede cuando quien se invalida o muere es una *ama de casa*. En Colombia no genera lucro cesante para sus parientes próximos. En cambio se han presentado en el derecho europeo, dos fórmulas diferentes para tasar su indemnización: a) *La de la sustitución o reemplazo*, esto es la de reconocer como perjuicios patrimoniales cuando muere una ama de casa, lo que habría que pagar a una o varias personas que la reemplacen en las diferentes actividades que cumplía. O en último caso, fijar el ingreso para efectos indemnizatorios en el valor del salario mínimo legal vigente al momento del daño, proyectándolo durante todo el tiempo de su supervivencia. b) *La de la oportunidad*, que consiste en reconocerle como ingresos, para efectos indemnizatorios, el valor de lo que como profesional, experta, o dedicada a la labor para la cual se había preparado, estaría devengando y que dejó para dedicarse a las labores de su hogar. Hoy es muy común en nuestro medio que mujeres profesionales de todas las actividades, tecnólogas, expertas y muy bien preparadas, abandonen sus cargos o actividades profesionales, para dedicarse a atender las necesidades de su hogar, de su esposo y de sus hijos, conscientes que el calor de la madre en los primeros años de la vida es indispensable para una buena formación. Sus ingresos se liquidarían con fundamento en lo que devengaría en la actividad para la cual se preparó y que abandonó para dedicarse a atender sus obligaciones hogareñas. Esta fórmula ha encontrado resistencia en quienes propugnan por la desigualdad que podría darse a favor de quienes tuvieron oportunidad de prepararse y en contra de aquellas que no la tuvieron. Es por eso que la fórmula más aceptada es la de utilizar el salario mínimo legal vigente para cada país como ingreso del ama de casa y aplicarlo a su supervivencia.

En relación con el *menor de edad* que cuando se invalida o incapacita como consecuencia de un hecho dañoso en Colombia no se le reconoce ninguna indemnización por lucro cesante con fundamento en su improductividad en el momento de ser lesionado, en otros países y el Consejo de Estado lo ha venido aceptando últimamente en Colombia, se liquida ese perjuicio del lucro cesante teniendo en

cuenta el salario mínimo legal vigente y su capacidad productiva a partir de la mayoría de edad y hasta su supervivencia.

Cuando el menor de edad muere, por ser improductivo, la Corte Suprema de Justicia ha estimado que no genera lucro cesante para sus padres o herederos próximos. Consideramos injusta esa posición por cuanto si los padres han hecho esfuerzos económicos para prepararlo para su productividad, dándole estudios, formación universitaria, técnica, etc., debería buscarse una fórmula más equitativa, como por ejemplo liquidar, con fundamento en el salario mínimo legal vigente, una indemnización que se liquidará con la productividad, a partir de los 18 años hasta los treinta, edad para la cual se calcula formará su propio hogar y dejará de atender económicamente a sus padres.

Pero además en Colombia quedan sin indemnizar, daños y perjuicios tan graves como la supresión de la vida, esto es la muerte y la invalidez o la incapacidad permanente de personas improductivas. Consecuentes con el equivocado enfoque de la persona humana al valorarla con una máquina productiva de riqueza se ha aceptado en nuestro medio que en esos casos no se reconoce indemnización patrimonial diferente a la de los gastos efectuados y los perjuicios emocionales. En síntesis si la persona no produce, no tiene ningún valor desde el punto de vista indemnizatorios.

A nivel internacional y en Colombia en determinados casos, se han venido aplicando procedimientos mediante los cuales se establece un valor, arbitrario e insuficiente dicen algunos, a la vida y a la integridad de las personas para que les sea reconocido como compensación por la vulneración o desconocimiento de tan importantes derechos. Para algunos es antiético, amoral, recibir beneficios económicos por la pérdida de tan invaluable derechos, ya sea personalmente por la víctima, como cuando se trata de incapacidad permanente o invalidez o sus parientes próximos cuando se trata de perjudicados con la muerte de una persona. Para nosotros es más antiético y amoral que se violenten derechos fundamentales, tan apreciados por el hombre como la vida y la integridad personal y no se compense o indemnice, aunque sea parcialmente, a quienes sufren el daño o las consecuencias del mismo.

La solución ha empezado a funcionar a través de algunos seguros obligatorios, que creemos pueden aplicarse analógicamente a todos los casos indemnizatorios en los cuales una persona pierde su vida o se le lesiona o vulnera su integridad personal, por ser derechos constitucionalmente reconocidos.

Detallemos cómo se ha venido valorando la vida y la integridad personal en Colombia para determinados y específicos asuntos:

PRIMERO: El Seguro Obligatorio de Automotores o Accidentes de Tránsito. SOAT, de acuerdo con los decretos 1032 de 1991 y 663 de 1993.

a) En caso de *muerte* de un pasajero o un peatón víctima de un accidente automovilístico se reconoce a sus herederos, esposa o compañera permanente y sus hijos, un equivalente en pesos colombianos de 600 salarios mínimos legales diarios, vigentes en la fecha del accidente. Esta suma se reconoce por toda persona que pierda la vida sin otras consideraciones y sin importar el número de ellas que resulten afectadas en cada accidente. Para la fecha de este comentario los 600 salarios mínimos legales diarios tienen un valor de \$4.080.000. Este beneficio lo reciben los parientes cercanos sin importar si quien murió, estaba trabajando o no, estaba en condiciones de producir o tenía alguna limitación o defecto físico o síquico que le impidiera trabajar, si era hombre o mujer, niño, joven o anciano, si tenía patrimonio o no, etc. Se es acreedor a ese beneficio por la pérdida de la vida del causante o pariente próximo.

b). En caso de *incapacidad permanente*, que puede llegar hasta la invalidez, que sufra la persona que como pasajero o peatón resulte lesionada en un accidente de tránsito, recibirá como indemnización, por una sola vez, una suma equivalente a 180 salarios mínimos legales diarios vigentes para la fecha del accidente y en proporción al daño sufrido, aplicando los mecanismos que el código laboral contempla para evaluar la pérdida de la capacidad laboral en los trabajadores. Para la época de este comentario el valor de esos 180 salarios mínimos es de \$1.218.000.

SEGUNDO: Ante las manifestaciones, todos los días más notorias de la violencia en nuestro medio. El Gobierno se ha visto obligado a implementar mecanismos de compensación a favor de los colombianos que son víctimas de actos terroristas o violentos. Fue así como se expidió la ley 104 de 1993, que en su Título II, arts. 18 a 47, consagró beneficios económicos para las personas que resultaran víctimas de actos terroristas cometidos con bombas o artefactos explosivos o por tomas guerrilleras, entre ellos una pensión mínima que no puede ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, cuando sufran una disminución de su capacidad física (no se refiere a la laboral) superior al 66%, que el art. 15 de la ley 241 de 1995, redujo al 50%. Este es un beneficio que se consagra a favor de las personas que sufran atentados contra su integridad personal.

TERCERO: Al expedirse la ley 100 de 1993, que transformó radicalmente la Seguridad Social en el país, se expidieron varios decretos reglamentarios, y si en verdad en varios de ellos se reguló la situación de los trabajadores, es decir de los colombianos como máquinas productivas, como el 1295 que reguló los riesgos profesionales, en otros se consagraron beneficios asistenciales y clínicos a favor de todos los colombianos, sin importar si son o no productivos, si están trabajando o no, entre ellos el decreto 1813 del mes de agosto de 1994, que protege a todos los colombianos víctimas de actos terroristas y catastróficos y de accidentes de tránsito no cubiertos con el SOAT, y consagra para ellos los siguientes beneficios:

Por muerte de una persona, sin importar si era o no productivo, el equivalente a 600 salarios mínimos legales diarios vigentes en la fecha del daño, y que hoy equivalen a la suma de \$4.060.000 que se entregarán a sus herederos próximos, esto es cónyuge o compañera permanente, e hijos.

Por incapacidad permanente, que puede llegar hasta la invalidez, una suma equivalente a 180 salarios mínimos legales diarios, vigentes a la fecha del daño y que hoy equivalen a \$1.218.000 en proporción a las tablas de invalidez fijadas cuando ella no sea total.

CUARTO; En desarrollo de la ley 104 de 1993 y la 241 de 1995 la Red de Solidaridad Social tomó la póliza de accidentes personales No.2008401 con las aseguradoras Nacional de Seguros y Central de Seguros para cubrir los riesgos de actos terroristas con bombas y artefactos explosivos, o de ataques guerrilleros y combates que afecten la población civil, por las siguientes sumas:

Muerte \$10.000.000

Inhabilitación permanente \$10.000.000

Inhabilitación parcial, en proporción al perjuicio que puede ir de un 10% al 100% de la suma anterior

QUINTO: Ante el aumento de los perjuicios que sufren las personas que circulan en los vehículos de servicio público o particulares cuando son víctimas de actos terroristas, de caídas de puentes, de derrumbes, en vías en las cuales se paga peaje nacional, el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Transportes, Instituto Nacional de Vías, contrató con la PREVISORA S.A., compañía de seguros, la póliza número 158159 mediante la cual se ampara a las personas naturales que, como ocupantes de los vehículos automotores, transiten por las carreteras nacio-

nales de Colombia, que sean víctimas de actos de grupos subversivos o terroristas o de derrumbes, caída de piedras y rocas, avalanchas, aluvi3n, da1o s3bito de carreteras, de t3neles, de puentes, o por ca3da de estos 3ltimos.

Por muerte reconoce \$5.000.000 y por incapacidad total y permanente tambi3n \$5.000.000. Estas sumas se entregan por la p3rdida de la vida o por la incapacidad permanente, sin ninguna otra consideraci3n, esto es si era productiva o no, si era ni1o, anciano, adulto, hombre o mujer. Simplemente por perder la vida o sufrir un atentado contra la integridad personal.

SEXTO: El Decreto 91 de 1998 exige la vigencia de seguros obligatorios de responsabilidad civil contractual (pasajeros) y extracontractual (peatones o terceros) a los transportadores de pasajeros que soliciten habilitaci3n o autorizaci3n para prestar el servicio, que debe tener un valor no inferior a los 60 salarios m3nimos legales mensuales vigentes por persona (para la fecha de este comentario \$12.180.000).

Lo anterior nos permite concluir que en Colombia se le han reconocido diferentes valores a la vida y a la integridad personal cuando se atenta contra uno de esos dos fundamental3simos derechos, Como se deduce de los valores anteriormente citados, no hay una cifra 3nica y definida para reconocer como precio por la vida. En el seguro obligatorio SOAT y en la ley 100 de 1994, se reconoce el equivalente a 600 salarios legales m3nimos diarios por muerte (esto es \$4.060.000) y 180 salarios m3nimos legales diarios por atentados contra la integridad personal (esto es \$1.218.000). En la p3liza por atentados terroristas se reconocen \$10.000.000 por vida y \$10.000.000 por la incapacidad permanente o invalidez. En la p3liza de accidentes en veh3culos automotores que circulan por las carreteras colombianas en las que se cobra peaje se reconocen \$5.000.000 por vida y \$5.000.000 por la incapacidad permanente o invalidez. En las p3lizas por responsabilidad civil contractual y extracontractual que se exige a los Transportadores, el decreto 91 de 1998 establece 60 salarios m3nimos legales mensuales vigentes, esto es \$12.229.560 por muerte y por incapacidad permanente.

Nos inclinari3mos, obviamente por las cifras m3s favorables a las v3ctimas, esto es \$12.229.560 por muerte y \$12.229.560 por incapacidad permanente o invalidez que se consagran en la p3liza que protege a los pasajeros v3ctimas de incumplimiento del contrato de transporte.

Que impide extender o aplicar anal3gicamente este valor a todos los casos en donde se pretende indemnizar a los parientes pr3ximos de las personas que

mueren o sufren la pérdida de la vida o indemnizar a quien resulta afectado en su integridad personal con incapacidad permanente o invalides, sin distinguir entre productivos y no productivos. Quien ocasione la muerte a otro debe compensar con \$12.229.560 los perjuicios ocasionados a sus herederos. Si se trata de un incapacitado o inválido recibirá la suma de \$12.229.560 si la incapacidad o la invalidez es total o proporcionalmente a esos valores cuando sólo es parcial.

Estas sumas se deben reconocer a los parientes próximos de la víctima por el simple hecho de causarle la muerte o a favor del lesionado cuando sufre una incapacidad permanente o invalidez por haberse atentado contra su integridad personal y por lo tanto serán completamente diferentes y distintas a las que deberá reconocer el causante por el daño emergente y el lucro cesante adeudado a quien labora o produce. La primera suma se paga por desconocer el derecho a la vida y la integridad física, no por lo que deja de producir como máquina productora de riqueza, sino por ser una persona que merece respeto en su vida y en su integridad personal.

## CONCLUSIONES

PRIMERA: La indemnización de daños patrimoniales a los bienes o cosas debe corresponder al concepto de indemnización integral y comprender el daño emergente y el lucro cesante que se acredite, sin limitaciones, topes, tablas o baremos.

SEGUNDA: La indemnización de los daños corporales a las personas, en sus manifestaciones patrimoniales y económicas, como el daño emergente y el lucro cesante deberán incluir todos los perjuicios que se acrediten, esto es la indemnización integral, sin limitaciones, tablas, topes o baremos.

TERCERA: La indemnización de los daños corporales extrapatrimoniales ocasionados a las personas, como el *Pretium dolores* o precio del dolor (físico o síquico), los perjuicios morales como lesionamiento emocional, el lesionamiento funcional o fisiológico o al placer de vivir, el daño estético o de afeamiento, y el daño emocional de rebote a parientes cercanos, por sus dificultades evaluativas pueden ser motivo de tarificación o evaluación anticipada, topes o baremos fijados por la ley. Pero mientras se expide esta, como en Colombia el art. 106 del Código Penal autoriza la evaluación de los perjuicios morales hasta el equivalente a mil gramos de oro, debemos atender el concepto de perjuicio moral como perjuicio extrapatrimonial y utilizar ese mecanismo para evaluar los daños extrapatrimoniales y aplicarse a los diferentes procedimientos judiciales o casos en donde

resulte una persona afectada en sus manifestaciones no patrimoniales o económicas.

CUARTA: En el mismo rubro de perjuicios morales, y para los efectos exclusivamente indemnizatorios, incluiríamos los perjuicios extrapatrimoniales que afectan o perturban los derechos constitucionalmente reconocidos pero diferentes a la vida y a la integridad personal, como la libertad en sus distintas manifestaciones. Por lo tanto se indemnizarán en equivalentes de gramo oro, entre uno y mil, de acuerdo con los parámetros y directrices que fija el art. 106 del C.P.

QUINTA: Cuando se atente contra la vida y la integridad personal, como derechos fundamentales de primer orden reconocidos por nuestra Constitución Política se deberán indemnizar, independientemente de la capacidad productiva de la víctima o perjudicado, los daños extrapatrimoniales que se causen. Por el simple desconocimiento del derecho a la vida o de la integridad personal se deben indemnizar sin tener en cuenta la edad, sexo, condición, capacidad productiva, etc. La suma de \$12.229.560 que se cubre en el seguro de responsabilidad que obligatoriamente debe tomar quien transporte pasajeros, por estimar que en esa suma se estima por el Gobierno Nacional la vida de los colombianos. Por atentar contra la integridad personal se deberá reconocer la suma de \$12.229.560 cuando la invalidez o incapacidad permanente es total y proporcionalmente cuando es parcial.

No es posible que el desconocimiento del derecho a la vida o a la integridad personal no genere por sí solo obligación indemnizatoria de parte de quien ocasiona el daño, aunque no esté produciendo beneficios económicos para otro.

En tal sentido debería pronunciarse el Parlamento Colombiano al estudiar el proyecto de ley 234 de 1997 para lograr que los perjuicios extrapatrimoniales ocasionados a los colombianos se indemnicen. Entre tanto se deben aplicar por jueces y magistrados analógicamente las disposiciones que reconocen beneficios por esa clase de perjuicios, como el art. 106 del C. Penal y las normas citadas en este trabajo.





**RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS  
DEFECTUOSOS EN LA COMUNIDAD  
ECONÓMICA EUROPEA  
PRINCIPIOS BÁSICOS PARA UN ADECUADO  
ESTATUTO DEL CONSUMIDOR**

**(III Encuentro Internacional de Responsabilidad y Seguros.  
Medellín, Colombia, 12 y 13 de noviembre de 1997)**

**Ricardo de Ángel Yágüez<sup>1</sup>**

**CONTENIDO:**

- I. Introducción: propósito, contenido y estructura de la presente aportación
- II. La posición del consumidor y el ejercicio de sus derechos
- III. Algunos de los principales problemas técnico/jurídicos que plantea la protección del consumidor
- IV. Las formas en que se ha articulado en Europa el “sistema” jurídico de protección del consumidor
- V. La ley (española) general para la defensa de los consumidores y usuarios, de 19 de julio de 1984
- VI. La directiva europea sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y la ley española sobre la misma materia
- VII. El proyecto de ley español sobre condiciones generales de la contratación. Régimen (añadido) de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores

---

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Deusto (Bilbao, España), Abogado.

## I. INTRODUCCIÓN: PROPÓSITO, CONTENIDO Y ESTRUCTURA DE LA PRESENTE APORTACION

### 1 **.Me tomo la libertad de refundir en una única exposición los dos temas que me han sido propuestos en este Encuentro.**

Lo hago así porque creo que el régimen general de protección legal del consumidor alcanzado hoy en Europa (por tanto, no me refiero sólo a productos) constituye un “sistema” (en el sentido científico de esta palabra) que podría considerarse modélico o ejemplar para cualquier ordenamiento jurídico. Me refiero, desde luego, al de un país con un nivel medio de rentas (en definitiva, un nivel medio de vida) que pueda calificarse de elevado o avanzado. Es decir, podría entenderse que ese régimen europeo contiene un conjunto de “bases” ajustadas a una “adecuada” protección del consumidor, tal y como reza la segunda ponencia que se me ha atribuido.

De este modo, como decía, no parece inoportuno que me haya inclinado a reunir en un único trabajo las dos ponencias que se me han asignado en este Encuentro, porque entiendo que existe entre ellas una evidente vinculación.

Pero debo explicar por qué me refería antes a países en que el nivel de vida puede calificarse de alto, en el sentido que convencionalmente atribuimos a este adjetivo.

Lo he puntualizado porque estimo que es un error creer que los instrumentos jurídicos – en general-, en cualquier materia, son “trasplantables” de un país a otro. Estimo, por el contrario, que debe tenerse siempre presentes los presupuestos económicos o de desarrollo de cada sociedad. Cuando una masa considerable de la población tiene por aspiración la de “consumir” (sean productos o servicios) de los que llamamos “de primera necesidad”, puede resultar irónico o incluso hipócrita hablar de “tutela del consumidor”. Habría sido, por ejemplo, el caso de la Europa de la postguerra, y en concreto el de la España de su postguerra civil. No es casualidad, ciertamente, que la inquietud doctrinal en materia de consumo se manifestara en los años setenta (estando ya Europa en situación de razonable bienestar medio), y en España incluso más tarde.

Considero que hay que tener presentes aun datos de orden sociológico, como es el que en algún lugar he llamado “conciencia de consumidor”; es decir, una generalizada convicción del ciudadano de que se encuentra en situación de injusta

inferioridad respecto a las grandes empresas (o cadena de empresas) fabricantes de productos o dispensadoras de servicios de amplia utilización.

Por eso, me parece que es justificado el consejo de actuar, en esta materia, con prudencia y con una buena dosis de realismo. Por ejemplo, estimo que una brusca y radical introducción de criterios de responsabilidad objetiva (por citar uno de los instrumentos jurídicos más característicos en este terreno) podría causar efectos contraproducentes desde el punto de vista de la promoción del desarrollo técnico y económico y en el plano de lo que podríamos considerar una “razonable litigiosidad”.

## **2. Debo advertir también que, en general, tomo como referencia para este trabajo el Derecho español.**

Lo hago por un motivo fácil de explicar. Es porque nuestro ordenamiento jurídico ha dado (o está terminando de dar) los pasos necesarios para acomodarse al “modelo europeo”. En primer lugar, porque su legislación que llamaríamos “privativa” ha sentado los principios de una protección del consumidor merecedora de la consideración de adecuada, proporcionada o, dicho de otro modo, “justa”.<sup>2</sup> En segundo término, porque la pertenencia de España, desde 1986, a la hoy denominada Unión Europea nos ha introducido de lleno en el marco del llamado “Derecho comunitario”. Esto se traduce en eficacia directa de los abundantísimos Reglamentos de la Unión en materia de consumo y en la necesidad de adaptar nuestro ordenamiento a las importantes Directivas – siempre dentro de nuestro objeto – que manan de los órganos de la Comunidad. Más adelante tendremos oportunidad de comprobarlo y documentarlo. Pero lo que quiero decir es, en suma, que hoy España representa también en la cuestión que nos ocupa, un ejemplo de lo que cabalmente podemos considerar “el Derecho europeo”. Más aún, en ciertos aspectos el Derecho español ha ido más lejos que las normas comunitarias: es un ejemplo el caso de nuestra Ley general para la defensa de consumidores y usuarios, de 1984, que hace llegar su protección no sólo a los daños causados por productos defectuosos, sino también a los derivados de *servicios defectuosos*.

2 En la medida en que pueda utilizarse esta expresión (“justa”) en un ámbito, como es el consumo, que cada día plantea nuevos problemas y suscita nuevas demandas por parte de una sociedad abocada a ser más consumidoras; y de serlo, por otro lado, de bienes y servicios cada vez más sofisticados y de alguna manera más peligrosos.

### 3. Me refiero ahora al contenido del trabajo que aporte en este encuentro.

En primer lugar, formulo unas consideraciones previas, o de análisis general, sobre el fenómeno que está en la raíz de la materia que nos ocupa. Es decir, en torno a la aparición y desarrollo entre juristas de un clima de inquietud por dotar al consumidor de armas jurídicas bastantes para ponerle a cubierto de la situación de inferioridad en que normalmente se encuentra frente a las empresas de producción y de servicios.

A continuación, me ocupo de la descripción de los problemas fundamentales que, desde el punto de vista técnico-jurídico, ha sido necesario afrontar y resolver para la articulación de un sistema eficaz y realista de tutela del consumidor.

A renglón seguido, hago una sucinta exposición de la forma en que se ha constituido un conjunto normativo apto para ser calificado como “Derecho del consumo”.<sup>3</sup>

Luego, dedico cierto detalle a las leyes más significativas en nuestro ámbito, con lo que quiere ser un proporcionado comentario de su contenido respectivo.

Por fin, incluyo en este trabajo una serie de apéndices en que se reproducen algunos de esos textos legales que estimo fundamentales en la materia. En alguna ocasión aportó lo que todavía son meros proyectos, algunos en curso de materialización o próxima traducción en leyes afectivas, e incluso otros hoy “estacionados” o suspendidos porque no se han resuelto todavía los considerables problemas de orden político-económico que las correspondientes iniciativas legislativas han planteado. Ejemplo de lo primero es el Proyecto de ley española sobre condiciones generales de la contratación, que, a pesar de su nombre, no se va a limitar a lo que esa denominación sugiere, sino que va a llevar a cabo la transposición o incorporación al Derecho español de la Directiva del Consejo de la Unión Europea sobre cláusula abusiva en los contratos celebrados con los consumidores. Y ejemplo de lo segundo es la propuesta de Directiva comunitaria sobre la responsabilidad del prestador de servicios, esa propuesta se halla hoy retirada, siquiera provisionalmente, por las considerables reservas que ha suscitado (se supone que no sin intervención de ciertos grupos de presión particular-

3 “Derecho del consumo” que, a mi juicio, no es una disciplina jurídica autónoma, sino sólo un modo de hablar y de entendernos que únicamente representa una construcción útil desde el punto de vista de la política legislativa o desde una perspectiva académica. Sin perjuicio de que pueda constituir una especialización profesional, sobre todo dentro de la estructura de la Administración pública.

mente poderosos) la generalizada introducción – que la propuesta pretendía – de un principio de presunción de culpa del prestador de servicios y consecuente inversión de la carga de la prueba, carga que pasaría a este último.

## II. LA POSICIÓN: DEL CONSUMIDOR Y EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS

Dedico este capítulo a formular algunas consideraciones de carácter general sobre circunstancias que subyacen al fenómeno del consumo; sobre el todavía no muy lejano alumbramiento de las inquietudes de los juristas por la figura del consumidor (en definitiva, las inquietudes de este último) y en torno a lo que mi juicio constituye el problema todavía sin resolver debidamente, esto es, el del ejercicio por el consumidor de los derechos que las normas legales establecen en su favor.<sup>4</sup>

### 1. Las circunstancias que caracterizan la figura del consumidor. Su tradicional “resignación” y el fenómeno actual conocido como “la fiebre de las demandas”. El difícil equilibrio entre la salvaguarda del consumidor y la racionalidad jurídica y económica.

Es frecuente hablar de los “derechos del consumidor”. Sin embargo, aunque todos entendamos la expresión, creo que contemplar al consumidor desde la perspectiva de sus derechos no es del todo correcto. Se crea la impresión de que aquél que ostenta unas prerrogativas especiales, como si se tratara de un titular de derechos de carácter privilegiado.

Estimo que ese punto de vista desorbita un tanto las cosas, pues bajo el prisma jurídico del consumidor no es sino una de las partes de un contrato, como cualquier otro. Lo que en cambio sí atribuye al consumidor una evidente peculiaridad en su *posición*, esto es, la situación en que se encuentra en todas y cada una de las relaciones contractuales que permiten dar esa denominación (la de consumidor) a un determinado sujeto. Y esa posición, según creo, no deriva tanto de presupuestos jurídicos, sino de consideraciones de orden sociológico. Dicho de otro modo, la variada reglamentación jurídica de lo que concierne al fenómeno del consumo no es, quizá, un *prius* teórico, sino simple producto de la aplicación

4 Reproduzco en parte, y con algunas actualizaciones, lo que sobre este punto escribí en DE ÁNGEL YAÑEZ. La posición del consumidor y el ejercicio de sus derechos. Daños causados por el producto defectuoso, en “Estudios sobre el Derecho de consumo”. 2ª. Edición, Bilbao, 1994, páginas 58-105.

de las reglas del Derecho sobre unas determinadas hipótesis que la realidad económica suministra.

Vistas las cosas desde el ángulo de la contratación, lo que otorga una cierta personalidad e identidad a la figura del consumidor consiste, entre otras cosas, en lo siguiente:

En primer lugar, el consumidor merece este apelativo en cuanto es parte en numerosos contratos, que a veces celebra varias ocasiones al día (desde luego, sin conciencia del significado jurídico de lo que hace), sobre todo para subvenir o atender intereses vitales que socialmente se juzgan inexcusable (o casi inexcusables) y por ello merecen la consideración de “necesidades”.

Por ello mismo, en segundo término, cuando pensamos en los contratos que concierne al consumidor se nos vienen abajo muchos de los cánones técnico-jurídicos clásicos; sobre todo, la idea de que el contrato es una expresión de la libertad humana y de que, por ello, no sólo es parte de la base de que todo el mundo es libre de contratar o no contratar, sino de lo que cuando uno contrata lo hace en términos de rigurosa igualdad respecto a la otra parte, de suerte que el acuerdo de voluntades es fruto de una negociación o discusión más o menos intensa.

Sin necesidad de acudir a formulaciones doctrinales que evidencian lo mucho que en la sociedad actual el contrato difiere de lo que filosóficamente entendemos como tal, basta reparar en la circunstancia de hoy en día el ciudadano se ve sometido a una auténtica *obligación de contratar*.

Podría pensarse en teoría en la posibilidad de que una persona se resistiera a gozar de bienes de consumo; un individuo que escapa a la compra de ciertos productos alimenticios o a la asistencia sanitaria (o para no exagerar, a la adquisición de objetos de limpieza, aseo o diversión), o que se sustrae a la utilización de servicios como el agua o la luz de casa, o que resiste con fiereza a la tentación de los electrodomésticos, los automóviles o los juguetes para sus hijos. Pero la vida se encarga de demostrar que eso es pura hipótesis. En todos estos casos podría pensarse que subsiste lo que en expresión muy afortunada llamó un autor francés “la opción fundamental de contratar o no contratar”, entendiendo por tal la libertad de que en abstracto goza la persona para decidir si se somete o no a las condiciones que la otra parte (el vendedor de alimentos, el promotor al que se compra la vivienda, el suministrador de energía eléctrica, la empresa de transportes) le impondría si quisiera disfrutar los bienes que estos últimos están en condiciones de proporcionarle. Pero esto es también pura imaginación. Salvo

que uno quiera resignarse a una vida de carencias (no pocas veces mal vistas por la propia sociedad), la celebración de los contratos que nos convierten en *consumidores* ha pasado a ser un verdadero imperativo, de forma que incluso aquella “opción fundamental” ha quedado en el terreno de la especulación. Podría decirse, en una palabra, que respecto a una gran multitud de bienes o servicios ya no tiene el individuo ni siquiera libertad de contratar.

Otra circunstancia íntimamente vinculada a las que acabamos de exponer es la que la figura del consumidor, desde el punto de vista jurídico, es la de quien por medio de un contrato accede a bienes o servicios que para él tienen un marcado carácter personal, pero que son dispensados en masa, esto es, en grandes cantidades, por empresas de cada día mayor volumen (como consecuencia del fenómeno de la concentración jurídica o de la simplemente económica); para los cuales, cada concreto consumidor no es sino un despersonalizado protagonista de operaciones económicas, no pocas veces identificado por un número clave o una simple referencia de ordenador.

Se une a todo lo anterior el hecho de que en la mayor parte de los casos los contratos en *que el comprador se ve inmerso* (bien puede utilizarse esta expresión) son de no muy grande importancia económica, o que aun teniéndola no se siente como tal (a causa de plazos, abonos, suscripciones, facturaciones muy frecuentes, etc.), lo que se traduce en una habitual displicencia del consumidor, no pocas veces desinterés, respecto de lo que la otra parte del contrato haga, no haga o disponga. Pensamos que el billete de tren, o la liquidación bancaria de intereses, o la póliza de nuestro seguro de riesgos del hogar son cosas de arte menor, pequeñas que no deben distraer nuestra agitada vida.

Es ya tópico aludir el escaso interés que prestamos a las llamadas *condiciones generales*, esto es, a las cláusulas que la empresa oferente de bienes o servicios suele incluir en sus contratos (a menudo ya impresos, con escasos espacios en blanco para identificar al cliente o poco más, y por si fuera poco “en letra pequeña”, como también es usual poner de manifiesto), cláusulas en que casi todo se prevé *desde el punto de vista* al menos, de la propia empresa; y con frecuencia, en *su exclusivo interés*. Ni que decir tiene que me refiero a los llamados *contratos de adhesión*, así denominados porque lo que el consumidor hace es, simplemente, aceptar o someterse a las condiciones contractuales que la otra parte tiene establecidas con carácter de *estipulaciones -tipo* o Standard (de “*contratos Standard*” suele hablar en estos casos, por eso, la doctrina jurídica).



De ahí que el consumidor sea un contratante de actitudes normalmente tolerantes; no es mucho lo que está en juego, incluso cuando en el proceder de la otra parte no hay un correcto modo de actuar, porque en definitiva se trata de soportar una pequeña o pasajera contrariedad (el frigorífico que se avería más de lo razonable, la conserva cuyo mal estado advertimos antes de tomarla o el juguete que a los cuatro días está destrozado).

Esto hace el consumidor un contratante no demasiado cuidadoso para con sus intereses (sus derechos). Extremo que reviste una gran importancia en lo que se refiere al control judicial de los comportamientos contractuales incorrectos de la otra parte contratante, esto es, el suministrador o vendedor, o quien presta los servicios.

En efecto, una máxima de Derecho romano dijo sabiamente *Vigilantibus, non dormientibus iura subveniunt*; expresado en términos de hoy, corresponde a cada uno de nosotros hacer valer nuestros derechos y renunciar a ellos; salvo que el interés público esté en juego, ninguna autoridad, ningún tercero puede suplir a quien por su voluntad, por ignorancia o por descuido, deja de ejercitar sus derechos.

Ante lo que nos encontramos, pues, es ante multitud de intereses individuales, no demasiado significativos para cada uno de sus titulares, de entre los cuales son unos pocos, de ordinario, los que los hacen valer hasta sus últimas consecuencias mediante denuncias, reclamaciones o pleitos. Y eso, no pocas veces, sólo se hace por motivos de “dignidad”, represalia o simple notoriedad. La mayoría, como decíamos, *dejar pasar*. Ni siquiera cabe decir que transige o se resigna, porque la escasa importancia económica de lo que está en juego no le anima a discutir. Y ocurre muchas veces que, aun existiendo algún móvil para hacerlo, no se discute simplemente por razones económicas (no vaya a ser más cara la salsa que la perdiz, que reza el dicho popular) o para evitarse incomodidades no justificadas.

No sólo eso, sin que la misma tradición judicial no parece estar pensada para la reclamación por pequeñas cantidades o insignificantes intereses. *De minimis non curat praetor*; los jueces no están para pequeñeces. Es por ello motivo de periódico (*noticia*) el que se demande por el importe de una lata de conserva, o por el cobro de gastos de correo por parte de un banco, o causa del cálculo incorrecto de una prima de seguro, o por un recibo de la luz.

En este punto, forzoso es reconocer que las cosas están cambiando un poco, aunque creo que no por causa de un extendido entusiasmo entre los consumidores, que somos todos. En parte está siendo por iniciativa de las asociaciones de consumidores y usuarios, cuya actuación ejemplar o testimonial no puede ponerse en entredicho pero quizá no siempre alentadas en su modo de proceder por grupos se población estadísticamente significativos.

Todo esto que acabo de decir ocurre y se vive en notable contraste con lo que los intereses de empresas suministradoras se refiere. Lo que para cada consumidor o usuario es una bagatela, multiplicado por miles o cientos de miles puede constituir un capítulo decisivo de la cuenta de resultados de la empresa que vende o sirve. Y no sólo eso, sino que la circunstancia misma de que los consumidores no muestren una sensible propensión a reclamar o protestar constituye a su vez uno de los ingredientes (probablemente el más importante en la mayor parte de los casos) que explican esa falta de esmero, atención o rigor que con frecuencia se observa en el proceder de ciertas empresas con las que casi a diario contratamos.

A causa de la concurrencia de todas estas circunstancias, todavía son muy pocas entre nosotros las que podríamos denominar “reclamaciones de consumo”. Sólo cuando ha ocurrido un daño considerable (una intoxicación extendida, un fraude notorio, una flagrante mala práctica empresarial) es cuando suele despertar la *conciencia dormida del consumidor*, tan dormida que no creo exagerado decir que cada uno de nosotros la ve mejor en los demás que en sí mismo; no es infrecuente que nos exaspere un agravio que a otro se le causa en materia de consumo, cuando acaso idéntico acontecimiento pueda pasarnos desapercibido siendo nosotros mismos sus víctimas.

El cuadro que estamos pintando, aunque quizá con pocas y torpes pinceladas, se complica todavía más cuando se trata de aquellos sectores del consumo en que, bien la propia naturaleza de los bienes o servicios, bien los avances tecnológicos, introducen o aumentan el riesgo de daños a los consumidores, que en ocasiones son muy grandes y alcanzan a sectores muy amplios de población. De todos son conocidos algunos trágicos episodios derivados del consumo de alimentos, de la manipulación de electrodomésticos aparentemente inofensivos, de la toma de medicamentos o de la aplicación de insecticidas o cosméticos. En presencia de casos como éstos, y contemplando la cuestión con el debido desapasionamiento, no puede ignorarse la concurrencia de intereses contrapuestos. De un lado, la necesidad de dotar de suficiente protección a los consumidores, persi-

guiendo la máxima pulcritud en la fabricación de los bienes y en la prestación de los servicios, pero por otra parte la necesidad también de no sofocar el progreso industrial y la implantación de nuevas tecnologías o la introducción de productos nuevos. Se trata, a mi juicio, de un ejemplo patente de obligada búsqueda del equilibrio (nada fácil) entre los intereses de cada individuo aisladamente considerado (la potencial víctima de un daño), y los de la colectividad como conjunto. Con interferencia además, muchas veces, de factores de orden macroeconómico que los poderes públicos e incluso los jueces no pueden olvidar.

*No menos digna de mención es la conveniencia de que los criterios aplicados a la resolución de conflictos en esta materia no lleven a situaciones fronterizas con el abuso por parte de los consumidores o incluso incrustadas ya en ese peligroso terreno. No es un secreto que voces nada sospechosas han manifestado su alarma en tal sentido en países que han sido o son considerados, por así decirlos, como paraísos del consumidor. Delicada misión de los jueces, desde luego, en la de establecer un lindero seguro entre la legítima protección de intereses serios y la acogida de frívolas y a veces hasta cómicas reclamaciones. Es sin duda un caso extremo que no puede convertirse en bandera, pero ha de tenerse presente que un tribunal norteamericano estimó la reclamación formulada por la compradora de un horno microondas, en cuyo interior había perecido un gato que allí puso su dueña con el propósito de secarlo; el razonamiento de la sentencia es impecable en términos generales; todo aparato susceptible de crear riesgos debe contar con las necesarias advertencias sobre su uso y sus peligros por parte del fabricante; la aplicación de tal razonamiento a este caso, sin embargo, es rayano con la comedia o la literatura del absurdo. Opinión que nos merece también el caso, así mismo norteamericano, en que una conocida firma fabricante de automóviles fue condenada a indemnizar por la muerte sufrida por una mujer que falleció a causa de un accidente cuando conducía a una velocidad tres veces superior a la permitida en aquel país; según el Tribunal (de jurados), la culpa no había sido de la conductora, sino del fabricante, por haber puesto en el mercado un automóvil que podía alcanzar tan alta velocidad y sin preocuparse de que sólo llegara a manos de personas que lo dominaran. O el caso en que un paracaidista aficionado tuvo una colisión en el aire y a consecuencia de ella sufrió tetraapoplejía; el Tribunal estimó su demanda, argumentando que el fabricante del paracaídas tenía que haber puesto en el una etiqueta con un texto como el siguiente: “no es recomendable el uso del paracaídas a los principiantes”.*

*La proliferación de reclamaciones formuladas por consumidores se ha calificado en Estados Unidos como “litigation disease”, algo así como una manía o tendencia patológica a acudir ante los tribunales contra empresas. Tendencia favorecida por el sistema por el sistema de aquel país de juicio mediante jurados, esto es, personas profanas en Derecho que, como ciudadanos “de la calle” que son, por así decirlo, se inclinan a encontrar responsabilidad de la empresa en el hecho más insignificante y a imponer indemnizaciones muy elevadas a favor del cliente.*

*Todos conocemos, incluso a través del cine, la actuación del abogado que mediante una defensa muy encendida del cliente (y en caminata sobre todo a impresionar al jurado) consigue sentencias que hoy por hoy serían impensables en España. Del mismo modo que nos resulta familiar la sensibilidad social norteamericana hacia la protección del consumidor, que con frecuencia está íntimamente ligada a la ecología, por cierto.*

*Pero sabido es también que este “litigation disease” (derivado de la súbita eclosión de una especie de “fiebre del consumidor” llevó en Estados Unidos, en los años 80, a la quiebra de bastantes empresas industriales, como consecuencia de astronómicas demandas, muchas veces entabladas “en masa”).*

*Me refiero a un sistema (el norteamericano) cuyos principios jurídicos y cuya organización judicial no coinciden con los nuestros, y en general con los occidentales europeos, por lo que creo que el riesgo de generalización de la “manía de demandar” no es tan grande entre nosotros, pero tampoco debe ignorarse que puede ser sugestiva para los jueces la “filosofía” que inspira muchas sentencias de la línea que menciono. Se trata de lo que (en Estados Unidos también) se ha llamado “teoría del depp pocket”, es decir, la idea de que “el pobre se agarra al bolsillo del rico” (el consumidor al del gran fabricante), que es una forma de decir “que pague quien más posee”, cuyo fundamento – con visión economicista – se ha querido encontrar incluso en el principio de la utilidad marginal de crecimiento del dinero.*

He querido poner de relieve que nos hallamos sobre un terreno movedizo y frágil. De lo que se trata es de alcanzar el difícil equilibrio entre la salvaguardia de los intereses del consumidor, de suerte que éstos queden cubiertos de todo abuso y la empresa soporte sus deslices (de mayor o menor calibre) en la fabricación del producto o prestación del servicio, pero sin caer en exageraciones que dañarían el conjunto del sistema económico con perjuicio a su vez para los propios ciudadanos. Una expresión concreta de este posible “daño indirecto” o “por carambola” es el consistente en el encarecimiento de bienes o servicios, provocado por las altas primas que el fabricante o suministrador tiene que satisfacer si quiere ponerse a salvo (a través de un adecuado y suficiente seguro de responsabilidad civil) del riesgo de reclamaciones judiciales constitutivas de un verdadero peligro para la supervivencia de la empresa.

Precisamente porque en esta materia pueden estar en juego intereses económicos colectivos (que a veces a se postergan u olvidan cuando estamos en presencia de una concreta reclamación) es por lo que en los últimos tiempos se viene prestando tanta atención al *coste de los accidentes*, con planteamientos y propuestas que acaso no sean de recibo si nos atenemos a un frío *análisis económico del Derecho* (sobre el que tanto se ha escrito, sobre todo en Estados Unidos),

pero que obligan a replantear las cosas en el aspecto jurídico para no incurrir en despropósitos.

Con independencia de que la responsabilidad de las empresas respecto al consumidor debe contemplarse con una visión realista de las cosas, valorando con rigor y pasión las circunstancias del producto o del servicio y el grado de formación del consumidor medio (para evitar resultados tan originales como el del automóvil que alcanza gran velocidad o el del paracaídas, de los curiosos presentes norteamericanos antes citados), es necesario - a mi juicio - tener presente el deber de razonable diligencia que al consumidor debe aplicarse cuando adquiere o utiliza un producto o un servicio. Quizá no deba llegarse a fórmulas como las que alguna opinión jurídica ha propuesto (por ejemplo, la de que pague o soporte el daño quien tiene *más culpa*, aunque la otra parte tenga también alguna), sino que parece que la figura de la compensación de culpas tiene muy razonable aplicación en este caso a efectos de reducir la cuantía de la indemnización procedente si la culpa única hubiese sido de la empresa. No parece que es un despropósito decir que en sociedades en que el *interés del consumidor está sobre todas las cosas* se crea inevitablemente una relajación del cuidado por parte de los clientes, esto es, una actitud de escasa atención sobre las cosas que utilizan, pues en el fondo del ser humano está el descuido cuando ha de ser otro quien pague las consecuencias.

No menos digna de tenerse en cuenta es la circunstancia de que, al menos en ciertas sociedades, muchos de los riesgos que derivan del consumo se encuentran de alguna manera “pulverizados” (expresión gráfica de “*socializados*”) a través del sistema de la seguridad social, que por la vía del impuesto o figuras similares ha trasladado al conjunto de los individuos los daños derivados del uso o disfrute de bienes, los de hoy, que por experiencias sabemos que son cada vez más aptos para colocarnos en situación de peligro.

## **2. El ejercicio de los derechos por parte del consumidor. Limitaciones que pesan sobre la reclamación judicial. Una experiencia norteamericana: las “class actions”.**

En la actualidad, lo decíamos antes, la actitud del consumidor español es más beligerante que lo que fue en el pasado. Me estoy refiriendo al innegable fenómeno del crecimiento del número de reclamaciones judiciales en materia de consumo, que sin embargo no alcanza las cotas de algunos países extranjeros.

Pero si ahora aludo a este extremo (el ejercicio de sus derechos por parte de los consumidores) es para hacer alguna referencia a aspectos de orden práctico que es preciso atender en esta materia, y a la forma en que se han resuelto en algunos países.

El punto de partida es la observación de que el “talón de Aquiles” de los derechos del consumidor está en su ejercicio, no en su definición o determinación. Ha advertido antes que la circunstancia de que el interés de *cada concreto consumidor* sea normalmente de escaso significado económico es la razón por la que aquél no encuentra especial atractivo en reclamar o demandar. Como señalaba a modo de ejemplo, no es fácil imaginar a un cliente entablando una acción judicial por el mal estado de una lata de conservas o por muy pequeños defectos de construcción de la vivienda que compra. Entran en juego muy diversas razones (entre ellas la falta de tradición), pero es probable que la más importante sea lo mucho que de disuasorio tiene un pleito: gastos, recogida de datos, visitas, etc.; en definitiva, incomodidades de las que no se espera gran fruto.

Parte de esas dificultades pueden verse salvadas mediante la actuación de asociaciones de consumidores. En este sentido, el artículo 20.1 de nuestra Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios establece la legitimación de dichas asociaciones para “representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios”. Todavía no existe una gran experiencia en cuanto al ejercicio de acciones judiciales, pero es incuestionable el impacto que esta norma tiene o puede tener en lo que se refiere a la actuación ante otras instancias, señaladamente ante la Administración Pública.

Acaso no sea tan optimista el propósito en lo que respecta a la vía del arbitraje, establecida con buena voluntad en el artículo 31 de la Ley (y luego recordada en la Ley del arbitraje de 5 de diciembre de 1988), fórmula apta para soslayar algunos de los inconvenientes que presenta la reclamación judicial pero sobre cuya real efectividad albergo serias dudas.

Volviendo a la actuación ante los Tribunales, el primer obstáculo ha quedado ya apuntado: la dogmática procesal tradicional requiere que para ejercitar un derecho se ostente la titularidad del mismo, lo que excluye el ejercicio *a favor de otros*, salvo en casos muy limitada y taxativamente establecidos por la ley.

Por otro lado, los sistemas jurídicos europeos excluyen - en principio - que los efectos de una sentencia (“*cosa juzgada*”) se extiendan a quienes no fueron parte

ni oídos en el juicio correspondiente. Se trata de una regla de innegable fundamento lógico (pues de otro modo podríamos vernos afectados por lo resuelto en pleitos en que no hemos intervenido) pero en esta materia se puede tornar contra los consumidores, pues quienes no hubiesen reclamado por un determinado motivo contra la empresa suministradora no gozan de la ventaja de aprovecharse de lo decretado por los jueces en pleito entablado, por la misma causa, por un aislado consumidor, más diligente, más belicoso o simplemente dotado de mejores condiciones para adoptar la iniciativa que tomó (acudir al juzgado).

Este segundo inconveniente se ha traducido en parte en la citada Ley española, dado que su artículo 10.4 declara que *“serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones” que incumplan los requisitos de fondo y forma que en el propio precepto se establecen para los contratos cuyo objeto fuere “la oferta, promoción o venta de productos o servicios”,* circunstancia que desde luego constituye una facilidad para quien entabla un pleito sobre el mismo supuesto de hecho de otro anterior promovido por un consumidor distinto. Esta línea, aunque con mayor alcance, se había iniciado con nuestra Ley del contrato de seguro de 8 de octubre de 1980, cuyo artículo 3º, párrafo tercero, dice: *“declarada por el Tribunal Supremo de nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas”*.<sup>5</sup>

El problema, no obstante, sigue en pie en lo que se refiere a las evidentes dificultades con que cada concreto consumidor, aislado, se topa para hacer efectiva la defensa de sus intereses en vía judicial.

Nos encontramos aquí, aunque no se trate de supuestos idénticos, con lo que ocurre en relación con los llamados “intereses difusos” o “de masa”, que – frente a los “intereses colectivos” – se consideran propios de formaciones sociales aún en fase de “toma de conciencia”, cuya individualización se realiza a través de la relevancia de una lesión, de un perjuicio a una pluralidad de individuos que por eso se asocian para su defensa.

5 Con ello, el control judicial sobre las condiciones generales del contrato se extiende (de alguna manera) más allá de quienes hubieron sido parte en un determinado pleito (asegurador y asegurado), puesto que la declaración de nulidad hecha por el Tribunal Supremo pone en marcha el control administrativo sobre cláusulas idénticas; esto constituye una fórmula eficaz, siquiera preventivamente, respecto de los demás asegurados en cuyas pólizas figurase una cláusula igual a la anulada.

Los problemas que plantea la defensa de intereses como los que nos ocupan son, por un lado, la legitimación de agrupaciones de perjudicados y por otro lado el destino final de la indemnización por el daño sufrido.

Una primera solución – desde luego insuficiente – fue la de acumular en un solo pleito todas las demandas planteadas por un mismo motivo. Sin embargo, en el panorama del Derecho comparado la figura más significativa en este punto es la de la *class action*, procedente del mundo jurídico anglosajón, en concreto norteamericano.

Se trata de la acción ejercitada por un demandante, pero no para satisfacer su propio y exclusivo interés, sino también el de todos los que se encuentren en la misma situación. Dicho de otro modo, un único demandante reúne tras de sí cualquier reclamación similar a la suya. De alguna manera podría utilizarse la expresión de que quien demanda ante los Tribunales lo hace, *no en nombre, pero sí en interés de un conjunto*, en el sentido de que lo que el juez resuelva alcanza a dicho conjunto. Con ello se produce un curioso acceso a la justicia por parte de quien formalmente no entabla pleito alguno.

*Ejemplo histórico en esta materia es el del pleito que una persona interpuso contra la General Motors, alegando que él, como comprador de un determinado modelo de automóvil de dicha empresa, había sufrido el perjuicio derivado de la sustitución del motor de aquel modelo, sustitución que no había sido comunicada a los compradores del mismo. Decía actuar el demandante en nombre de otros 67.000 adquirentes del mismo automóvil, si bien la expresión “en nombre”, ha de entenderse en sentido amplio, ya que no se había conferido ninguna representación por parte de aquellos números afectados. Por cierto, el conflicto terminó por vía de transacción, ya que la empresa fabricante ofreció doscientos dólares de indemnización y una ampliación de la garantía por tres años a favor de cada uno de los poseedores del modelo de automóvil en cuestión.*

*La colectividad de perjudicados, en esta hipótesis no es una organización ya ordenada o en funcionamiento, sino que basta la existencia de una categoría de hecho, de una clase individualizable, como sería, en el ejemplo que he citado, la condición del dueño de un determinado modelo de automóvil.*

*En la class action se vienen abajo postulados tradicionales en materia procesal. Cuando la demanda consiste en la petición de una indemnización, no debe tenerse en cuenta sólo el daño sufrido por quien plantea la demanda, sino causado a la colectividad de afectados.*

*En este tipo de acción, el demandante (class suitor) obtiene una sentencia cuyos efectos se extienden a los interesados ausentes. El único control es judicial y está encaminado a garantizar que el demandante es miembro de una class y actúa en interés de la misma.*



*Comprobado por el juez que el class suitor protege convenientemente el interés del grupo, el Tribunal dirige una notificación individual a todos y cada uno de los miembros del grupo, en la medida en que con un esfuerzo razonable sea posible identificarlos. Con ello se pone en conocimiento de quienes no intervienen directamente en el pleito la existencia del mismo, a fin de que, entre otras cosas, puedan excusarse o separarse de las consecuencias del litigio, si lo hacen expresamente; su silencio se interpreta como aprobación. Cumplido este requisito, el “representante” del grupo aceptado por el juez actuará en nombre de la colectividad.*

*Cuando se hable de esta figura se advierte que uno de los aspectos fundamentales de la class action se encuentra en el concepto de fluid recovery traducible por “reparación fluida”. Cuando la composición del grupo no se puede definir con precisión (porque las personas que lo integran no suelen ser identificadas ni son posiblemente identificables), el juez decreta una medida que alcanza a un “género” de interesados que acaso no coincida con el que sufrió la efectiva lesión. Se cita como ejemplo muy representativo el de la sentencia dictada por el Tribunal de los Ángeles en relación con una subida ilegal de las tarifas de los taxis: ante la imposibilidad de todos los clientes de los taxis durante el período que se trataba, el juez ordenó, a título de reparación, una bajada de precios equivalente a la subida impropcedente. Suele señalar la doctrina, al comentar este caso, que en el plano individual la solución es injusta, ya que los beneficiarios de la reducción de los precios no tenían por que haber sido necesariamente víctimas del incremento; sin embargo, en el plano colectivo es de innegable justicia, ya que la fluidez de la reparación responde a la propia fluidez de la clientela.*

Nos estamos refiriendo a una figura de muy difícil encaje en nuestro Derecho. La legislación procesal española no contempla supuestos de “legitimación de grupo” que atribuyen a una persona “representación” para actuar en nombre de todos los demás afectados por el mismo motivo, aunque estos no litiguen.

No parece que la alusión del artículo 9.2 de la Constitución a los “grupos que se integra” el individuo sea bastante para dar carta de naturaleza entre nosotros a las figuras como la *class action*. Está por ver qué aplicación pueden hacer los órganos jurisdiccionales del acaso más expresivo artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del 1º de julio de 1985, que dispone que “los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso puede producirse indefensión. Para la defensa de éstos últimos – añade el precepto – se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción”.

Algún autor ha querido ver esta expresa referencia a la legitimación de *grupos que resulten afectados* una auténtica legitimación, a modo de reconocimiento del derecho a acudir a los Tribunales por parte de dichos grupos mediante la intervención de determinados miembros, sin necesidad de representación formal especial, alegando un interés jurídico relevante; pero no veo claro que esto pueda alcanzar a la reclamación de daños sufridos a causa de una determinada práctica empresarial o defectos de un producto, por ejemplo. Me parece que la norma citada puede servir para justificar demandas encaminadas a una simple declaración (por ejemplo, nulidad de una cláusula, ilegitimidad de una determinada modalidad comercial, etc.), pero no encuentro en ella apoyo para dar cauce a demandas de condena, como sería la indemnización de perjuicios.

### III. ALGUNOS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS TÉCNICO – JURÍDICOS QUE PLANTEA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

1. No me refiero aquí a fórmulas legales como pueden ser la adopción de criterios de presunción de culpa del empresario (con la consiguiente inversión de la carga de la prueba) o a la introducción de principios, más o menos moderados, de responsabilidad objetiva por daños causados por productos o servicios defectuosos. Estos, más que “problemas”, son alternativas u opciones de técnica legislativa. Sin perjuicio de que, desde luego, fórmulas como las citadas entrañan la dificultad de haber sabido valorar debidamente (antes) si su adopción se ajustaba a los datos de orden económico, tecnológico, social, etc., que han de tenerse presentes para no desequilibrar el sistema jurídico visto en su conjunto.

A lo que quiero aludir es a las dificultades que se han planteado para hacer posible, sin serio quebranto de los postulados doctrinales clásicos, que el consumidor pueda formular su demanda contra un fabricante o dispensador de servicios en el que aquél no ha contratado.

a) En primer lugar, no está de más advertir que la dotación de instrumentos jurídicos adecuados a favor del consumidor implicaba la necesidad de *superar las insuficiencias de las reglas tradicionales sobre responsabilidad por vicios ocultos*, en el contrato de compraventa, vigentes en los Códigos de la Europa Continental y cuyo origen se encuentra en las acciones edilicias del Derecho Romano.

b) En segundo término, hace tiempo que se advirtió de la necesidad de *dotar al consumidor de un régimen de acciones bien definidas y perfiladas contra el fabricante*, cuando – como ocurre habitualmente – aquél no ha mantenido una relación

contractual con este último. Es digno de señalarse que precisamente en este último. Es digno de señalarse que precisamente en este punto fue en el que hace ya años empezaron a manifestarse las primeras inquietudes jurisprudenciales y doctrinales en los países en que la materia que nos ocupa adquirió temprana efervescencia. Basta recordar en este sentido los primeros pronunciamientos judiciales norteamericanos y británicos, entonces constitutivos de una interesante denuncia sobre la insuficiencia de los criterios jurídicos y por ello, en ocasiones, de fallos auténticamente revolucionarios.

*En Estados Unidos, en efecto, una de las mayores dificultades para construir técnicamente la responsabilidad civil de fabricante fue el principio jurisprudencial anglosajón de la “privity of contract” (correlativo al principio de la “relatividad de los efectos del contrato” del Derecho continental europeo, consagrado en nuestro Código civil en el artículo 1257) por cuya virtud los contratos sólo producen efectos entre las partes que los conciertan, sin eficacia respecto a terceros, ni a favor ni en contra.*

*Los tribunales norteamericanos superaron este obstáculo mediante la distinción entre las cosas peligrosas en sí mismas y cosas peligrosas como consecuencia de un defecto de fabricación, a partir de la cual se dio paso a la admisión de la responsabilidad del fabricante y del vendedor cuando se prueba una falla de diligencia en el proceso de fabricación o de distribución del producto. Ese deber de diligencia – se añadía – podía ser invocado por el comprador (consumidor) que no hubiera tenido relación contractual con el fabricante.*

*Esta orientación arranca de un famoso caso de 1916, como consecuencia de la demanda entablada por la víctima de un daño producido por el defecto de fabricación de un automóvil. La empresa fabricante no tuvo éxito en su alegación de que sus obligaciones y garantías existían tan sólo en los límites establecidos en su relación con los revendedores o distribuidores. El Juez Cardozo puso de manifiesto que el fabricante de productos sustraídos a sucesivos controles tiene un deber de diligencia frente al público, con independencia de los particulares vínculos obligatorios que le unan negocialmente con cualquier persona. Un resultado dañoso previsible e imputable a un defecto del automóvil acarrea la obligación de resarcir el dan por parte de la empresa fabricante. Este debe responder frente a terceros, con independencia de las circunstancias del producto y de la particular responsabilidad contractual frente al revendedor o distribuidor.*

*Del mismo modo, aunque más tarde, la jurisprudencia inglesa superó el obstáculo de la “privity of contract”, mediante la ficción de un “collateral contract” entre el fabricante y el usuario. En suma, vino a aceptarse el principio de la responsabilidad civil del fabricante frente al consumidor o usuario, sin que entre ellos existan vínculos contractuales. Por este motivo, esa responsabilidad civil se emplaza en Derecho inglés dentro de una extracontractual, esto es, en el llamado “law of tort” Derecho de daños.*

c) En tercer lugar, también se ha advertido desde siempre la necesidad de eliminar, o al menos de aliviar, a favor del consumidor las reglas clásicas en materia de carga de la prueba en el proceso.

Tanto para hacer frente a esta cuestión como para resolver adecuadamente la segunda de las que hasta ahora hemos planteado, la línea doctrinal y jurisprudencial dominante ha sido la de *propugnar en primer término una responsabilidad civil única, sin calificativo de contractual o extracontractual* y derivada por tanto del hecho objetivo de la producción de un daño en el uso de un producto fabricado.

Por otro lado, en Estados Unidos y en Inglaterra se han mitigado las muchas dificultades de prueba que recaerían sobre el comprador, de acuerdo con los principios tradicionales de Derecho procesal, mediante la aplicación de un principio muy conocido en el Derecho anglosajón. Se trata de la regla “*res ipsa loquitur*”, esto es, el razonamiento de que cuando las circunstancias hablan por sí solas se produce una inversión de la carga de la prueba, que hace que sea el demandado quien tenga que demostrar la falta de culpa o negligencia en su conducta.

Otro remedio ha sido el la *tendencia hacia una denominada responsabilidad objetiva en la materia*, si bien el uso de esta expresión sólo una forma de entenderse, ya que es frecuente matizarla diciendo que se trata de una responsabilidad objetiva “no absoluta”, como por cierto ocurre en nuestra Ley de 6 de julio de 1994 sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos.

*El criterio de la responsabilidad objetiva fue introducido en el Derecho norteamericano por vía jurisprudencial, sobre la base de que la responsabilidad del fabricante no se funda en su “negligente” ni en una pretendida garantía expresa o tácita, sino en el simple hecho de haber puesto en el mercado un producto defectuoso.*

*La afirmación de una “strick liability” por parte de los tribunales norteamericanos se basa en una serie de argumentos que las sentencias suelen recoger con bastante uniformidad. El primero es el de que el interés público exige la máxima protección de la vida humana, de la salud y de la seguridad personal. La posición del consumidor es muy vulnerable, frente a la poderosa del fabricante.*

*Este tiene una posibilidad de un control efectivo sobre la producción desde el diseño del producto que se proyecta lanzar al mercado hasta la última prueba de calidad, mientras que el consumidor se encuentra en general imposibilitado para apreciar los peligros del producto.*

*En segundo término, se argumenta que el hecho de que el fabricante ponga en el comercio un bien que equivale al aseguramiento de un uso del mismo, conforme a su propia naturaleza.*

*Por fin, se argumenta también que el fabricante se encuentra mejor situado en la estructura del mercado de bienes y para distribuir el riesgo entre el público, a través de los precios y del seguro. El riesgo del evento dañoso puede ser asegurado por el fabricante y distribuido entre los consumidores como un coste más de la actividad empresarial. El fabricante es responsable aunque no haya sido negligente en el proceso productivo, es decir, aunque se trate de un efecto fortuito, porque esta hipótesis constituye un riesgo general y constante de toda actividad productiva. Frente a tales riesgos, generales y constantes, debe afirmarse paralelamente una protección del público también general constante. Y el fabricante es el que está en mejor situación para soportarla.*

*A parecida solución práctica, aunque con diferente construcción técnica, se llegó hace tiempo en países europeos de tradición jurídica romana. En Francia, por ejemplo, se solventó la dificultad que entrañaba el principio de “relatividad del contrato”, y sobre todo el de la prueba de la culpa del fabricante, acudiéndose a una interesante interpretación del párrafo primero del artículo 1384 de su Código Civil. En su virtud, se estableció la responsabilidad del fabricante o vendedor como “guardián de la cosa” que viene obligado a la reparación del daño, incluso si demuestra que su causa es desconocida o que no ha incurrido en culpa. Para librarse de responsabilidad ha de probar el caso fortuito, la fuerza mayor o la intervención fe una causa extraña que no le sea imputable.*

**d)** En cuarto lugar, y como contrapartida de las anteriores consideraciones, no debe olvidarse que contribuye a complicar la cuestión la razonable alegación de que el diseño de dotar al consumidor de una adecuada protección no puede llevar tan lejos que se sofoque la iniciativa, el progreso (en definitiva, el desarrollo), como consecuencia de un estado de permanente alarma para fabricantes y comerciantes.

*No deben olvidarse a este respecto los argumentos de fabricantes y aseguradores cuando en Estados Unidos se produjeron las primeras iniciativas jurisprudenciales y legales en el conocido proceso de tutela del consumidor vivido por aquel país. No cabe ignorar, ciertamente, que fabricantes y aseguradores manejaban razones interesadas que en ocasiones eran marcadamente “de cuerpo”, pero tampoco es posible desconocer que alguno de sus argumentos ponían el dedo en la llaga en consideraciones de orden macroeconómico (es decir, de política económica) que un legislador atento a la realidad social y a su futuro no puede desconocer sin incurrir en temeridad o frivolidad.*

**2)** Las dificultades técnicas que acabamos de mencionar se vienen solventando en Europa con fórmulas como las siguientes:

De un lado, la que de una Ley de protección del consumidor se estructure de forma que *queden debidamente diferenciadas las reglas sobre responsabilidad contractual y sobre responsabilidad extracontractual*. Es un ejemplo de esta técnica la

adoptada por la Ley española de 1984, general para la defensa de consumidores y usuarios. Luego tendré oportunidad de exponer cómo se utilizó este criterio.

Una segunda posibilidad es la de que la Ley protectora se *desatienda de esa clásica dicotomía (responsabilidad contractual – responsabilidad extracontractual), formulando criterios de responsabilidad que desplieguen sus efectos con independencia de si entre el empresario y el consumidor ha existido o no una relación contractual*. Es el caso de la Directiva del Consejo de la Comunidad Económica Europea, de 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Por ello, es también la fórmula que adopta la Ley española de trasposición de la mentada Directiva, del 6 de julio de 1994. Luego me referiré a ella, así mismo.

3) No solo eso, sino que precisamente el ámbito de la tutela jurídica del consumidor es el que, junto a otros sectores de la “fenomenología” de los daños en general, ha servido en los últimos tiempos para poner en entredicho, si no la diferencia conceptual entre las dos clases de responsabilidad que nos ocupan, si la ciega aceptación de alguna de las conductas que, como derivadas de aquella dualidad, consideramos en el pasado que eran “dogmas” insuperables.

*Así lo puse de manifiesto en un trabajo anterior<sup>6</sup>. Me refería en aquel lugar a la “difuminación”, de las fronteras entre responsabilidad contractual y extracontractual, advirtiendo que, en concreto en materia de consumo, el desenlace a que se ha llegado consiste en hacer tabla rasa de la distinción entre ambas clases de responsabilidad, de suerte que lo que pasa a primer término es el derecho del consumidora ser indemnizado, sin que juegue para nada (salvo matices) la circunstancia de que la compra se haya realizado al fabricante mismo en el último eslabón de la cadena de distribución.*

*Añadía entonces: “Así ocurrió ya en la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios de 19 de julio de 1984, cuyos artículos 25 a 28 toman como punto de referencia el daño sufrido por el consumo de bienes ola utilización de productos o servicios, que imputa indistintamente a quienes producen, importan, suministran o facilitan aquellos productos o servicios, sin particularidad alguna basada en la naturaleza de la relación entre responsable y víctima. Sólo el artículo 29 introduce un cierto factor de confusión al decir que el consumidor o usuario tiene derecho a una compensación, sobre la cuantía de la indemnización, ‘por los daños contractuales o extracontractuales’, durante el tiempo que transcurra desde la declaración judicial de la responsabilidad hasta su pago efectivo”.*

6 DE ÁNGEL YAGÜEZ, *puesto que ocupa en el Derecho de daños en el Derecho de obligaciones*, en “Estudios de Deusto”, ENERO – JUNIO 1995, página 35. Es el texto ampliado de la ponencia presentada por el autor en el Congreso Internacional sobre la reforma del Derecho contractual y la protección de los consumidores, celebrado en Zaragoza del 15 al 18 de noviembre de 1993.

#### IV. LAS FORMAS EN QUE SE HA ARTICULADO EN EUROPA EL “SISTEMA” JURÍDICO DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

1. Si he entrecomillado en el título de este apartado la palabra “sistema”, es porque, en efecto, el régimen legal de protección del consumidor se ha construido y se viene construyendo en Europa no a través de leyes exclusivamente encaminadas a tal propósito, sino mediante un conjunto de disposiciones legales, del más variado rango normativo, susceptibles de ser consideradas en su conjunto, ciertamente, como un verdadero “sistema”: es decir, como un conjunto de reglas o principios enlazados entre sí en razón a un denominador común: el propósito de hacer que el mercado, y dentro de él el consumo, se acomode a soluciones armónicas, por las que quien adquiere bienes o utiliza servicios no sufra las consecuencias de la natural desigualdad en que se encuentra respecto al empresario que los suministra o presta.

Describiré a continuación cómo se ha articulado ese régimen tuitivo del consumidor.

2. En primer lugar, son muchas las disposiciones legales que, sin tener como objetivo *primario* el de la protección del consumidor, han introducido criterios o reglas que, a modo de *efecto secundario o indirecto*, dispensan de hecho esa tutela.

Por citar solo unos ejemplos, menciono los siguientes en el Derecho español.

*La Ley de ventas a plazos de bienes muebles*, de 17 de julio de 1965, sentó principios (aunque no muchos) notoriamente movidos por el designio de favorecer a la “parte más débil”, es decir, el comprador. Así, por ejemplo, se establecieron como derechos este último el de desistir del contrato dentro de los tres días siguientes a la entrega de la cosa, el de anticipar el pago del precio (para aliviar la carga financiera que entraña la compra a plazos) y el de alterar la propia cadencia de los plazos por justas causas apreciadas por los Tribunales, tales como desgracias familiares, paro, larga enfermedad y otros infortunios. Todo ello, sin perjuicio de otras medidas no menos considerables (entonces), como la aparentemente insignificante de tenerse que especificar con todo detalle en el contrato el recargo o mayor precio efectivo que el hecho de comprar a plazos entraña.

Constituyó también una novedad en el mismo sentido la *Ley de contrato de seguro*, de 8 de octubre de 1980, con normas que ponían de manifiesto un nuevo “signo de los tiempos”, como las de su artículo 2 y 3.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Estos preceptos dicen así: “Artículo 2. Las distintas modalidades del contrato de seguro, en defecto de

Innegablemente, persigue fines de protección del consumidor, siquiera indirectamente, también la *Ley general de publicidad* de 11 de noviembre de 1988. En la medida en que se enumeran en su artículo 3 las modalidades de publicidad ilícita (cuyo régimen respectivo se contiene en artículos posteriores de la Ley), esta normativa está llamada no sólo a proteger a los empresarios respecto de las prácticas publicitarias ilícitas llevadas a cabo por otros, sino también, como decía, a tutelar el interés del consumidor. Este último suele ser, en definitiva, la víctima última de la publicidad engañosa, desleal, subliminal o contraria a la normativa rectora de la propia de determinados productos o servicios.<sup>8</sup>

Otro tanto cabe decir de la *Ley de 10 de enero de 1991 sobre competencia desleal*. Es patente que una disposición sobre esta materia contempla, entre otros, “el interés privado de los empresarios, el interés colectivo de los consumidores y el propio interés público del Estado al mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado”. Estas son palabras textuales DE LA exposición de Motivos. En ella, más adelante, y con ocasión de la mención del principio constitucional de libertad de empresa, dice que “esta exigencia... se complementa y refuerza por la derivada del principio de protección del consumidor, en su calidad de parte débil de las relaciones típicas de mercado, acogido por el artículo 51 del texto constitucional” y más adelante, a su vez, la propia Exposición de Motivos reitera que la Ley “se hace portadora no sólo de los intereses colectivos del consumo”. Y cita como particularmente ilustrativo al respecto el artículo 19, que atribuye legitimación activa para el ejercicio de las acciones derivadas de la competencia desleal a los consumidores, individual y colectivamente considerados.

---

Ley que les sea aplicable, se regirán por la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo, a no ser que en ellos se disponga otra cosa. No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado.

Artículo 3. Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito.

Las condiciones generales del contrato estarán sometidas a la vigilancia de la Administración pública en los términos previstos por la Ley.

Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato la Administración pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas”.

8 La Exposición de Motivos de esta Ley hace explícita alusión a los “intereses implicados”, advirtiendo que merece especial atención el “interés general”. A todas luces, este último es el de los potenciales consumidores.



En su último pasaje, la misma Exposición de Motivos declara que el legislador es consciente de que la materia de “competencia desleal” se haya muy próxima a las materias de “comercio interior” y de “tutela del consumidor”, invocando de nuevo la “necesidad de reforzar la posición del consumidor como parte débil de las relaciones típicas del mercado”.

3. En segundo término, se halla el que podríamos denominar “bloque normativo básico” en materia de defensa del consumidor. Es lo que, aludiendo el título de mi intervención, podría considerarse el genuino “estatuto del consumidor” en Europa.

A este respecto, y sin perjuicios de las particulares alusiones que luego haré a alguno de los cuerpos normativos que ahora cito, procede reseñar las disposiciones legales fundamentales en la materia. Adopto para ello un orden preferentemente cronológico, sin distinguir, como corresponde, entre leyes españolas en sentido restricto (las que antes he denominado “privativas”) y cuerpos legales emanados de los órganos de la hoy Unión Europea.

Abrió el camino en nuestro país la *Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, de 19 de julio de 1984*. Se acompaña su texto como anexo 1 de la presente aportación<sup>9</sup>. En esta Ley se establecieron las líneas generales de un sistema arbitral de consumo, que luego fue regulado en detalle por el Real Decreto de 3 de mayo de 1993.

Constituyó un hito particularmente significativo en toda esta materia La Directiva del Consejo CEE 85/374, de 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*. Es lo comúnmente conocemos como “Directiva sobre productos defectuosos”, que se acompaña a este trabajo como anexo 2.

Como transposición (por cierto muy tardía) de la Directiva que acabo de mencionar al derecho español, se promulgó en nuestro país la Ley de 6 de julio de 1994, sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos. Se acompaña su texto a esta ponencia como anexo 3.

9 En desarrollo parcial de esta Ley, se dictó el Real Decreto de 8 de marzo de 1991, por el que se aprueba el catálogo de productos, bienes y servicios a determinados efectos de dicha ley.

La Directiva del Consejo CEE 85/577 de 20 de diciembre de 1985, versó sobre la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles.

La trasposición al Derecho Español se llevó a cabo mediante Ley 21 de noviembre de 1991, del mismo nombre. La Exposición de Motivos de esta Ley española revela a las claras la finalidad específicamente tuitiva del consumidor que perseguía la Directiva y, en consecuencia, nuestra propia Ley. Dice al respecto: “*La Directiva establece un conjunto de medidas de protección al consumidor por entender que, en los contratos que se celebren fuera del establecimiento del comerciante, concurren circunstancias de iniciativa de éste y de imposibilidad de comparación de la calidad y el precio de la oferta que pueden determinar la existencia de prácticas comerciales abusivas*”.<sup>10</sup>

El 22 de diciembre de 1986 se promulgó la Directiva del Consejo de la CEE 87/102, *relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo*, modificada por la Directiva del Consejo de la CEE 90/88, de 22 de febrero de 1990.

Esta última Directiva fue objetivo de transposición al derecho español mediante nuestra *Ley de 23 de marzo de 1995, sobre crédito al consumo*. Se acompaña el texto de esta Ley como anexo 4.

*La Directiva del Consejo de la CEE 93/13, de 5 de abril de 1993, tuvo por objeto las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*. Se acompaña como anexo 5.

Esta Directiva está en curso de transposición al derecho español, a cuyo fin el Gobierno ha remitido hace muy poco a las Cortes un Proyecto de Ley cuyo nombre hasta ahora es de *Condiciones Generales de la Contratación*. No obstante, a pesar de esta denominación, el Proyecto (por medio de una disposición adicional) introduce en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios – la antes citada de 1984 – las modificaciones oportunas para dar cabida en ella al régimen aplicable a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. Tendremos oportunidad de desarrollar este extremo más adelan-

10 La propia Exposición de Motivos sintetiza los instrumentos que en efecto adoptan tanto la Directiva como la Ley española. Se manifiesta en ese lugar: “*La Ley, de acuerdo con el contenido de la Directiva, define los supuestos contractuales en los que concurren las circunstancias que justifican la protección que el texto legal establece. Dicha protección se articula, por un lado, mediante la exigencia formal de la documentación del contrato o de la oferta contractual con la consecuencia obligada de reconocer al consumidor acción para anular los contratos que se celebren obviando dicho requisito y, por otro, mediante el reconocimiento del derecho del consumidor a revocar el consentimiento prestado*”.

te (con el detalle que justifica un texto legal de tanta importancia), acompañando además como anexo 6 de este trabajo el texto del citado Proyecto de Ley. Y como anexos 6 y 7 se unen los textos respectivamente, de dos propuestas o borradores de Anteproyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación, elaborados hace unos años y ahora parece que superados por el Proyecto de Ley que vengo citando.

La Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, regula la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (el conocido en el mundo anglosajón como “*time sharing*”).

La transposición al derecho español de esta Directiva parece que va a llevarse a cabo muy pronto, puesto que recientemente se ha publicado el correspondiente *proyecto de ley sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles*.<sup>11</sup> Se acompaña a este trabajo el texto de este Proyecto de Ley, como anexo número 9.<sup>12</sup>

Por fin, aunque las menciones que hago no tienen propósitos de exhaustividad, no puede dejar de mencionarse la *Directiva 92/59 del Consejo, de 29 de junio de 1992, relativa a la seguridad general de los productos*.

*De esta directiva, cuyos sucesivos Títulos versan sobre “Objetivos, Ámbito de aplicación. Definiciones”. Obligación general de seguridad”. Obligaciones y Poderes de los Estados miembros”. “Notificación e intercambio de información”, “Situaciones de emergencia e intervenciones a escala comunitaria” y “Disposiciones varias y finales” (en total, 19 artículos), extraigo lo más interesante a nuestros efectos, que son los artículos 1º, 3º y 4º, cuyos respectivos textos transcribo a continuación:*

*“Artículo 1º. 1. Las disposiciones de la presente Directiva están destinadas a garantizar que los productos puestos en el mercado sean seguros.*

*2. Las disposiciones de la presente Directiva se aplicarán en la medida en que no existan, en el marco de normativas comunitarias, disposiciones específicas que regulen la seguridad de los productos correspondientes.*

*En particular cuando una normativa comunitaria específica incluya disposiciones por lo que establezcan los requisitos de seguridad para los productos que regula, en ningún caso se aplicarán las disposiciones de los artículos 2 a 4 de la presente Directiva.*

<sup>11</sup> Boletín General de las Cortes Generales de 16 de septiembre de 1997.

<sup>12</sup> Lo tomo de “Boletín del Código de Registradores de España. Información Jurídica”, septiembre – octubre 1997, páginas 2633 y siguientes.

*Cuando una normativa comunitaria específica contenga disposiciones por las que sólo se regulen determinados aspectos de la seguridad o categorías de riesgos de los productos de que se trate, serán dichas disposiciones las que se aplicarán en relación con los respectivos aspectos de seguridad o riesgos”.*

*“Artículo 3º. Los productores tendrán la obligación de comercializar únicamente productos seguros.*

*2. Dentro de los límites de sus actividades respectivas, los productores están obligados a:*

*Proporcionar al consumidor la información adecuada que le permita evaluar los riesgos inherentes a un producto durante su período de utilización normal o razonablemente previsible cuando éstos no sean inmediatamente perceptibles sin avisos adecuados a fin de que pueda precaverse de dichos riesgos.*

*Entre las medidas que deben adoptarse para controlar los productos figurarán, por ejemplo, siempre que sea apropiado, el marcado de los productos o del lote de productos de forma que sea posible identificarlos, la realización de pruebas de muestreo entre los productos comercializados, el estudio de las reclamaciones presentadas y la información de los distribuidores acerca de dicho control.*

*3. Los distribuidores deberán actuar con diligencia para contribuir al cumplimiento de la obligación general de seguridad; en particular se abstendrán de suministrar productos cuando sepan o debieran conocer, sobre la base de los elementos de información que posean y en tanto que profesionales, que los mismos no cumplen con dicha obligación. En especial, dentro de los límites de sus actividades respectivas, deberán participar en la vigilancia de la seguridad de los productos comercializados, en concreto mediante la transmisión de información sobre los riesgos que presenten los productos y la colaboración en las actuaciones emprendidas para evitar dichos riesgos”.*

*“Artículo 4º. 1. Cuando no existan disposiciones comunitarias específicas que regulen la seguridad del producto en cuestión, se considerará seguro un producto cuando sea conforme con las normativas nacionales específicas del Estado miembro en cuyo territorio esté en circulación el producto, establecido respetando el Tratado y, en particular, de sus artículos 30 y 36, y que fijan los requisitos sobre sanidad y seguridad que debe cumplir el producto para poder comercializarse.*

*2. Cuando no existan las normativas específicas que se mencionan en el apartado 1, la conformidad del producto con el requisito general de seguridad se establecerá teniendo en cuenta las normas nacionales no obligatorias que recojan una norma europea o, si existieren, las especificaciones técnicas comunitarias o, a falta de éstas, las normas técnicas establecidas en el Estado miembro en el que esté en circulación el producto, los códigos de buena conducta en materia de sanidad y seguridad vigentes en el sector correspondiente o*

*bien teniendo en cuenta la situación de la práctica y de la técnica, así como la seguridad que razonablemente los consumidores pueden esperar.*

*3. La conformidad de un producto con las normas mencionadas en los apartados 1 o 2 no impedirá que las autoridades competentes de los Estados miembros puedan adoptar las medidas oportunas para restringir la comercialización de un producto o solicitar su retirada del mercado si, a pesar de dicha conformidad, resulta peligroso para la salud y la seguridad de los consumidores”.*

También es menester señalar que alguna Directiva en materia de protección del consumidor no ha alcanzado éxito todavía. Es el caso, a que antes me refería, de la *propuesta de Directiva sobre la responsabilidad por servicios defectuosos*. Se acompaña su texto como anexo número 10.

Tomó de GÓMEZ CALERO<sup>13</sup> la síntesis que este autor hace del régimen de responsabilidad que preveía la propuesta:

*“Los artículos dedicados a la ‘responsabilidad’ son los que contienen las normas más significativas, a saber: a) Se declara como ‘principio’ que el prestador de servicios será responsable del daño causado por su culpa a la salud y a la integridad física de las personas o la integridad física de los bienes; la carga de la prueba de la ausencia de culpa incumbe al prestador de servicio; la mera existencia o posibilidad de un servicio más perfeccionado no constituirá de por sí culpa (artículo 1); b) La víctima deberá demostrar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y la prestación del servicio (artículo 5); c) La responsabilidad no disminuye por la participación de un tercero en el acto lesivo; pero puede reducirse e incluso anularse si concurre culpa de la víctima (artículo 6); d) No se admiten cláusulas de limitación o exclusión de la responsabilidad (artículo 7); e) La obligación de indemnizar tiene carácter solidario cuando varias personas son responsables del mismo daño o en caso de ‘acuerdos de franquicia’ (artículo 8); y f) Se prevé un plazo de cinco años para la extinción de los derechos de los perjudicados y un plazo de tres años para la prescripción de la acción de resarcimiento; ambos son ampliables si se trata de proyecto o construcción de edificios (artículos 9 y 10)”.*

El mismo autor resume de la siguiente forma las notas que caracterizaron la propuesta de Directiva. Dice:

*“Dos notas relevantes caracterizan a esta propuesta...; que son: a) La responsabilidad del empresario de servicios no es objetivo, sino que se trata de una responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba; b) Este principio viene condicionado por la existencia de una extremada diligencia al prestador de servicios, que está obligado a garantizar, en condiciones normales y razonablemente previsibles, la seguridad que cabe esperara legítimamente del servicio”.*

13 GÓMEZ CALERO, *Responsabilidad civil por productos defectuosos*, Madrid, 1996, páginas 32 – 33.

Ahora, bien, lo cierto es que el 15 de enero de 1991 el Consejo de las Comunidades Europeas decidió consultar al Comité Económico y Social sobre la propuesta que nos ocupa. Este Comité rechazó el texto de la propuesta de Directiva, aduciendo entre otras cosas que su texto no responde a los deseos de los consumidores, que la propuesta no va encaminada a mejorar la relación entre clientes y profesionales prestadores de servicios y que perjudica las legítimas aspiraciones de los consumidores en materia de investigación, experiencias y riesgos en los ámbitos del Derecho, la construcción y la salud.

Por todo ello, la propuesta de Directiva en cuestión se halla hoy “en suspenso”, en espera de una eventual consideración de sus líneas maestras.

4. Por fin, una tercera “técnica” de protección del consumidor en Europa es la constituida por lo que podríamos llamar genéricamente la “acción administrativa de control”.

Me refiero, claro está, a la actividad de la Administración **pública reglamentando determinados sectores de actividad empresarial, para asegurarse de la rectitud de su desempeño y de sus resultados.**

Estamos en presencia de una legislación abundantísima en la que cualquier intento de enumeración exhaustiva es casi inútil.

Tanto normas comunitarias como disposiciones legales de cada Estado (en concreto del español) llegan a regular hasta los más insignificantes detalles de la actividad empresarial en determinados sectores, para procurar – como decía – un desarrollo de la misma ajustado a la tutela del consumidor y a evitar a éste muchos de los problemas que sin esa intervención administrativa se han venido dando en el pasado, a veces con casos constitutivos de auténticos de auténticos “escándalos”.

Desde la actividad de las empresas de banca y crédito, hasta las de transportes, pasando por los seguros y otras muchas más, son objeto de esta acción reglamentadora de la Administración. En materia de productos, las reglas más minuciosas que uno puede suponer se hallan en la legislación europea. La fabricación de alimentos, de bebidas, de juguetes, de conservas, de electrodomésticos, de ascensores, de productos farmacéuticos, de insecticidas, de vehículos, de productos químicos, de productos pirotécnicos, de tabaco, etc., por citar sólo algunos ejemplos, se halla sometida a una férrea normativa administrativa, de ordinario seguida de un sistema de control por parte de las autoridades y de

un régimen de sanciones. Todo ello, como decía, con el propósito de garantizar la bondad de los servicios y de los productos, evidentemente en protección del “interés general”; que, en definitiva, es el del consumidor.

Como señalaba antes, no es posible, ni ahora adecuada, la enumeración exhaustiva de las normas legales (casi siempre reglamentarias) que constituyen esta tercera manifestación del “sistema” de protección al consumidor.

Pero, aunque sólo sea a modo de ejemplos, cabe citar algunas de ellas.

La *Ley de 29 de julio de 1988 sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito*, establece, como indica su nombre, un control – desde luego severo – de las actividades bancarias en sentido amplio.

La *Ley de 30 de julio de 1987, de ordenación de los transportes terrestres*, constituye la base de una profusa normativa reglamentaria para gobernar este sector.

En materia de seguros, procede la cita de la *Ley de 8 de noviembre de 1995, de ordenación y supervisión de seguros privados*, llamada a sentar los principios en el “control” de la actividad de las empresas de este sector, actividad tan particularmente apta para poner en peligro los intereses del “contratante débil” que es el consumidor (asegurado).

He citado sectores de “servicios” de particular importancia. Pero hay otros mucho más sometidos a la “disciplina administrativa”. Por ejemplo, servicios de hostelería en sentido amplio, servicios de hostelería en sentido amplio, servicios de agencias de viajes, los de educación, los sanitarios, los de reparación de vehículos, los de tarjetas de pago o tarjetas de crédito, etc., son también casos significativos de presencia de la Administración pública en lo que nos viene ocupando.

Desde luego, hablo de Administración en el sentido más amplio posible, que va desde la propia de la Unión Europea hasta la municipal, pasando, en España, por la Administración Central del Estado y por la de las Comunidades Autónomas, esto último en virtud del peculiar régimen de autonomías establecido en nuestra Constitución de 1978.

## **V. LA LEY (ESPAÑOLA) GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS DE 19 DE JULIO DE 1984**

Me ocupo ahora brevemente de la Ley precursora en esta materia en Derecho español.

1. La Ley a que me refiero fue producto, desde luego, de una inquietud doctrinal en materia de protección del consumidor, compartida por los poderes públicos. Pero parece claro que el detonante de su promulgación fue un conocido caso (en verdad, un escándalo) que conmocionó a la opinión pública española. Fue el llamado “*caso del aceite de colza*” consistente en pocas palabras en que muchísimas personas sufrieron intoxicaciones (con no pocos fallecimientos) como consecuencia de haber ingerido aceite desnaturalizado, parece que destinado a usos industriales.

*Sin perjuicio de lo que enseguida diré sobre los rasgos generales de esta Ley, procede destacar desde ahora que se encuentra derogada en lo que se refiere a la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, en virtud de la muy posterior promulgación de la Ley de este último nombre, de 6 de julio de 1994 que luego mencionaré también.*

Aunque la ley española de 1984 alcanzaba a la tutela del consumidor en cuanto a productos y servicios, la Ley de 1994, como consecuencia de ser adaptación o trasposición al derecho español de la Directiva comunitaria sobre productos de 25 de julio de 1985, declaró en su disposición adicional primera que los artículos 25 a 28 de la Ley de 1984 no serían aplicables y a la responsabilidad civil por daños causados por los productos defectuosos definidos en el artículo 2 de la propia Ley de 1994.

Dicho de otro modo, la Ley a que ahora aludo (la de 1984) sólo es aplicable, en esos artículos 25 a 28 (los que tratan sobre responsabilidad) al caso de los servicios defectuosos y a los productos no incluidos en la Ley de 1994<sup>14</sup>.

Quiere decir que la Ley tiene todavía un amplio ámbito, dándose la particularidad de que los daños derivados de servicios si han sido objeto de regulación genérica en derecho español (precisamente en esta Ley), aunque no en el régimen comunitario. Me remito a la ya descrita frustración de la propuesta de Directiva sobre esta última materia.

En esta Ley, nutrida de disposiciones que podríamos denominar “de carácter administrativo” (en la medida en que afectan a la acción de la Administración pública en materia de consumo), conviene distinguir, desde un punto de vista de Derecho privado estricto, entre la regulación calificable como “contractual” y la relativa a la “responsabilidad” por servicios o productos defectuosos.

14 Me remito a lo que luego se dirá sobre el concepto de “producto” en el artículo 2 de la Ley de 1994 en cuestión



La primera de esas dos materias se halla en el Capítulo III, bajo la equívoca rúbrica de “protección de los intereses económicos y sociales”. En realidad, se trata de normas sobre relaciones contractuales entre empresario y consumidor, con mención preferente de las cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios (me refiero sobre todo al artículo 10).

Por lo que respecta a la “responsabilidad” en sentido amplio, es materia regulada en el Capítulo VIII, bajo la rúbrica de “Garantías y responsabilidades” (artículo 25 a 31).

A continuación expongo los rasgos principales de la disposición legal en que nos encontramos.

### **1. Campo de aplicación de la Ley**

La Ley española tiene como objeto la protección del consumidor en todos sus aspectos. De forma que la introducción de un nuevo régimen de responsabilidad civil por daños del producto es sólo uno de los instrumentos que la Ley establece dentro de aquel objetivo más amplio.

El concepto de consumidor o usuario se formula con gran amplitud, al decirse que los son “las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”, artículo 1º. 2.

La expresión “destinatarios finales” pone de relieve que la protección legal se endereza a favor del consumidor o usuario en última instancia, no de quienes profesionalmente adquieren o utilizan bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de terceros. Por ejemplo, podrá ampararse en sus preceptos quien adquiere en una tienda una caja de galletas en mal estado, pero no el comerciante que ha comprado al fabricante o mayorista una partida de cajas para la venta en su establecimiento.

## 2. Régimen de responsabilidad por productos o servicios

La Ley establece en su artículo 25 un principio que, a primera vista, parece consagrar la responsabilidad objetiva plena por la que la doctrina llama “puesta en el mercado de un producto defectuoso”, pues dice que *“el consumidor y el usuario tienen derecho a ser indemnizados por daños y perjuicios demostrados que el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios les irroguen, salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva o por una de las personas de las que deban responder civilmente”*.

Pero esta norma exige los matices que derivan de los artículos 26 y 28.

2.1 El artículo 26 se acoge al sistema tradicional de responsabilidad, en el sentido de que se responde *cuando hay alguna culpa* del daño producido.

Dice el precepto que las acciones u omisiones de quienes producen, importan, suministran o facilitan productos o servicios determinantes de daños o perjuicios a consumidores o usuarios darán lugar la responsabilidad de aquellos, *a menos que conste o se acredite que han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exija la naturaleza del producto, servicio o actividad*.

*En rigor, esta regla no introdujo ninguna novedad especial respecto a la práctica judicial actual, pues determina:*

a) *Que se responde sólo si hay culpa por acción u omisión.*

b) *Se invierte la carga de la prueba, extremo que, aunque muy grave en la práctica para los empresarios, pues la demostración del buen hacer no suele ser fácil, ya había sido establecido por nuestros Tribunales en la aplicación del artículo 1902 del Código civil.*

c) *No se contenta la Ley con que el empresario demuestre haber cumplido las prescripciones reglamentarias, sin duda porque es consciente de que éstas son muy incompletas en muchos sectores de producción y de los servicios, sino que exige la prueba de haber cumplido la diligencia propia de la naturaleza de cada bien o servicio, lo que llevará a un inevitable casuismo en los pleitos. Pero también este criterio hace años que está introducido por el Tribunal Supremo.*

*No es preciso decir que para resolver sobre este extremo de la eventual culpa del empresario, el juez lleva a cabo una actividad de comparación entre el modo de proceder que acredite el demandado y el que se pruebe como razonablemente exigible, a la luz de una prueba pericial. El límite del deber de responder se hallaría en una diligencia exorbitante, fuera de lo común y próxima a la imposibilidad de ponerse en práctica.*

2.2 Es el artículo 28 el que establece la verdadera novedad en esta materia al introducir lo *que para unos es una responsabilidad objetiva, plena y otros llaman responsabilidad por riesgo creado*, es decir, lo que se asume por el solo hecho de poner en el mercado bienes o servicios susceptibles por su naturaleza de ser causa de peligro.

En efecto, su apartado dispone que se responderá de los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios, cuando por su *propia naturaleza o estar así reglamentariamente establecido*, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario. Añadiendo el apartado 2 que en todo caso, están sometidos a esta forma de responsabilidad los productos alimenticios, los de higiene y limpieza, cosméticos, especialidades y productos farmacéuticos, servicios sanitarios, de gas y electricidad, electrodomésticos y ascensores, medios de transporte, vehículos a motor y juguetes y productos dirigidos a los niños.

Es claro que el criterio de imputación de responsabilidad es el mero hecho de que el consumidor sufra el daño, sin que juzgue para nada el que haya mediado negligencia o no del fabricante o comerciante. En una palabra, el consumidor sólo debe probar el daño y que éste es consecuencia del bien o servicio de que se trate en cada hipótesis.

*Para estos casos de responsabilidad objetiva o por riesgo existe un paliativo en la Ley, por cuanto las responsabilidades por este concepto tendrán un límite de 500 millones de pesetas, revisable por el Gobierno. Pero es evidente que para los sectores afectados se impone la fórmula del seguro de estos riesgos, sin perjuicio de que sea aconsejable o incluso necesaria en los demás productos o servicios.*

2.3 La Ley española no prevé el caso de concurrencia de culpa con la víctima, como sería la hipótesis de un producto defectuoso y que además se utiliza indebidamente por el consumidor.

*Los daños indemnizables, a la luz de la generalidad del artículo 25, serán los de todo orden*, es decir, tanto materiales como personales, y dentro de éstos los de carácter moral.

2.4 Es importante señalar que el artículo 2º 3 de la Ley declara nula la renuncia de los derechos que ella establece a favor de los consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes o servicios.

Además, el artículo 10, en su apartado 1, excluye los siguientes posibles elementos de defensa previa del empresario:

a) *Las limitaciones absolutas de responsabilidad* y las relativas a utilidad o finalidad esencial del producto o servicio.

Este texto, interpretado literalmente, parece dar cabida a la cláusula de limitación parcial o disminución de responsabilidad.

b) *La inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario.*

c) *La imposición de renunciaciones a los derechos del consumidor y usuario* reconocidos en la Ley. Lo que es una reiteración de la norma antes citada del artículo 2º 3.

Por otro lado, en ningún caso responde el fabricante o comerciante *cuando el daño sea culpa exclusiva de la víctima* (artículo 25) o cuando suceda *fuera de las normas del “correcto uso y consumo”* de los bienes o servicios (artículo 28).

### 3. Las vías de indemnización

El instrumento fundamental de resarcimiento del consumidor o usuario dañado por un producto defectuoso es, naturalmente, la acción judicial de que aquél se halla dotado frente a quien o a quienes están sujetos al deber de indemnizar, que luego identificaremos.

La regla general, por tanto, y salvadas las particularidades en cuanto a la extensión del concepto de sujeto responsable y régimen de responsabilidad agravada o “por riesgo creado”, a que me he referido, es la genérica que obliga a responder por daño contractual o extracontractual según el Código civil. *Daño contractual* es el que puede invocar quien está vinculado por un contrato con el causante directo del daño. *Daño extracontractual* existe cuando entre el sujeto responsable y el consumidor perjudicado no ha mediado contrato alguno.

Una particularidad de la Ley en cuanto a legitimación para demandar judicialmente es la de que ostentan acción las asociaciones de consumidores y usuarios, que podrán “representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones de defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios” (artículo 20.1)

Por otro lado, el artículo 29 establece un instrumento de reparación por causa de la duración del eventual pleito derivado de esta responsabilidad de productos, al decir que el consumidor o usuario tiene derecho a una compensación, sobre la

cuantía de la indemnización, *por los daños contractuales y extracontractuales durante el tiempo que transcurra desde la declaración judicial de responsabilidad hasta su pago efectivo*. Pero según el apartado 2 de dicho artículo, parece que esa reparación es la general de pago de intereses a cargo del condenado a indemnizar, desde que recayó la primera sentencia que estableció su condena.

Dentro de este capítulo, merece señalarse que el artículo 31 prevé un sistema de resolución de conflictos que evite la necesidad de acudir a los Tribunales. En efecto, se dispone que el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios, siempre que no concurra intoxicación, lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delito, sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial, de acuerdo el artículo 24 de la Constitución. Los órganos de arbitraje estarán integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias. Como es obvio, el sometimiento a este arbitraje será voluntario, exigiendo la Ley el requisito de que dicho sometimiento conste por escrito (apartado 2).

#### **4. Responsabilidad solidaria**

El artículo 27.2 de la Ley dispone que *“si a la producción de daños concurrieren varias personas, responderán solidariamente ante los perjudicados”*.

El mismo precepto de Ley añade, por otra parte, que en estos casos de responsabilidad solidaria *“el que pagare al perjudicado tendrá derecho a repetir de los otros responsables, según su participación en la causación de los daños”*.

#### **5. El seguro obligatorio**

Como es sabido, cuando una ley establece la fórmula de la responsabilidad objetiva, es habitual que sea la propia ley la que establezca el adecuado instrumento de atenuación de las consecuencias de dicha fórmula. *Y este instrumento es de ordinario el seguro obligatorio*, por cuya virtud el eventual responsable traslada a la aseguradora las en buena medida extraordinarias consecuencias de su actuación.

Pues bien, siguiendo la línea de lo que ha ocurrido en otros sectores de la actividad en que se ha establecido este fórmula de responsabilidad (automóvil, navegación aérea, caza, etc.), el artículo 30 de la ley que nos ocupa dice que el

Gobierno, adoptará las medidas o iniciativas necesarias para establecer un sistema obligatorio de seguro y fondo de garantía que cubran, para sectores determinados los riesgos de intoxicación, lesión o muerte derivados del mal estado de los productos, servicios o actividades a que se refiere el artículo 28.

## **VI. LA DIRECTIVA EUROPEA SOBRE RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS Y LA LEY ESPAÑOLA SOBRE LA MISMA MATERIA**

El 25 de julio de 1985, el Consejo de las Comunidades Europeas promulgó una “directiva” sobre “aproximación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por el hecho de los productos defectuosos”.

Responde esta disposición a la necesidad de acomodar las legislaciones internas de cada Estado miembro a unos principios – los contenidos en la propia Directiva – uniformes y homogéneos a cuyo fin (como corresponde a una norma de esta naturaleza se establece en su artículo 19 que los Estados promulgarán en un plazo de tres años a partir del 30 de julio de 1985 las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para llevar a cabo dicha acomodación.

De la Directiva conviene destacar los siguientes extremos:

El artículo 1º, formula la regla básica de que *“el productor es responsable del daño causado por un defecto de su producto”*.

Por “producto” se entiende todo bien mueble, con excepción de las materias primas agrícolas y los productos de caza, aunque se haya incorporado a otro bien mueble o a un inmueble. Se incluye la electricidad. (Artículo 2º).

El artículo 14 precisa que la Directiva no se aplica a los daños resultantes de accidentes nucleares y que estén cubiertos por convenios internacionales ratificados por los Estados miembros.

Siempre a los efectos de la Directiva, por “productor” se entiende el fabricante de un producto determinado, el productor de una materia prima o el fabricante de un elemento componente, así como todo aquel que se presente como productor poniendo su nombre, su marca u otro signo distintivo. (Artículo 3º).

El mismo artículo 3º dispone que, sin perjuicio de la responsabilidad del productor, toda persona que importe un producto en la Comunidad, sea por compraventa arrendamiento, leasing u otra forma de distribución en el marco de una actividad comercial, se considera productor y responde por el mismo título que éste. Se trata esta de una norma muy digna de tenerse en cuenta, por su extraordinario alcance. Y añade el mismo artículo que si el productor no puede ser identificado, el suministrador será considerado como tal, a menos que indique a la víctima, en un plazo razonable, la identidad del productor o de quien le ha suministrado a él mismo el producto. Esta regla se aplica al producto importado, si no se indica la identidad del importador, aunque se señale la identidad del productor.

Está claro que las anteriores normas tiene la finalidad de proteger al consumidor permitiéndole saber contra quién al menos puede reclamar y haciéndole posible demandar judicialmente dentro de la Comunidad.

La víctima del daño debe probarlo, así como el defecto del producto y la relación de causalidad entre uno y otro (Artículo 4º).

En el caso de que varias personas sean responsables del mismo daño, su responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las disposiciones del Derecho nacional, relativas al reembolso. (Artículo 5º)

El apartado 1 del artículo 6º determina que un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que de él se pueda legítimamente esperar teniendo en cuenta las circunstancias y sobre todo la presentación del producto, el uso que del producto pueda esperarse razonablemente y el momento de puesta en circulación del mismo.

Y el apartado 2 puntualiza que un producto no puede ser considerado como defectuoso por el solo hecho de que otro más perfeccionado haya sido puesto en circulación con posterioridad.

De acuerdo con el artículo 7º el productor no responde si prueba: a) que el no puso en circulación el producto; b) que, teniendo en cuenta las circunstancias, debe estimarse que el defecto que causó el daño no existía en el momento en que se puso el producto en circulación o que se originó con posterioridad; c) que el producto no ha sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con fines económicos, y que no lo fabricó ni distribuyó en el marco de su actividad profesional; d) que el

defecto se ha debido a la conformidad del producto con reglas imperativas dictadas por los poderes públicos; e) que el estado de los conocimientos científicos y técnicos en el momento de la puesta en circulación del producto por él – productor - no le permitía descubrir la existencia del defecto; f) si se trata del fabricante de un elemento componente de un producto, que el defecto es imputable a la concepción del producto mismo del que ese elemento forma parte, o a las instrucciones dadas por el fabricante del producto (terminado).

El artículo 8 advierte que, sin perjuicio de las disposiciones de las leyes de cada Estado sobre el derecho a resarcirse o ser reembolsado, la responsabilidad del productor no se reduce cuando el daño es causado conjuntamente por defecto del producto y por la intervención de un tercero, añadiéndose, sin embargo, en el apartado 2 del mismo artículo, que la responsabilidad del productor puede ser reducida o suprimida, en atención a las circunstancias, cuando el daño es causado conjuntamente por un defecto del producto y por culpa de la víctima o de persona de la que la víctima debe responder.

La Directiva entiende por “daño” la muerte o lesiones corporales, así como el causado a una cosa o a su destrucción – distinta de la del producto defectuoso mismo – con una deducción por franquicia de 500 ecus (unidad de cuenta de la Comunidad), siempre que la cosa en cuestión sea de un tipo normalmente destinado al uso o al consumo privados y haya sido utilizada por la víctima principalmente en esas funciones de uso y consumo.

Se deja a salvo el derecho de cada Estado en punto a daños inmateriales, esto es, daños morales (todo ello, en el artículo 9º).

Se establece como plazo de prescripción el de 3 años a contar del momento en que el demandante (el perjudicado) tuvo o debió tener conocimiento del daño, del defecto del producto y de la identidad del productor. Y se deja el Derecho de cada Estado lo correspondiente a la suspensión e interrupción de la prescripción (Artículo 10).

El artículo 11 establece que los Estados miembros dispondrán en su legislación que los derechos otorgados a la víctima duran hasta la expiración del plazo de diez años a contar de la fecha en que se puso en circulación el producto, salvo que en ese plazo se haya entablado reclamación judicial por la víctima.



Para evitar abusos por parte de los productores, se dispone que la responsabilidad éstos no puede ser limitada o excluida, por cláusulas limitativas o de excepción de tal responsabilidad (artículo 12).

Por fin el artículo 13 advierte que la Directiva no afecta a los derechos de que la víctima pueda hacer uso por vía responsabilidad contractual o extracontractual o a causa de un régimen especial de responsabilidad que exista en el momento en que la Directiva misma se notifique a cada Estado. Piénsese, por ejemplo, en que hay países en que existen reglas especiales sobre daños por productos farmacéuticos, los derivados de la construcción, etc.

## **2. La Ley española de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos**

El 6 de julio de 1994 se promulgó en España la *Ley de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*.

Esta Ley tuvo por objeto la adaptación del Derecho español a la Directiva sobre la materia de la entonces Comunidad Económica Europea, de 25 de julio de 1985. Se promulgó con un considerable retraso respecto al plazo de tres años que al efecto había establecido la norma comunitaria y su redacción fue objeto de un largo y complejo proceso de elaboración, debido en buena parte a las discrepancias doctrinales planteadas al respecto.

La Ley, como corresponde a su naturaleza, recoge los principios y criterios de la Directiva comunitaria, que luego mencionaré.

Considero oportuno resumir los principales rasgos de la Ley en cuestión. Pueden formularse así:

1. Se instaura un régimen de *responsabilidad objetiva, aunque no absoluta*, como puntualiza la exposición de motivos de la Ley.

Es responsabilidad objetiva, porque el fabricante responde – como establece el artículo 1 – de los daños causados por los defectos de los productos que fabrique. No hay alguna alusión a la *culpa*, lo que significa que el criterio de imputación no es ella, sino la efectiva producción del daño.

No obstante la responsabilidad objetiva no es *absoluta*, porque el fabricante se ve exonerado de responsabilidad si prueba cualquiera de las circunstancias del artículo 6, esto es:

- a) Que no había puesto en circulación el producto.
  - b) Que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto.
  - c) Que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial.
  - d) Que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes.
- Y por fin, e) que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto. Esta última causa de exoneración de responsabilidad, sin embargo, no es aplicable en el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano.

He de señalar que hasta ahora, para simplificar, me he referido exclusivamente al fabricante (como lo haré de ahora en adelante), pero no sin dejar de advertir que el “principio general” del artículo 1 de la Ley *incluye a los fabricantes y a los importadores*.

El apartado 2 del mismo artículo dice que se entiende por importador quien, en el ejercicio de su actividad empresarial, introduce un producto en la Unión Europea para su venta, arrendamiento, arrendamiento financiero o cualquier otra forma de distribución.

Pero, como decía antes, en mi exposición utilizaré normalmente la sola expresión de “el fabricante”.

2. Otra particularidad de la Ley consiste en la delimitación de su “ámbito de protección”, puesto que el régimen de responsabilidad previsto en la misma comprende los *supuestos de muerte y las lesiones corporales, así como los daños causados en cosas distintas del propio producto defectuoso*, siempre que la cosa dañada se halle objetivamente destinada al uso o consumo privados y en tal concepto haya sido utilizada principalmente por el perjudicado.

3. Las personas responsables del mismo daño por aplicación de la presente Ley *lo serán solidariamente* (artículo 7)

4. Según el artículo 8, *la responsabilidad del fabricante o importador no se reducirá cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del producto y por la intervención de un tercero.*

5. Sin embargo, *la culpa del perjudicado (o de una persona de la que éste deba responder civilmente) puede ser causa de exención o reducción de la responsabilidad del fabricante, si el daño causado fuera debido conjuntamente a un defecto del producto y aquella culpa (artículo 9).*

6. Otra regla digna de mención es la del artículo 15, por cuya virtud *las acciones reconocidas en la Ley no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener como consecuencia de la responsabilidad contractual o extracontractual del fabricante.*

7. Se establece, para la descripción de la acción de reparación de los daños y perjuicios previstos en la Ley, un plazo hasta ahora desconocido en el derecho español, es decir, *el tres años*, inferior al común de la responsabilidad contractual (quince años) y superior al de la responsabilidad extracontractual (un año).

8. Conforme al artículo 14, *son ineficaces frente al perjudicado las cláusulas de exoneración o de limitación de la responsabilidad civil prevista en la Ley.*

9. Todo ello, por otra parte, sobre del ámbito objetivo de tutela que viene dado por el artículo 2, al definir el “concepto legal del producto”. Se dice en ese lugar que, *a los efectos de esta Ley, se entiende por producto todo bien mueble, aun cuando se encuentre unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, excepto las materias primas agrarias y ganaderas y los productos de la caza y de la pesca que no hayan sufrido transformación inicial.* El apartado 2 del mismo artículo dispone que se consideran productos el gas y la electricidad.

10. La responsabilidad deriva de haber puesto en circulación el producto defectuoso que causó el daño, motivo por el que la Ley (artículo 3) se cuida de definir qué se entiende por tal. Dice el precepto:

*“1. Se entenderá por producto defectuoso aquel que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación.*

*2. En todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie.*

3. *Un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación de forma más perfeccionada”.*

*Por lo que se refiere a la caracterización general de lo que es defecto, hay que considerar incluidos en ese concepto, como lo hace la doctrina, los siguientes supuestos:*

*a) defecto de fabricación en sentido estricto, que se refiere a productos aislados o unos pocos dentro de una serie. Se trata de fenómenos que se caracterizan por su relatividad inevitabilidad – cuando se habla de producciones en grandes series – y por una cierta pre-visibility, basada en cálculos estadísticos, extremo que puede tener importancia en punto al seguro de estos riesgos.*

*b) defecto de construcción, esto es de las características generales de producción, bien sea en el proyecto (plan técnico, elección de materiales, etc.), bien en la realización (por ejemplo, por el uso inadecuado de una máquina), bien en la deficiente preparación para el comercio (caso de anomalía en el envasado).*

*c) Defectos de instrucción o información.*

*Extremos de interés: las instrucciones de uso o consumo y la contemplación del “estado de la técnica” o “riesgos del desarrollo”.*

11. El artículo 5 establece el régimen de la prueba, diciendo:

*El perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados tendrá que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos.<sup>15</sup>*

## **VII. EL PROYECTO DE LEY ESPAÑOL SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN, RÉGIMEN (AÑADIDO) DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON CONSUMIDORES**

### **1. Introducción: justificación del proyecto y aspectos de técnica legislativa**

El Boletín Oficial de las Cortes Generales de 5 de septiembre de 1997<sup>16</sup> publicada en el acuerdo de la Mesa de la Cámara de encomendar a la Comisión de Justicia e Interior, por el procedimiento de urgencia y con competencia legislativa

<sup>15</sup> Sobre este último extremo traté con algún detalle en DE ÁNGEL YAGÜEZ, Responsabilidad por los productos defectuosos. *Reflexiones en torno a la carga de la prueba*. “Estudios de Deusto”, enero – junio 1996, páginas 9 a 53. En desarrollo de la ponencia expuesta por el autor en el II Congreso Internacional de Derecho de daños, celebrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima durante los días 16 a 19 de septiembre de 1996.

<sup>16</sup> Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie A; Proyectos de Ley, número 78 – 1.

plena, la aprobación del proyecto de ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, en ocasiones, LCGC) que al efecto se reproducía.

La Exposición de Motivos comienza diciendo que la ley proyectada tiene por objeto la transposición de la Directiva 93/13, CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre condiciones abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de las condiciones de la contratación. **Añade** el preámbulo que se ha optado por llevar a cabo la incorporación de la Directiva citada mediante una ley de Condiciones Generales de la Contratación que, al mismo tiempo, a través de una disposición al consumidor, constituido por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, a veces LCU).

Como cuestión previa al análisis de la Ley proyectada, merece alguna atención, a mi juicio, la contemplación de la fórmula de técnica legislativa que el proyecto adopta.

A este respecto, hay que tener presente que, como advierte la memoria del propio Proyecto, la idea inicial del Gobierno fue la de llevar a cabo la transposición de la citada Directiva mediante el sistema de reformar en lo oportuno (se supone que más que modificarla era ampliarla) la LCU. A tal fin, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia había elaborado un Anteproyecto.

Pero en definitiva se ha optado por cambiar de orientación. En efecto, el proyecto sigue la fórmula justamente contraria a la prevista, es decir, la de promover una Ley de Condiciones Generales de la Contratación que, *además de regular la materia que el propio nombre revela, modifique la referida LCU en lo relativo a las cláusulas contractuales abusivas.*

Conviene hacer memoria de que el propósito de introducir en nuestro ordenamiento una Ley sobre las condiciones generales de la contratación data de hace bastante años. Recuérdese que ya en 1988 se publicó<sup>17</sup> un borrador de Anteproyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, realizado por la Comisión de Codificación.<sup>18</sup>

17 En el suplemento del Boletín de Información del Ministerio de Justicia de 15 de enero de aquel año.

18 Con posterioridad se elaboró otro Anteproyecto de Ley. La tomo de LASARTE, ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil, tomo tercero*, Madrid, 1994, páginas 85 y siguientes. Este anteproyecto fue "revisión" del que se acaba de mencionar y lo citaré en lo sucesivo como "segundo Anteproyecto", aunque el ordinal pueda no ser del todo riguroso, pues ignoro si hubo otros anteriores o posteriores. Este "segundo Anteproyecto" fue de 1992, por lo que parece.

*Por otro lado, era necesario llevar a cabo la trasposición de la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, puesto que su artículo 10 dispuso que los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea “adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a más tardar, el 31 de diciembre de 1994”. Es decir, ha vencido ampliamente el plazo conferido para la trasposición.*

De ahí, como decía, que se haya optado por la fórmula legislativa de una ley única, con los dos contenidos a que vengo refiriéndome; y siguiendo, como dice la memoria del proyecto, el Dictamen del Consejo de Estado.

## **2. Consideraciones previas sobre el contenido de la Ley proyectada**

Hechas estas consideraciones previas, procede entrar en un análisis general (en lo que respecta a su contenido) de la ley proyectada.

Con independencia de su estructura formal, cumple advertir que ese contenido se cifra en tres grandes bloques:

En primer lugar, *la reglamentación propiamente dicha de las condiciones generales de la contratación*, materia a la que, como antes señalaba, se dedica el texto “en artículos”, que son veintitrés sistematizados u organizados en siete capítulos.

En segundo término, la disposición adicional primera *introduce ciertas modificaciones en la LCU, de las cuales las más significativas son: la nueva redacción del artículo 10, la adición de un nuevo artículo 10 bis y la incorporación de una disposición adicional primera que, a su vez, es desarrollo del citado nuevo artículo 10 bis.*

En tercer lugar, merece una mención específica (por la importancia que, incluso desde el punto de vista “cuantitativo”, le atribuye el proyecto) *la modificación de la Ley Hipotecaria, cuyos artículos 222, 233, 253 y 258 reciben una nueva redacción.* Es obvio que el Proyecto “aprovecha la ocasión” para reforzar las garantías del que podríamos llamar “consumidor

de servicios magistrales”. El apartado IX de la Exposición de Motivos de la Ley así lo dice.<sup>19</sup>

19 Este apartado IX reza: “La disposición adicional segunda modifica la ley Hipotecaria para acomodar las obligaciones profesionales de los registradores de la Propiedad a la normativa sobre protección al consumidor y sobre condiciones generales, adecuando a las mismas y la legislación sobre protección de datos las labores de calificación, información y publicidad formal. Dentro del ámbito de la seguridad jurídica extrajudicial, bajo la autoridad suprema y salvaguardia de Jueces y Tribunales, las normas magistrales,

### **3. Régimen de las condiciones generales de la contratación**

Paso ahora al desarrollo de la reglamentación de las condiciones generales de la contratación en el Proyecto.

#### *3.1 Rasgos generales*

Al margen también de la estructura formal del articulado, pongo de relieve los siguientes extremos:

a) La Ley, en primer término, define las condiciones generales de la contratación, en la línea de lo que habían venido haciendo los borradores de Anteproyecto antes mencionados.

b) Se determina el ámbito territorial de la Ley.

c) Se establece qué contratos quedan excluidos de la aplicación de la Ley.

d) Se adopta la fórmula de disponer, en sendos preceptos, cuándo unas cláusulas deben considerarse “incorporadas” al contrato y cuándo no.

e) Se introducen reglas de interpretación específicas para las condiciones generales.

f) La “ineficiencia” de ciertas condiciones generales se articula, a favor del contratante adherente, mediante dos formas de sanción. Una de ellas es la nulidad de pleno derecho y otra la llamada “no incorporación al contrato”. Disponiéndose, al efecto, las consecuencias jurídicas que derivan de ambos tipos de sanción.

g) Se crea un registro de Condiciones Generales de la Contratación.

h) Se instauran tres acciones nuevas, que se denominan “colectivas” y que son la cesación, la de retractación y la declarativa.

Respecto al ejercicio de estas acciones, la ley dispone reglas sobre competencia material y tramitación del proceso, en punto a competencia territorial; sobre

---

dirigidas a la actuación profesional del Registrador, dados los importantes efectos de los asientos que practican, deben acomodarse a los nuevos requerimientos sociales, con la garantía añadida del recurso gubernativo contra la calificación, que goza de la naturaleza jurídica de los actos de jurisdicción voluntaria, todo lo cual contribuirá a la desjudicialización de la contratación privada y del tráfico jurídico civil y mercantil, sobre la base de que la inscripción asegura los derechos, actos y hechos jurídicos objetos de publicidad”.

legitimación activa y pasiva; acerca de la prescripción; y, por fin, en torno a los efectos de la sentencia dictada en cada uno de esos tres tipos de acciones.

i) se introducen reglas especiales de publicidad de las sentencias dictadas, tanto en los procedimientos “individuales” como en los “colectivos”.

j) Se adoptan nuevas reglas de información sobre las condiciones generales, a cargo de Notarios, registradores de la Propiedad y Mercantiles y Corredores de Comercio.

k) Por fin, se dispone un régimen sancionador también especial.

### ***3.2 Concepto sobre condiciones generales de la contratación***

Como parecía obligado, el proyecto suministra un concepto o definición de condiciones generales de la contratación. Lo hace en su artículo 1, que dice:

“Artículo 1. ***Ámbito objetivo.***

*1. Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea exclusivamente imputable a una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos o declaraciones jurídicamente relevantes.*

*2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato.*

*3. El profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba”.*

Me parece oportuno acudir a la Memoria del Proyecto para contemplar de qué forma se ha razonado para definir qué se entiende por condiciones generales de la contratación. En ese lugar se dice:

“Las condiciones generales son, ante todo cláusulas que se caracterizan por la concurrencia de las siguientes circunstancias:

a) Predisposición por una de las partes contratantes.



*Poco importa si el predisponente ha redactado por sí mismo tales cláusulas o utiliza cláusulas redactadas o establecidas anteriormente por otros. Lo importante es que exista predisposición de determinadas cláusulas contractuales.*

b) Ausencia de negociación individual. Toda cláusula no negociada individualmente no siempre es condición general, ya que puede tratarse de un contrato de adhesión particular. Sin embargo, la afirmación inversa siempre se cumple: toda condición general implica predisposición y en consecuencia, no negociación individual de la cláusula.

*El requisito de la predisposición conlleva necesariamente que las cláusulas no hayan sido negociadas individualmente. Si existe negociación individual no existe predisposición, y por tanto, tampoco condición general del contrato.*

*Por otro lado, la circunstancia de que se haya negociado individualmente alguna de las condiciones particulares del contrato no excluye el carácter de condiciones generales del conjunto.*

c) Que esté destinada a una pluralidad de contratos.

Estos requisitos (carácter contractual, predisposición que excluye la negociación individual y finalidad de incorporarse a una pluralidad de contratos) se recogen en el artículo 1º del Proyecto”.

Hasta aquí, el texto de la Memoria.

En relación con el extremo que ahora nos ocupa, es decir, el del ámbito subjetivo de las condiciones generales de la contratación, la Memoria del proyecto se refiere a la discusión doctrinal al respecto, mencionando la opinión de DÍEZ – PICAZO como representativa de la idea de que el adherente en las condiciones puede ser también un empresario o profesional.

Por ello, la propia memoria señala que el proyecto distingue dos ámbitos distintos, según se trate de condiciones generales o de cláusulas abusivas:

a) Tratándose de condiciones generales, el proyecto de Ley no hace salvedad alguna, *por lo que son aplicables también a las relaciones contractuales entre empresarios y profesionales, y no sólo a las relaciones entre éstos y los consumidores.*

b) Tratándose de cláusulas abusivas, *la regulación se mantiene en sede de la legislación sobre protección al consumidor, porque se entiende que sólo cabe regular específicamente el desequilibrio contractual cuando existe un consumidor.*

### 3.3 Más consideraciones sobre el ámbito subjetivo de la Ley

En virtud de las oscuridades o confusiones a que podrían conducir las anteriores reflexiones, se agradece que la Memoria del Proyecto sistematice las diferentes relaciones que pueden ser objeto de consideración, para determinar cuáles se verían afectadas por la Ley en cuestión y cuáles no.

En este sentido, la Memoria dice:

“En consecuencia, a tenor del esquema del Proyecto de Ley, podrían distinguirse los siguientes tipos de relaciones jurídicas:

- a) Relaciones entre consumidores.
- b) Relaciones entre empresarios o profesionales.
- c) Relaciones de empresarios o profesionales consumidores.

A. Las relaciones de consumidores entre sí no son objeto de regulación alguna en el Proyecto. Su régimen jurídico será derivado de la aplicación de las normas generales sobre obligaciones y contratos del Código civil.

En este sentido, nada impedirá que un Juez pueda declarar nulas determinadas cláusulas contractuales por abusivas o dejar sin efecto un contrato por alteración de las circunstancias que lo motivaron que produzca un importante desequilibrio contractual.

B. Las relaciones de empresarios o profesionales entre sí se seguirán rigiendo también por las normas generales del Código de Comercio y supletoriamente del Código civil, siendo aplicables a estas relaciones contractuales lo ya dicho respecto a la posibilidad de que sean objeto de una acción judicial individual de nulidad contractual.

Lo que ocurre es que las relaciones de empresarios o profesionales entre sí son objeto de un nuevo régimen jurídico cuando se basen en condiciones generales, ya que el Proyecto también extiende a ellas su ámbito de aplicación.

Las relaciones contractuales entre profesionales, en cuanto están basadas en condiciones generales, deberán someterse a los requisitos establecidos por el proyecto, esto es, deberán incorporarse al contrato y estar claramente redactadas; en consecuencia, no ser elegibles, oscuras, ambiguas, ni incomprensibles. Caso contrario, podrán ser objeto de las acciones colectivas de cesación o retracción.

Lo que no existe es una lista específica de cláusulas nulas por abusivas, que – como se ha dicho – por razones de competitividad empresarial se dejan al régimen general de nulidad contractual.

C. Las relaciones profesionales con consumidores pueden tener una triple manifestación.

c.1. Derivar de cláusulas contractuales negociadas individualmente.

c.2. Derivar de cláusulas contractuales predispuestas al consumidor, que se limita a adherirse a ellas, aunque estén circunscritas a un solo contrato.

c.3 Derivar de condiciones generales de contratación.

En el primer caso (c.1), las relaciones entre profesionales y consumidores se regirán por las reglas generales, pudiendo instarse por cualquier parte una acción de nulidad contractual de carácter individual, en los supuestos previstos en las normas generales sobre obligaciones y contratos.

En el segundo caso (c.2), las relaciones contractuales se regirán por las reglas generales y además y específicamente por las normas de protección al consumidor, entre ellas las que definen el concepto de cláusula contractual abusiva (artículo 10 bis de la LCU).

En el tercer caso (c.3), las relaciones contractuales se regirán por la Ley de Condiciones Generales, pudiendo ser objeto de acciones colectivas de cesación o retractación por parte de las entidades legitimadas activamente para ello. Tales acciones colectivas no sólo podrán ser ejercitadas si las condiciones generales no cumplen los requisitos de incorporación y claridad que en el Proyecto se regulan, sino también si son abusivas (entendiéndose por abusivas las mismas que para los contratos de adhesión individuales).

En cualquier caso, en estas relaciones (c.3), siempre prevalecerá la más pro-  
teccionista LCU, en cuanto que LCGC será aplicable si en la negociación con consumidores se acude a cláusulas de tal naturaleza, pero sólo en lo no regulado específicamente por aquella. Será así explicable a los consumidores la más estricta exigencia de constancia expresa documental de las cláusulas y el régimen de moderación de los artículos 10.1 y 10 bis y 2 de la Ley 26/1984.

A pesar de que el Proyecto, desde el inicio, pretende distinguir las diversas clases de relaciones antes expresadas, en el texto actual se han hecho las correc-

ciones que se han estimado más adecuadas para que su ámbito subjetivo quede claramente perfilado”.

### **3.4 Ámbito territorial de la Ley**

El proyecto también se ocupa de determinar el ámbito territorial de la Ley.

Así, el artículo 2 dispone:

*“Artículo 2. Ámbito territorial. Disposiciones imperativas.*

*La presente Ley se aplicará a las cláusulas de condiciones generales que formen parte de contratos sujetos a la legislación española.*

*También se aplicará a los contratos sometidos a legislación extranjera cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en éste su domicilio o residencia habitual, sin perjuicio de lo establecido en Tratados o Convenios Internacionales”.*

### **3.5 Convenios excluidos**

El artículo 3 del Proyecto se refiere a los “contratos excluidos”, respecto de los cuales dice la Exposición de Motivos:

“Desde el punto de vista objetivo se excluyen ciertos contratos que por sus características específicas, por la materia que tratan y por la alienidad de la idea de predisposición contractual, no deben ser comprendidos en la ley, como lo son los administrativos, los de trabajo, los societarios, los que regulan relaciones familiares y los sucesorios”.

Así, ese artículo 3 dice:

*“Artículo 3. Contratos excluidos.*

*La presente Ley no se aplicará a los contratos administrativos, a los contratos de trabajo, a los que regulan relaciones familiares y a los contratos sucesorios.*

*Tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes”.*

En lo que respecta a la exclusión de todos los supuestos de condiciones generales regulados específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y de aplicación obligatoria, la memoria señala que el sentido

fundamental de esta exclusión es respetar la legislación en la materia de sectores específicos, como el asegurador, que dispone ya de órganos propios de control. No obstante, téngase presente que la disposición adicional primera del proyecto introduce a su vez una disposición adicional segunda en la LCU, con el siguiente texto: *“Disposición adicional segunda. Ámbito de aplicación. Lo dispuesto en la presente Ley será de aflicción a todo tipo de contratos en los que intervengan los consumidores, con las condiciones y requisitos en ella establecidos, a falta de normativa sectorial específica, que en cualquier caso respetará el nivel de protección del consumidor previsto en aquélla”.*

### **3.6 Requisitos de incorporación y cláusulas no incorporadas**

Los artículos 4 y 5 del Proyecto, siguiendo una terminología muy arraigada en esta materia, aunque a mi juicio no demasiado afortunada, determinan respectivamente los “requisitos de incorporación” y las “cláusulas no incorporadas”.

El primero de esos preceptos trata, en definitiva, de determinar cuándo unas condiciones generales forman parte del contrato. Circunstancia que no pasaría de ser una mera curiosidad académica si no fuera porque son precisamente las condiciones generales “incorporadas” las que pueden ser objeto de sanción de nulidad; no sólo porque así se desprende del Capítulo II de la Ley, sino por obvia coherencia técnica.

1. Este artículo 4 contempla los “requisitos de incorporación” a la luz de elementales principios científicos y con una razonable contemplación de algunas formas de contratación que el tráfico económico impone.

Reza así el precepto:

*“Artículo 4. Requisitos de incorporación.*

*1. Las condiciones generales pasan a formar parte del contrato cuando su incorporación al mismo haya sido aceptada por el adherente y hayan sido firmadas por los contratantes.*

*No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.*

*2. Cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración.*

3. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

*En los casos de contratación telefónica o electrónica, será necesario que conste la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional”.*

Quedan razonablemente descritos los requisitos para que unas condiciones generales se consideren efectivamente “incorporadas” al contrato, con atención, también justificada, a determinadas modalidades de contratación que era necesario contemplar.

Me produce perplejidad, no obstante, el apartado 3 del artículo, puesto que en rigor no se trata de “requisitos de incorporación”, sino de requisitos de eficacia de las condiciones generales (en el sentido de que deben ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez), visto el tenor del apartado 1 del artículo 7, al que luego me referiré, que formula una regla general descriptiva de la nulidad de pleno derecho de que pueden adolecer las condiciones generales. A no ser que se ponga el énfasis en las palabras “en perjuicio del adherente” que utiliza esta última norma, puesto que no cabe excluir que las cláusulas generales no se ajusten a los criterios antes mentados (los del apartado 3 del artículo que nos ocupa), y en cambio ese perjuicio a que se refiere el artículo 7 no se produzca.

En cualquier caso, parece que este apartado 3 es un “cuerpo extraño” en la lógica del artículo 4. Me pareciera más adecuado que el contenido de ese apartado, expresado a *sensu contrario*, se hubiese incluido en el artículo 5, dentro de la no muy satisfactoria fórmula de la llamada “no incorporación”.

Interesa señalar la justificación que la Memoria del proyecto da a los “casos excepcionales” del apartado 2. Se dice al respecto:

“Sólo en los supuestos en los que por razón de las especiales circunstancias del contrato la obligación de informar y facilitar las condiciones generales sea desproporcionada (como es el caso de los contratos en los que no sea obligatorio formalizar el contrato por escrito), se considerará suficiente para su eficacia que el adherente haya tenido la posibilidad real de conocerlas, sin necesidad de un conocimiento efectivo ni de firma. Es el caso de sectores como el transporte u otros dirigidos a una contratación masiva, con la que sería desorbitado exigir una información efectiva de las condiciones generales y su entrega al usuario”.

2. De conformidad con el criterio que rige el proyecto en este punto, esto es, el de hablar de “cláusulas incorporadas” (aunque con otras palabras) y de “cláusulas no incorporadas”, el artículo 5 de la Ley sería del siguiente tenor:

*“Artículo 5. Cláusulas no incorporadas.*

*No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:*

*a) Aquellas que no haya tenido oportunidad el adherente de tomar conocimiento real al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo anterior.*

*b) Las que sean ilegibles, ambiguas, incomprensibles u oscuras, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.*

*c) Las que de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia”.*

Como decía antes, la propia terminología de “no incorporación” me parece poco adecuada.

En concreto, creo razonable que se consideren como tales las del apartado a) del precepto, porque, verdaderamente, las condiciones generales a que se refiere *no han sido objeto de una declaración de voluntad por parte del adherente que merezca esa calificación*. Diríase que lo que constituye el referido apartado es, en rigor, una tautología o redundancia, puesto que en estrictos términos técnicos – a la luz del texto legal que nos ocupa – no existe siquiera “cláusula”.

Pero, por lo que respecta a los casos de los apartados b) y c), hablar de “no incorporación” es una auténtica ficción. Las cláusulas o condiciones generales a que dichos apartados se refieren *sí están incorporadas al contrato, diga lo que diga el precepto*. Cosa distinta es que no sean eficaces, en términos amplios, o que – acudiendo a los conceptos del propio Proyecto – sean nulas de acuerdo con su artículo 7.

### 3.7 Reglas de interpretación

El artículo 6 del Proyecto formula dos reglas hermenéuticas de incuestionable lógica y, en el fondo, no del todo nuevas en nuestro sistema jurídico, salvo en su formulación con el carácter general con que lo hace el texto que analizamos.

*“Artículo 6. Reglas de interpretación.*

*1. Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las específicamente previstas para el contrato concreto, prevalecerán éstas sobre aquéllas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares.*

*2. Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente”.*

En el apartado 1 se hace prevalecer el beneficio del adherente contra lo que sería una solución técnica fundada si no se hablase de condiciones generales; me refiero a la prevalencia o primacía de lo particular o especial sobre lo general.

En cuanto al apartado 2, es claro que la norma va más lejos de lo que exige el tradicional criterio hermenéutico que damos en llamar *“interpretatio contra preferentem”*, con asiento en el artículo 1288 del Código civil, puesto que el precepto no se limita a decir que las oscuridades no deben favorecer a la parte que las hubiere ocasionado, sino que, yendo también más allá, *establece que se resolverán a favor del adherente.*

### 3.8 Nulidad de las condiciones generales. La propia de las abusivas

1. El Capítulo II de la Ley proyectada comprende tres artículos, el 7, 8 y 9, bajo la rúbrica general de “nulidad y no incorporación de determinadas condiciones generales”.

El primero de esos artículos dice:

*“Artículo 7. Nulidad de las condiciones generales*

*1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma impera-*



*tiva o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.*

*2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”.*

El apartado 1 adopta el criterio de sanción general de nulidad del artículo 6.3 del Código civil, que sin embargo debe ser matizado con la fórmula de nulidad parcial o conservación del negocio jurídico que se establece en el artículo 9, enseguida veremos.

No podía ser de otro modo, si tenemos en cuenta que esa nulidad se predica respecto de las condiciones generales en tanto en cuanto contradigan lo dispuesto en normas imperativas o prohibitivas; pero siendo “en perjuicio del adherente”, como puntualiza el precepto.

El apartado 2 enlaza con la doctrina de las cláusulas abusivas (que – no se olvide – es el objeto de la Directiva cuya transposición al Derecho español constituye uno de los propósitos del Proyecto), al declarar nulas las condiciones generales que sean abusivas (si bien cuando el contrato sea celebrado con un consumidor). Lo que implica la toma en consideración del concepto de cláusula abusiva establecido en el nuevo artículo 10 bis que el Proyecto introduce en la LCU, así como el elenco o lista de cláusulas abusivas en el propio Proyecto incluye así mismo en la LCU, como disposición adicional primera.

El artículo 8, bajo la equívoca rúbrica de “régimen de la nulidad”, lo que hace en rigor es formular ciertas reglas procesales sobre la declaración de nulidad, pero también sobre la denominada “declaración de no incorporación”.

Es claro que la primera de esas declaraciones tiene su asiento sustantivo en el artículo 7 que acabamos de examinar, mientras que la segunda lo encuentra en el artículo 5 antes analizado.

2. Ese artículo 8 dispone:

*“Artículo 8. Régimen de la nulidad.*

*1. La declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales, podrá ser instada por el adherente de acuerdo*

*con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual y tendrá los efectos previstos en el artículo siguiente.*

*2. La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas”.*

3. Sin perjuicio de lo anterior, el mayor interés radica en el contenido del artículo 9, que dice:

*“Artículo 9. Efectos de la no incorporación y de la nulidad*

*1. La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas, no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas.*

*2. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil”.*

Como decía antes, se observará que este último precepto se ajusta al principio de “conservación del negocio jurídico” o, dicho de otro modo, a la “nulidad parcial”, si, declarada la nulidad o la no incorporación al contrato de algunas cláusulas de las condiciones generales, el contrato puede – no obstante – subsistir sin ellas. Parece claro que esto último ocurrirá cuando las cláusulas en cuestión no afecten a los llamados “elementos esenciales” del contrato o a los “naturales” de la figura contractual de que en cada caso se trate.

Por otro lado, merece particular mención el apartado 2, por cuanto es realmente original (aunque no incorrecto) que una Ley especial aluda a la facultad de “integración del contrato” que con carácter general formula el artículo 1258 del Código civil. Quizá esté la novedad en el hecho de que en esta norma no se reconoce esa simple *facultad*, sino que “se impone” al juez la operación integradora de que hablamos.

Hay que hacer notar que esta formula de integración del contrato por parte del juez se establece también (por natural coherencia) en el nuevo artículo 10 bis que el Proyecto pretende introducir en la LCU. Lo veremos más adelante al examinar el contenido de la disposición adicional primera de este Proyecto que nos ocupa.

#### **4. El Registro de Condiciones Generales de la Contratación**

El capítulo III del Proyecto (artículo 10) reglamenta un nuevo registro de Condiciones Generales de la Contratación. El precepto dice:

“Artículo 10. Registro de Condiciones Generales.

1. Se crea el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, que estará a cargo de un Registrador de la Propiedad y Mercantil, conforme a las normas de provisión previstas en la Ley Hipotecaria.

La organización del citado Registro se ajustará a las normas que dicte el Ministerio de Justicia.

2. En dicho Registro podrán inscribirse las cláusulas contractuales que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley, a cuyo efecto se presentarán para su depósito, por duplicado, los ejemplares, tipo o modelos en que se contengan, a instancia de cualquier interesado. No obstante, el Gobierno, a propuesta conjunta del Ministerio de Justicia y del Departamento ministerial correspondiente, podrá imponer la inscripción obligatoria en el Registro de las Condiciones Generales en determinados sectores específicos de la contratación.

3. Serán objeto de anotación preventiva la interposición de las demandas ordinarias de nulidad o de declaración de no incorporación de cláusulas generales, así como las acciones colectivas de cesación, de retractación y declarativa previstas en el capítulo IV.

Dichas anotaciones preventivas tendrán una vigencia de cuatro años a contar desde su fecha, siendo prorrogable hasta la terminación del procedimiento en virtud de mandamiento judicial de prórroga.

4. Serán objeto de inscripción las ejecutorias en se recojan sentencias firmes estimatorias de cualquiera de las acciones a que se refiere el apartado anterior. También podrán ser objeto de inscripción, cuando se acredite suficientemente al Registrador la persistencia en la utilización de cláusulas declaradas judicialmente nulas.

5. El Registro de Condiciones Generales de la Contratación será público.

6. El registrador calificará el interés del solicitante de información relativa a los asientos registrales, presumiendo tal interés en las Entidades a que se refiere el artículo 12.

7. La publicidad de los asientos registrales se realizará bajo la responsabilidad y control profesional del Registrador.

8. La inscripción de las condiciones generales podrá solicitarse por los contratantes, los legitimados para ejecutar la acción colectiva y en caso de anotación de demanda o sentencia judicial, en virtud del mismo mandamiento, que las incorporará.

9. Contra la calificación por el Registrador del interés del solicitante de la inscripción de las condiciones generales o de información relativa a los asientos registrales, podrá recurrirse ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia correspondiente, si residiese en el mismo lugar que aquél o, en otro caso, al Juez de Primera Instancia, quienes decidirán oyendo al Registrador. Contra la decisión de los mismos podrá recurrirse ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Son muchos los interrogantes que plantea este Registro que el Proyecto prevé. El primero y principal, a mi juicio, radica en si está o no justificado a que se constituya todo un “aparato registral” para la modestia de los objetivos que con ese Registro se persiguen. Y esa definición de objetivos no es la que yo supongo, sino la que la propia Exposición de Motivos del Proyecto formula.

Conviene que recordemos lo que al respecto se dice:

*“III. En el Capítulo III la Ley crea un Registro de Condiciones Generales de la Contratación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7 de la Directiva y conforme a los preceptos legales de otros Estados miembros de la Unión Europea. Registro que se estima sumamente conveniente como medio para hacer efectivo el ejercicio de acciones contra las condiciones generales no ajustadas a la Ley. Se trata de un Registro jurídico, regulado por el Ministerio de Justicia, que aprovechará la estructura dispensada por los Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Ello no obstante, las funciones calificadoras nunca se extenderán a lo que es competencia judicial, como es la apreciación de la nulidad de las cláusulas, sin perjuicio de las funciones estrictamente jurídicas encaminadas a la práctica de las anotaciones preventivas reguladas en la Ley, a la inscripción de las resoluciones judiciales y a la publicidad de las cláusulas en los términos en que resulten de los correspondientes asientos. La inscripción en este Registro, para buscar un equilibrio entre seguridad jurídica y agilidad en la contratación, se configura como voluntaria, si bien legitimando ampliamente*

*para solicitar su inscripción a cualquier persona o entidad interesada, como fórmula para permitir la posibilidad efectiva de un conocimiento de las condiciones generales. Ello no obstante, se admite que en sectores específicos el Ministerio de Justicia, a instancia de parte interesada o de oficio, y en propuesta conjunta con otros departamentos ministeriales, pueda configurar la inscripción como obligatoria.*

*El carácter eminentemente jurídico de este Registro deriva de los efectos 'erga omnes' que la inscripción va a atribuir a la declaración judicial de nulidad, los efectos prejudiciales que van a producir los asientos relativos a sentencias firmes en otros procedimientos referentes a cláusulas idénticas, así como del cómputo del plazo de prescripción de las acciones colectivas, además del dictamen de conciliación que tendrá que emitir su titular. En definitiva, el Registro de Condiciones Generales va a posibilitar el ejercicio de las acciones colectivas y a coordinar la actuación judicial, permitiendo que ésta sea uniforme y no se produzca una multiplicidad de procesos sobre la misma materia descoordinados y sin posibilidad de acumulación.*

Este último párrafo de los que acabamos de transcribir intenta recoger los objetivos o, dicho de otro modo, la “justificación” del Registro en cuestión. Y, como decía, me parecen escasos para la complejidad que entraña la propia mecánica de ese Registro, tal y como el artículo que examinamos lo regula.

## **5. Acciones colectivas de casación, retractación y declarativa de condiciones generales**

El Capítulo IV del Proyecto dedica nueve artículos (11 a 19) a las acciones denominadas en la forma que se dice en el epígrafe, rúbrica a su vez de dicho Capítulo.

Interesan sobre todo los artículos 11 y 19, que revelan suficientemente el carácter y las obligaciones de esas acciones de nuevo cuño.

El artículo 11 reza:

*“Artículo 11. Acciones de cesación, retractación y declarativa.*

*1. Contra la utilización o la recomendación de utilización de condiciones generales que resulten contrarias a lo dispuesto en esta Ley, o en otras leyes imperativas o prohibitivas, podrán interponerse, respectivamente acciones de cesación y retractación.*

*2. La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia por medio de la cual se condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo.*

3. *Por medio de la acción de retractación se insta la imposición al demandado, sea o no el predisponente, de la obligación de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar las cláusulas de condiciones generales que se consideren nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro, siempre que hayan sido efectivamente utilizadas por el predisponente en alguna ocasión.*

4. *La acción declarativa tendrá por objeto el reconocimiento de una cláusula como condición general de contratación e instar su inscripción únicamente cuando ésta sea obligatoria conforme al artículo 10.2, inciso final, de la presente Ley”.*

Y, en coherencia con ese artículo 11 (no exenta de alguna redundancia), el artículo 19 dispone:

*“Artículo 19. Efectos de la sentencia.*

1. *La sentencia estimatoria obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción de cesación, impondrá al demandado la obligación de eliminar de sus condiciones generales las cláusulas que declare contrarias a lo prevenido en esta Ley o en otras leyes imperativas, y la de abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo.*

2. *Si la acción ejercitada fuera la de retractación, la sentencia impondrá al demandado la obligación de retractarse de la recomendación efectuada y de abstenerse de su recomendación futura, de aquéllas cláusulas de condiciones generales que hayan sido consideradas contrarias a Derecho.*

3. *Si la acción ejercitada fuera la declarativa, la sentencia declarará el carácter de condición general de la cláusula o cláusulas afectadas y dispondrá su inscripción en el Registro de Condiciones Generales.*

4. *La sentencia dictada en recurso de cesación, una vez adquiera firmeza, vinculará a todos los jueces en los eventuales ulteriores procesos en que se inste la nulidad de cláusulas idénticas a las que hubieran sido objeto de la referida sentencia, siempre que se trate del mismo predisponente”.*

Los artículos 12 a 18 establecen reglas de carácter procesal para el ejercicio de estas acciones.

El artículo 15 establece legitimación activa para el ejercicio de estas acciones colectivas.

*“Artículo 15. Legitimación activa.*

*Las acciones previstas en el artículo anterior podrán ser ejercitadas por las siguientes entidades:*

- 1. Las Asociaciones o Corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que estatutariamente tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros.*
- 2. Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación.*
- 3. Las Asociaciones de Consumidores y Usuarios legalmente constituidas.*
- 4. El Instituto Nacional del Consumo y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales competentes en materia de defensa de los consumidores”.*

El artículo 18 se refiere a la prescripción de las acciones colectivas que nos vienen ocupando. Dice el precepto:

Las acciones colectivas de cesación y retractación prescriben por el transcurso de dos años desde el momento en que se practicó la inscripción de las condiciones generales cuya utilización o recomendación pretenden hacer cesar.

Tales acciones, no obstante, podrán ser ejercitadas en todo caso durante el año siguiente a la declaración judicial firme de nulidad o no incorporación que pueda dictarse con posterioridad como consecuencia de la acción individual.

La acción declarativa es imprescriptible”.

## **6. Publicidad de las sentencias**

Es el objetivo del Capítulo V (artículos 20 y 21), que no requiere de especial atención. Me remito al texto del Proyecto.

## **7. Información sobre condiciones generales**

Es éste el objeto del Capítulo VI, comprensivo de un único artículo (el 22).

Se trata de uno de los preceptos del proyecto que más dudas me inspiran, porque no acierto a entender cómo se va articular en la práctica ese deber de información que sobre Notarios, Registradores y Corredores de Comercio impone la norma. Dicho de otro modo, considero que ese artículo tiene más de “buenos deseos” (o pretensiones platónicas) que de realismo; y, si se me apura, de viabilidad.

Conviene recordar lo que dice el artículo:

**Artículo 22. Información.**

1. Los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles advertirán en el ámbito de sus respectivas competencias de la aplicabilidad de esta Ley, tanto en sus aspectos generales como en cada caso concreto sometido a su intervención.

2. Los Notarios advertirán y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles calificarán la necesidad, en su caso, de la previa inscripción de las cláusulas contractuales que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación.

3. En todo caso, el Notario hará constar en el contrato el carácter de Condiciones Generales de las cláusulas que tengan este carácter.

4. Los Corredores de Comercio, en el ámbito de sus competencias, conforme a los artículos 93 y 95 del Código de Comercio, informarán sobre la aplicación de esta Ley”.

Por lo que respecta a los Notarios, la Memoria del Proyecto dice que este artículo les atribuye “una importante función de asesoramiento a los contratantes”. Y añade que dichos profesionales *“deben cabalmente advertir a los consumidores del carácter posiblemente abusivo de las cláusulas prerredactadas por el otorgante empresario o profesional, todo ello sin perjuicio de la facultad de abstenerse de autorizar la escritura si consideran que dichas cláusulas son claramente contrarias al ordenamiento jurídico.*

Obsérvese que el Notario, según las palabras de la Memoria tiene, en primer lugar, que cerciorarse de que las cláusulas de la escritura que va a autorizar son “prerredactadas” por el otorgante empresario. Es probable que esto no entrañe demasiada dificultad si se trata, por ejemplo, de un otorgante que es entidad bancaria o de crédito. En todo caso, deberá formular al respecto preguntas o hacer pesquisas que, se supone, deben tener reflejo en la escritura. En segundo lugar, el Notario debe advertir “cabalmente” a los consumidores del carácter “posiblemente abusivo” de tales cláusulas. Lo cual, por cierto, implica que el Notario sepa que “la otra parte” es precisamente un consumidor, en el sentido legal. Y aun disipada está duda, es evidente la vaguedad (y por tanto la fácilmente presumible inutilidad práctica) de palabras como las de “carácter posiblemente abusivo”. Levadas a sus últimas consecuencias, el Notario tendría que efectuar una



compleja y comprometida operación de calificación jurídica, que no acertamos a comprender cómo se va a traducir en la práctica. Pensamos, por ejemplo, si el Notario va a tener que dar al eventual contratante una especie de “conocimientos jurídicos rudimentarios”, pues, según dice la Memoria, incumbe a dichos profesionales “una importante función de asesoramiento”.

Mucho me temo que todo tenga que quedar en la cláusula de estilo de “hechas las advertencias legales”.

No menos singular, aunque a primera vista pueda parecer sencillo, es que el Notario (apartado 23) tenga que hacer constar el carácter de condiciones generales de unas cláusulas (las que se le presentan en un borrador, por ejemplo) cuya condición de tales no tiene porqué conocer.

Lo mismo puede decirse respecto de los Registradores de la propiedad Mercantil, en las alusiones que a ellos se hacen en los apartados 1 y 2 del artículo.

Por lo que respecta a los Corredores de Comercio, no deja de ser un tanto llamativo que la Memoria diga que su obligación se limita a la “información a los consumidores”, pero sin un deber específico de advertencia, a diferencia de los Notarios. Sin hablar de la Memoria, y ocupándonos sólo del número del apartado 4 del precepto, ¿Qué es informar (al cliente potencial otorgante) sobre la aplicación de esta Ley?

No me escandalizo de que se impongan a los profesionales de que habla el precepto deberes especiales de cuidado, y en definitiva la “carga” de hacer algo que habitualmente no tienen que llevar a cabo. Ahora bien, no entiendo que esos deberes se formulen en términos que, o quedan en una vaguedad conducente a la esterilidad, o bien entrañan apreciaciones jurídicas de extraordinaria complejidad, suficiente – lo digo en plena convicción para sofocar la vida de Notarías y Registros.

## **8. Régimen sancionador**

Termina el articulado propiamente dicho de la Ley con un artículo 23 que versa sobre las sanciones aplicables a la falta de inscripción de las condiciones generales de la contratación en el registro cuando sea obligatoria o la persistencia en la utilización o recomendación de condiciones generales respecto de las que ha prosperado una acción de cesación o retractación. Me remito al texto de este precepto.

**9. La disposición adicional primera de la ley con esta disposición adicional se introduce notables modificaciones de LCU. Voy a ocuparme de las más significativas.**

*9.1 La nueva redacción del artículo 10 de la LCU*

Según el número dos de esta disposición adicional primera, el artículo 10 de la LCU adquiere una nueva redacción, ajustada al nuevo régimen de las condiciones generales contenido en el articulado (en sentido estricto) de la Ley proyectada.

Así, el precepto mentado queda redactado de la siguiente forma:

“Artículo 10.

1. Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

b) Entrega, salvo renuncia expresa del interesado, de recibo justificante, copia o documento acreditativo de la operación, o en su caso, de presupuesto debidamente explicado.

c) Justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas en los términos y con el alcance que prescribe el siguiente articulado 10 bis.

2. En caso de duda sobre el sentido de, una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor.

3. Si las cláusulas tienen el carácter de condiciones generales, conforme a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, quedarán también sometidas a las prescripciones de ésta, en aquello que no esté regulado en la presente Ley.

4. Los convenios arbitrales establecidos en la contratación a que se refiere este artículo serán eficaces si, además de reunir los requisitos que para su vali-

dez exigen las leyes, resultan claros y explícitos. La negativa del consumidor o usuario a someterse a un sistema arbitral distinto del previsto en el artículo 31 de esta Ley no podrá impedir por sí misma la celebración del contrato principal.

*5. Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que utilicen las empresas públicas o concesionarios de servicios públicos, estarán sometidas a la aprobación y control de las Administraciones Públicas competentes, cuando así se disponga como requisito de validez y con independencia de la consulta prevista en el artículo 22 de esta Ley. Todo ello sin perjuicio de su sometimiento a las disposiciones generales de esta Ley.*

*6. Los Notarios advertirán a los consumidores del posible carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos o negocios jurídicos que autoricen, así como de su posible ineficacia o nulidad, sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa notarial.*

*Los Registradores de la Propiedad y Mercantiles calificarán, bajo su responsabilidad, el carácter abusivo de las cláusulas que afecten a la eficacia real de los derechos inscribibles, denegando su inscripción, sin perjuicio de los recursos judicial o gubernativo, regulados por la legislación hipotecaria, que pudieran interponerse.*

*Los Notarios, los Corredores de Comercio y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, informarán a los consumidores en los asuntos propios de su especialidad y competencia”.*

## **9.2 Introducción de un nuevo artículo 10 bis y de una disposición adicional primera en la LCU (régimen específico de las cláusulas abusivas).**

1. El número tres de la disposición adicional en que nos encontramos añade o introduce en su nuevo artículo 10 bis en la LCU con la finalidad fundamental de establecer en él el concepto y las consecuencias de las “cláusulas abusivas”.

Ese artículo 10 bis es del siguiente tenor:

*“Artículo 10 bis.*

*1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente Ley.*

*El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato.*

*El profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.*

*El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.*

*Tal apreciación no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a su adecuación con el precio pactado, siempre que las cláusulas que lo definen se redacten de manera clara y comprensible.*

*2. Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato.*

*3. Cualquiera que sea la Ley que las partes hayan elegido para regir el contrato, las normas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas serán aplicables siempre que el contrato mantenga estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea”.*

Lo más importante es la definición de la cláusula abusiva, que se contiene en el apartado 1 de este artículo de nueva planta. Son dos los elementos que en suma determinan esa noción: de un lado, la actuación en contra de las exigencias de la buena fe (requisito subjetivo), y de otro la circunstancia objetiva de que las cláusulas causen un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que derivan del contrato.

Pero, con la independencia de esa descripción general, interesa advertir que el último inciso del párrafo primero de ese apartado 1, dispone que en “todo caso” son abusivas las cláusulas que se relacionan en la disposición adicional de la LCU

(otra novedad que en cuanto esta última Ley introduce el proyecto que nos ocupa). Enseguida volvemos sobre esto.

*Por lo que se refiere a la noción de cláusula abusiva, creo que interesa reproducir lo que al respecto dice la Memoria del Proyecto:*

*“Son requisitos para que concurra la cualidad de cláusula abusiva:*

*a) Que se trate de un contrato celebrado con un consumidor.*

*b) Que se trate de estipulaciones no negociadas individualmente.*

*c) Que sean contrarias a la buena fe.<sup>20</sup> A pesar de lo que ha entendido algún sector de la doctrina, no son las condiciones generales de los contratos las que deben vincularse a la buena fe, como tales, sin las cláusulas contractuales en general, en particular dentro de los contratos de adhesión, sean particulares o condiciones dirigidas a una pluralidad de contratos.*

*d) Que produzcan un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones derivadas del contrato.*

*e) Es un concepto no estático. El carácter abusivo de una cláusula se aprecia teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro lado del que éste dependa.*

*f) Nunca el carácter abusivo puede derivar de la materia objeto del contrato ni de su adecuación con el precio pactado, siempre que las cláusulas que lo definan se redacten de manera clara y comprensible”.*

2. Según hemos venido diciendo y como por otra parte anuncia el último inciso del párrafo primero del apartado 1 del nuevo artículo 10 bis de la LCU, el proyecto introduce en esta última una nueva disposición adicional (que queda como primera). Es fruto del número seis de, a su vez, la disposición adicional primera de la Ley proyectada.

*El Proyecto, por tanto, adopta al respecto la fórmula de la propia Directiva, en el sentido de establecer un elenco o lista de cláusulas abusivas. La Exposición de Motivos del Proyecto dice que es una “enumeración enunciativa” de cláusulas abusivas, extraídas en sus líneas generales de la Directiva pero añadiendo también aquellas otras que, aun sin estar previstas en ella, se estima necesario que estén incluidas en el Derecho español por su carácter claramente abusivo. En otro lugar de la*

<sup>20</sup> La propia memoria advierte que en nota de la página 23 se ha modificado la expresión “pese a las exigencias de la buena fe” por el “contrarias a la buena fe”, ya que aunque la primera expresión es más ajustada a la Directiva, la segunda expresa más correctamente la necesidad de que para que exista abuso contractual debe existir mala fe, entendida en su aspecto subjetivo; el aspecto objetivo de desequilibrio contractual también es exigido, pero separadamente de la mala fe.

*Exposición de Motivos se manifiesta que, de esta forma, se ejercita la facultad del Estado obligado a trasponer la Directiva de poder incrementar el nivel de protección más allá de las obligaciones mínimas que aquella impone.*

No es el caso de transcribir esa larga lista de cláusulas que se consideran abusivas, por lo que me remito al texto del Proyecto para su detalle. Son 29 casos, divididos en cinco grupos: I. Las que suponen una vinculación del contrato a la voluntad del profesional (1ª a 8ª); II. Las que suponen la privación de derechos básicos del consumidor (9ª a 14ª); III. Las que son abusivas por falta de reciprocidad (15ª a 17ª); IV. Sobre garantías (18ª y 19ª); V. Otras cláusulas abusivas (20ª a 29ª).

3. Procede señalar que, según el último párrafo de la nueva disposición adicional primera de la LCU que se proyecta, *“se entenderá por profesional, a los efectos de esta disposición adicional, la persona física o jurídica que actúa dentro de su actividad profesional, ya sea pública o privada”*.

4. Por otro lado, también tiene notable significado práctico el anteúltimo párrafo de esa misma nueva disposición adicional primero de la LCU, por cuanto dice:

*“Las cláusulas abusivas referidas a la modificación unilateral de los contratos y resolución anticipada de los de duración indefinida, y al incremento del precio de bienes y servicios, no se aplicarán a los contratos relativos a valores, con independencia de su forma de representación, instrumentos financieros y otros productos y servicios cuyo precio esté vinculado a una cotización, índice bursátil, o un tipo de mercado financiero que el profesional no controle, ni a los contratos de compraventa de cláusulas, cheques de viaje, o giros postales internacionales en divisas”*.

5. La misma disposición adicional primera de la LCGC introduce a su vez una disposición adicional más que la LCU, declarando que lo dispuesto en esta será de aplicación a todo tipo de contratos en los que intervengan consumidores, con las condiciones y requisitos en ella establecidos, a falta de normativa sectorial específica, que en cualquier caso respetará el nivel de protección del consumidor previsto en la propia LCU.



# PARALELO ENTRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA SEGURIDAD SOCIAL

**Carlos Alberto Gherzi<sup>1</sup>**

## **CONTENIDO:**

1. Introducción
2. Historeografía del Rol del Estado: Modernidad; Estado de Bienestar y Neoliberalismo

## **1. Introducción**

El desarrollo del tema propuesto comprende, nos parece, la idea de reflexionar sobre el pasado, tratar de sacar conclusiones, para el presente si es posible, propender a brindar soluciones para el próximo milenio.

La ambición de estas tres propuestas – pasado, presente y futuro – necesita establecer un orden de pensamiento, lo cual sin duda es aludir a prioridades en el desarrollo lógico y un posicionamiento ideológico.

Es por ello que pensé que la prioridad, el centro del debate sigue siendo el hombre y su contexto, no como pareciera ser en este fin de siglo, donde el contexto – sistema económico – aparece como premisa, pretendiendo desplazar al hombre del epicentro de la vida.

La convivencia de los seres humanos es en definitiva la que está en juego, pero tampoco cualquier convivencia, sino que se explicita en paz, con equilibrio de poder y redistribución equitativo de riquezas.

Es decir, armar y pertenecer a una sociedad aldea, pueblo, nación, región, continente o globalmente es considerar a la convivencia sujeta a aquellas tres conclusiones – paz, equilibrio de poder y redistribución justa de riquezas – como esenciales, pues aseguran la gobernabilidad con justicia social. Es decir el de-

---

<sup>1</sup> Especialista en Historia de la Economía y Políticas Económicas y Doctor en Derecho.



recho deja de ser una finalidad dogmática y abstracta para convertirse en una herramienta de justicia social como lo pregonaban Stamler, Jiménez de Azua, Luis M. Boffi Boggero o cuando Karl Larenz alude al pensamiento ético en la atribución de la personalidad, etc.

Sin embargo, hay también algo que está dentro de las consecuencias de la convivencia, es más, es una situación inevitable.

Todo sistema y el social lo es, asume que no es ni puede ser perfecto, simplemente porque la experiencia explica que la ingobernabilidad no es patrimonio de este planeta ni de nuestra historia.

Entonces debemos pensar en supuestos reales y no en utopías abstractas, y entonces el daño estará sin duda presente.

Asumir el daño, es asumir que todo sistema tiene situaciones de ingobernabilidad, es decir la crisis y esta como tal se manifiesta a partir del daño, cuyo abanico puede ser estrecho o amplio y en ello tiene que ver la naturaleza y el propio hombre más aún de la relación que entre ellos se establezca.

La idea de calidad de vida, tiene que ver con esta relación, y a partir de ella nadie sabe como se aparecieron dos ideas centrales: la solidaridad y el individualismo, como respuestas y el mundo empezó a cabalgar generando reflexiones, polémicas, guerra y desatando tempestades de odios e ideologías.

Es que a partir de este punto crítico de la historia, ya no hubo regreso: alumbró el poder, el sometimiento, el contrapoder y la larga cadena sin fin de luchas y desdichas. Es que el hombre descubrió que hacer y modificar la naturaleza – el primer daño – le permitió calidad de vida, pero simultánea y esencialmente poder. Aquí tenemos los componentes o condicionantes reales del problema: calidad de vida, poder y convivencia.

La búsqueda de la calidad de vida generó un desarrollo fenomenal en la historia de la humanidad, descubrimientos, revolución industrial, tecnología, robotización; al mismo tiempo generó el poder y entonces la convivencia necesitó de ingenio para no tornarse en sometimiento; la calidad de vida había que esparcirla y como un contradictorio y como un contradictorio, el poder habría que limitarlo.<sup>2</sup>

2 AGLIETA Michel. Regulación y crisis del capitalismo, pág. 136. “Se refiere a la formación de la norma social de consumo obrero, supone así una amplia socialización de la financiación y, correspondientemente, un control muy estricto de los recursos y gastos de los trabajadores. Resulta imprescindible en efecto,

## 2. Historiografía del Rol del Estado: Modernidad, estado de bienestar y neoliberalismo.

Para no hacer una historeografía en torno a estas tres premisas o hitos se fue conformando el estado moderno: convivencia social, con calidad de vida y organización desde el derecho que no es más pero tampoco menos, que limitar el poder del naciente Estado, así lo demuestran las constituciones liberales, surgidas de las revoluciones atlánticas: EE.UU., Escocia, Inglaterra, Holanda y Francia.

La comunidad es la organización de la convivencia social; el sistema económico, la posibilidad de progreso en la calidad de vida y el sistema político – jurídico la organización del poder, sin duda convivencia difícil, la prueba de ello son las visiones antitéticas de Juan J. Rousseau y John Locke.

El daño es sin duda la manifestación de la crisis de gobernabilidad y el sistema socio – económico – jurídico necesita darle una respuesta.

En este sentido y para hacer posible la propuesta inicial de pasado, presente y futuro, es necesario recorrer al menos elemental y sintéticamente ese camino, como paralelo, aludiendo a la seguridad social y a la responsabilidad civil, respuestas al daño.

El Estado liberal, el Estado Social y el actual neoliberalismo han esbozado tres respuestas diferentes y es necesario hurgar en ellas, en su lógica de pensamiento para comprender el camino como diría Foucault, sin segmentaciones, como etapas históricas yuxtapuestas.

### 2.1 La modernidad

El Estado liberal, asumió el compromiso de la paz y convivencia con seguridad a cambio de colocar límites a la libertad individual, es decir, había un compromiso de control de violencia.

La seguridad la brinda a través de ejercer como funciones la: salud, educación, justicia y seguridad; dos relacionadas con la prevención del daño: la idea sanitaria

---

que el proceso de consumo individual sea ordenado y estabilizado, pero de forma compatible con la relación individual – en apariencia libre – que es la relación mercantil de intercambio. Ello se logró mediante la generalización en la clase obrera, de la estructura social que era la condición de integración social en la Nación, a saber: la familia restringida u hogar, en el hogar estabilizado, la clase obrera adquiriría un status que funcionaba como regulador de la norma de consumo a través de la formación de hábitos de gasto”. Ed. Siglo XXI. México, 1986.

y educacional y dos como consecuencia del daño la justicia y la protección frente al delincuente.

La responsabilidad civil operó dentro de estas premisas, los códigos derivados del Napoleónico y en mayor o menor medida todos los desarrollados desde fines de 1.700, hasta mediados de 1.800: la respuesta fue la sanción al dañador.

Efectivamente la responsabilidad subjetiva operó así, repasemos su esencia: el hecho humano, quebraba el contrato social de la convivencia en paz y colocaba el daño como antijurídico y reprochable y por otro lado, el incumplimiento de la autonomía de la voluntad que había generado al contrato como manifestación económica de la vida negocial, tenía aquellos mismos significados de antijuricidad y culpabilidad.

El Estado encontraba en la responsabilidad subjetiva el respaldo al patrimonio como propiedad privada y disciplinamiento social esencial para construir el poder dominante en toda relación asimétrica entre gobernantes y gobernados.

Hasta parece un diseño perfecto un rol del Estado medido, poco entrometido en los negocios privados, dejando que se fuera construyendo el poder por vía del más fuerte y consolidando las mínimas funciones para que los gobernados sin poder puedan satisfacer su supervivencia, sin perjuicio de alentar alguna movilidad social, excepcional, pero posible al fin, diría Adam Smith.

## **2.2 El Estado Benefactor**

No sabemos si la indiferencia del ser humano, la fragilidad del Estado liberal o la lucha indiscriminada por el poder económico – sostenedores de posturas y sus grises los hay donde quiera – lo cierto es que las crisis y las guerras hicieron posible el nacimiento del Estado de Bienestar, que tuvo otra respuesta frente al daño.

Dos me parecen son los caminos que hay que destacar: la ampliación de las esferas de seguridad social, el hombre se sintió más protegido, más acompañado en sus proyectos por el Estado, la idea de solidaridad social pensamos que fue una respuesta adecuada y sólida.

La responsabilidad muta desde el subjetivismo – como control de violencia y sanción al dañador – hacia la objetividad, donde la relación de causalidad comienza a ser pivote fundamental en el sistema atributivo. Pero reflexionemos tan solo un instante, aceptemos una tesis alternativa a la crítica del dogmatismo jurídico frente a la responsabilidad objetiva.

La máquina,<sup>3</sup> es un mero instrumento de poder, su diseminación en los diversos campos ofreció nuevas posibilidades al capital de mejorar notablemente su posición y a los hombres comunes soportar el riesgo aún de la máquina más perfecta; beneficio y riesgo, dos extremos y en el medio creciendo el poder.

No cabe duda que la respuesta fue la adecuada: protección la víctima, fácil acceso a la reparación del damnificado, eso y sólo eso, fue y es la atribución del daño a los fabricantes, comerciantes, dueños y servidores económicos.

Una toma de posición ideológica a favor del damnificado y a esta última de pensamiento no se le puede contraponer los excesos indemnizatorios, pues eso es materia de la cuantificación económica de daños y no del cambio del factor de atribución.

Tampoco la supuesta colosal cantidad de juicios, o acaso no pregonamos el ejercicio de los derechos como salvoconducto de la dignidad del hombre como ser humano, y no como ficticia persona jurídica.

Porque quienes alegan la cantidad de juicios contra el capital, habría que hacerles saber que aún no se iniciaron las demandas de millones de aborígenes del continente americano, por la destrucción de sus ancestros, por una civilización supuestamente superior a los miles de hambrientos africanos o los millones de marginados del bienestar social del modelo de exportación americano o europeo.

La seguridad social y la responsabilidad objetiva, del Estado de bienestar, son un hito en la historia de la humanidad que yo profundamente admiro y aplaudo, por ser las respuestas adecuadas.

### 2.3 La posmodernidad

El presente nos invade de neoliberalismo y globalización,<sup>4</sup> la economicidad es el lugar ideológico de estos tiempos, todo lo que no es rentable<sup>5</sup> o que provoca

3 CORIAT, Benjamín. La Robótica, pág. 14. "Todo cambio, porque ahora ya no ocupan un espacio imaginario, sino material y verdadero. Trastocando en las fábricas la disposición de las líneas de fabricación, se instalan en el lugar de los hombres". Ed. Revolución, Madrid, 1985.

4 Consult. DRUCKER, Peter, F. Las nuevas realidades. En el estado de la política. En la economía y en los negocios. En la Sociedad y en la imagen del mundo. Ed. Sudamericana. Bs. As. 1989. Traducc. Purificación Suárez – Herranz y Juan J.M. Suárez Campos.

5 OFFE, Claus. Contradicciones en el estado de bienestar, pág. 22. "Estas contradicciones entre la mercantilización ayudan a explicar por qué hay tan pocas áreas de la vida exteriores a la esfera política y la administración del Estado actualmente. Ayuda también a explicar por qué el Estado de bienestar realiza multitud de papeles, algunos de los cuales producen efectos abiertamente desmercantilizadores". Ed. Alianza, México, 1990.

déficit en las cuentas estatales debe ser expulsado del sistema; nos preguntamos, ¿a dónde?, pues aún no podemos exportar nuestros viejos, ya inservibles económicamente; o el exceso de niños marginales<sup>6</sup> que molestan en la calle pidiendo día y noche, pero seguramente pronto el neoliberalismo se encargará de descubrir algún planeta exportable.

Hoy la discusión pasa por otros vértices: la seguridad social vuelve a restringirse,<sup>7</sup> no hay espacio para el gasto público solidario, es altamente improductivo; hoy se esgrime la política del “gasto focalizado” como paliativo para pensar situaciones de extrema violencia.

La seguridad social como redistribución solidaria de recursos económicos está en retirada<sup>8</sup> hoy el individualismo debe asumir el propio destino, se representa como un paradigma para el siglo venidero y en este sentido todos los derechos sufren excesivamente personalísimos.

En el ámbito de la responsabilidad civil, ya no se discute el factor de atribución, pues con la máquina se causaron cuantiosos daños, hoy con la tecnología<sup>9</sup> y la información se ha multiplicado por toda la faz de la tierra, como un hecho continuo.

6 Consult. MINUJIN, A. y otros. Desigualdad y exclusión. Ed. UNICEF/Losada. Bs. As. 1993.

7 BARBEITO, A. y Lo VUOLO, Rubén. La modernización excluyente, pág. 110. “Los viejos esquemas del seguro social bismarckiano, que definían la tradición alemana en el área social, se cuestionaron a la luz de los principios de “igualdad de trato” y “derecho universal” al uso de servicio que definían las líneas fundamentales del concepto de “seguridad social” desarrollado en Inglaterra, desde el esquema alemán se sostenía que la relación laboral asalariada era el eje sobre el cual se debía construir la política social y, por lo tanto, los responsables – y beneficiarios – eran los propios trabajadores y sus empleadores, quienes debían aportar el grueso de los fondos de financiamiento, el esquema anglosajón trasladaba esa responsabilidad al conjunto de la sociedad; por lo tanto, todo ciudadano debía ser beneficiario y a la vez contribuir para financiar la política social”. Ed. UNICEF/Losada. Bs. As. 1992.

8 KIRSCH, J. y otros. Los estudios sobre el estado y la reestructuración capitalista, pág. 56 y ss. Ed. Tierra del Fuego. Bs. As. 1992.

9 BODEMER, Klaus. Política tecnológica y modernización productiva. Pág. 7. “En los años setenta, las naciones en desarrollo se vieron confrontadas con el espectacular avance tecnológico logrado por los países de la Organización de Cooperación y desarrollo Económico (OCDE) en diversos sectores, tales como la microelectrónica, las tecnologías de información y comunicación, las de producción, la biotecnología, la biogenética, el desarrollo de nuevos materiales más resistentes al calor y más duraderos, así como también de nuevas tecnologías energéticas e innovaciones son cada vez más utilizadas en los países económicamente avanzados y han dado lugar a una encarnizada competencia tecnológica, sobre todo entre EE.UU., la CE y Japón, que se ha traducido en una estructuración del comercio internacional y de la división internacional del trabajo”. Ed. Nueva Sociedad. Venezuela, 1992.

En mi humilde punto de vista son dos los aspectos que se discuten y que seguramente pretenden resolverse antes del tercer milenio;<sup>10</sup> el daño reparable como categoría minimizada frente al daño universal, que todos debemos estar dispuestos a soportar por la convivencia pacífica y en segundo término, la reducción en la cuantificación económica de daños, vía tarifación arbitraria.

El primero, es mostrando como una solución estructural única: vivir en una sociedad que desea alcanzar un desarrollo superlativo en el futuro, es asumir como costo una mayor riesgosisdad en todos los aspectos de la vida presente, esto significa como ha dicho la Corte Suprema Argentina y alguna Cámara Comercial, que debemos asumir más riesgos y por ende ampliar la categoría de daño universal y no reparable, verbigracia comprar un auto estándar, se ha llegado a decir que es asumir más riesgos por su precio, dejando de lado el concepto de producto seguro como idea central del desarrollo.

Por este camino reducimos el daño reparable y trasladamos al ser humano la riesgosisdad. En el segundo aspecto, que se empalma con el Contrato de Seguro, se pretende reducir la cuantificación económica de daños valores reducidos de la vida humana o lesiones y ello coordinado con la idea que el seguro no puede ser ilimitado, lo cual es cierto, pero ello no justifica las arbitrariedades.

No me convence la idea de que todo se encarece y que es en detrimento de los consumidores, la valuación del daño debe responder por lo menos a premisas impuestas por el sistema económico, la estratificación social, de allí que una cifra fija igualitaria es arbitraria e inconstitucional, máxime cuando esa cifra solo sirve para mantener elevada la tasa de beneficio de las empresas.

Creo en el seguro, pero no como solución única, sino como un vértice del problema que es cierto al menos teóricamente que facilita la liquidación del daño, su cobrabilidad y hasta mejora la calidad de la administración de justicia.

Pero creo que se deben trabajar con escalas móviles por estratos económicos, establecer un piso mínimo, un techo; pero conjuntamente con ésta que se hace a

10 MINUJIN, A. y otros. Desigualdad y exclusión, pág. 7. "El Consenso de Washington consiste en diez principios de política económica que pueden ser agrupados en tareas conjuntas de recomendaciones políticas, en primer término, reformas macroeconómicas incluyendo disciplina fiscal, racionalización y control del gasto público, reforma fiscal y liberación financiera. En segundo lugar, reformas en el régimen de comercio exterior, que permanecen, eliminación de subsidios a industrias no competitivas, y liberación a alineación en unas bandas competitivas de la tasa de cambio. Por último, promoción del desarrollo del sector privado a través de privatizaciones, desregulación, garantías a los derechos de propiedad y atracción de inversiones financieras directas". Ed. UNICEF/Losada. Bs. As. 1993.

la reparación, debe trabajarse el tema de la sanción o daños punitivos para evitar que la vida humana se transforme en un mero costo y reducido; así como obligar a las empresas, capitalistas y dueños de máquinas y tecnologías a invertir en prevención, donde el rol del Estado sea eficaz en la imposición de reglas claras y en su control.

No pretendo cerrar el tema, por el contrario esta exposición no hace más que dejarlo inconcluso, pero sí pretendemos generar un espacio de reflexión, donde el hombre sea el centro y no el sistema económico, de allí que proponga como formas de contra tendencia reflexiva: primero, no permitir que se dañe por la mera excusa de desarrollo o futuro promisorio; mantener el sistema de atribución objetiva de reparación de daños, para facilitar el acceso del damnificado; incorporar el seguro con escalas móviles, piso y techos adecuados; construir un nuevo rol del Estado – no volver el Estado empresario – que ponga reglas claras, con controles y por sobre todo volver al concepto de solidaridad social como determinante y significativo del próximo milenio.<sup>11</sup>

---

11 OFFE, Claus. *Contradicciones en el Estado de Bienestar*, pág. 72. “En las ciencias sociales liberales, el estudio del Estado y la política social está guiado por conceptos formales. Las definiciones de la naturaleza sociológica del estado parlamentario – democrático constitucional se refieren generalmente a las formas, procedimientos, reglas e instrumentos de la actividad estatal y no a las funciones estatales, a sus consecuencias y a los intereses que luchan dentro del Estado. Por ejemplo, la definición weberiana del estado como “monopolio de la violencia física” se refiere a la autoridad formal última de los actos soberanos, pero nada revela sobre la dirección de la relación de violencia, esto es: quiénes la despliegan y contra quiénes”. Ed. Alianza. México, 1990.

# LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS Y SU ASEGURAMIENTO

Javier Tamayo Jaramillo<sup>1</sup>

## CONTENIDO:

1. Introducción
2. Sección primera. La responsabilidad civil por productos defectuosos
3. Sección segunda. El seguro de responsabilidad civil por productos defectuosos
4. Bibliografía

## INTRODUCCIÓN

1. La responsabilidad civil por productos defectuosos es tal vez la rama de la responsabilidad civil que más ha evolucionado en las últimas décadas, debido, sobre todo, a la producción de bienes y servicios en masa, así como a la enorme cadena de intermediarios que intervienen desde la producción hasta el consumo final del producto o servicio. De otro lado, el mecanismo del seguro al que tan habitualmente se acude con el fin de reemplazar el riesgo de la responsabilidad, no siempre está dispuesto a prestar cobertura de todas las contingencias a que pueda dar lugar la mala calidad de un producto o servicio. Todo ello debido al enorme costo de la siniestralidad en la mayoría de los países desarrollados como consecuencia de una concepción más generosa de los ordenamientos jurídicos en relación con las víctimas de dichos defectos. Es indudable que, en un régimen de responsabilidad objetiva, el valor final de las indemnizaciones es mucho más alto que si nos encontrásemos frente a un régimen de responsabilidad con culpa.

---

<sup>1</sup> Ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia (Sala Civil). Miembro del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado



Por otra parte, la elaboración de una teoría sistemática, aplicable a todos los ordenamientos jurídicos, es imposible pues las diversas legislaciones conservan diferencias enormes, no solo por motivos de tipo financiero y económico, sino también porque la concepción filosófica de los ordenamientos jurídicos no siempre es la misma. A ello debe agregarse el hecho de que, mientras de un lado las teorías neoliberales de la producción tienden a aligerar las cargas económicas de los productores, por otro lado toda una corriente socializante de los riesgos pregona y pretende una responsabilidad totalmente objetiva que, inclusive, a veces, pretende ser suplantada por regímenes de solidaridad social en los cuales el concepto de imputación y responsabilidad desaparecería por completo, para dar paso a indemnizaciones automáticas.

Así las cosas, consideramos conveniente analizar los conceptos básicos de la responsabilidad por productos defectuosos y su aseguramiento, mostrando cómo ellos se interpretan por la doctrina, la ley y la jurisprudencia en el derecho comparado. O sea que no nos detendremos específicamente en ninguna legislación. Con todo, la evolución del derecho norteamericano y la directiva del 25 de julio de 1985, de la Comunidad Económica Europea serán parámetros imprescindibles para poder mostrar las orientaciones contemporáneas sobre la materia.

En ese orden de ideas, conviene determinar inicialmente el régimen de responsabilidad por productos defectuosos (SECCIÓN PRIMERA), para, posteriormente, analizar los principios orientadores del seguro de responsabilidad civil por productos defectuosos (SECCIÓN SEGUNDA).

## **SECCIÓN PRIMERA.**

### **LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS.**

2. Después de describir someramente los fundamentos universales de la responsabilidad civil por productos defectuosos (SUBSECCIÓN PRIMERA), analizaremos los requisitos de dicha responsabilidad (SUBSECCIÓN SEGUNDA).

### **SUBSECCIÓN PRIMERA.**

#### **FUNDAMENTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS.**

3. La institución actual de la responsabilidad civil por productos defectuosos sólo es comprensible cuando se advierten los inconvenientes que han tenido, hasta fechas recientes, las víctimas de dichos productos al pretender la aplicación de los principios jurídicos del liberalismo clásico (I); en ese sentido es preciso mostrar los enormes esfuerzos que determinados ordenamientos jurídicos han hecho a lo largo de este siglo, para romper esos esquemas clásicos que sólo protegían a los productores y vendedores (II); a partir de esas dos premisas de tipo histórico, es factible enunciar y analizar los lineamientos generales que hoy en día, con algunas variaciones de un país a otro, permiten una mayor protección de todos los individuos que se ven perjudicados por un producto defectuoso.

#### **I. Inconvenientes de la legislación clásica sobre responsabilidad civil por productos defectuosos.**

4. Los principios de las legislaciones civiles clásicas del siglo XIX sobre la responsabilidad civil por productos defectuosos presentan, desde hace algunas décadas, serios inconvenientes a las víctimas debido a los sistemas masivos de producción y de distribución de bienes y servicios.<sup>2</sup> El derecho tradicional se tornó insuficiente.

Veamos algunas de esas dificultades.

---

2 ALCOVER GARAU, Guillermo. *La responsabilidad civil del fabricante*, Ed. Civitas, Madrid, 1990, pág. 19

## 5. Exigencia de la culpa

En efecto, los códigos civiles que regulan la responsabilidad civil por vicios ocultos o redhibitorios, en su gran mayoría condicionan la responsabilidad del vendedor por los perjuicios derivados de tales vicios, al hecho de que el vendedor conociera o debiera conocer, al momento de la venta, el vicio de la cosa o su causa. Sin embargo, algunos ordenamientos jurídicos como el francés, han ido superando, por vía doctrinal<sup>3</sup> y jurisprudencial, esa dificultad probatoria imponiendo al vendedor profesional una presunción de culpa que no permite prueba en contrario, lo que, de hecho, convierte finalmente la responsabilidad en objetiva.<sup>4</sup>

Ahora, la prueba de ese conocimiento, cuando ella es exigida, en la práctica es imposible de conseguir, lo que conlleva a que la víctima se quede sin indemnización.<sup>5</sup>

De allí que, desde hace varias décadas, en el mundo entero, se haya pensado en reemplazar la responsabilidad culposa por productos defectuosos, por una responsabilidad objetiva.<sup>6</sup>

## 6. No se cubre la falta de eficiencia

De otro lado, los daños que sufre el usuario del bien o servicio no siempre se derivan de un vicio oculto, sino de la simple falta de eficiencia de aquellos. Un electrodoméstico puede no tener ningún vicio redhibitorio, pero puede carecer, sin embargo, de una durabilidad aceptable teniendo en cuenta las necesidades del usuario y el precio del producto.

Y salvo algunas legislaciones que protegen los derechos del consumidor, los ordenamientos privados no establecen expresamente la responsabilidad por falta de eficiencia y sólo se limitan a la responsabilidad por vicios redhibitorios.

## 7. Tratándose de servicios, sólo se regula el contrato de arrendamiento de obra

Por otra parte, la legislación relativa a la adquisición de servicios está reducida en los códigos, al arrendamiento de servicios y a algunas figuras propias del

3 LE TORNEAU, Philippe. CADJET, Loic. *Droit de la responsabilité*. París, 1996.

4 GHESTIN, Jacques. *Conformité et garanties Dans la vente*. L.G.D.J. París, 1983. núm. 253 y ss. *ENCYCLOPEDIE SALLOZ, Droit Commercial*. Rúbrica: Consommation 2ª ed. París, 1992, núm. 665.

5 ALCOVER GARAU, Guillermo. *Ob. Cit.* Pág. 22.

6 DE SOTOMAYOR GIPPINI, José María. *La responsabilidad civil en la empresa como fabricante de productos*. En: Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa. Varios autores. Ed. Musini, Madrid, 1994. pág. 391; ALCOVER GARAU, Guillermo. Pág. 23.

contrato de mandato. Se hace indispensable pues, sistematizar los derechos y obligaciones que surgen de los contratos de adquisición de bienes o servicios.

### 8. Rigor del efecto relativo de los contratos

Pero donde el derecho civil clásico se torna más inadecuado es en lo relativo al principio casi inflexible del efecto relativo de los contratos. De acuerdo con dicho principio, sólo el vendedor y sólo el comprador pueden hacer uso efectivo de la relación jurídica surgida del contrato.<sup>7</sup> Los demás eslabones de la cadena que empieza con la producción y termina con el consumo del producto, pareciera carecer de alguna protección u obligación. El tercero que produce y el tercero que consume son, en el derecho clásico, dos personas jurídicamente extrañas, a menos que se haga enormes esguinces jurídicos que, basados en la culpa extracontractual, o en la estipulación a favor de otro, permitan una acción en responsabilidad del perjudicado frente al causante del daño.

De allí que el derecho contemporáneo evolucione hacia una responsabilidad solidaria de todas las personas que participen en la cadena de producción y distribución del producto dañino, frente al tercero, consumidor o no, que finalmente sufra el daño como consecuencia del defecto o falta de calidad del producto.<sup>8</sup> En esta forma, el fantasma de la diferencia entre responsabilidad contractual y extracontractual tiende a reducirse o a eliminarse en este tipo de daños.

### 9. Trámite procesal engorroso

Pero, además, las víctimas actuales de un producto defectuoso se ven enfrentadas a una dificultad práctica que, muchas veces, obstaculiza el efectivo reconocimiento de los derechos. En efecto, los penosos trámites del derecho procesal tradicional alargan enormemente los litigios. Por otra parte, esos trámites son altamente costosos lo que hace que, tratándose de daños individuales de poca monta, el perjudicado se vea completamente desprotegido por el orden jurídico.<sup>9</sup> Como consecuencia de lo anterior, los legisladores de todo el mundo tienden a abreviar los procesos sustrayéndolos del proceso ordinario o contencioso clásico para instalarlos en un proceso verbal o, incluso sumario. Por otra parte, en muchos países se acude actualmente a las denominadas acciones de grupo o

7 Sobre el efecto de los contratos, ver: MALAURIE, Philippe. AYNES, Laurent. *Tours de droit civil, les obligations*, 4ª ed. Ed. Cujas, París, 1993/1994, núm. 650 ; CALAIS – AULOY, *Droit de la consommation*. Ed. Dalloz, París, 1980, núm. 12.

8 ENCYCLOPEDIE DALLOZ. Rúbrica Cit. Núm. 676 y ss.

9 CALAIS – AULOY. Ob. Cit. Núm. 216.

*class actions*,<sup>10</sup> de acuerdo con las cuales la sentencia condenatoria a favor de un consumidor perjudicado beneficia a los demás consumidores que hayan sufrido un daño proveniente de un producto fabricado o distribuido por el responsable, así esos otros perjudicados no se hubieran constituido parte en dicho proceso.

**10. Todas las dificultades anotadas indican la necesidad de un nuevo orden jurídico que proteja a los individuos de los enormes riesgos que se derivan de la producción y distribución masiva de bienes y servicios. El análisis de dichas soluciones constituye el objeto de este trabajo.**

### **11. Ideal: hacia un régimen solidario por accidentes**

Si bien, hasta el momento, los daños derivados de productos defectuosos son indemnizables a través de mecanismos de responsabilidad civil, lo cierto es que el derecho actual se orienta hacia una socialización de los riesgos provenientes de accidentes, de forma tal que las víctimas sean indemnizadas en forma automática, independientemente de la responsabilidad del causante del daño.<sup>11</sup> Y dentro de ese tipo de daños por accidentes están comprendidos, desde luego, los accidentes derivados de productos defectuosos.<sup>12</sup>

Sin embargo, dar el salto de la responsabilidad civil a un régimen de seguridad social es tarea bastante difícil habida cuenta de los costos económicos que tal mecanismo supone. Las soluciones a la responsabilidad civil y a la seguridad social están profundamente ligadas a un análisis económico de la sociedad donde haya de imperar el sistema. Los problemas no se solucionan legislando, sin tener en cuenta los costos. Si ese factor económico se ignora, las normas terminarán siendo letra muerta. De allí que, por lo pronto, tengamos que seguir, mayoritariamente, ligados a un sistema de responsabilidad civil, así esta sea objetiva.

## **II. Evolución de los principales ordenamientos jurídicos**

12. Entre muchos ordenamientos jurídicos que han influido en todo el derecho comparado, para otorgar protección a las víctimas de productos defectuosos, merece la pena destacar el norteamericano (1), el francés (2) y la Directiva de la Comunidad Económica Europea de 1985 (3).

### **1. El Derecho Norteamericano**

10 CALAIS – AULOY. Ob. Cit. núm. 217. Sobre estas acciones en el Derecho Español véase GARCÍA AMIGO, Manuel. *Teoría general de las obligaciones y contratos*. Mc. Graw – Hill, Madrid, 1995, pág. 109.

11 GHESTIN, Jacques. VINEY, Genevieve. *Traité de droit civil, la responsabilité*. L.G.D.J. París, 1982, tomo IV, núm. 44 y ss.

12 *Ibidem*, núm. 46.

### 13. Al comienzo sólo responsabilidad contractual

Hasta bien avanzado el siglo XIX, la responsabilidad civil de los fabricantes y de los vendedores, en el derecho norteamericano, sólo se comprometía frente al adquirente del producto defectuoso.<sup>13</sup> El principio del efecto relativo de los contratos, impedía favorecer a terceros que, habiendo sido perjudicados por el defecto del producto, no tenían ningún vínculo contractual con el vendedor o fabricante.

### 14. Se cubren las responsabilidades contractual y extracontractual culposas

Con todo, en 1852, las Cortes del estado de Nueva York reconocieron que el fabricante y el vendedor también eran responsables frente a terceros si una negligencia existía al poner en circulación un producto que, por defectuoso, era peligroso.<sup>14</sup> Sin embargo, en un comienzo, se trató de casos aislados y el principio del efecto relativo de los contratos continuó siendo la regla.

Pero, en 1916, la misma Corte de Nueva York introdujo el principio general según el cual todos los fabricantes, por tener un deber general de diligencia frente a los usuarios de un producto, son responsables frente a cualquiera víctima en caso de daños derivados del uso de productos defectuosos, siempre y cuando haya existido negligencia del fabricante o del vendedor en cuanto al origen del defecto. Al respecto, el citado fallo expresó:

*“Un automóvil no es a priori, peligroso en sí mismo, pero si la naturaleza de una cosa es tal que se pueda razonablemente pensar que ella pondrá la vida o la salud en peligro, si es fabricada negligentemente, es entonces, una cosa peligrosa”.*<sup>15</sup>

A partir de esta decisión, lo que antes era la excepción se convirtió en principio general y, en consecuencia, el vendedor y el fabricante.

*“Son responsables de negligencia culposa en la fabricación y venta de todo producto del cual pueda esperarse que cause un producto si éste es defectuoso”.*<sup>16</sup>

En conclusión, esa segunda etapa estuvo dominada por la responsabilidad culposa, contractual y extracontractual del fabricante,<sup>17</sup> que, por su negligencia,

13 MAREE, Perrini. Nouveaux developpements de la responsabilité du fait des produits en droit américain. Ed. Económica, París, 1985, pág. 53 ; DE SOTOMAYOR GIPPINI, José María, Ob. Cit. Pág. 396

14 Ibídem.

15 Ibídem. Pág. 54; véase también DE SOTOMAYOR GIPPINI, José María. Ob. Cit.

16 MAREE, Perrini. Ob. Cit. Pág. 54

17 DE SOTOMAYOR GIPPINI, José María. Ob. Cit. MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 64; ALCOVER GARAU, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 26

permitía que el producto defectuoso dañara a su usuario, fuera o no, adquiriente del mismo.

### 15. Responsabilidad objetiva

Pero un viraje radical comenzó a operarse a partir de 1944, en la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas.

En efecto, en ese año, una Corte Americana condenó a un productor de bebidas, por los daños sufridos por una persona, como consecuencia de la explosión de una botella.<sup>18</sup> Se aplicó en este caso al principio de la culpa virtual que obedece al aforismo de la *res ipsa loquitur*. Es decir, se tuvo en cuenta, de todas formas, el factor de la culpa.

Pero, uno de los miembros de la Corte, el Juez Traynor, pese a que compartió lo resuelto por la Sala, de todas formas planteó una fundamentación puramente objetiva de la responsabilidad. Los lineamientos principales de su doctrina fueron los siguientes:

*“a) El fabricante es el mejor colocado para prever y prevenir los riesgos que hacen correr sus productos, tanto económicamente, repartiéndose el costo de la reparación de los perjuicios en sus gastos empresariales, que socialmente, porque es él quien está en el origen del producto, incluso, si ninguna negligencia se le puede imputar. Y si, estadísticamente, un cierto número de accidentes son inevitables, es el fabricante el mejor ubicado para asegurar la protección del público.*

*“b) Si la seguridad del público exige que el fabricante sea garante de la inocuidad de sus productos, es inútil tratar de calificar esta responsabilidad distinto de una responsabilidad de pleno derecho (responsabilidad objetiva). Ya existen, en materia penal, casos legales de responsabilidad sin culpa; nada que se oponga a imponer lo mismo en materia civil. Es por lo demás, lo que ocurre en garantía, donde el vendedor responde de los vicios del producto, independientemente de toda falta de su parte, así él sea a menudo, tan poco conocedor de los peligros, como lo es el público.*

*“c) Hay que desligar completamente la garantía (obligación de seguridad) de su contexto contractual y reconocerle su carácter original de fuente delictual de obligaciones para el fabricante.*

*“d) Los intermediarios no son más que los canales de la producción del fabricante y conviene simplificar el procedimiento evitando el recurso en cadena. Desde que se admita que son las “performances” dañinas de un producto lo que está en causa, incumbe al fabricante, que ha aconsejado y provocado el uso, de responder de ello”.<sup>19</sup>*

18 MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 64; ALCOVER GARAU, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 26

19 Véase también SOTOMAYOR GIPPINI, José María. Ob. Cit. Pág. 399; ALCOVER GARAU, Guillermo. Ob. y

Y la opinión del Juez Trynor se convirtió en antecedente jurisprudencial en 1963, en el asunto “*greenman*”. En efecto, en ese año, la Corte de California, acogió las pretensiones de una persona que había resultado lesionada como consecuencia del uso de un objeto defectuoso. En tal caso, la responsabilidad, según el fallo, es puramente objetiva, pues:

*“El fabricante es responsable de pleno derecho siempre y cuando un producto que él ha colocado en el mercado, a sabiendas de que sería utilizado sin inspección previa, se revela defectuoso y causa un perjuicio a una persona”.*<sup>20</sup>

Por lo demás por lo demás, el fallo reafirma la teoría de que la garantía del productor (obligación de seguridad) beneficia no sólo al adquirente del producto, sino también a cualquier tercero que se perjudique al usarlo.

16. La teoría del juez Traynor y de la decisión antes anotada, pronto se extendieron hacia otros Estados de la Unión, y fue así como en 1965 el “American Law Institute” entidad no oficial de gran influencia en la jurisprudencia norteamericana, dada la calidad y prestigio de sus componentes, al redactar la segunda edición del “Restatement of Torts” acogió plenamente la doctrina Traynor, solución que pronto se sentiría en toda la jurisprudencia americana.

Los principios propuestos por dicho instituto aparecen en las Secciones 402 a. y 402 b. del “Restatement of Tort” y sus textos son los siguientes:

*“402 a. Responsabilidad especial del vendedor de productos, en razón del perjuicio corporal ocasionado al utilizador o al consumidor.*

*“1) El que vende un producto defectuoso, peligroso más allá de lo que es razonable para la salud o los bienes del utilizador o del consumidor, es responsable del perjuicio corporal causado por ese producto al último utilizador o consumidor o a sus bienes, a) si el vendedor es un profesional de la venta de dicho producto, y, b) si el producto debe llegar al consumidor o al utilizador sin que modificaciones sustanciales del producto sean previstas o intervenidas.*

*“2) La regla de la regla de la subsección 1 se aplica incluso a) si el vendedor ha empleado toda la diligencia posible en la preparación y la venta de su producto y, b) si el utilizador o el consumidor no ha comprado el producto y no tiene relación contractual con el vendedor.*

*402 b. El suministrador de productos, que por vía de publicidad, de “etiquetaje” o por cualquier otra vía, suministre al público informaciones inexactas concernientes a las calidades o características del producto que vende, será responsable del daño causado al consumidor de ese producto, por el hecho de la confianza que haya creado por sus afirma-*

pág. Cit.

20 MAREE, Perrine. Ob. Cit.; DE SOTOMAYOR GIPPINI, José María. Ob. Cit.



*ciones incluso a) si no las ha hecho fraudulentamente ni negligentemente y b) si el consumidor no ha comprado el producto y no ha tenido relación contractual con el vendedor”.*<sup>21</sup>

En esta forma se consolidó la responsabilidad objetiva por productos defectuosos, en el Derecho Norteamericano, y podría pensarse que, con diferencia de matices entre los diversos estados de la unión, es ese el derecho vigente en aquel país.

### 17. Modelo de Ley Uniforme del 31 de octubre de 1979

Y el resultado de esta nueva doctrina no se hizo esperar. En efecto, la cascada de demandas y condenas millonarias incentivó a todas las víctimas de productos puestos en el mercado a iniciar acciones judiciales contra los fabricantes. Todo ello contribuyó a que las primas de los seguros se tornasen impagables dado su alto costo. Por lo demás, en el derecho norteamericano existe la figura de los daños punitivos, lo que aumenta aún más, el valor de las indemnizaciones.

Fuera de lo anterior, los principios derivados de la doctrina Traynor no contenían soluciones para todos los problemas que una materia tan compleja supone. De allí que la jurisprudencia fuera perdiendo uniformidad, pues había diferencias abismales de una Corte u otra.

Por tales razones, el gobierno norteamericano nombró una comisión encargada de estudiar el problema y de redactar alguna propuesta de legislación. La citada comisión (Interagency Task Force on Product Liability) publicó su propuesta en 1977. Con base en dicha propuesta el Ministerio de Comercio, en octubre de 1979, publicó el *Model Uniform Product Liability Act*,<sup>22</sup> texto que no es obligatorio pero que sirve como punto de referencia a cada uno de los Estados de la Unión. Es de anotar que no todos los estados han adoptado este modelo de legislación.

Los lineamientos del *Model Uniform* tienden a aligerar las cargas de los fabricantes, no sólo porque en algunas hipótesis se vuelve a la responsabilidad por culpa, así sea presunta, sino porque se crean mecanismos para controlar el valor excesivo de las indemnizaciones y para lograr una racional y menos costosa cobertura de los aseguradores. Adicionalmente, precisa con claridad todos los problemas que se suscitan con el concepto de “defecto”.

Como dicho texto ha servido de fuente a otros países que han pretendido regular la materia, a medida que vayamos avanzando en esta exposición muestra-

21 MARRE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 66; ALCOVER GARAU, Guillermo. Ob. Cit., pág. 27

22 Véase DE SOTOMAYOR GIPPINI, José María Ob. Cit. Pág. 400; ALCOVER GARAU, Guillermo. Ob. Cit.

remos cómo se resuelven en él, los múltiples problemas que esta responsabilidad suscita.

## 2. El Derecho Francés

18. El derecho francés del siglo pasado prácticamente no contenía normas de protección al consumidor y, en general, de protección a las víctimas de productos defectuosos. El reinado de la culpa probada dejaba a las víctimas, a menudo, sin indemnización de su daño, ya que esa culpa casi nunca era posible demostrarla. Sin embargo, a partir de los primeros años del siglo XX, el legislador no sólo dictó normas de carácter preventivo, con el fin de evitar, en la medida de lo posible, daños derivados del uso de productos, sino que, por vía jurisprudencial, pasó a un régimen de responsabilidad subjetiva a un régimen de responsabilidad objetiva y sin culpa.<sup>23</sup>

### 19. Legislación preventiva

La primera ley de protección al consumidor, en el derecho francés fue la ley del 1 de agosto de 1905, tendiente a reprimir los fraudes en la compraventa y las falsificaciones en los productos alimenticios. Dicha ley ha sido reformada constantemente de acuerdo con las necesidades de cada época. Luego, una ley del 27 de diciembre de 1973 permitió las asociaciones de consumidores accionar judicialmente en defensa de los intereses colectivos de los consumidores por ellas representados. Posteriormente, el 10 de enero de 1978 se promulgó la Ley de Protección e Información de los Consumidores, la cual fue notoriamente revisada y actualizada por una Ley del 21 de julio de 1983.<sup>24</sup>

El artículo primero de ésta última tiene el mérito de haber consagrado por vía legal la obligación de seguridad que, en relación con todo el mundo, había establecido la jurisprudencia en contra del vendedor fabricante. De acuerdo con dicho artículo

*“Los productos y servicios deben, dentro de las condiciones normales de utilización o dentro de otras condiciones razonables previsibles por el profesional, presentar la seguridad que se puede legítimamente esperar y no atentar contra la salud de las personas”.*<sup>25</sup>

23 GHESTIN, Jacques. VINEY, Géneviève. Ob. Cit. núm. 746 y ss.

24 Sobre todo la legislación de prevención a favor de los consumidores, véase: ENCYCLOPÉDIE DALLOZ. Rúbrica citada. Núm. 500 y ss.

25 Ibídem. Núm. 514 y ss.

Finalmente, la labor preventiva del legislador a favor de los consumidores se vio cristalizada en una ley del 23 de junio de 1989, en la cual se incluye la obligación de seguridad en relación con los productos que hacen parte del equipamiento de inmuebles, productos que no estaban incluidos en la ley de 1983.<sup>26</sup>

En general, todas estas leyes pretenden que el vendedor y el fabricante eviten la puesta en circulación de productos peligrosos. En ese orden de ideas se contempla la obligación de suministrar toda la información necesaria para el uso de los productos y así, evitar daños; así mismo, se establecen normas de embalaje de ciertos productos peligrosos; finalmente, se contemplan disposiciones legales para retirar del mercado productos que no ofrezcan la seguridad pretendida por el legislador.

## 20. Legislación sobre responsabilidad del vendedor o fabricante

Pero el legislador francés también ha evolucionado en relación con la responsabilidad civil del vendedor o fabricante, en caso de daños efectivamente causados por los productos fabricados y vendidos. Esa evolución tiende hacia una responsabilidad objetiva y comprende tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual.

## 21. La responsabilidad contractual del vendedor fabricante

En el derecho francés se han ido perfilando dos obligaciones fundamentales del vendedor fabricante, en relación con un determinado producto: se trata de la obligación de entregar un producto carente de vicios redhibitorios (*obligación de seguridad*)<sup>27</sup> y de la obligación de información e instrucciones (*renseignements*)<sup>28</sup> en caso de venta de cosas que, no siendo viciosas, de todas maneras, por su naturaleza, presentan ciertos riesgos.

## 22. La responsabilidad contractual por vicios redhibitorios

Los artículos 1641 a 1648 del Código Civil Francés regulan la responsabilidad civil del vendedor. Según el art. 1645, el vendedor deberá indemnizar al comprador todos los perjuicios que éste llegare a sufrir como consecuencia de un vicio redhibitorio, “si el vendedor conocía los vicios de la cosa”. Concebido el artículo

26 LAMBERT – FAIVRE, Yvonne. Risques et assurances des entreprises. 3ª ed. Ed. Dalloz, París, 1991, núm. 968.

27 ENCYCLOPEDIE DALLOZ. Rúbrica citada. Núm. 655 y ss.

28 *Ibidem*. Núm. 667

en su significado literal, el vendedor prácticamente nunca sería responsable, pues el comprador rara vez tiene la manera de establecer esa mala fe del vendedor.

Pero una ejemplar evolución jurisprudencial se ha producido a lo largo del siglo ya que, desde años, los tribunales franceses establecen en contra del vendedor profesional una presunción de mala fe que no puede ser desvirtuada en forma alguna.<sup>29</sup> Es decir, se presume que el vendedor profesional conocía los vicios ocultos de la cosa vendida y no puede el vendedor demostrar que realmente, no tenía dicho conocimiento.<sup>30</sup> Así las cosas, el vendedor fabricante está obligado a indemnizar todos los daños materiales, corporales y extrapatrimoniales que llegare a sufrir el comprador como consecuencia del vicio redhibitorio.

En esta forma se pasó, por vía jurisprudencial, de una responsabilidad basada en la mala fe probada, a una responsabilidad, en la práctica, totalmente objetiva. Y lo importante es que la presunción pesa contra los fabricantes y comerciantes de productos, pues ellos se encargan profesionalmente de la producción y distribución de dichos bienes.<sup>31</sup>

De esta interpretación legal se desprende, no solo la responsabilidad objetiva, sino también la responsabilidad por los vicios generados por los mal llamados “riesgos de desarrollo”, que, como veremos más adelante, exoneran de responsabilidad, en la mayoría de legislaciones modernas. En ese sentido, pues, el derecho francés es mucho más proteccionista que otros legisladores más recientes.<sup>32</sup>

Finalmente, de la citada interpretación se deduce una obligación de seguridad y de resultado en contra del vendedor profesional y a favor del comprador, así como la nulidad de las cláusulas de exoneración o de limitación de la responsabilidad, pues, presumido el dolo, dichas cláusulas se aniquilan.<sup>33</sup>

### **23. Responsabilidad contractual por cosas peligrosas por naturaleza**

Pero puede suceder que la cosa vendida cause daño al comprador, no como consecuencia de un vicio oculto que puede no existir, sino como resultado de la naturaleza intrínsecamente peligrosa de la cosa vendida. Es lo que ocurre con productos tóxicos o trasmisores de energía.

29 Núm. 665; GHESTEIN, Jacques – VINEY, Géneviève. Ob. Cit. Núm. 767 y ss.

30 *Ibidem*.

31 GHESTEIN, Jacques – VINEY, Géneviève. Ob. Cit. Núm. 750

32 LAMBERT – FAIVRE, Yvonne. Ob. Cit. Núm. 1000.

33 GHESTEIN, Jacques – VINEY, Géneviève. Ob. Cit. Núm. 76.

Cuando se produce un daño con una de estas cosas peligrosas en sí mismas, el vendedor es responsable frente al comprador perjudicado, si el primero omite cumplir las obligaciones de acondicionamiento y empaque del producto, así como las de información y de instrucción, tendientes a evitar un uso inadecuado por parte del segundo.<sup>34</sup>

En esta forma, pues, en el derecho francés vigente, gracias a la jurisprudencia, el comprador está amparado por una responsabilidad objetiva del vendedor, no sólo en caso de vicios de la cosa vendida, sino también en caso de daños provenientes de la naturaleza peligrosa de la misma cosa, así esta no tenga un vicio.

#### **24. Acción contractual y directa de los subadquirientes**

Pero la protección de las relaciones contractuales derivadas de la compraventa va más allá del comprador y del vendedor. En efecto, la jurisprudencia francesa tiene establecido que los subadquirientes de la cosa vendida disponen de una acción directa, necesariamente contractual, contra todas las personas pertenecientes a la cadena que comienza con la fabricación y termina con la distribución final del producto causante del daño.<sup>35</sup> En esta forma se amplía notablemente el campo del efecto relativo de los contratos.

#### **25. Responsabilidad extracontractual del fabricante**

Pero la evolución jurisprudencial del derecho francés, en relación con los daños causados por productos defectuosos, se ha extendido no sólo al adquirente o subadquiriente del producto, sino también a todo tercero que llegue a verse perjudicado por el defecto del producto. Se acude, en este caso, a los principios de la responsabilidad civil extracontractual.

#### **26. Responsabilidad por culpa probada**

En un comienzo, en aplicación de los artículos 1382 y 1383 del Código Civil Francés, la víctima no adquirente y subadquiriente de un producto defectuoso, tenía que probar que el fabricante o el vendedor habían cometido dolo o culpa en la fabricación o en la puesta en circulación de dicho producto.

#### **27. Responsabilidad por culpa virtual**

Pero ese rigor probatorio de la jurisprudencia inicial fue cediendo y, en primer lugar, se acudió a la noción de culpa virtual fundamentada en el principio de la

<sup>34</sup> Núm. 767; ENCYCLOPEDIE DALLOZ. Rúbrica citada, núm.667

<sup>35</sup> *Ibidem*. Núm. 669.

*res ipsa loquitur*. Según esa doctrina, la existencia del defecto del producto habla por sí sola y muestra la culpa del fabricante.<sup>36</sup> La culpa es la misma puesta en circulación de un producto defectuoso.

De esta manera, pese a que formalmente se sigue aplicando la responsabilidad con culpa probada, de todas formas se libera a la víctima de la obligación de probar no sólo el defecto, sino también la culpa del vendedor o fabricante. Algunos,<sup>37</sup> inclusive, piensan que, en el fondo, se trata de una responsabilidad objetiva, maquillada con el concepto formal de la culpa.

### 28. Responsabilidad objetiva por el hecho de las cosas

Pero la jurisprudencia francesa avanzó, aún más, en el principio de la responsabilidad civil extracontractual objetiva del fabricante de un producto defectuoso. Para lograrlo, acudió al artículo 1384, inciso 1, del Código Civil, según el cual, el guardián de la cosa causante del daño es imputable a una causa extraña. Esa responsabilidad se aplica al fabricante bajo el argumento de que éste es guardián de la estructura del producto defectuoso.<sup>38</sup>

### 3. La Comunidad Económica Europea

29. Y la Comunidad Económica Europea no ha sido ajena al problema de la responsabilidad por productos defectuosos. En efecto, ante la disparidad de legislaciones de los Estados miembros de la Comunidad, y después de largos debates, se aprobó la Directiva del 25 de julio de 1985 que, en el fondo, establece una responsabilidad civil objetiva en contra de las personas que participan en la producción y distribución de productos defectuosos.<sup>39</sup>

Si bien la Directiva como tal no es aplicable a los particulares, de todas formas los Estados miembros de la Comunidad se obligaron a incorporar los principios básicos de la Directiva en sus legislaciones internas, incorporación que, con excepción de Francia, ya ha sido hecha por los demás Estados miembros.<sup>40</sup>

Los lineamientos generales de la Directiva están impregnados de una responsabilidad objetiva<sup>41</sup> por productos defectuosos, entendiéndose por defecto la

36 LAMBERT – FAIVRE, Yvonne. Ob. Cit. Núm. 1008

37 *Ibidem*. Núm. 1008

38 ENCYCLOPÉDIE DALLOZ. Rúbrica citada, núm. 670; LAMBERT – FAIVRE, Yvonne. Ob. Cit. Núm. 1009.

39 ENCYCLOPÉDIE DALLOZ. Rúbrica citada. Núm. 683 y ss.

40 LAMBERT – FAIVRE, Yvonne. Ob. Cit. Núm. 687

41 ENCYCLOPÉDIE DALLOZ. Rúbrica citada. Núm. 687

falta de seguridad razonablemente esperable de un productor.<sup>42</sup> Por otro lado, no se cubre la responsabilidad por la simple ineficiencia del producto, sino los daños a las personas o a las cosas, como consecuencia de la falta de seguridad;<sup>43</sup> tampoco se cubren las indemnizaciones provenientes de daños imputables a los denominados riesgos de desarrollo<sup>44</sup> o a productos que no habían sido puestos en circulación por el productor;<sup>45</sup> finalmente, la Directiva establece límites indemnizatorios.<sup>46</sup>

### III. Lineamientos generales del régimen de responsabilidad civil objetiva por productos defectuosos

#### 30. Productos objeto de la responsabilidad (diversidad de estatutos jurídicos).

En algunos casos, el legislador regula por separado, mediante estatutos especiales, la responsabilidad por inmuebles defectuosos y la responsabilidad por servicios defectuosos. En otras oportunidades se regula en un mismo estatuto, la responsabilidad por bienes muebles e inmuebles. Inclusive, es pensable en un solo cuerpo jurídico que regule al mismo tiempo la prestación de servicios.<sup>47</sup> Todo depende de la voluntad del legislador.

Y para abundar en legislaciones paralelas, si bien, nada impide que estas responsabilidades estén todas reguladas dentro de un estatuto del consumidor, lo cierto es que, como en España existe la posibilidad de que haya una ley de protección al consumidor, diferente de la relativa a los productos defectuosos,<sup>48</sup> con las dificultades que conlleva interpretar sistemas jurídicos tan relacionados.

No podemos, pues, identificar la responsabilidad por productos defectuosos con los estatutos del consumidor, si bien en algunos países las dos instituciones están reguladas en forma conjunta, dada la interdependencia entre ellas.

Lo importante es tener en cuenta que, de una manera u otra, los sistemas jurídicos actuales tienden a proteger a los consumidores o adquirentes de servicios y de bienes muebles e inmuebles, frente a las dificultades que a tales consumidores genera la legislación individualista clásica. El derecho contemporáneo se

42 *Ibidem*. Núm. 689; DE SOTOMAYOR GIPPINI, José María. Ob. Cit. Pág. 413.

43 *Ibidem*. Rúbrica citada. Núm. 699.

44 DE SOTOMAYOR GIPPINI, José María. Ob. Cit. Pág. 414; GARCÍA AMIGO, Manuel. Ob. Cit. Pág. 93.

45 *Ibidem*. Pág. 414; GARCÍA AMIGO, Manuel. Ob. Cit. Pág. 103.

46 *Ibidem*. Pág. 419; *Ibidem*. Pág. 94.

47 Tal es el caso de la Ley Española de Protección al Consumidor, de 1984. véase GARCÍA AMIGO, Manuel. Ob. Cit. Pág. 105 y ss.

48 *Ibidem*. Pág. 105.

ha impuesto como objetivo proteger al consumidor, que es la parte débil en la adquisición de bienes y servicios.

### 31. Régimen aplicable a los productos agrícolas.

De otro lado, no sobra anotar que, en algunos ordenamientos jurídicos, el régimen de responsabilidad objetiva por productos defectuosos no se aplica en la puesta en circulación de productos agrícolas, dada la fragilidad de éstos y la imposibilidad de obtener una calidad homogénea. Esa es la solución prevista en el art. 2 de la Directiva Europea de 1985, aunque el art. 15 de la misma Directiva deja abierta la posibilidad de que cada uno de los Estados miembros incluya en su legislación interna la responsabilidad objetiva por tales productos.

### 32. Daños indemnizables

Generalmente, cuando se habla de responsabilidad por productos defectuosos, se contempla sólo la protección frente a los daños a las personas o a las cosas, que sean consecuencia del producto defectuoso. Es lo que ocurre en la Directiva de la Unión Europea, de 1985<sup>49</sup> y en el Derecho Norteamericano.<sup>50</sup> Los daños contractuales derivados de la ineficiencia del producto, generalmente, se siguen rigiendo por los principios contractuales del derecho civil o comercial.<sup>51</sup>

33. Sin embargo, vale la pena detenernos en este último tipo de responsabilidad, ya que existen mecanismos jurídicos importantes que de todas formas, también tienden hacia la protección de las víctimas adquirentes de productos ineficientes.

En ese sentido, la ley o la jurisprudencia tienden a objetivizar de todas formas, así sea mediante otras normas, la responsabilidad del productor o vendedor. Ya hemos visto como, en caso de vicios redhibitorios, la jurisprudencia francesa consagra una presunción irrefragable de responsabilidad contra el vendedor.<sup>52</sup> De otro lado, tratándose de adquirentes de bienes inmuebles, algunos países tienen establecido un severo régimen de responsabilidad objetiva, en contra de los vendedores, constructores, ingenieros, arquitectos y promotores inmobiliarios, así como en contra de los productores de materiales utilizados en dichos inmuebles.<sup>53</sup>

49 GARCÍA AMIGO, Manuel. Ob. Cit. Pág. 95.

50 MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 89

51 GARCÍA AMIGO, Manuel. Ob. Cit. Pág. 95.

52 LAMBERT – FAIVRE, Yvonne. Ob. Cit. Núm. 1003 y ss.

53 Ibídem. Núm. 1067 y ss.



34. Con base en estas precisiones, veamos cuáles son los daños indemnizables en caso de responsabilidad civil por productos defectuosos, en sentido estricto.

Cuando el daño inicial recae sobre una persona o una cosa, la indemnización comprende no sólo las pérdidas económicas, en sus modalidades de daño emergente y lucro cesante, sino también los perjuicios extrapatrimoniales.<sup>54</sup> Estos, a menudo se identifican con los perjuicios morales, es decir, con el dolor físico o psíquico de la víctima. Sin embargo, poco a poco se ha ido perfilando otra especie de perjuicio extrapatrimonial consistente en la disminución o pérdida de las posibilidades de disfrutar la vida. Ese daño es denominado, a veces, como el *prejudice d'agrement*; otras como el *perjuicio fisiológico* y otras, como el *perjuicio a la vida de relación*.<sup>55</sup>

### 35. Límites indemnizables

Como la responsabilidad civil objetiva aumenta considerablemente el valor global de las indemnizaciones por dicho concepto, el legislador, a menudo, establece topes o límites a la indemnización, de forma tal que el sistema sea costeable.<sup>56</sup> A veces, esos límites son infranqueables, cualquiera haya sido el comportamiento del responsable. El régimen de responsabilidad por productos defectuosos no ha sido ajeno a esa filosofía. Así lo testimonia la Directiva de la Comunidad Económica Europea de 1985, en su artículo 16, al facultar a los Estados miembros, para que, en sus legislaciones internas, establezcan límites a la reparación.<sup>57</sup>

Con todo, algunos legisladores establecen, adecuadamente en nuestro concepto, una indemnización completa en caso de dolo del responsable.<sup>58</sup> Inclusive, en algunos ordenamientos jurídicos también la culpa grave es suficiente para que se produzca la ruptura de los límites.<sup>59</sup>

### 36. Personas responsables

Dentro del esquema de la responsabilidad civil por vicios redhibitorios o por falta de eficiencia de la cosa vendida, la demanda deberá presentarse contra el vendedor o suministrador, independientemente de quien haya sido el productor

54 Por la Comunidad Económica Europea, véase: LAMBERT – FAIVRE, Yvonne. Ob. Cit. Núm. 992.

55 LAMBERT – FAIVRE, Yvonne. Ob. Cit.

56 En Derecho Norteamericano, véase: MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 135.

57 GARCÍA AMIGO, Manuel. Ob. Cit. Pág. 94.

58 Así sucede en el Convenio de Varsovia de 1929 que regula la responsabilidad civil del transportador aéreo internacional.

59 Véase artículo 63 del Código Civil Colombiano, Convenio de Varsovia de 1929.

o fabricante.<sup>60</sup> Es el resultado obvio del principio del efecto relativo de los contratos.

En cambio dentro del nuevo orden de responsabilidad por productos defectuosos, la idea es tornar responsable a todas las personas que participen en la producción y distribución de bienes o servicios. Por ello, el art. 3.1 de la Directiva de la Comunidad Económica Europea de 1985 considera como productores responsables a la persona que fabrique un producto acabado, a la que produzca una materia prima o fabrique una pieza integrante, a los importadores y a la persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto.<sup>61</sup> Estas mismas personas son responsables objetivamente, en el derecho norteamericano, tanto a la luz del Restatement of Torts, como del Model Uniform.<sup>62</sup>

Sin embargo, contrario a lo que ocurre en la responsabilidad por vicios redhibitorios y por falta de eficiencia, en este tipo de responsabilidad por productos defectuosos, algunas legislaciones no son tan severas contra el vendedor, teniendo en cuenta que, habitualmente, éste no conoce el contenido de los productos que vende, pues éstos vienen embalados y rotulados desde la fábrica. En ese sentido, la Directiva de 1985, en su artículo 3.3, establece que cada suministrador del producto defectuoso será considerado como productor responsable, a menos que informe al perjudicado la identidad del verdadero productor, dentro de un término razonable.<sup>63</sup> O sea que si se conoce el nombre de las otras personas que la Directiva define como productores responsables, el suministrador no será responsable a la luz de la Directiva, sin perjuicio de que pueda serlo con base en los vicios redhibitorios regulados en la legislación civil y comercial.<sup>64</sup> Pero el derecho norteamericano no hace distinción a favor del vendedor y es así como el Restatement of Torts<sup>65</sup> y el Model Uniform<sup>66</sup> hacen responsable objetivamente al vendedor al igual que los demás suministradores del producto defectuoso. Es decir, que son responsables en forma objetiva el fabricante y el suministrador.

---

60 ALCOVER GARAU, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 22

61 ALCOVER GARAU, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 89; GARCÍA AMIGO, Manuel. Ob. Cit. Pág. 100

62 MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 65 y 157

63 ALCOVER GARAU, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 89.

64 LAMBERT – FAIVRE, Yvonne. Ob. Cit. Núm. 1003 y ss.

65 MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 80

66 Ibídem. Pág. 157.

### 37. Personas protegidas

Las nuevas legislaciones sobre responsabilidad civil por productos defectuosos borran toda diferencia entre la responsabilidad contractual y extracontractual.<sup>67</sup> Independiente de cualquier vínculo contractual, todo el que se vea perjudicado con un producto defectuoso, sea consumidor, usuario o un simple tercero, tiene derecho a ser indemnizado con base en estas legislaciones.

Sin embargo, hecha esta precisión, conviene observar que algunos ordenamientos jurídicos dejan por fuera el sistema de protección por productos defectuosos, al adquirente profesional o industrial de bienes o servicios. Quien compra para revender o para utilizar en su sistema de producción debe acudir a los principios contractuales propios del derecho civil o comercial.<sup>68</sup> En consecuencia, la protección está orientada, de un lado, a garantizar la eficiencia y calidad funcional de los bienes a través de los Estatutos del Consumidor.<sup>69</sup> Y del otro, a garantizar la indemnización de todas las víctimas, consumidores o no que hayan sufrido un daño en sus personas o en sus bienes como consecuencia del defecto por falta de seguridad, de un producto. Es ésta, en sentido estricto, la responsabilidad por productos defectuosos,<sup>70</sup> y es a ella a la que nos hemos de referir fundamentalmente, en estas notas.

### 38. Exoneración del productor

Aunque este tema será tratado en forma extensa más adelante (INFRA núm. 74 y ss.), de todas maneras, por metodología, mencionaremos, en esta subsección, algunos conceptos.

En primer lugar, una idea es común a todas las legislaciones protectoras de las víctimas de los productos defectuosos: la víctima no tiene que probar la culpa del responsable del producto defectuoso. Pero a partir de esta premisa hay matices.

67 MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 156; LAMBERT – FAIVRE, Yvonne. Ob. Cit. Núm. 981

68 Así lo establece, en relación con los daños a las cosas, el art. 9 de la Directiva de la Comunidad Económica Europea de 1985. véase ALCOVER GARAU, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 83. En el derecho norteamericano no se hace distinción alguna entre adquirente profesional o simple consumidor o usuario. Así lo establecen los dos estatutos en que se inspiran los tribunales de aquel país cuales son el Restatement of Torts (MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 156). Estos dos últimos estatutos aplican la responsabilidad objetiva aún en los casos en que la víctima sea un industrial o un profesional.

69 Tal es el sentido de la L.G.D.C.U. de 1984 del derecho español. Véase GARCÍA AMIGO, Manuel. Ob. Cit. Pág. 105.

70 *Ibidem*. Pág. 90 y ss.; MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 157.

En efecto, algunos ordenamientos jurídicos se contentan con establecer, como en el Estatuto Español del Consumidor, un régimen de responsabilidad con culpa presunta que permite demostrar diligencia y cuidado.<sup>71</sup> Inclusive, algunos autores afirman que, pese a que se diga lo contrario, ese régimen de culpa presunta es el previsto en el Model Uniform del derecho norteamericano.<sup>72</sup>

En cambio, otras legislaciones como la Directiva de la Comunidad Económica Europea de 1985, establecen un régimen de responsabilidad objetiva en el cual sólo exoneran la culpa de la víctima o algunos comportamientos imputables exclusivamente al hecho de un tercero.<sup>73</sup> Es de recordar que, en el derecho civil francés, el vendedor profesional responde por los vicios redhibitorios y ninguna causal de exoneración le es permitida.<sup>74</sup>

Finalmente, algunos países han intentado establecer legislaciones de protección automática en caso de accidentes por productos defectuosos.<sup>75</sup> Pero, en tales circunstancias, pasamos del campo de la responsabilidad civil al campo de la seguridad social basado en un régimen de solidaridad financiado con los impuestos pagados por el Estado.

### 39. Duración de la garantía

Una de las mayores dificultades de la responsabilidad civil por productos defectuosos la encontramos en lo relacionado con el tiempo de duración de la garantía del producto.

Con el fin de que el productor no se libere rápidamente de su responsabilidad, pero que tampoco permanezca indefinidamente ligado a la misma, los legisladores acuden a diversas soluciones que logren aliviar esa tensión.

Así, por ejemplo, en materia de responsabilidad de los constructores y vendedores de inmuebles, por la mala calidad de los mismos, la ley generalmente prevé unos términos que oscilan entre 2 y 10 años, contados a partir de la entrega y recepción de los trabajos.<sup>76</sup> Ello significa que todos los daños que se produzcan durante ese lapso, deben ser indemnizados por los deudores de la garantía.

71 GARCÍA AMIGO, Manuel. Ob. Cit. Pág. 105 y ss.

72 MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 155.

73 ALCOVER GARAU, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 49 y ss.; GARCÍA AMIGO, Manuel. Ob. Cit. Pág. 91.

74 LAMBERT – FAIVRE, Yvonne. Ob. Cit. Pág. 1004; GHESTIN, Jacques – VINEY Genevieve. Ob. Cit. núm. 746.

75 GHESTIN, Jacques – VINEY, Genevieve. Ob. Cit. núms. 44 y 46.

76 Sobre la Ley Francesa de 4 de enero de 1978, LAMBERT – FAIVRE. Ob. Cit. Núm. 1071 y ss.

En algunos países, como Colombia por ejemplo (art. 2351 del Código Civil), esa garantía no sólo beneficia al adquirente del inmueble, sino también al tercero que, siendo ajeno al contrato, sufre un daño durante el término de la garantía.<sup>77</sup>

De otro lado, las nuevas legislaciones sobre responsabilidad de los constructores y vendedores de inmuebles consagran términos de garantía diferentes para las obras estructurales del inmueble y para los accesorios o acabados.<sup>78</sup> Se entiende que debe ser mayor la garantía para las primeras. En ese sentido, los artículos 1792 y 2270 del Código Civil Francés establece términos de 10 y de 2 años de garantía respectivamente.<sup>79</sup>

40. En tratándose de bienes muebles, la legislación, unas veces, establece términos de garantía por la eficiencia del producto. Es lo que ocurre generalmente en los Estatutos del Consumidor.<sup>80</sup> Idéntica solución está consagrada en el artículo 930 del Código de Comercio Colombiano. Se establece que el bien, así no tenga vicios ocultos, de todas formas debe prestar una utilidad adecuada durante un plazo fijo.

Pero tratándose de la responsabilidad por daños a las personas o a las cosas, derivados de un producto defectuoso, algunos legisladores establecen igualmente un término de garantía dentro del cual se debe producir el daño si se pretende una indemnización, sin importar el nexo contractual entre víctima y productor. En la Comunidad Económica Europea, el art. 11 de la Directiva de 1985 establece que ese término es de 10 años contados a partir de la puesta en circulación del producto.<sup>81</sup>

#### 41. Caducidad de las acciones

Tratándose de daños causados al adquirente de un producto, como consecuencia de un vicio redhibitorio o de la falta de calidad y eficiencia, el adquirente o el usuario generalmente deben reclamar así sea extrajudicialmente, dentro de un plazo breve so pena de que las acciones caduquen. Es lo que ocurre, por ejemplo, en la legislación mercantil colombiana, según se desprende de lo dispuesto

77 TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil. Ed. Temis, Bogotá, 1983. tomo I, volumen 2, núm. 266.

78 Así sucede en la Ley Francesa del 4 de enero de 1978. LAMBERT – FAIVRE, Yvonne. Ob. Cit. Núm. 1089 y 1094.

79 *Ibidem*. Núm. 1089 y ss.

80 Véase artículo 11 de la Ley Argentina 24240, sobre Protección al Consumidor y el artículo 11 de la Ley Española de 1984. GARCÍA AMIGO, Manuel. Ob. Cit. Pág. 106.

81 *Ibidem*.

en el art. 30 del Código de Comercio. Ahora, si una vez hecha la reclamación el vendedor o productor no satisfacen los reclamos de la víctima, ésta dispone, generalmente, de un plazo adicional para reclamar por vía judicial, so pena de que las acciones prescriban. O sea que una cosa es la caducidad por no prescripción originada en no reclamarle judicialmente al productor dentro de los términos previstos en la ley. Desde luego, no todas las legislaciones establecen la firma de la caducidad y se limitan a establecer la de la prescripción.

#### 42. Prescripción de las acciones

De otro lado, que haya caducidad o no, de todas formas el productor no puede quedar indefinidamente sometido a una posible reclamación del perjudicado, por lo que todas las legislaciones prevén plazos de prescripción en los cuales, una vez vencidos, ninguna acción es posible.

Para una mayor seguridad jurídica y financiera de los productores y vendedores, esos plazos de prescripción tienden a acortarse, pues no se justifican prescripciones superiores a cinco años. En la Directiva Europea de 1985, se establece, en el artículo 10.1 que esa prescripción será de tres años.<sup>82</sup>

Ahora, en la medida en que los daños no siempre surgen en forma inmediata a la causa que los genera, los legisladores van unificando criterios en el sentido de que los plazos de prescripción sólo empiezan a correr a partir del momento en que el daño se exterioriza. Inclusive, el artículo 10.1 de la Directiva Europea de 1985 establece que los plazos de prescripción sólo correrán a partir de la fecha en que la víctima tenga o haya debido tener conocimiento del daño, del defecto y de identidad del productor.<sup>83</sup>

Finalmente, en algunas legislaciones como la francesa, relativa a la responsabilidad de constructores de inmuebles, tanto el daño como la acción judicial contra el responsable tienen que producirse dentro del término de garantía.<sup>84</sup>

Es decir que, si pasado ese plazo la víctima no ha demandado, ya sus acciones estarán prescritas. Otras legislaciones,<sup>85</sup> por el contrario, distinguen entre plazo de duración de la garantía, plazo para reclamarle al productor o vendedor y plazo para iniciar las acciones judiciales indemnizatorias si ese reclamo no es atendido.

82 GARCÍA AMIGO, Manuel. Ob. Cit. Pág. 104.

83 *Ibidem*.

84 LAMBERT – FAIVRE, Yvonne. Ob. Cit. Núm. 1081.

85 Así ocurre en el derecho colombiano. Véase TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. Cit. Tomo I, Volumen 2. núm. 267 y ss.

O sea que, ocurrido el daño dentro del plazo de garantía, a partir de dicho daño empiezan a correr los términos de caducidad si los hay y los de prescripción que siempre existen.

## **SUBSECCIÓN SEGUNDA.**

### **ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS**

43. Al igual que en cualquier sistema de responsabilidad civil, en el de productos defectuosos es indispensable analizar los elementos estructurales de dicha responsabilidad. En ese sentido es necesario pues, determinar el factor de atribución (I), para luego abordar el elemento daño (II) y el nexo de causalidad entre los dos primeros (III).

#### **I. El factor de atribución en la responsabilidad civil por productos defectuosos**

44. Dentro de todas las hipótesis hasta ahora consideradas, hemos podido observar que el daño puede provenir de un vicio redhibitorio (1), de la falta de calidad y eficiencia del producto (2), o tratándose de daños a las personas o a las cosas, de un defecto del producto (3). Vemos por separado estas tres hipótesis.

##### **1. El vicio redhibitorio**

45. En el esquema clásico del contrato de compraventa, el vendedor es responsable en caso de daños sufridos por el comprador y provenientes de un vicio redhibitorio de la cosa vendida.

En estos casos, el vendedor, independientemente de que haya sido culpable o no, deberá devolver el precio, total o parcialmente. Los perjuicios adicionales que sufra el comprador serán indemnizables si el vendedor conocía o debía conocer el vicio oculto.<sup>86</sup> Y si, en principio, era el comprador el encargado de probar dicha culpa, lo cierto es que en algunos países, ella se presume. Inclusive, según dijimos (SUPRA), dicha presunción es de imposible aniquilamiento, en el derecho francés, si el vendedor es un profesional.<sup>87</sup>

##### **2. La falta de calidad y eficiencia**

<sup>86</sup> Colombia. Así lo establece el art. 934 del Código de Comercio Colombiano.

<sup>87</sup> ENCYCLOPÉDIE DALLOZ. Rúbrica citada. Núm. 667.

46. Pero puede suceder que el producto no preste la utilidad para lo cual fue adquirido, así no haya de por medio un vicio oculto o redhibitorio. Es lo que ocurre con productos que inicialmente funcionan de manera adecuada, pero que luego de cierto uso se vuelven inservibles. O que, simplemente, no funcionan como se esperaba.<sup>88</sup>

Es ésta, generalmente, una responsabilidad objetiva, pues el vendedor está obligado a entregar al comprador un bien adecuado para la finalidad perseguida al momento de adquirir el producto.

Con miras al cumplimiento efectivo de dichas garantías, en algunos países se ha introducido por vía legal o jurisprudencial una obligación previa de instrucción o información (obligation de reassignments).<sup>89</sup> De acuerdo con ella, el vendedor no sólo está obligado a informar al comprador las condiciones de utilización de la cosa, sino también a averiguar cuáles son las reales necesidades del comprador, para verificar si el bien objeto de la venta se adecua a esas necesidades.

En general este objetivo se alcanza mediante las llamadas legislaciones de protección al consumidor. Con ellas se pretende garantizar la buena calidad y eficiencia de los productos o servicios, a quienes sean sus consumidores o usuarios.

En cambio, la indemnización por accidentes causados con un producto defectuoso es el objetivo específico de la llamada responsabilidad por productos defectuosos, de la cual son ejemplo la legislación norteamericana y la Directiva Europea de 1985.

Con todo, nada impide que un mismo estatuto jurídico regule tanto la responsabilidad civil por falta de calidad y eficiencia de la cosa vendida, como la derivada de los daños causados por la inseguridad de un producto defectuoso.

Por otro lado, a menudo, todos estos regímenes jurídicos se superponen, pues, como consecuencia de un vicio redhibitorio, un consumidor puede sufrir un accidente, en cuyo caso dispondría de tres herramientas legales para obtener la indemnización. De allí que los legisladores deban tener mucho cuidado al momento de elaborar y derogar las normas. En ese sentido, por ejemplo, la legislación española tuvo que derogar parcialmente la L.G.D.C.U. de 1984, de Protección

---

88 Por la Ley del Consumidor en España, véase GARCÍA AMIGO, Manuel. Ob. Cit. Pág. 106; por la Ley Argentina 24240, véase VÁZQUEZ FERREIRA, Roberto A. y ROMERA, Oscar Eduardo. Protección y defensa del consumidor. Ed. De Palma, Buenos Aires, 1994. Pág. 49.

89 Así lo establece el artículo 4 de la ley Argentina 24240 de Protección al Consumidor. Véase VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto y ROMERA, Oscar Eduardo. Ob. Cit. Pág. 21.



al Consumidor, cuando entró en vigencia la Ley de Adaptación de la Directiva de la Comunidad Económica Europea de 1985 relativa a la responsabilidad por productos defectuosos.<sup>90</sup>

### 3. Un defecto

#### 47. Caos conceptual

Pero en sentido restringido, la responsabilidad por productos defectuosos está limitada a los accidentes personales o materiales que cualquier persona llegare a sufrir como consecuencia de un producto que en su concepción, su fabricación o su presentación posea algún defecto que haya sido la causa del daño. Es aquí donde surge, con toda su dimensión, el inasible concepto de *defecto*, problema que ha dado lugar a las más vivas discusiones y contradicciones de tribunales, autores<sup>91</sup> e incluso, de legislaciones. ¿Qué se entiende por defecto?

En efecto, la sociedad actual no puede vivir sin la utilización de productos naturalmente peligrosos, como serían los medicamentos y otros productos que sean elaborados con componentes tóxicos. De otro lado, la mayoría de las veces, los daños se producen porque el objeto es utilizado en una función diferente de aquella para la cual fue concebido por el fabricante.<sup>92</sup> Y como si fuera poco, los riesgos de daño podrían evitarse en muchas oportunidades, pero a unos costos que impiden la fabricación y comercialización del producto.<sup>93</sup> Finalmente, en no pocas oportunidades, el defecto que acompaña un producto es imposible de corregir al momento de su puesta en circulación (riesgo de desarrollo), creándose la discusión sobre la responsabilidad o exoneración del fabricante que, en ese momento, nada pudo hacer por evitar el defecto que, a menudo, puede ser corregido con posterioridad gracias a nuevos desarrollos tecnológicos.<sup>94</sup> En las páginas que siguen nos referiremos a esos problemas.

Por otra parte, el establecimiento de la existencia del defecto al momento de la puesta en circulación genera enormes dificultades de tipo probatorio, bien sea para la víctima, bien sea para el fabricante.<sup>95</sup> Mayores son las dificultades en lo

90 Véase GARCÍA AMIGO, Manuel. Ob. Cit. Pág. 105

91 Sobre la noción de defecto en el derecho norteamericano, véase MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 69; sobre la misma noción en la Directiva de la Comunidad Económica Europea de 1985, véase ENCYCLOPÉDIE DALLOZ. Rúbrica citada. Núm. 689.

92 Ibídem. Rúbrica citada. Núm. 690.

93 MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 74.

94 ENCYCLOPÉDIE DALLOZ. Rúbrica citada. Núm. 691.

95 GARCÍA AMIGO, Manuel. Ob. Cit. Pág. 102; MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 72.

relacionado con el nexo de causalidad entre el defecto y el daño alegado por la víctima.<sup>96</sup>

Para tratar de resolver todas esas dificultades, analizaremos en primer lugar, el concepto de defecto (A) y posteriormente estudiaremos el problema de su prueba (B).

A. ¿Qué se entiende por *defecto*?

48. Según vimos, el concepto de defecto es prácticamente inasible, lo que nos obliga a retener y a recordar permanentemente algunas de las premisas generales de la responsabilidad civil. Veamos:

**49. Responsabilidad objetiva o subjetiva**

Según dijimos, la responsabilidad por productos defectuosos evoluciona de una responsabilidad por culpa hacia una responsabilidad puramente objetiva.<sup>97</sup> Pero en uno u otro caso, no basta el simple nexo causal entre un producto y el daño. Es preciso que dicho daño sea imputable a un defecto del producto.

Ahora, la responsabilidad así concebida, podría ser imputable a una culpa probada del productor, a una presunción de culpa, o a la simple existencia del defecto.

En la concepción inicial de los códigos civiles del siglo pasado, el perjudicado estaba obligado a demostrar que el fabricante había cometido culpa por acción o por omisión en la fabricación o distribución de un producto defectuoso.<sup>98</sup> Tal sería el caso de un producto farmacéutico cuyos componentes no fueron adecuadamente dosificados.

Luego se pasó, en algunas legislaciones,<sup>99</sup> a una presunción de culpa y, en ese sentido, una vez probado que el daño era imputable al defecto de un producto, el productor sólo se exoneraba demostrando que puso toda la diligencia que estaba a su alcance y que, pese a ello no pudo evitar el defecto.

96 *Ibídem.* Pág. 82.

97 ALCOVER GARAU, Guillermo. *Ob. Cit.* Pág. 24

98 *Ibídem.* Pág. 21

99 Por el derecho norteamericano, MAREE, Perrine. *Ob. Cit.* Pág. 56; por el derecho español, DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo En: *Estudios sobre el derecho del consumo.* Varios Autores. Ed. Iberdrola, Bilbao, 1994. Pág. 72.

Finalmente, se pasó, en mayor o menor medida, a un régimen de responsabilidad objetiva<sup>100</sup> en el cual el fabricante no es liberado con la prueba de la ausencia de culpa e, incluso, no puede alegar la causa extraña. Es ese el estado ideal del régimen de responsabilidad por productos defectuosos. Con todo, aún en estos casos el legislador puede limitar el tipo de defectos que dan origen a la responsabilidad objetiva, así, por ejemplo, no pocos ordenamientos jurídicos establecen la no responsabilidad del fabricante en caso de que el daño sea imputable a un riesgo de desarrollo, es decir, a un defecto que no pudo ser evitado al momento de su fabricación pues, para entonces, las condiciones tecnológicas no lo permitían. Así lo establecen la Directiva Europea de 1985, en su art. 7<sup>101</sup> y el Model Uniform del derecho norteamericano.<sup>102</sup>

### 50. Relaciones entre defecto, falta de eficiencia y vicio redhibitorio

En principio. Según vimos (SUPRA Núm. 32), el régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos no ampara los daños derivados de la simple ineficiencia del producto, ni el derivado del simple vicio oculto del mismo. Lo que se protege es la seguridad de las personas que de una u otra manera están expuestas a los peligros de la utilización de un producto.

Desde luego, ese daño a las personas o a las cosas, sufrido por el comprador, en no pocas ocasiones puede ser imputable a un vicio redhibitorio o a una falta de eficiencia, en cuyo caso, el ideal es que la víctima pueda acogerse a este último en la medida en que el respectivo ordenamiento jurídico se lo permita.

Si los neumáticos de un vehículo están rotos por un defecto de fabricación y como consecuencia de ello se produce un accidente que causa heridas al comprador del producto y a terceros, es claro que se dan al mismo tiempo el vicio redhibitorio, la falta de eficiencia y el defecto. En este caso, el comprador podría obtener la indemnización de todos sus perjuicios acudiendo a cualquiera de las tres formas de protección, corriendo, desde luego, con las ventajas y desventajas inherentes a cada una de ellas. Pero puede suceder que el automóvil no tenga vicios ocultos, que sirva para la función concebida y que, sin embargo, por una mala concepción de los sistemas de seguridad, los ocupantes se lesionen al tratar de abrir las puertas. En este caso, el producto será defectuoso así no haya vicio oculto o falta de eficiencia.

100 DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. Ob.Cit. Pág. 82; ALCOVER GARAU, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 24

101 LAMBERT – FAIVRE, Yvonne. Ob. Cit. Núm. 989

102 MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 159.

## 51. ¿Cuándo el producto es defectuoso?

En consecuencia, el concepto de defecto está claramente relacionado con la seguridad que el producto pueda brindar a las personas y las cosas.<sup>103</sup> Cuando el productor, irrazonable o ilegítimamente no le imprime esa seguridad al producto, podemos entonces hablar de producto defectuoso.<sup>104</sup> Pero así definido el concepto de defecto, fácil es adivinar su volatilidad, pues, en no pocas oportunidades, dicha seguridad no se puede conseguir y es entonces cuando se hace indispensable precisar el alcance de esa obligación de seguridad que pesa contra el productor. Veamos cual ha sido la evolución del derecho comparado, al respecto.

## 52. Noción de defecto en el derecho norteamericano

El derecho norteamericano ha marcado la pauta en relación con el concepto de producto defectuoso, sobre todo, a partir del año de 1963 cuando se profirió la sentencia relativa al asunto Greenman.<sup>105</sup> Las consideraciones de esta sentencia orientaron a los autores<sup>106</sup> y a los tribunales norteamericanos frente a este tipo de responsabilidad.

En ese sentido, ya hemos mencionado (SUPRA Núm. 16) la enorme influencia que en el derecho norteamericano tiene el American Law Institute. En la Segunda Edición del Restatement of Torts publicado por dicha institución, en la Sección 402.a, se dice que:

*“Quien vende un producto defectuoso, peligroso más allá de lo que es razonable, para la salud o los bienes del utilizador o del consumidor, es responsable del perjuicio corporal causado por ese producto al último utilizador o consumidor de dichos bienes”.*<sup>107</sup>

Esta sección orienta en mayor o menor medida a los tribunales de los diversos Estados de la Unión Americana. Y comentando la jurisprudencia del Estado de California PERRINE MAREE expresa que:

103 Por el derecho de la Comunidad Económica Europea véase DE SOTOMAYOR GIPPINI, José María. Ob. Cit. Pág. 413; por el derecho norteamericano véase MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 70.

104 Por el derecho norteamericano véase MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 70; por el derecho español véase DE SOTOMAYOR GIPPINI, José María. Ob. Cit. Pág. 413.

105 *Ibidem*. Pág. 70

106 *Ibidem*.

107 *Ibidem*. Pág. 66

*“El producto es considerado como defectuoso desde que no presente la seguridad a la cual un consumidor medio tiene derecho a esperar, sin consideración al comportamiento del fabricante”.*<sup>108</sup>

### 53. Noción de defecto en el derecho francés

En línea más o menos similar se orienta el derecho francés. En efecto, la Ley Francesa de 21 de julio de 1083 dispone en su artículo 1º que:

*“Los productos y servicios deben, en condiciones normales de utilización o en otras condiciones razonablemente previsibles por el profesional, presentar la seguridad a la cual se puede legítimamente esperar y no atentar contra la salud de las personas”.*<sup>109</sup>

En consecuencia, se establece, en Francia, una obligación de seguridad a cargo del productor y a favor de todas las personas, independientemente de que haya o no contrato entre la víctima y el demandado.<sup>110</sup>

### 54. Noción de defecto en la Directiva Europea de 1985

De su lado, el artículo 6º de la Directiva del 25 de julio de 1985, que regula la responsabilidad por productos defectuosos en los países miembros de la unión europea, expresa que un producto es defectuoso cuando:

*“No ofrece la seguridad que se pueda legítimamente esperar”.*<sup>111</sup>

### 55. ¿Qué se entiende pues, por seguridad razonable o legítimamente esperable?

Como se ve, la noción de defecto surge cuando el producto no ofrece la seguridad que razonable o legítimamente puede esperarse de dicho producto.

Pero los vocablos *razonablemente* y *legítimamente* de cierta manera evocan un reducto de responsabilidad culposa<sup>112</sup> pues no basta la simple peligrosidad del producto para que el productor sea responsable en forma objetiva, sino que es preciso analizar si el productor del cual se pudiera razonable o legítimamente esperar un adecuado nivel de seguridad y esto último se mide necesariamente con el grado de diligencia utilizada por el productor en la fabricación, presentación y distribución. Por ello se afirma que en aquellas legislaciones en que se establece que el productor no responde si el defecto es imputable a un riesgo de desarro-

108 Por el derecho norteamericano véase MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 71

109 LAMBERT – FAIVRE, Yvonne. Ob. Cit. Núm. 967.

110 ENCYCLOPEDIE DALLOZ. Rúbrica citada. Núm. 505.

111 *Ibidem*. Pág. 689

112 MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 71.

llo, en el fondo, la responsabilidad no es totalmente objetiva, pues si lo fuera, el productor debería asumir las consecuencias de dicho riesgo.<sup>113</sup> Y cierto es que tanto en el Model Uniform (sección 104) del derecho americano,<sup>114</sup> como en la Directiva de la Comunidad Económica Europea de 1985 (artículo 8, literal f),<sup>115</sup> se incluye como causal de exoneración dicho riesgo.

De otro lado, aunque en la Directiva de 1985 se afirma que cualquiera sea el defecto la responsabilidad es objetiva,<sup>116</sup> en otros ordenamientos jurídicos como el Model Uniform norteamericano<sup>117</sup> se le da un tratamiento distinto a los tres grandes tipos de defectos, cuales son: defecto de concepción, defecto de fabricación y defecto de presentación. En este último estatuto, mientras que en los defectos de fabricación la responsabilidad es puramente objetiva, en los otros tipos de defectos el concepto de culpa permanece más o menos latente.

Ahora, la doctrina y la jurisprudencia han ido decantando una serie de criterios para determinar si el producto es o no razonablemente seguro. En ese sentido, el Restatement of Torts del derecho americano, en su Sección 402.a, considera que el producto no es irrazonablemente peligroso y, por lo tanto, no genera responsabilidad objetiva, en los siguientes casos:

En primer lugar, en aquellos productos cuyo carácter peligroso es conocido o es advertido adecuadamente al público;<sup>118</sup> en segundo lugar, en aquellos productos inevitablemente peligrosos, principalmente los medicamentos y los productos químicos que, pese a ser riesgosos, de todas formas son los más seguros que existen al momento de la puesta en circulación.<sup>119</sup>

## 56. Productos peligrosos por naturaleza y productos defectuosos

Pero esa seguridad pretendida por el legislador se enfrenta a una dificultad, a veces insuperable. En efecto, en múltiples oportunidades, los productos puestos en circulación son necesariamente peligrosos sin que sea posible su retiro del mercado, habida cuenta de las necesidades que ellos cubren.<sup>120</sup> Piénsese en los instrumentos de cocina o en las herramientas. En tales circunstancias, el pro-

113 LAMBERT – FAIVRE, Yvonne. Ob. Cit. Núm. 989.

114 MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 159

115 ALCOVER GARAU, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 50 y ss.

116 *Ibidem*. Pág. 49.

117 MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 126 y 158.

118 *Ibidem*. Pág. 70

119 MAREE, Perrine. Ob. Cit.

120 *Ibidem*. Pág. 129

ducto no se considera defectuoso en la medida en que el productor lo embale adecuadamente y cumpla otra serie de medidas de tipo preventivo.<sup>121</sup>

Con todo, se constata que el legislador tolera la producción de elementos cuya inocuidad sólo sería posible incurriendo en unos costos tan altos que no sería posible su comercialización.<sup>122</sup> Piénsese, por ejemplo, en los vehículos cuyos sistemas de prevención de accidentes elevan considerablemente su valor comercial o en los medicamentos que contienen componentes costosos para tratar de evitar molestias gástricas. En estos casos, si se obligara al productor a fabricar el producto con todas las seguridades, independientemente de su costo, la economía se paralizaría. De allí que no siempre se exija esa seguridad. Con todo, ello no legitima al productor para poner en circulación cualquier tipo de productos que, por su bajo costo, genera riesgos o peligros potenciales para el usuario o el consumidor. De lo que se trata es de encontrar un justo medio. Es decir, el juez debe tener en cuenta la relación entre la seguridad, la utilidad y el costo del producto para decidir si éste cumplía o no con los requisitos de seguridad razonablemente esperables.<sup>123</sup>

518 Pero el hecho de tener en cuenta esos tres elementos no elimina la incertidumbre, pues no es fácil, *a priori*, decidir si el fabricante ha respetado o no esa razonabilidad. Uno entiende, por ejemplo, que los medicamentos para la artritis tengan que ser fabricados y vendidos, aún a sabiendas de sus efectos secundarios, pues la necesidad de ellos es evidente. Pero no siempre es así, pues, a veces, el producto no es intrínseca y necesariamente peligroso, a condición de que se le incluyan componentes que aminoren o destruyan el riesgo, así se aumenten sus costos. Inclusive, a veces, el riesgo es imposible de eliminar y además, el producto no es necesario. En efecto, toda la vida nos hemos preguntado si una aspirina es defectuosa porque en su proceso de fabricación no se agrega, pudiéndose, un revestimiento para evitar problemas gástricos. O cuál es la razón para no hacer siempre responsable a los fabricantes de cigarrillos, sabiendo que estos son necesariamente peligrosos en la medida en que no había sido posible eliminar los riesgos contra la salud.

Sin embargo, en el primer caso, nadie ha pensado en la responsabilidad del fabricante que pone en circulación el medicamento, sin agregar los componentes que eliminan todo riesgo de gastritis, ya que ello encarecería el producto. En las

---

121 *Ibíd.* Pág. 70

122 *Ibíd.* Pág. 70 y ss.

123 *Ibíd.* Pág. 75

droguerías se consigue todo tipo de aspirinas y sus precios dependen del mayor o menor grado de protección de los riesgos de daños en las vías digestivas. El consumidor escoge según su presupuesto.

En cambio, en relación con la producción de cigarrillos y otros productos dañinos para la salud, confesamos que no hemos podido encontrar derroteros más o menos uniformes, pues, en casos análogos, se ha retirado el producto del mercado o se ha condicionado su fabricación al hecho de eliminar todos los riesgos por costoso que ello resulte. Por el contrario, no obstante ciertas campañas publicitarias de prevención, se permite la producción y comercialización de cigarrillos, pese a que no es un producto necesario, y, en cambio, es muy nocivo.

### **57. Tipos de defecto**

En general, se distinguen tres tipos de defecto: en la concepción, en la fabricación y en la presentación. Veámoslos por separado.

### **58. Defecto de concepción o diseño**

La seguridad legítima y razonablemente esperable puede faltar por un defecto de concepción o diseño del producto.<sup>124</sup> Un producto puede ser perfectamente fabricado según el diseño concebido. Pero puede suceder que ese diseño no sea adecuado para la seguridad, de acuerdo con las necesidades, los costos o el desarrollo tecnológico. El producto estaría mal diseñado si, por ejemplo, se incluye en él un componente que produce alergias. Lo mismo puede predicarse del automotor cuyos vidrios de protección desfiguran el rostro de las víctimas de un accidente por no haber sido fabricados de acuerdo con los avances de la tecnología.

### **59. El riesgo de desarrollo y el defecto de concepción**

Pero, según lo hemos expresado a lo largo de este trabajo, el denominado riesgo de desarrollo ha generado múltiples discusiones en relación con los productos defectuosos por concepción o diseño.

En efecto, ocurre continuamente que un producto útil y necesario sea puesto en circulación acompañado de ciertos riesgos que, en el estado actual del desarrollo tecnológico, no es posible eliminar. En ciertos casos, puede suceder que, con el paso del tiempo, esos riesgos sean eliminables gracias a nuevas tecnologías. Surge entonces la pregunta de si esos riesgos o defectos de diseño inevitables al momento de la puesta en circulación del producto, hacen responsable al

124 MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 73; DE SOTOMAYOR GIPPINI, José María. Ob. Cit. Pág. 413.



fabricante por el sólo hecho de la aparición de la nueva tecnología. En lo que se denomina el *riesgo de desarrollo*.

Mayoritariamente, los ordenamientos jurídicos establecen que dicho riesgo debe ser asumido por las víctimas, pues no es justo exigirle al productor la fabricación de un producto útil que no puede técnicamente ser elaborado eliminando los riesgos de daño. Así lo establece el artículo 7, literal e, de la Directiva de 25 de julio de 1985, de la Comunidad Económica Europea, aunque ésta última en su artículo 15, autoriza a los Estados miembros para incluir en sus legislaciones internas la responsabilidad por este riesgo.<sup>125</sup>

También, en la mayoría de los Estados de la Unión Americana, el riesgo de desarrollo exonera de responsabilidad al productor.<sup>126</sup>

Sin embargo, nosotros nos plegamos a la idea de quienes piensan que, aun en estos casos, el fabricante debería ser responsable, si se quiere que la responsabilidad por productos defectuosos sea realmente objetiva.<sup>127</sup> Eliminando la responsabilidad por el riesgo de desarrollo, el concepto de culpa reaparece en cierta forma. No sobra anotar que, en el estado actual del derecho francés,<sup>128</sup> el riesgo de desarrollo debe ser asumido por el vendedor profesional, pues sobre éste pesa una presunción de culpa imposable de desvirtuar.

## 520 **60. Criterios para determinar si existe o no un defecto en la concepción del producto.**

El derecho americano ha tenido el mérito de haber elaborado una serie de criterios prácticos que permiten al juez establecer si un producto tiene o no un defecto de concepción. En ese sentido el profesor WADE, citado por MAREE,<sup>129</sup> propone la siguiente lista de factores a tener en cuenta:

- “1) *El carácter útil o necesario del producto para el utilizador o el público en general;*
- 2) *Los aspectos de seguridad del producto, la probabilidad de que cause un perjuicio y el carácter serio de éste;*
- 3) *La existencia de un producto que tenga las mismas cualidades y no sea peligroso;*

125 DE SOTOMAYOR GIPPINI, José María. Ob. Cit. Pág. 417; ALCOVER GARAU, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 50.

126 MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 75

127 DE SOTOMAYOR GIPPINI, José María. Ob. Cit. Pág. 416; LAMBERT – FAIVRE, Yvonne. Ob. Cit. Núm. 989

128 LAMBERT – FAIVRE, Yvonne. Ob. Cit. Pág. 989

129 MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 74

4) la posibilidad para el fabricante de eliminar las características peligrosas sin que por ello obstaculice la utilidad del producto, o torne demasiado oneroso el mantenimiento de esta utilidad;

5) La posibilidad para el utilizador de evitar el peligro, ejerciendo un cierto cuidado en el uso del producto;

6) El conocimiento previo por el usuario, de los peligros inherentes al producto y la posibilidad para él, de poderlos evitar, sea porque ellos sean conocidos del público, sea que las informaciones y las advertencias necesarias hayan sido suministradas;

7) La posibilidad para el fabricante de repartir los costos de las pérdidas eventuales sobre el precio del producto, por el seguro”.<sup>130</sup>

Es de anotar que esta doctrina ha sido formalmente adoptada por varios Estados de la Unión Americana.<sup>131</sup>

De su lado, el Model Uniform Product Liability Act de 1979 (SUPRA Núm. 17), en su Sección 104, establece que el producto es defectuoso en su concepción si la probabilidad de daño, en la época de la fabricación, era tal que el fabricante debía haberlo concebido de otra manera.<sup>132</sup> Según MAREE, para evaluar si ello es así, el jurado deberá encontrar respuesta a las siguientes preguntas:

“1. Si el fabricante podía prever el riesgo ¿intentó reducirlo por una multiplicación de controles o de advertencias al público?

2. Si un riesgo bien grave podía producirse, ¿el fabricante tomó todas las medidas para impedirlo?

3. ¿Una concepción alternativa era tecnológica o científicamente posible al momento de la concepción?

4. ¿Los costos representados por una concepción alternativa eran razonablemente soportables por el fabricante?

5. ¿Los efectos de una concepción diferente no habrían sido negativos en ciertos dominios?”.<sup>133</sup>

Como se desprende de las dos listas de factores arriba descritos, los criterios de costo – utilidad – seguridad están íntimamente ligados y, en consecuencia, el juez siempre deberá tenerlos en cuenta, no sea que el excesivo rigor en la prevención del riesgo torne insoportable financieramente la fabricación del producto.

---

130 MAREE, Perrine. Ob. Cit.

131 Ibídem. Pág. 75

132 Ibídem. Pág. 159

133 Ibídem. Pág. 158

### **61. Defecto de fabricación**

El producto tendrá un defecto de fabricación si no posee las características de los productos pertenecientes a la misma línea de fabricación, o si no posee las calidades y características prometidas o anunciadas por el fabricante.<sup>134</sup>

En este tipo de defecto donde surge con toda su fuerza el principio de responsabilidad objetiva, pues existe una incontrovertible relación de causalidad entre el defecto y el daño, sin que el productor pueda alegar riesgos de desarrollo o ausencia de culpa.

El defecto de fabricación se produce, por ejemplo, si el producto carece de calidades previstas dentro de una aceptable concepción del mismo. Así, puede suceder que el sistema de frenos de un automotor esté bien concebido, pero que, por un problema en los equipos de fabricación, sus componentes resulten con poca resistencia y durabilidad. Nótese que el producto estuvo correctamente concebido, pero su fabricación no fue la prevista y necesaria.

### **62. Defecto de presentación. Falta de advertencias o de instrucciones**

Pero puede suceder que el producto esté bien concebido y bien fabricado, de acuerdo con los criterios hasta ahora analizados, y que, sin embargo, el utilizador o el consumidor sufran un daño porque el fabricante no les brindó las advertencias de riesgos intrínsecos o las instrucciones para una correcta utilización.

En este tipo de defecto, es difícil distinguir entre responsabilidad objetiva y responsabilidad culposa.<sup>135</sup>

En efecto, alguien podría afirmar que la culpa carece de importancia, pues hasta el hecho objetivo de la ausencia de esas informaciones o advertencias, para que el fabricante sea responsable. En cambio, otros podrían afirmar que, estando esa obligación de advertencia en cabeza del fabricante, su incumplimiento es sinónimo de culpa, pues un fabricante diligente debe ser consciente de los peligros que puede acarrear su producto, lo que implica para él el deber de advertir e instruir al público sobre la correcta utilización del mismo.

No sobra anotar que este defecto puede presentarse aunque el producto, al momento de la ocurrencia del daño, no sea utilizado en la función para la cual fue concebido. El fabricante está obligado a advertir y a prevenir los peligros que

134 ALCOVER GARAU, Guillermo. Ob. Cit. p

135 MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 58.

el previsible uso inadecuado del producto pueda generar, sobre todo, tratándose de productos útiles y necesarios, pero intrínsecamente peligrosos, como sería el caso de los medicamentos. Es lo que ocurre generalmente con los productos que puedan ser deteriorados por un niño, razón por la cual explotan. En estos casos previsible, el productor debe embalar el producto, de tal forma que el niño no pueda hacer un uso inadecuado del producto, o que, por lo menos, se advierta a los adultos para que éstos tomen las medidas preventivas aconsejadas.

MAREE, al comentar el Model Uniform Product Liability Act del derecho norteamericano, sintetiza, así, los criterios que deben ser tenidos en cuenta para decidir si ese defecto de información existe o no:

*“- Las medidas tomadas por el fabricante, si éste conocía el riesgo, su eventual gravedad y su propensión a producirse más o menos frecuentemente;*

*- El público al cual el producto estaba corrientemente destinado y los esfuerzos emprendidos por el fabricante para adaptar sus instrucciones a dicho público;*

*- La prueba de que el perjuicio habría sido evitado por informaciones adecuadas, tecnológicamente posibles”.*<sup>136</sup>

## **B. Prueba del defecto**

63. En principio, pareciera que hay unanimidad en el sentido de que es la víctima quien debe probar la existencia de un defecto en el producto causante del daño.<sup>137</sup> Así lo establece, por ejemplo, en forma expresa, el art. 4 de la Directiva Europea del 25 de julio de 1985. Idéntica solución se aplica en el derecho francés vigente,<sup>138</sup> y en un proyecto de ley que ha sido presentado a la Asamblea Nacional de aquel país.<sup>139</sup> Sin embargo, de una manera u otra, algunos ordenamientos jurídicos aligeran esa carga probatoria que incumbe al perjudicado. En algunos tribunales norteamericanos, por ejemplo, la sola ocurrencia del daño durante la utilización de un producto, se tiene como prueba de la existencia del defecto.<sup>140</sup> Incluso, en oportunidades, los tribunales han retenido la responsabilidad del fabricante, pese a que los peritos dudaban sobre la existencia del defecto.<sup>141</sup>

Ahora, a la víctima le correspondería, dentro de un esquema clásico de responsabilidad, establecer que el defecto existía al momento de la puesta en circu-

136 MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 160

137 Ibídem. Pág. 72

138 LAMBERT – FAIVRE, Yvonne. Ob. Cit. Pág. 647

139 Ibídem.

140 MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 72

141 Ibídem.

lación del producto, pues sólo de esta forma se probaría el factor de la imputación. Sin embargo, en el nuevo sistema, esa exigencia tiende a desaparecer. Así, por ejemplo, el art. 7.b. de la Directiva Europea crea una presunción en contra del fabricante, en el sentido de que, probado que el defecto existía al ocurrir el daño, por parte de la víctima, se presume que ese defecto existía al momento de la puesta en circulación del producto.<sup>142</sup> Con todo, el fabricante podrá desvirtuar esa presunción de preexistencia del defecto,<sup>143</sup> pues la misma norma establece que el fabricante no responde si demuestra que:

*“Teniendo en cuenta todas las circunstancias, sea probable que el defecto que causó el daño no existiera en el momento en que él puso el producto en circulación...”*

*O sea que esa prueba no tiene que ser contundente.<sup>144</sup> El juez, soberanamente, juzga si esa probabilidad de no preexistencia del defecto se presentaba o no.*

## II. El daño

### 64. Concepto y remisión

Es claro que la responsabilidad civil supone, en todo caso, la existencia de un daño patrimonial o extrapatrimonial. Desde luego, la responsabilidad por productos defectuosos no escapa a ese requisito. Pero, de todas formas, en esta clase de responsabilidad el concepto de daño tiene unas particularidades que es necesario analizar. Los lineamientos generales de ese daño en la responsabilidad civil por productos defectuosos, ya fueron analizados en la SUBSECCIÓN PRIMERA de este trabajo (SUPRA Núm. 32 y ss.). En los párrafos que siguen insistiremos sobre algunos de ellos, adicionando unas cuantas ideas alrededor del mismo tema.

Por ejemplo, según hemos visto, la responsabilidad por productos defectuosos no cubre, generalmente, la totalidad de los daños derivados del defecto. Por razones financieras o de simple concepción filosófica de la institución, la mayoría de las legislaciones imponen limitaciones de diverso orden.

### 65. No se cubren los daños por ineficiencia del producto

En primer lugar, se descarta la indemnización de los daños derivados de la simple ineficiencia del producto. En tales circunstancias, lo aplicable será la legislación civil o comercial que regula el régimen contractual. Inclusive, es éste

142 ALCOVER GARAU, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 129; LAMBERT – FAIVRE, Yvonne. Ob. Cit. Núm. 987.

143 *Ibidem*.

144 *Ibidem*.

uno de los campos cubiertos por los denominados estatutos de protección al consumidor.

En consecuencia, si un abono químico, por su mala calidad, no brinda los rendimientos esperados por el agricultor adquiriente, lo aplicable es el derecho de los contratos y no la responsabilidad por productos defectuosos.

Pero en estos casos, se presentan dificultades de interpretación pues, en no pocas oportunidades, esa falta de eficiencia causa al mismo tiempo daños materiales o corporales que, normalmente, deberían ser indemnizados a la luz de la responsabilidad por productos defectuosos. Así, por ejemplo, en el caso del producto químico que no cumple la función para la cual fue adquirido, puede suceder que ese mismo defecto de funcionalidad, no solo no permita lograr una buena cosecha, sino que, además, cause daños en la salud o en los terrenos del adquiriente contractual o de cualquier otro tercero. En tales circunstancias, esos daños corporales o materiales sí estarían cubiertos por la legislación sobre la responsabilidad por productos defectuosos de que venimos hablando. En cambio, estarían excluidos los daños ocasionados por la mala calidad y cantidad de la cosecha. Estos últimos, así como el valor del producto mismo, se cobrarán con base en la responsabilidad derivada del incumplimiento del contrato de compraventa.

#### 66. Daños cubiertos

En general, la responsabilidad por productos defectuosos cubre los daños a las personas o a las cosas como consecuencia de la falta de seguridad del producto, imputable a un defecto de concepción, de fabricación o de presentación.

#### 67. Límites indemnizables

Las legislaciones sobre responsabilidad objetiva por productos defectuosos, a menudo, establecen límites de las indemnizaciones, con el fin de hacer costearable la siniestralidad, pues la no exigencia de la culpa del productor genera un número mucho más alto de condenas. En ese sentido, la Directiva de la Comunidad Económica Europea de 1985, en su artículo 16, faculta a los Estados miembros para establecer un límite a las indemnizaciones, siempre y cuando esa limitación no sea inferior a 70 millones de Ecus.<sup>145</sup> Y en el derecho norteamericano, tanto en el Reporter de la Task Force de 1976,<sup>146</sup> como en las legislaciones de algunos de

145 ALCOVER GARAU, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 168

146 MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 135

los Estados de la Unión, también se incluyen algunas limitaciones a los montos indemnizables.<sup>147</sup>

### **III. El nexo de causalidad**

#### **68. Principio general**

Todo mundo normativo, sea moral, religioso, social o jurídico, parte del supuesto de que el resultado que origina el reproche o la sanción fue causado por el implicado. Es decir, siempre debe existir un nexo de causalidad entre la acción o la omisión del implicado y el resultado reprochado por la norma. Sobre el nexo causal en la responsabilidad jurídica se ha escrito exageradamente, pese a lo cual el concepto, muchas veces, continúa siendo inasible.

Ahora, en principio, en la responsabilidad civil, es al demandante a quien corresponde la prueba de ese nexo causal entre el comportamiento del agente y el daño que dice haber sufrido. Así lo dispone expresamente el artículo 4 de la Directiva de la Comunidad Económica Europea de 1985.<sup>148</sup> Sin embargo, dada esa dificultad, el legislador tiende a aligerar la carga probatoria en algunos casos especiales dentro de los cuales se encuentra el de la responsabilidad por productos defectuosos. Por otro lado, el nexo de causalidad puede romperse jurídicamente en ciertos casos establecidos de manera taxativa por la ley o la jurisprudencia. En ese orden de ideas, analizaremos inicialmente como opera el sistema de la prueba de que fue un determinado producto el causante del daño (1). Luego veremos como se resuelve el problema de saber cuál fue el fabricante que elaboró el producto defectuoso que se sabe, a ciencia cierta, fue el causante del daño (2). Finalmente, veremos las causales de exoneración del productor, es decir, las que permiten su liberación como consecuencia de la ruptura jurídica del nexo de causalidad (3).

#### **1. Prueba de la cual fue el producto defectuoso**

69. Como acabamos de manifestarlo, el demandante debe establecer el nexo de causalidad entre el producto defectuoso y el daño que afirma haber sufrido. Se debe probar, por ejemplo, que la intoxicación se produjo como consecuencia de los componentes químicos defectuosos de un medicamento. No basta probar que se usó el producto y que sufrió un daño. Se debe probar que el uno fue consecuencia del otro.

<sup>147</sup> *Ibidem*. Pág. 180

<sup>148</sup> LAMBERT – FAIVRE. Yvonne. Ob. Cit. Núm. 986

Pero puede suceder que el demandante se quede a mitad del camino de la prueba, y, que pese a probar que fue el defecto de uno de esos productos del mismo tipo la causa del daño, no sea capaz de establecer cual de todos los productos por él consumidos tenía el citado defecto. Piense en el niño que, acostumbrado a consumir un mismo alimento de diversas marcas, se intoxica con uno de ellos, quedándole absolutamente imposible determinar cuál de ellos era el defectuoso. Supongamos que, de cinco helados de marca diferentes, consumidos durante el día, sólo uno de ellos era defectuoso, pero se pierde todo rasgo probatorio para identificar dicho producto.

En aplicación de la teoría tradicional todos deberían ser absueltos, pues sin nexo causal entre defecto y daño, el fabricante no puede ser declarado responsable.<sup>149</sup> Sin embargo, acude a la mente la posibilidad de aplicar aquí la ingeniosa teoría de la responsabilidad solidaria de los componentes de un grupo en cuyo seno se encuentra el causante del daño, pero sin que pueda ser identificado.<sup>150</sup>

Según esta teoría, se supone una forzada culpa colectiva consistente en realizar concertadamente, una actividad que causa un daño que no permite la identificación del agente.<sup>151</sup> Ese riesgo de imposible identificación haría responsable a todos los componentes del grupo.<sup>152</sup>

Pero, independientemente de que se acepte o no dicha solución, lo cierto es que sus defensores están de acuerdo en que ella no se puede aplicar a todo conjunto de personas que, por una razón u otra, estaban aglomeradas cuando ocurrió el hecho dañoso.<sup>153</sup> Se exige que exista una especie de comunidad concertada de intereses, como cuando un grupo de personas se ponen de acuerdo para ir de cacería, o para apoyar un determinado equipo en un partido de football, sin que se pueda saber quien disparó el arma que lesiona a un tercero.<sup>154</sup>

Pero cuando ese concierto previo no existe, la responsabilidad colectiva desaparece.<sup>155</sup> Sería injusto, por ejemplo, que todos los visitantes de un supermercado fueran responsables del robo ocurrido a uno de los clientes dentro del establecimiento, todo porque, estando juntos físicamente, no se puede identificar al ladrón. Si cada visitante por su lado llegó al establecimiento, es claro que es

149 DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. Tratado de responsabilidad civil. Ed. Civitas. 3ª ed. Madrid, 1993. Pág. 864.

150 *Ibidem*.

151 *Ibidem*. Pág. 870

152 *Ibidem*.

153 *Ibidem*. Pág. 876

154 *Ibidem*.

155 *Ibidem*. Pág. 881



imposible hacerlos a todos ellos responsables, pues no existe ni culpa ni nexo causal que permita tal solución. Otra cosa es que la víctima pueda demandar al dueño del establecimiento, invocando, por ejemplo, una culpa en la vigilancia.

Nos parece que, en el caso que nos ocupa, ante la ausencia de prueba, la solución correcta es la absolución de todos los productores. En efecto, si entre los cinco productores de los helados de nuestro ejemplo, no hubo ningún acuerdo previo, y cuatro de ellos fabricaron correctamente sus productos, es impensable hacerlos a todos solidariamente responsables, o dividir entre todos ellos la indemnización, todo porque no es posible identificar al productor del único helado defectuoso.

**2. Prueba de la cual fue el fabricante del producto que causó el daño, cuando todos han elaborado productos defectuosos.**

#### **70. Diferencia con el caso anterior**

En el caso anterior, sólo uno de los productos era defectuoso, quedando por resolver la identificación del fabricante de dicho producto.

En cambio, puede suceder que un mismo tipo de producto defectuoso sea elaborado por varios fabricantes, siendo imposible para la víctima determinar e identificar al fabricante del producto defectuoso por él consumido. Es lo que ocurre cuando varios laboratorios fabrican un medicamento mal concebido, sin que el paciente pueda identificar el (los) laboratorio(s) que fabricó el medicamento que dicho paciente consumió y le produjo el daño.

#### **71. Soluciones propuestas**

Dentro del esquema clásico de la responsabilidad civil, el juez deberá absolver a todos los fabricantes, en la medida en que no se sabe cuál o cuáles de ellos elaboraron los productos causantes del daño en ese caso concreto. Sin embargo, los tribunales, sobre todo los norteamericanos,<sup>156</sup> han elaborado unas muy audaces soluciones que, según veremos a continuación, son de imposible aplicación a todo tipo de productos o de fabricantes.

#### **72. Teoría de la responsabilidad conjunta**

Una primera solución de los tribunales norteamericanos consistió en presumir el nexo de causalidad en contra de todos los fabricantes de unos detonantes de-

---

156 MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 81

fectuosos, quienes se concertaron para imposibilitarle al juez la prueba de cual de todos los fabricantes había elaborado el detonante que causó los daños.<sup>157</sup>

Como todos los fabricantes habían puesto en circulación detonantes defectuosos, y entre todos estaban obstaculizando la identificación del verdadero causante del daño, el fallo decidió que la acción era procedente contra todos ellos, a menos que cada quien demostrase que no fue su producto el causante del daño.<sup>158</sup> En cierta forma, la responsabilidad se basaba en una culpa: no en la fabricación del producto defectuoso, sino en la generación de dificultades probatorias a la víctima.

El inconveniente de esta teoría es que la víctima debe aportar la prueba de que todos los fabricantes del tipo de producto defectuoso colaboraron en el objetivo común de dificultar la prueba,<sup>159</sup> lo que no siempre es posible.

### 73. Teoría de la parte del mercado

Pero la jurisprudencia americana avanzó aún más, facilitando a la víctima la carga probatoria del nexo causal.

En efecto, el famoso asunto del *Dess*<sup>160</sup> dio lugar a cuantiosas y numerosas demandas por la responsabilidad civil de los fabricantes de un producto médico defectuoso, que había sido elaborado por cerca de 200 laboratorios, y que fue consumido por miles de mujeres que dieron a luz hijas que posteriormente tuvieron problemas de cáncer, como consecuencia del defecto del producto. El problema probatorio era que caso todas las víctimas se veían en la imposibilidad de identificar el laboratorio que elaboró el medicamento que cada una de las madres de las víctimas consumió.<sup>161</sup>

La mayoría de las demandas se instauraron contra los fabricantes, contra los médicos que formularon el producto y contra los farmacéutas que lo vendieron. Los médicos y los farmacéutas fueron absueltos pues ninguna imputación les cabía.<sup>162</sup>

157 MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 82

158 *Ibídem*.

159 *Ibídem*.

160 *Ibídem*. Pág. 83

161 *Ibídem*. Pág. 84

162 *Ibídem*. Pág. 83

En lo que se refiere a los laboratorios fabricantes, algunos fallos los absolvieron por falta de la prueba de la relación causal.<sup>163</sup>

Pero la Corte Suprema de Estado de California, negándose a la absolución del demandado, o a su condena mediante la aplicación de la responsabilidad solidaria de todos los fabricantes del producto, razonó de forma muy original por medio del juez Mosk, quien al respecto hizo esta consideración:

*“Es razonable evaluar la posibilidad de que uno de los demandados haya suministrado el producto que causó el daño, recurriendo al porcentaje de ventas del Dess de cada uno, en relación con la totalidad de la producción de ese medicamento”.*<sup>164</sup>

Según la Corte de California, desde que un fabricante tenga una parte importante del mercado del producto que también es elaborado defectuosamente por otros fabricantes, está obligado a demostrar que no ha sido su producto el causante del daño. Si no logra establecer dicha prueba, será responsable, pero no por la totalidad de los daños, como ocurre en la responsabilidad solidaria, sino en proporción a su participación en el mercado.<sup>165</sup>

En equidad, la tesis parece impecable, pero su aplicabilidad como principio general resulta imposible. Inclusive, con posterioridad al fallo comentado, otras jurisdicciones norteamericanas han rechazado en forma expresa la aplicación de esta doctrina.<sup>166</sup> No estamos pues ante un principio general y pacífico que pueda considerarse como un presupuesto de todas las acciones en responsabilidad por productos defectuosos. Sin embargo, no podemos desconocer que esta solución es impactante y benéfica para con las víctimas, las cuales serían indemnizadas mediante una especie de diluimiento de los riesgos entre todos los fabricantes.

Los principales inconvenientes de esta doctrina son los siguientes:

En primer lugar, no se sabe si, cuando la demanda no se hace contra la totalidad de los fabricantes sino contra algunos de ellos, de todas formas los demandados responderán por el cien por ciento del daño, desde luego, en proporción a su participación en el mercado. Si se acepta el pago íntegro, así sea repartido entre todos los demandados, cada uno de estos deberá responder por un porcentaje superior a su participación en el mercado, pues le tocará asumir, proporcionalmente, lo que le correspondería pagar a otros fabricantes no demandados.

163 MAREE, Perrine. Ob. Cit.

164 Ibídem. Pág. 84

165 Ibídem.

166 Ibídem. Pág. 85 y pie pág. 79

De otro lado, si el demandante logra identificar al fabricante del producto que realmente le causó el daño, este sería responsable de la totalidad de la indemnización, lo que puede conducir a que los fabricantes eliminen toda prueba que a la larga pueda comprometerlos como causantes del perjuicio.

En ese mismo orden de ideas, puede suceder que la víctima identifique al fabricante del producto que le causó el daño y se dé cuenta que dicho fabricante desapareció del mercado.<sup>167</sup> En circunstancia semejante, no aparece muy claro, por lo injusto, hacer responsables a los otros fabricantes que, se sabe, no causaron el daño.

Según MAREE,<sup>168</sup> la teoría de la parte del mercado sólo es posible cuando se llenan los siguientes requisitos:

En primer lugar, que el defecto exista en todos los fabricantes de un mismo tipo de producto, en el caso del Dess todos los laboratorios elaboraron un medicamento que contenía el mismo defecto.<sup>169</sup>

En segundo lugar, que los demandados representen una parte sustancial del mercado. En el asunto fallado por la Corte de California, los cinco laboratorios demandados tenían el noventa por ciento del mercado.<sup>170</sup>

Finalmente, es indispensable que la conducta de los fabricantes, luego de la puesta en circulación del producto, haya contribuido a la imposibilidad de identificar al fabricante del producto que realmente causó el daño.<sup>171</sup>

Como se ve pues, pese a la importancia y la audacia de la llamada teoría de la *parte del mercado*, no podemos hablar de que ella sea el camino definitivo que vaya a ser seguido por los tribunales o por los legisladores. Por el contrario, generalmente, se sigue aplicando el principio tradicional de la identificación del fabricante del producto causante del daño, sin perjuicio de que, en circunstancias particulares, los tribunales acudan a este tipo de soluciones excéntricas, en la medida en que la lógica y la equidad lo permitan y lo aconsejen.

---

167 MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 84

168 *Ibidem*.

169 *Ibidem*.

170 *Ibidem*. Pág. 85

171 *Ibidem*.

### 3. La ruptura del nexo causal (exoneración del productor)

74. En el sistema clásico del Código Civil, el comprador, víctima contractual de la cosa vendida que le causó daños como consecuencia de un vicio redhibitorio o de cualquier otro defecto de la cosa, en principio, está obligado a probar una culpa del vendedor que sabía o debía saber de la existencia del defecto o del vicio redhibitorio del producto. O que cometió una culpa en la producción o distribución del mismo. Y tratándose de una responsabilidad extracontractual por daños a personas diferentes del comprador, también es necesario establecer esa culpa, bien sea por la puesta en circulación, bien sea por la concepción o la elaboración del producto defectuoso. Esa carga probatoria en ambos tipos de responsabilidad, según hemos dicho (SUPRA. Núm. 15 y ss.), ha sido aligerada, a favor de las víctimas, por los tribunales de algunos países, al establecer presunciones de responsabilidad.

Ahora, cuando la responsabilidad del fabricante o del distribuidor se funda en una presunción de culpa, el demandado se libera de responsabilidad demostrando que no pudo impedir el hecho, pese a haber tomado las medidas razonables en la concepción, fabricación y distribución del producto.

Pero, según hemos visto (SUPRA. Núm. 15 y ss.), la tendencia en el mundo entero es hacia la responsabilidad objetiva del fabricante de productos defectuosos, con base en la cual, el dicho productor es responsable si la víctima prueba que el producto era defectuoso y que ese defecto fue la causa del daño. El fabricante no podrá alegar que, pese a la existencia de esos tres elementos, no hubo culpa de su parte.

Ahora, cuando de responsabilidad objetiva se trata, el legislador de cada país, pese a la severidad contra el fabricante demandado, dispone un abanico de causales de exoneración, causales que, en general podrían englobarse dentro del concepto genérico de causa extraña, habida cuenta que, jurídicamente, esos eventos rompen el nexo causal entre defecto y daño. Sin embargo, hay sutiles pero importantes diferencias entre los diversos ordenamientos jurídicos, lo que amerita un análisis de las causales que, en general, han sido establecidas por la mayoría de legislaciones, según veremos, no todos los eventos que tradicionalmente constituyen una causa extraña, liberan de responsabilidad.

En ese orden de ideas, estudiaremos la influencia que en la responsabilidad del productor tiene la fuerza mayor o caso fortuito (A), el momento de la existen-

cia del defecto (B), el hecho exclusivo de un tercero (C) y el hecho de la víctima (D).

#### **A. La fuerza mayor o caso fortuito**

75. Una de las especies de la causa extraña es la fuerza mayor, entendiéndose por tal, la existencia de un hecho de la naturaleza, irresistible y jurídicamente ajeno al deudor. Se tiene por tal, el huracán, el rayo, el terremoto, el clima, etc. En la mayoría de las responsabilidades objetivas, esa fuerza mayor exoneraría de responsabilidad al deudor y en general, al que se demanda como responsable, así lo sea extracontractualmente.

Sin embargo, en la Directiva de la Comunidad Económica Europea de 1985<sup>172</sup> y, en general, en el derecho norteamericano, tratándose de responsabilidad por productos defectuosos, la existencia de una fuerza mayor no exonera de responsabilidad, desde que el defecto haya tenido alguna incidencia causal en la producción del daño. Así por ejemplo, si a causa de un derrumbe sobre la vía, una piedra rompe el vidrio delantero de un automotor, y las astillas de dicho vidrio, por un defecto de concepción o de fabricación, le cortan la cara a uno de los pasajeros, el fabricante no podrá alegar que no cometió culpa alguna y que el hecho es imputable a una fuerza mayor.

#### **B. Momento de la existencia del defecto**

76. Pero no todo defecto del producto torna automáticamente responsable al fabricante. Hay una serie de circunstancias de tiempo y de hecho que excluyen la responsabilidad, todas ellas relacionadas con la existencia del defecto. Veamos:

##### **77. El defecto no existía al momento de la puesta en circulación**

Es lógico pensar que el fabricante sólo sea responsable si el defecto existía al momento de la puesta en circulación del producto. Todo defecto que nazca con posterioridad es totalmente ajeno o extraño al fabricante. Y, en principio, la víctima está en la obligación de probar esa preexistencia del defecto, lo que siempre es posible.

Habida cuenta de esa dificultad probatoria, la Directiva de la Comunidad Económica Europea de 1985, en su artículo 7, literal b., estableció la presunción de que el defecto existe al momento de su puesta en circulación.<sup>173</sup> Sin embargo, el

172 DE SOTOMAYOR GIPPINI, José María. Ob. Cit. Pág. 416

173 LAMBERT – FAIVRE, Yvonne. Ob. Cit. Pág. 631

literal b. ya citado, permite al fabricante desvirtuar esa presunción, sin necesidad de probar con plena certeza, que el defecto era inexistente al momento de la puesta en circulación.<sup>174</sup> Le basta brindarle al juez la convicción de que probablemente el defecto era inexistente en aquella fecha.<sup>175</sup> Así se desprende del literal b., cuyo texto establece que el fabricante no es responsable si prueba

*“Que habida cuenta de las circunstancias, puede estimarse que el defecto causante del daño no existía en el momento en que el producto fue puesto en circulación por él o que ese defecto ha nacido posteriormente”.*

Así por ejemplo, el productor de un equipo eléctrico que, después de puesto en circulación lesiona a una persona como consecuencia de un corto circuito, podrá establecer que el equipo había sido desbaratado con posterioridad a la puesta en circulación y que antes de la reparación había funcionado correctamente. En este caso, aunque no se sabe quien es el causante del defecto, el juez, soberanamente, decidirá si la prueba aportada por el productor le brinda la convicción de que “probablemente” el defecto es posterior a la puesta en circulación.

#### **78. Al momento de la puesta en circulación el defecto era inevitable (riesgo de desarrollo)**

Ya nos hemos referido (SUPRA. Núm. 59) al denominado “riesgo de desarrollo”; ahora sólo haremos mención breve de su tratamiento como causal de exoneración del responsable.

En efecto, de una u otra manera, la mayoría de los ordenamientos jurídicos permiten al productor exonerarse de responsabilidad si establece que, al momento de la puesta en circulación del producto, la ciencia y la tecnología carecían de conocimientos para evitar la existencia del defecto. Al respecto, el literal e, del art. 7 de la Directiva de la Comunidad Económica Europea de 1985 expresa que el productor no es responsable si prueba

*“Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos al momento de la puesta en circulación del producto por él no permitía detectar la existencia del defecto”.*<sup>176</sup>

Similar solución se aplica, mayoritariamente, en el derecho norteamericano.<sup>177</sup>

Es de anotar que el artículo 15.1 b) de la Directiva de la Comunidad Económica Europea de 1985 deja en libertad a los estados miembros para incluir en sus le-

174 *Ibidem.* Pág. 987.

175 *Ídem.*

176 LAMBERT – FAIVRE, Yvonne. Ob. Cit. Núm. 989.

177 MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 75.

gislaciones internas la responsabilidad del productor en caso de que el daño sea imputable a un riesgo de desarrollo.<sup>178</sup>

Por lo demás, no pocos autores, a cuyo criterio nos plegamos, encuentran inconveniente esta exclusión de responsabilidad,<sup>179</sup> pues, en el fondo, ello conduce a la supervivencia de una responsabilidad fundamentada en la culpa.<sup>180</sup>

#### **79. El producto no había sido puesto en circulación**

La Directiva de la Comunidad Económica Europea de 1985 prevé en el literal a. del artículo 7 que el productor no será responsable si prueba

**“Que él no ha puesto en circulación el producto”**<sup>181</sup>

Significa lo anterior que si el producto fue sustraído ilícitamente, antes de su puesta en circulación, el productor no será responsable, si los terceros que lo sustrajeron fueron los encargados de hacer circular el producto.

Sin embargo, nos parece que esta exoneración no debería aplicarse cuando, pese a que el producto aún no había sido puesto en circulación, de todas formas todo indicaba que pronto lo estaría, de acuerdo con la organización administrativa del productor.

#### **80. El producto no estaba destinado para la venta**

Según el literal c. del artículo 7 de la Directiva de la Comunidad Económica Europea de 1985, el productor no será responsable si prueba

*“Que el producto no ha sido fabricado para la venta o cualquiera otra forma de distribución con una finalidad económica del productor, ni fabricado o distribuido en el cuadro de una actividad profesional”*.<sup>182</sup>

#### **81. El defecto es imputable a la concepción de un producto dentro del cual se incorpora una parte componente fabricada por el demandado.**

Según el literal f. de la Directiva de 1985, el productor no será responsable si prueba que

178 LAMBERT – FAIVRE. Yvonne. Ob. Cit. Núm. 989

179 *Ibidem*.

180 MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 75.

181 ENCYCLOPÉDIE DALLOZ, Rúbrica citada. Núm. 703

182 *Ibidem*. Pág. 704; LAMBERT – FAIVRE. Yvonne. Ob. Cit. Pág. 987



*“En el caso del fabricante de una parte integrante, el defecto sea imputable al diseño del producto a que se ha incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante del producto”.*

Esta norma contempla dos hipótesis diferentes de exoneración.

De acuerdo con la primera, el productor de una parte componente de otro producto ensamblado o fabricado por un tercero, no será responsable si el defecto surge, no de la fabricación de ese componente, sino del defectuoso diseño del producto fabricado por la persona que encargó la parte componente.<sup>183</sup> Así, si por cuestiones de estética, el fabricante de automotores diseña la forma de los vidrios y encarga su fabricación a un tercero, y éste fabrica los vidrios de acuerdo con el diseño encargado, es claro que no habrá responsabilidad del fabricante de los vidrios.

Bien vistas las cosas, en este caso no estamos realmente ante una causal de exoneración del fabricante de un producto defectuoso.

La segunda hipótesis de exoneración contemplada en el literal, se presenta cuando la parte componente es defectuosa, pero el defecto surge de las instrucciones dadas por el productor que encargó la fabricación de la parte componente.<sup>184</sup> En cierta forma, podría decirse que el defecto no es imputable al demandado, sino al hecho de un tercero.

## **82. El defecto se debe a la conformidad del producto con las normas imperativas emanantes de los poderes públicos**

De acuerdo con el art. 7, literal d. de la Directiva de 1985, el productor no será responsable si prueba

*“Que el defecto se debe a que el producto se ajusta a normas imperativas dictadas por los poderes públicos”.*<sup>185</sup>

Por lo tanto, si las autoridades sanitarias exigen una determinada metodología y prohíben cualquier otra, para la fabricación de una vacuna, y esa metodología es defectuosa, el productor se liberará de responsabilidad si demuestra que sólo se limitó a cumplir esa metodología.

Sin embargo, ello no exime al productor de utilizar la tecnología de mayor avanzada, así las normas administrativas no lo obliguen a ello. Por lo tanto, si la

183 DE SOTOMAYOR GIPPINI, José María. Ob. Cit. Pág. 417

184 *Ibidem*.

185 ALCOVER GARAU, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 106

legislación sobre bancos de sangre se torna anticuada habida cuenta de nuevos descubrimientos de posible aplicación, el productor no se exonera si alega el cumplimiento de las normas legales sobre producción, sino a utilizar las normas aconsejables por los actuales desarrollos tecnológicos.

Obsérvese que en la primera hipótesis el Estado ordena una determinada tecnología y prohíbe cualquiera otra diferente. En cambio, en la segunda hipótesis, el Estado establece unas normas mínimas de seguridad, lo que no excluye la obligación y la posibilidad de utilizar técnicas más avanzadas que las contempladas en la ley.

### C. El hecho de la víctima

#### 83. El hecho y culpa de la víctima

Generalmente, las responsabilidades objetivas permiten la exoneración total o parcial del demandado, en caso de que el comportamiento de la víctima sea causa total o parcial del daño. Lo más corriente es que si ese comportamiento es la causa exclusiva del daño, la exoneración del demandado sea total, así el comportamiento de la víctima no haya sido culposo. En cambio, si concurren la actividad de la víctima y la del demandado, la indemnización se reducirá, a criterio del juez, de acuerdo con la gravedad y la incidencia causal de la conducta de la víctima.

En tratándose de la responsabilidad civil por productos defectuosos, esa conducta de la víctima tiene, a veces, una serie de peculiaridades que impiden trasladar, pura y simplemente, los principios generales sobre la materia.

#### 84. La culpa de la víctima en la Directiva de la Comunidad Económica Europea de 1985

La Directiva de 1985 establece en su artículo 8, numeral 2, la siguiente disposición:

*“La responsabilidad del productor podrá reducirse o anularse, considerando todas las circunstancias, cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del producto y por culpa del perjudicado o de una persona de la que el perjudicado sea responsable”.*<sup>186</sup>

Esta norma merece algunos comentarios:

En primer lugar, si, pese a la existencia del defecto, se prueba que el daño no se deriva de éste sino de una actuación culposa de la víctima, es claro que la exoneración será total. En cambio, si el daño sí se deriva del defecto, pero la víc-

<sup>186</sup> ENCYCLOPÉDIE DALLOZ. Rúbrica citada, núm. 709

tima contribuyó con su culpa a la producción del daño, entonces, la exoneración será total o parcial.<sup>187</sup> Creemos que sea la gravedad de la culpa de la víctima y su incidencia causal, lo que determine el monto de la reducción del monto indemnizable.

Por otro lado, la norma no habla del simple hecho de la víctima, lo que significa que si el daño es causado por el defecto del producto y por un hecho no culposo de la víctima, la indemnización de ésta será total.

### 85. La culpa de la víctima en el derecho norteamericano

Tanto la doctrina<sup>188</sup> como la jurisprudencia y las diversas legislaciones de los Estados de la Unión Americana<sup>189</sup> tienen en cuenta el comportamiento de la víctima para evaluar el monto de las indemnizaciones a cargo del productor responsable. Sin embargo, el caso jurisprudencial y las múltiples legislaciones impiden decantar criterios más o menos unificados en relación con el tema. Por ello, hemos considerado oportuno referirnos al tratamiento que al comportamiento de la víctima brindan el Model Uniform Product Liability Act de 1979 y la edición de 1965 del Restatement of Torts, ya que hay diferencias entre los dos cuerpos jurídicos que sirven de orientación a los autores y a los tribunales norteamericanos.

### 86. El Model Uniform Product Liability Act

Dicho modelo de legislación (recuérdese que es sólo un modelo de legislación para los diversos Estados de la Unión) prevé que en caso de daño derivado de un producto defectuoso la indemnización puede reducirse o excluirse si la víctima, con su comportamiento culposo, contribuyó a la producción del daño.<sup>190</sup>

Veamos cuáles son las diversas hipótesis de participación de la víctima en la producción del daño, mediante el uso de un producto defectuoso:

#### 87. 1. Solución cuando la víctima usa el producto sin haber descubierto el defecto (Model Uniform Product Liability Act. Sección 111 – c – 1)

En principio, la víctima no tiene la obligación de inspeccionar el estado del producto para detectar su defectuosidad. Por lo tanto ese simple hecho no afecta para nada su derecho a la indemnización total.<sup>191</sup>

187 ENCYCLOPÉDIE DALLOZ. Rúbrica citada.

188 MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 78

189 Ibídem.

190 Ibídem. Pág. 162

191 MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 164

Sin embargo, hay una serie de eventos que permiten pensar que la víctima no se comportó razonablemente. Todo depende de las circunstancias. Así, por ejemplo, los consumidores han ido adquiriendo la costumbre de verificar la fecha de vencimiento del consumo de ciertos alimentos. Por ello, si el comprador de un producto lácteo, descompuesto en apariencia, omite verificar la fecha de vencimiento y se intoxica con el producto, es lógico pensar que la indemnización del daño se vea afectada. Pero, en tales circunstancias, la exoneración del responsable será parcial y no total.<sup>192</sup>

### **88. 2. Solución cuando la víctima usa el producto a sabiendas de la existencia del defecto (Model Uniform Product Liability Act. Sección 111 – c – 2)**

Cuando el daño es causado por el defecto, pero la víctima tenía conocimiento del mismo, y pese a ello decidió utilizarlo, la responsabilidad del productor se determinará así:

Si la víctima, conociendo el defecto del producto, usare voluntariamente del mismo, será considerado como el único responsable de los daños causados como consecuencia de dicha condición defectuosa.<sup>193</sup>

En cambio, en los supuestos en que el demandante conocía la condición defectuosa de un producto y lo utilizó voluntariamente, pero en los que la razonabilidad de hacerlo así resultase incierta, la indemnización del demandante quedará sujeta a reducción conforme a lo previsto en las Subsecciones a y b, de la misma Sección 111.<sup>194</sup>

### **89. 2. Solución cuando el producto ha sido mal utilizado por la víctima (Sección 111 – c – 3)**

La ley modelo prevé la incorrecta utilización del producto por parte de la víctima. Al respecto, establece lo siguiente:

*“(i) En los casos en que el demandante usare incorrectamente el producto, empleándolo de manera tal que el vendedor no hubiese podido prever razonablemente, la indemnización del demandante será reducida conforme a los principios de las subsecciones (a) y (b).*

*(ii) Si los daños no hubieren podido producirse de no ser por consecuencia del uso incorrecto del producto a que se refiere la subsección 3 (i), se entenderá que el producto no era defectuoso a los efectos de esta ley”.*

---

192 *Ibidem.*

193 *Ibidem.*

194 *Ibidem.*

#### 90. 4. Solución cuando el producto ha sido modificado o alterado por la víctima (Sección 112 – d)

El daño sufrido por la víctima puede ser causado por la modificación o la alteración del producto, una vez ya éste ha sido puesto en circulación. Esta situación está prevista por la Ley Model, en cuya Sección 110, se establece lo siguiente:

*“Sec. 110 Relevancia de las alteraciones o modificaciones de un producto introducidas por terceros*

*(a) El vendedor de un producto no será responsable de los daños que no se habrían producido de no ser por el hecho de que su producto fue alterado o modificado por un tercero, salvo que:*

*(1) La alteración o modificación hubiese sido efectuada de acuerdo con las propias instrucciones o especificaciones del vendedor.*

*(2) La alteración o modificación hubiese sido efectuada con el consentimiento expreso del vendedor o,*

*(3) La alteración o modificación hubiesen sido el resultado de una conducta que debió haber sido razonablemente prevista por el vendedor del producto.*

*(b) A los efectos de lo dispuesto en esta sección, se entenderá por alteración o modificación cualquiera cambios introducidos en el diseño, fórmula, función o uso del producto que los hagan divergente de los originalmente proyectados, probados o pretendidos por el vendedor del mismo. Igualmente se entenderá comprendida en dicho concepto la falta de observancia de los cuidados y mantenimiento rutinarios, pero no los efectos del desgaste ordinario por el uso”.*

#### 91. El Restatement of Torts

Según hemos visto (SUPRA núm.16) la jurisprudencia norteamericana se inspira fundamentalmente en el denominado Restatement of Torts, redactado por el American Law Institute. Y en la edición segunda, de 1965, al acoger la doctrina de una responsabilidad objetiva por productos defectuosos, tuvo en cuenta, para graduar la responsabilidad del productor, el comportamiento de la víctima.

La Sección 402 – a, en el comentario (n) establece que sí la víctima conocía el defecto y voluntariamente utilizó o consumió el producto, el productor podrá ser exonerado totalmente de responsabilidad.<sup>195</sup>

---

195 MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 77

Y en el comentario (h) de la misma Sección 402 – a, se establece que sí la víctima en forma imprevisible para el productor, utiliza inadecuadamente el producto, o lo altera, podrá ser privada completamente de su indemnización.<sup>196</sup>

Finalmente, la culpa de la víctima que concurre con el defecto del producto a la producción del daño, puede dar lugar a la reducción del monto indemnizable.<sup>197</sup> Tal sería el caso del conductor de un vehículo que tiene un defecto de fabricación en el sistema de los frenos y que se accidenta porque al ir a una velocidad excesiva los frenos no le responden. Si el daño es imputable tanto a la velocidad de la víctima, como al defecto del automotor, la indemnización será reducida.

#### **D. El hecho de un tercero**

##### **92. Solución tradicional**

Dentro de los lineamientos clásicos de la responsabilidad objetiva, el hecho exclusivo de un tercero por el que no debe responder el demandado, permite la exoneración total de este último, así el comportamiento del tercero no sea culposo, del tercero concurre con el comportamiento del responsable, este deberá indemnizar completamente a la víctima, sin perjuicio de repetir contra el tercero, si de alguna manera éste es responsable de ese mismo daño. Veamos como opera la responsabilidad por productos defectuosos, el comportamiento de ese tercero.

##### **93. El hecho del tercero en la Directiva de la Comunidad Económica Europea**

Según hemos dicho (SUPRA núm. 77 y ss.), en varias hipótesis, pese a la existencia de un nexo de causalidad entre el producto y el daño, el fabricante no es responsable. Y algunas de esas hipótesis se derivan del comportamiento de terceros ajenos al productor. Así, por ejemplo, puede ser que el producto haya sido sustraído ilícitamente, por un tercero, antes de que el productor lo hubiese puesto en circulación. También puede ocurrir que el defecto sólo exista cuando, después de haber sido puesto en circulación, ha sido mantenido incorrectamente, o haya sido alterado por un tercero. Finalmente, puede suceder que el productor demandado se haya limitado a fabricar un producto defectuosamente diseñado por otro productor que incorpora el producto defectuosamente diseñado por otro productor que incorpora el producto en otro que después se pone en circulación. En todos estos casos, el comportamiento de ese tercero exonera de

---

196 *Ibidem*. Pág. 78

197 *Ibidem*.

responsabilidad al productor. Sin embargo, en el fondo, la exoneración está relacionada, más bien, con el defecto en sí, y no con el comportamiento del tercero.

Pero puede suceder que el defecto no sea imputable de alguna manera a un tercero y que, sin embargo, éste haya participado en la producción del daño. Piénsese en el conductor de un vehículo que tiene un defecto de fabricación en el sistema de frenos. Si se produce un accidente como consecuencia de la alta velocidad del automotor y de la mala calidad de los frenos, el productor demandado tendería a alegar que el daño es imputable no al defecto, sino a la alta velocidad del automotor.

Sin embargo, el artículo 8 de la Directiva de 1985, en su numeral 2, establece que, en circunstancias semejantes, la responsabilidad del productor no excluirá ni se reducirá, sin perjuicio de que pueda repetir, según las normas de cada país miembro contra el tercero que contribuyó a la causación del daño.<sup>198</sup>

#### **94. El hecho del tercero en el derecho norteamericano**

Tanto en la Task Force, investigación que sirvió de base al Model Uniform Product Liability Act, como en este último, el hecho de un tercero puede, excepcionalmente, exonerar de responsabilidad al productor.

La Task Force establece que si el productor prueba que el producto ha sido alterado en forma imprevisible o desrazonable por un tercero, podrá el productor exonerarse de responsabilidad o beneficiarse de un recurso de repetición contra dicho tercero.<sup>199</sup>

En cuanto al Model Uniform Product Liability Act el artículo 110, ya descrito (SUPRA Núm. 90) establece que, bajo ciertas condiciones, las alteraciones o modificaciones del producto hechas por un tercero, exoneran totalmente de responsabilidad al productor.<sup>200</sup>

En cambio, sí, como ya lo hemos dicho (SUPRA Núm. 93), el daño es imputable a un defecto del producto y al hecho de un tercero, el productor, de todas formas, será responsable por la totalidad del daño. Piénsese en el propietario de un restaurante que, a sabiendas de la descomposición de un enlatado, imputable al productor, de todas formas lo utiliza causando la intoxicación del cliente que consume la comida preparada con ese ingrediente defectuoso. La ley permite

198 LAMBERT – FAIVRE. Yvonne. Ob. Cit. Núm. 987

199 MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 133

200 *Ibidem*. Pág. 165

desde luego, al productor, repetir contra el tercero que, en forma tan negligente procedió.

## **SECCIÓN SEGUNDA.**

### **EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS**

#### **95. Introducción y plan**

La responsabilidad civil por productos defectuosos, tal y conforme se concibe en el derecho contemporáneo, sólo es posible en la medida en que existan mecanismos que le permitan al productor trasladar el riesgo de dicha responsabilidad a otro patrimonio diferente del propio, pues los costos de tal responsabilidad son imposibles de cubrir con las utilidades o ganancias normales del producto. No se trata de un problema exclusivo de la responsabilidad civil por productos defectuosos, sino de cualquier tipo de responsabilidad civil.

Y el traslado de ese riesgo se puede realizar de dos maneras diferentes: bien sea por medio de un régimen de seguridad o solidaridad social asumido por el Estado; bien sea por medio de compañías aseguradoras de carácter privado más o menos controladas por el propio Estado.

Como alternativa adicional, podría pensarse en el autoseguros, mediante la destinación de sumas de dinero que se van capitalizando por el fabricante para eventuales indemnizaciones a las víctimas. Pero esta solución es la menos recomendable en esta clase de riesgos, dado el monto de los intereses económicos en juego.

Ahora, en la práctica, el fabricante termina asumiendo buena parte del riesgo ante la imposibilidad de trasladarlo totalmente a la seguridad social o a un asegurador privado.

Pero como el asunto sobrepasó la esfera de las relaciones entre particulares, para convertirse en un problema de orden público, los Estados, de una manera u otra, tratan de intervenir con el fin de crear un equilibrio justo y costeable entre el productor, el asegurador y la víctima, equilibrio que permita diluir el riesgo entre los componentes de la comunidad o por lo menos parte de ella.

96. En este sentido, el tratamiento ideal consistiría en una especie de seguridad social en la que el Estado, mediante su propio presupuesto, pero recau-



dando sus costos entre los contribuyentes por métodos diversos, estableciese mecanismos de indemnización automática, de forma que la responsabilidad civil dejase de ser el instrumento jurídico aplicable. Sin embargo, los costos son de tal magnitud que, por ejemplo, en el Derecho Norteamericano, esta solución, que, en su momento fue considerada y propuesta, ha sido finalmente descartada.<sup>201</sup>

97. Ante esta imposibilidad práctica, se ha pensado en la alternativa de que el Estado cree un seguro obligatorio vendido por compañías de seguros particulares, mediante acuerdos entre Estado, aseguradores, productores y consumidores, de forma tal que el sistema sea costeable y rentable dentro de una economía de mercado.<sup>202</sup> Sin embargo, ni el mercado norteamericano,<sup>203</sup> ni el europeo,<sup>204</sup> han logrado establecer este mecanismo, ya que su implementación es más compleja de lo que se supone.

98. Ahora, por estudios hechos en el mercado norteamericano y siguiendo prácticas propias del seguro de aviación, se ha concluido que la mejor solución consistiría en que el riesgo fuese asumido por varias aseguradoras, respondiendo cada uno de ellos por una cuota de cobertura.<sup>205</sup> También se ha concluido en la conveniencia de que fabricantes de un mismo tipo de producto tengan su propia aseguradora, lo que les permite administrar correctamente los riesgos con unas tasas más reducidas.<sup>206</sup>

99. Frente a todas estas dificultades jurídicas, políticas y financieras, la realidad actual está estructurada sobre la base de un seguro voluntario de responsabilidad civil en el que las partes, dentro del margen de maniobra permitido por la ley, libremente convienen las condiciones de la cobertura. Es a ese seguro al que habrá de referirse la segunda parte de este trabajo.

Dentro de esa voluntad contractual, las partes pueden acordar los tipos de responsabilidad civil amparada (SUBSECCIÓN PRIMERA), así como los productos cubiertos por la póliza (SUBSECCIÓN SEGUNDA); igualmente, pueden el tomador y el asegurador delimitar los daños indemnizables (SUBSECCIÓN TERCERA); más compleja es la posibilidad de que las partes puedan libremente determinar lo

201 MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 123

202 MARKOVITS, Yvan. La directive C.E.E. du juillet 195 sur la responsabilité du fait des produits défectueux L.G.D.J. París, 1990 Pág. 261.

203 MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 124

204 DE SOTOMAYOR, GIPPINI, José María. Ob. Cit. Pág. 440; LAMBERT – FAIVRE, Yvonne. Ob. Cit. Núm. 1028 ; MARKOVITS, Yvan. Ob. Cit. Pág. 261

205 MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 122.

206 *Ibidem*. Pág. 123

que haya de entenderse por siniestro y, consecuentemente, el ámbito temporal y espacial del seguro (SUBSECCIÓN CUARTA).

## **SUBSECCIÓN PRIMERA.**

### **TIPOS DE RESPONSABILIDAD CUBIERTOS**

100. Bien conocida es la dualidad entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, así como la imposibilidad de invocarlas en forma optativa. El principio consiste en que allí donde existe dualidad de regímenes de responsabilidad, el juez debe aplicar la responsabilidad apropiada.

De otro lado, las compañías aseguradoras, en su legítimo derecho de seleccionar los riesgos, se niegan a asegurar genéricamente toda la responsabilidad civil de un asegurado pues el costo de la siniestralidad sería inconmensurable. De allí que lo primero que deben definir las partes es la naturaleza de la responsabilidad cubierta.

Habitualmente, las pólizas se estructuran sobre la base del amparo del riesgo de la responsabilidad extracontractual del asegurado y, sólo mediante anexos a la póliza de responsabilidad extracontractual o mediante pólizas especializadas, se cubre también la responsabilidad contractual.

Sin embargo, en la medida en que los estatutos legales, como el de la Directiva de la Comunidad Económica Europea de 1985, hayan unificado el régimen de responsabilidad (ya no se distinguen entre contractual y extracontractual),<sup>207</sup> no hay razón alguna para mantener esa distinción artificial.<sup>208</sup> Desde luego, sigue siendo válida la exclusión de algunos (no todos) daños contractuales, como los derivados de la falta de eficiencia del producto, los llamados daños inmateriales puros y el valor mismo del producto (INFRA. Núm. 111). Pero, salvo esas excepciones, podría pensarse que no hay motivo que justifique excluir la cobertura de los daños derivados de lesiones y muerte de una persona o los derivados del deterioro y destrucción de cosas, como consecuencia de un producto defectuoso, así los daños hayan sido sufridos por el acreedor contractual, en este caso, el adquirente del producto.<sup>209</sup> En estos daños carece de sentido distinguir entre responsabilidad contractual y extracontractual para asegurar la una y no la otra. Inclusive, pensamos que esta solución también sería válida y costeable en

207 LAMBERT – FAIVRE. Yvonne. Ob. Cit. Núm. 1039; MARKOVITS. Yvan. Ob. Cit. Pág. 17 y ss.

208 *Ibidem*. Pág. 376 y ss.

209 LAMBERT – FAIVRE. Yvonne. Ob. Cit.

los ordenamientos jurídicos que conservan el dualismo de responsabilidades por productos defectuosos.

101. Desde otro lado, en la medida en que, casi siempre, la responsabilidad por productos defectuosos es objetiva, es inconveniente amparar sólo responsabilidad culposa, pues así las cosas, en no pocas oportunidades, el seguro sería inútil. Como también es inconveniente excluir la cobertura si el asegurado incurre en cualquier negligencia. Sin embargo, algunas culpas si están excluidas, como sucede, por ejemplo, en el desconocimiento de normas legales de fabricación del producto causante del daño.<sup>210</sup>

## **SUBSECCIÓN SEGUNDA.**

### **PRODUCTOS CUBIERTOS**

#### **102. Bienes muebles**

Desde luego, teniendo en cuenta la libertad contractual, las partes pueden pactar la cobertura de todo tipo de productos, bien sean muebles o inmuebles. Sin embargo, el aseguramiento de la responsabilidad civil del vendedor o del constructor de inmuebles se rige por pólizas especializadas, dada la particularidad de dicha responsabilidad,<sup>211</sup> lo que no impide que la póliza *standard* de responsabilidad civil por productos ampare los materiales de construcción incorporados en un inmueble.<sup>212</sup> En consecuencia, cuando se habla de las pólizas de responsabilidad civil por productos, entendemos que éstas sólo amparan los productos que sean bienes muebles.<sup>213</sup> Ahora, cuando se trata de productos nuevos, éstos sólo son asegurados por las pólizas *standard* cuando hayan cumplido satisfactoriamente todas las pruebas de control de calidad, y, tratándose de medicamentos y productos farmacéuticos en general, sólo son asegurables cuando su venta haya sido autorizada por las autoridades respectivas.<sup>214</sup> Sin embargo, en estos casos, es factible encontrar en el mercado amparos especiales que cubren los riesgos de experimentación.<sup>215</sup>

210 *Ibidem*. Núm. 1043; MAREE, Perrine. Ob. Cit. Pág. 93

211 *Ibidem*.

212 *Ibidem*.

213 *Ibidem*.

214 MAREE, Perrine. Ob. Cit.

215 *Ibidem*.

### 103. Productos entregados

Las pólizas *standard* de responsabilidad civil por productos sólo amparan los productos que causen daños después de su entrega. Los daños que tales productos causen antes de la entrega son cubiertos, generalmente, por la póliza de responsabilidad civil por explotación.<sup>216</sup> De allí la necesidad de verificar bien que ambas coberturas hayan sido tomadas, para así evitar desagradables sorpresas.

Ahora, el concepto de entrega en materia de seguros por responsabilidad por productos no se identifica con el concepto que, de entrega, establece el Código Civil para la tradición. En tratándose de seguros, la entrega es cuestión de hecho y se define como

*“La pérdida por el fabricante de los poderes de uso, control y dirección que caracterizan la guarda”.*<sup>217</sup>

La entrega no supone un contrato de compraventa. En ese sentido, se acepta que la entrega se produce cuando el producto ha sido desplazado físicamente por el fabricante asegurado a un subcontratante, a un distribuidor o a un cliente,<sup>218</sup> así el fabricante continúe siendo dueño o poseedor del producto.

No sobra anotar que el proyecto de ley que cursa en el parlamento francés, para regular la responsabilidad por productos, de acuerdo con la Directiva de la Comunidad Económica Europea, de 1985, establece que:

*“Un producto es puesto en circulación cuando el productor se deshace de él voluntariamente”.*<sup>219</sup>

### 104. Productos defectuosos

Ahora, la póliza de responsabilidad civil por productos sólo cubre los daños causados, después de la entrega, por un producto defectuoso. Cualquier otra causa del daño carece de amparo a la luz de la póliza *standard*.

Como ya vimos (SUPRA. Núm. 57 y ss.) Los defectos pueden ser de concepción, de fabricación o de presentación. Sin embargo, las pólizas existentes en el mercado, a menudo, restringen o excluyen la cobertura por defectos de concepción,<sup>220</sup>

216 *Ibíd.* Núm. 1033; DE SOTOMAYOR GIPPINI, José María. Ob. Cit. Pág. 436.

217 *Ibíd.*

218 *Ibíd.*

219 *Ibíd.*

220 DE SOTOMAYOR GIPPINI, José María. Ob. Cit. Núm. 1036

ya que un siniestro por este último motivo puede ascender a cifras astronómicas. Lamentablemente, cuando la póliza excluye el defecto de concepción, la póliza pierde casi todo su interés para el fabricante, ya que este deberá soportar el riesgo, en una muy alta proporción.

## **SUBSECCIÓN TERCERA.**

### **DAÑOS CUBIERTOS**

#### **105. Dificultades conceptuales**

La mayor dificultad que encuentra el derecho de seguros de responsabilidad por productos defectuosos es la relacionada con los daños cubiertos. Existen una exclusiones y limitaciones difíciles de precisar y de aplicar.

#### **106. Responsabilidad contractual y extracontractual**

Una primera limitación puede estar originada en el tipo de responsabilidad cubierta, pues, a primera vista, podría pensarse que la póliza sólo cubre la responsabilidad extracontractual, quedando por fuera del amparo los daños que den lugar a la responsabilidad contractual del asegurado. De hechos, algunas pólizas así lo establecen. Sin embargo, a menudo, esa distinción carece de sentido. Así, por ejemplo, si un alimento resulta tóxico y por ello causa daño a la salud de un tercero y a la del adquirente del producto, ningún argumento jurídico o financiero justifica que estén cubiertos los daños del tercero y no los del adquirente, todo porque la acción de éste es de naturaleza contractual. En consecuencia, consideramos que, en el ejemplo planteado, también los daños sufridos por el adquirente deberían estar amparados por la póliza. Esta solución es más evidente en los ordenamientos jurídicos en donde el régimen de responsabilidad está unificado para los daños materiales y personales causados por el producto, sin importar si la víctima es el adquirente del producto o un tercero. Así ocurre en la Directiva Europea de 1985.

#### **107. Naturaleza de los daños amparados**

Ahora, generalmente, las pólizas de seguros de responsabilidad por productos entregados amparan, de un lado, las pérdidas que sufra el productor por indemnizaciones pagadas a las víctimas (I) y del otro, algunas otras pérdidas patrimoniales como consecuencia misma del defecto (II). De todas formas, las pólizas, en

virtud de la ley o del acuerdo de las partes, establecen algunas exclusiones de la garantía (III).

### **I. Amparo por indemnizaciones a las víctimas**

108. Tratándose de un seguro de responsabilidad civil, su objetivo principal es el de indemnizar al asegurado por las pérdidas que éste sufra al reparar el daño de las víctimas de un producto defectuoso.

#### **109. Confusión terminológica**

Por otro lado, la terminología de los distintos ordenamientos jurídicos ha dado lugar a múltiples confusiones, ya que existen diferencias en cuanto a la denominación de los diversos tipos de daños. Se habla de “daños corporales y personales”, de “daños inmateriales consecutivos” y de “daños inmateriales puros”, de “daños patrimoniales y extrapatrimoniales o morales”, etc.

No obstante, trataremos de explicar, en la medida de lo posible, cuales son los daños amparados, independientemente de la denominación que se les dé en cada póliza o en cada ordenamiento jurídico.

#### **110. Daños a las personas o a las cosas**

En primer lugar, las pólizas generalmente cubren los daños consistentes en lesiones personales o muerte de una persona (“daños corporales”), así como el deterioro o pérdida de cosas (“daños materiales”), siempre y cuando, los unos y los otros hayan sido causados por el defecto del producto asegurado. Por lo tanto, si un abono químico destruye (quema) una cosecha como consecuencia de una sobredosis defectuosa de los componentes químicos del producto (defecto de concepción o de fabricación) o si un medicamento, por los mismos motivos, causa daños a la salud de quien lo toma, es claro que esos daños estarían cubiertos por el seguro, independientemente de que se trate de responsabilidad contractual o extracontractual.

#### **111. Daños patrimoniales o extrapatrimoniales derivados de daños corporales o personales (daños “inmateriales consecutivos”)**

Pero puede suceder que los daños a las personas o a las cosas generen a su vez nuevos daños. Piénsese en la pérdida de ganancias (lucro cesante) derivada de la parálisis de un sistema de producción porque un lubricante defectuoso destruyó una máquina necesaria en dicho sistema. Piénsese asimismo en la degradación o deterioro de una materia prima agrícola porque la máquina con la cual debía ser

procesada se destruyó o se deterioró por el mismo motivo. Piénsese, igualmente, en el disolvente defectuoso que, mezclado con una pintura, no sólo daña la pintura, sino que también destruye o deteriora los materiales sobre los cuales la pintura es aplicada.

En todos estos casos, los daños están cubiertos por la póliza, pues se trata de perjuicios derivados de un daño material (a las cosas) o personal (a las personas). La doctrina se refiere a ellos como “los daños inmateriales consecutivos”<sup>221</sup> en la medida en que sólo son derivaciones o consecuencias dañinas de un perjuicio corporal o material.

En este punto, es conveniente advertir una confusión terminológica que bastantes dolores de cabeza genera en el derecho y en el mercado iberoamericano de los seguros. En efecto, en nuestros derechos, a menudo,<sup>222</sup> se clasifican los daños en materiales y morales. Los primeros están constituidos por todas las pérdidas patrimoniales, sea en forma de daño emergente o de lucro cesante, haya o no destrucción de cosas o lesiones o muerte de una persona.<sup>223</sup> Y los perjuicios extrapatrimoniales, entre ellos los morales, están constituidos por un atentado a los derechos de la personalidad y, entonces, por su misma naturaleza, podrían considerarse inmateriales dada su estructura íntima y personalísima, carente de valoración económica.<sup>224</sup>

En cambio, según estamos viendo, en materia de seguros de responsabilidad civil por productos defectuosos hablamos de daños inmateriales como sinónimo de pérdidas patrimoniales o extrapatrimoniales que no consisten en deterioro o destrucción de cosas o de lesiones a las personas, así, el origen de ellos haya sido un daño a las personas o a las cosas.

En conclusión, en el ejemplo de la máquina que se daña como consecuencia de un defecto en el lubricante, el valor de la máquina así como el daño emergente y el lucro cesante, que de ese daño a la máquina se derivan, se denominarían, en algunos de nuestros derechos, daños materiales. En cambio, en el derecho específico de los seguros de responsabilidad civil por productos, el daño a la máquina se denomina daño “material” y el daño emergente y al lucro cesante adicionales se conocen como daños “inmateriales”, Como se ve, todo es cuestión de palabras.

221 CHAUMET, F. La garantie des dommages immatériels non consecutifs. 2ª ed. Ed. Argus, París, 1988. núm. 2293

222 TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. Cit. Núm. 81 y ss.

223 *Ibidem*. Núm. 83 y ss.

224 TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. Cit. Núm. 86 y ss.

De otro lado, cabe observar que, en la práctica, estos daños inmateriales consecuenciales suelen ser confundidos erróneamente con los daños directos o con los inmediatos en el espacio y el tiempo.

En efecto, es claro que si el dueño del sistema de producción de nuestro ejemplo cobra el valor de la materia prima deteriorada, estamos ante un daño consecutivo y directo amparado por la póliza. En cambio, si la víctima afirma que dejó de realizar un fructífero negocio al no poderse desplazar a otra ciudad por estar ocupado solucionando el problema de la máquina dañada, entonces, no sólo no habrá cobertura de la póliza, sino que el productor asegurado no será responsable de ese daño, puesto que se trataría de un daño consecutivo pero indirecto.<sup>225</sup>

### 112. Daños inmateriales puros o no consecuenciales

Pero puede suceder que el producto defectuoso no lesione o mate a una persona, ni destruya o deteriore una cosa, y que, sin embargo, produzca pérdidas patrimoniales o extrapatrimoniales a la víctima. Es lo que habitualmente se denomina como “daños inmateriales puros”.

Es lo que ocurriría si, como consecuencia del alumbrado defectuoso de un teatro, el empresario de un espectáculo sufre pérdidas no solo por lo invertido en la organización (daño emergente), sino también por la no obtención de las ganancias esperadas (lucro cesante). Inclusive, también podría pensarse en que el empresario o cualquier otra persona sufriesen por ese mismo motivo, daños morales. Obsérvese que, en este ejemplo, el producto defectuoso no destruyó cosas ni lesionó personas, razón por la cual no estamos ante daños inmateriales consecutivos a un daño material o corporal.

Hechas estas aclaraciones y precisiones, podemos afirmar que, en principio, estos daños inmateriales puros no están cubiertos por la póliza de responsabilidad por productos defectuosos.<sup>226</sup>

### 113. Daños sufridos por el producto mismo

Las pérdidas que sufra el producto mismo no están cubiertas por la póliza.<sup>227</sup> Se trata de una garantía puramente contractual que, en principio, no es asegura-

225 Sobre daño directo e indirecto. Ob. Cit. Núm. 112 y ss.

226 LAMBERT – FAIVRE. Yvonne. Ob. Cit. Núm. 1046; MAREE, Perrine. Ob. Cit. pág. 93

227 *Ibidem*.



ble. El seguro no puede convertirse en el garante de los compromisos contractuales del productor, en relación con el producto objeto del contrato.<sup>228</sup>

#### 114. Daños derivados de la falta de eficiencia del producto

Pero donde mayores dificultades encontramos en el tema que nos ocupa es en lo relativo a los daños que se derivan de la ineficiencia del producto. En principio, todo el mundo,<sup>229</sup> incluidas las pólizas, consideran que esos daños no están cubiertos por el seguro de productos defectuosos.

En este caso, no se trata de daños sufridos por las personas o las cosas como consecuencia de un defecto del producto. Se trata de daños que se derivan del simple hecho de que el producto no cumplió la función para la cual había sido adquirido. Algún autor afirma que en este caso, el daño no es causado por el producto, sino por la venta.<sup>230</sup> Hace algunos años, en Colombia, el productor de unas vacunas contra la fiebre aftosa fue demandado porque los animales vacunados se murieron de esa enfermedad, pues no fueron inmunizados debido a la falta de eficiencia de las vacunas. En oportunidad reciente, también en Colombia, el fabricante de un pesticida fue demandado porque la cosecha de algodón a la que se le aplicó el producto, de todas maneras sufrió la peste que se pretendía controlar con la aplicación del químico.

En estos dos casos, si el producto, independientemente de su eficiencia para prevenir los males que con su aplicación se pretendía evitar, hubiese envenenado los animales o hubiese quemado la cosecha, el seguro sí habría amparado esos daños, pues éstos no se habrían derivado de la falta de eficiencia del producto, sino del defecto mismo.

Por otro lado, cuando la falta de eficiencia resulta de un defecto del producto y esa ineficiencia engendra un daño a las personas o a las cosas, entonces hay cobertura del seguro. Tal sería el caso del extinguidor que, por un defecto en sus componentes, no funciona a la hora de un incendio, lo que general daños materiales al destruirse un inmueble.

#### 115. Responsabilidad del fabricante de productos intermedios

En el mercado asegurador existe otra cobertura que ampara al fabricante de productos intermedios, por las reclamaciones que le haga el fabricante final como

---

228 *Ibíd.*

229 *Ibíd.* Pág. 94

230 *Ibíd.* Núm. 1047

consecuencia de la mala calidad de componentes o piezas defectuosas utilizadas en el sistema de producción del producto final. Habitualmente, esta cobertura se denomina Third Party Coverage.<sup>231</sup>

## **II. Aseguramiento de otras pérdidas del asegurado derivadas del defecto del producto.**

116. Pero las pólizas contienen garantías adicionales que permiten proteger al productor asegurado de otras pérdidas derivadas de un producto defectuoso. Veamos cuáles son:

### **117. Asistencia procesal**

Habitualmente, las pólizas de responsabilidad civil, cualquiera sea su naturaleza, contemplan la cobertura de los costos que, para el asegurado, tengan el proceso o la reclamación formulados por el damnificado. Las pólizas de responsabilidad por productos defectuosos no son ajenas a esta costumbre y, por lo tanto, en general, cubre este riesgo.

### **118. Recogida del producto**

En principio, la póliza de responsabilidad civil por productos defectuosos excluye la cobertura de los gastos que para el asegurado signifique el retirar del mercado un producto defectuoso puesto en circulación. Generalmente, los aseguradores ofrecen coberturas complementarias para amparar este riesgo, pero sólo tratándose de productos que puedan causar daños corporales. Es de anotar que en algunas oportunidades, el retiro del producto, de la circulación, ha tenido costos inmensos. Por ejemplo, los fabricantes del medicamento llamado Tylenol, debieron pagar cien millones de dólares para retirar el producto del mercado, pues algunos frascos contenían cápsulas envenenadas criminalmente con cianuro.<sup>232</sup>

Por otra parte, es sutil la diferencia entre este riesgo y el de los gastos de salvamento en que incurre el asegurado para tratar de disminuir el siniestro. DE SOTOMAYOR estima que la diferencia es temporal, puesto que los gastos de salvamento se causan una vez que el siniestro se ha producido, mientras que los gastos de retiro del mercado se generan antes que el siniestro se produzca, como

231 DE SOTOMAYOR GIPPINI. José María. Ob. Cit. Pág. 440

232 LAMBERT – FAIVRE. Yvonne. Ob. Cit. Núm. 1051

medida preventiva.<sup>233</sup> Sin embargo, no reconoce que ambos tienen por finalidad aminorar el siniestro.<sup>234</sup>

Ahora, nos surge la duda sobre si el asegurado, así no tenga la cobertura especial de recogida del producto, tiene, de todas formas, la obligación de retirar del mercado los productos defectuosos, como una forma de aminorar o evitar el siniestro. Nos preguntamos también, si el asegurador está obligado a reembolsar al asegurado esos gastos, así no haya la cobertura especial, y así él no haya dado ni prohibido la autorización para hacerlo. En algunas legislaciones, esos derechos y obligaciones están expresamente establecidos. En nuestro concepto, la respuesta a ambas inquietudes es afirmativa. No vemos cómo pueda el fabricante asegurado quedarse quieto cuando sabe que tiene un producto en circulación que, de un momento a otro, empezara a producir daños en serie. Pero, con esa misma lógica, tenemos que pensar que no puede el asegurador enriquecerse a costa del asegurado que tan diligentemente se comporta a favor del primero.

Es de anotar que cuando existe la garantía especial de recogida del producto y el asegurado, unilateralmente, retira el producto del mercado, sólo tendrá derecho al pago del siniestro si prueba que el producto generaba la posibilidad de producir daños corporales, o si demuestra que hubo un error accidental en la fabricación o presentación del producto.<sup>235</sup>

### 119. Protección de la buena imagen del producto

La anterior restricción pretende evitar que el fabricante asegurado, por una simple operación comercial tendiente a mantener la buena imagen del producto, decida retirar del mercado los productos ya puestos en circulación y que adolecen de alguna deficiencia que no genera peligro para los consumidores.<sup>236</sup>

Ahora, como tales daños no están cubiertos por la póliza de responsabilidad civil por productos defectuosos ni por la de recogida de productos tendiente a evitar daños a los consumidores, de todas formas nada impide una cobertura adicional; pero en ese caso sería un seguro de cosas y no de responsabilidad. YVONNE LAMBERT – FAIVRE reporta que la firma Perrier gastó en los Estados Unidos la suma de cien millones de dólares para retirar del mercado sus aguas minerales de fama mundial, debido a pequeñas deficiencias en su contenido.<sup>237</sup>

<sup>233</sup> *Ibíd.* Pág. 440

<sup>234</sup> *Ibíd.*

<sup>235</sup> LAMBERT – FAIVRE. Yvonne. Ob. Cit. Núm. 1051

<sup>236</sup> *Ibíd.*

<sup>237</sup> *Ibíd.*

Sin embargo, el seguro sólo tenía una cobertura de cinco millones de dólares para tal eventualidad.<sup>238</sup>

### III. Exclusiones

120. Como ocurre en general con todas las condiciones de la póliza, las partes pueden acordar libremente los límites de la cobertura. Y en ese sentido, dentro de los límites previstos en la ley, el asegurador puede excluir del seguro determinados daños o acontecimientos. De allí que sea imposible efectuar un derrotero preciso, a menos que se examinen, una a una, todas las pólizas existentes en el mercado. Por ello, nos limitaremos a enunciar las exclusiones que, a menudo, están previstas en el mercado.

#### 121. La culpa grave y el dolo

En todos los ordenamientos jurídicos las pólizas excluyen del seguro los siniestros imputables a dolo del asegurado. Se trata de una exclusión de carácter legal, generalmente repetida en forma expresa en el clausulado de las pólizas. Sin embargo, es de anotar que sólo se excluye la falta intencional del jefe de la empresa y no de los dependientes.<sup>239</sup>

En cambio, en lo relacionado con la culpa grave o con la inexcusable, los diferentes ordenamientos jurídicos y consecuentemente las pólizas, le dan un tratamiento distinto enguanto a su asegurabilidad.

En efecto, en algunos países, como en Francia,<sup>240</sup> la culpa grave, en principio, está asegurada, mientras que en otros, al igual que el dolo, está excluida de la cobertura. Finalmente, en algunos ordenamientos jurídicos, como el colombiano (art. 1127), las partes pueden pactar su aseguramiento.

#### 122. Conocimiento previos del defecto del producto

Puede suceder que el productor asegurado, antes de suscribir la póliza y antes de poner en circulación el producto, sepa que éste es defectuoso y, aunque no tenga la intención de causar el daño, de todas formas toma el seguro y pone en circulación el producto.

En estos casos el seguro pierde su carácter aleatorio y, por lo tanto, pierde parte de sus elementos esenciales. Por tal motivo, cuando ello ocurre, el ase-

<sup>238</sup> *Ibidem*.

<sup>239</sup> LAMBERT – FAIVRE. Yvonne. Ob. Cit.

<sup>240</sup> *Ibidem*. Núm. 1042

gurador tiene derecho a excluir el pago del seguro.<sup>241</sup> Por lo demás, así esta circunstancia no esté contemplada como exclusión dentro de la póliza, de todas formas el principio general que obliga al tomador a evitar reticencias y falsas declaraciones, le permitiría al asegurador impugnar la validez del contrato, lo que finalmente conduciría a la no obligación de pagar el siniestro.

En relación con este mismo punto, nos parece inconveniente la fórmula del llamado *Claims Made*, según la cual el asegurador cubre todas las reclamaciones que se hagan al asegurado durante la vigencia de la póliza, así los hechos que engendran su responsabilidad civil se hubieren producido antes de la vigencia del seguro.

En efecto, en casi la totalidad de los casos, el productor asegurado es conocedor de los posibles defectos de su producto, haya sido o no puesto en circulación. Y si ese conocimiento previo existe, el asegurado está obligado a manifestárselo al asegurador, quien muy seguramente no querrá expedir la póliza. Y si el asegurado guarda silencio al respecto, el asegurador, que confiado en lo dicho por el tomador expide la póliza, va a tener, el día del siniestro motivos para impugnar la reclamación. Por ello, es siempre aconsejable no cubrir la responsabilidad por daños producidos con antelación a la vigencia de la póliza. Ello le dará mayor transparencia y aleatoriedad al contrato. Más adelante (INFRA. Núm. 133) y ss.), nos referiremos con mayor amplitud a este tema.

### 123. Incumplimiento de las normas de fabricación

En todos los países, la responsabilidad del fabricante del producto defectuoso se produce, muchas veces, porque el fabricante incumple las normas legales de fabricación o las habitualmente recomendadas por fabricantes del mismo producto. De allí que los aseguradores, como forma de prevenir siniestros, imponen al asegurado la obligación de cumplir dichas normas, bien sea en forma de garantía expresa, bien sea como una exclusión del amparo. En este caso, se trata de una garantía o exclusión convencional y no legal. Y dentro de esa facultad de las partes, ésta pueden convenir que la sanción al asegurado se produzca así este último no tenga conocimiento del incumplimiento de las normas de fabricación.

Ahora, la exclusión o la garantía sólo se aplican si el defecto causante del daño surge del incumplimiento de dichas normas de calidad. Finalmente, la exclusión debe ser precisa y limitada, pues, de lo contrario el seguro perdería todo su contenido, ya que puede suceder que en su empresa el asegurado haya incumplido

<sup>241</sup> *Ibidem*.

cualquier disposición legal. La exclusión debe referirse al incumplimiento de normas específicas de fabricación, como cuando se exige incluir en un medicamento un componente que evite alergias a quien lo consume.

## **SUBSECCIÓN CUARTA.**

### **EL SINIESTRO EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS.**

124. El concepto de siniestro es un punto muy complejo en el seguro de responsabilidad civil en general,<sup>242</sup> pero muy particularmente en el seguro de responsabilidad por productos defectuosos. Veamos por que:

En primer lugar, entre la fecha de la concepción de un producto y la del pago de la indemnización de la víctima como consecuencia del defecto del producto, pueden transcurrir años, lo que exige precisar cual sea la póliza que cubra la responsabilidad del fabricante. De allí que se discuta por si por siniestro ha de entenderse la ocurrencia del daño o la reclamación de la víctima al asegurado o al asegurador. Este punto podemos englobarlo dentro del concepto de “ámbito temporal del seguro de responsabilidad civil por productos” (I).

Pero fuera de lo anterior, las partes deben aclarar por anticipado hasta donde van las obligaciones monetarias del asegurador, teniendo en cuenta problemas como el de los límites de la cobertura, el de los daños en serie y el de la desvalorización de la moneda, ocurrida entre la producción del siniestro y el pago del seguro (II).

#### **I. Ámbito temporal del seguro de responsabilidad civil por productos**

##### **125. Concepto de siniestro en el seguro de responsabilidad civil.**

Acertadamente, el art. 1072 del Código de Comercio colombiano define el siniestro como:

*“La relación del riesgo asegurado”*

Y el artículo 1054 del mismo Código nos dice que por riesgo hemos de entender:

---

242 Sobre el concepto del siniestro en el seguro de responsabilidad civil, véase: STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A. seguro contra la responsabilidad civil. Ed. Abeledo – Perrot. Buenos Aires, 1991. pág. 251 y ss.

“El suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado y del beneficiario y cuya realización da origen a la obligación del asegurador”.

Ahora, tratándose de un seguro patrimonial, el siniestro no se produce mientras el asegurado no experimente una pérdida en su patrimonio, así se trate de una simple deuda indemnizatoria frente a la víctima, que debe ser declarada judicialmente, pues en este caso la sentencia es meramente declarativa. El ingreso de una deuda al patrimonio del fabricante es una pérdida patrimonial, así ella no se haga exigible sino después de una sentencia.<sup>243</sup>

Y esa deuda proviene de un hecho complejo que comienza con la concepción, fabricación y distribución del producto y termina con la ocurrencia del daño en cabeza de la víctima. Por lo tanto, podemos afirmar que en los seguros de responsabilidad civil por productos defectuosos, el siniestro consiste en el hecho complejo de fabricar un producto defectuoso que causa un daño a un tercero.<sup>244</sup>

Afirmar que uno solo de los pasos intermedios entre la concepción del producto y el daño constituye por sí solo el siniestro, es desconocer el carácter indemnizatorio en los seguros patrimoniales. Por lo tanto, el hecho condicionador que da origen al siniestro no puede ser otro que la ocurrencia del daño,<sup>245</sup> desde luego, entendiendo que ese daño es el punto culminante de todo el hecho complejo que arranca desde la conducta activa u omisiva del fabricante.

Otra cosa es la discusión sobre la posibilidad de que las partes acuerden cual de esos pasos del hecho complejo que es el siniestro, deba ocurrir dentro de la vigencia de la póliza para que haya amparo. Por lo tanto, cuando se incluye la cláusula de reclamo (claims made), no con ello se puede significar que ese sea el siniestro. El siniestro culmina con el daño. Lo que sucede es que al incluirse dicha cláusula, se le está poniendo un límite a los daños cubiertos, y es allí, justamente, donde se origina la discusión sobre la validez de dichas cláusulas.

### **126. Cuál póliza ampara el riesgo de responsabilidad civil por productos**

Pero la práctica muestra que en el mercado asegurador las pólizas a veces condicionan el pago del seguro al hecho de que, durante la vigencia del contrato, se produzca un determinado paso de ese hecho complejo. Veamos cada uno de esos pasos, para determinar hasta qué punto esas cláusulas pueden tener validez legal (1). Ello nos permitirá analizar con mayor propiedad la posible legalidad y

243 STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel, A. Pág. 258

244 *Ibidem*.

245 *Ibidem*. Pág. 252

conveniencia de la llamada cláusula de la reclamación, denominada comercialmente *Claims Made* (2).

### **1. Teorías sobre la póliza que cubre el siniestro**

Las siguientes son las soluciones que se han dado enguanto a la póliza que cubre la responsabilidad civil del fabricante.

#### **127. Realización de la conducta causante del defecto**

Así se trate de una responsabilidad objetiva, el fabricante sólo será responsable en la medida en que el defecto del producto sea imputable a una conducta activa u omisiva de su parte. Por lo tanto, el seguro de responsabilidad civil es un seguro de conductas que, desde luego, deben conducir a la causación de un daño.

En consecuencia, en el seguro de responsabilidad por productos defectuosos, el siniestro comienza a ocurrir desde el momento en que el fabricante realiza esa conducta activa u omisiva que culmina con el daño. Por lo tanto, el verdadero carácter aleatorio del seguro de responsabilidad civil por productos defectuosos sólo existe cuando la póliza cubre las conductas que se produzcan durante la vigencia del seguro y que dan origen al defecto del producto, defecto que, a su vez, genera el daño. En este caso, poco importa que los demás pasos del hecho complejo se produzcan después de terminada esa vigencia. En tales circunstancias se aplica el principio según el cual el asegurador responde por el siniestro si éste comienza dentro de la vigencia (art. 1073 del Código de Comercio colombiano).

#### **128. Puesta en circulación del producto**

Pero algunas pólizas estipulan la cobertura de los daños que cause un producto defectuoso puesto en circulación durante la vigencia de la póliza, así la conducta desencadenante del daño se haya producido antes de dicha vigencia.

Pese a la fuerza que esta solución tiene en la práctica aseguradora, en nuestro concepto, con ella, el carácter aleatorio del seguro comienza a desdibujarse, pues, si la conducta causante del defecto, que es uno de los elementos indispensables de la responsabilidad del asegurado, se produjo con anterioridad a la vigencia, es porque el siniestro ya comenzó a realizarse y por lo tanto no sería asegurable bajo esa vigencia.



### 129. Ocurrencia del daño

En otras oportunidades, se ha pensado que la póliza cubra sólo los daños que se produzcan durante su vigencia, independientemente de las fechas de fabricación, puesta en circulación o exteriorización del mismo daño.

Esta es, aparentemente, la solución óptima. Sin embargo, no está conforme con el carácter aleatorio del seguro cubrir unos daños derivados de un producto defectuoso cuya fabricación, puesta en circulación, venta y consumo se produjeron con anterioridad a la vigencia del seguro. Cuando el daño se produce, estamos simplemente en el punto culminante del siniestro como hecho complejo.

### 130. Exteriorización o manifestación del daño

Otra de las soluciones propuestas consiste en amparar sólo los daños cuya manifestación o exteriorización se produzcan dentro de la vigencia de la póliza, independientemente de que el proceso que va desde la fabricación del producto hasta la ocurrencia del daño se hubieren realizado con anterioridad a la vigencia.

Aceptar esta solución es abrirle campo al amparo del riesgo putativo que, como tal, convierte el riesgo, no en la ocurrencia del hecho dañino, sino en el conocimiento del mismo. Y esta solución, salvo para el seguro marítimo, es extraña a la tradición jurídica de nuestros sistemas jurídicos.

### 131. Reclamación de la víctima

Sin embargo, la tendencia actual consiste en una solución mucho más simple, pero también mucho más controversial. Es la denominada teoría *Claims Made*, de acuerdo con la cual sólo estarían cubiertos los daños reclamados judicial y extrajudicialmente por el damnificado.

Esta teoría puede tener varias combinaciones. Por ejemplo, se puede exigir que tanto el daño como su reclamación se produzcan durante la vigencia; también puede pensarse en cubrir las notificaciones que sobre la ocurrencia del daño, haga el fabricante al asegurador, independientemente de la fecha de reclamación por parte de la víctima; igualmente, se puede estipular que se amplíe la cobertura a las reclamaciones que se hagan dentro de un número de años después de terminada la vigencia.

A esta teoría nos referiremos *in extenso* un poco más adelante. Por lo pronto anotemos que, en nuestro sentir, ella no debería aplicarse en detrimento de las acciones directas de la víctima, cuando ellas están consagradas legal o jurisprudencialmente.

dencialmente, ni debería aplicarse daños ocurridos con anterioridad a la vigencia. Por más que se opine lo contrario, la reclamación de la víctima jamás podrá constituir el siniestro. El siniestro es el daño como punto culminante de la fabricación y puesta en circulación de un producto defectuoso. Cuando la víctima reclama al asegurado o cuando éste notifica al asegurador de la ocurrencia del daño, la pérdida patrimonial del asegurado ya se ha producido y es esa pérdida lo que ampara el seguro. Otra cosa es que la póliza establezca que sólo se amparen los daños ocurridos y reclamados durante la vigencia de la misma. Pero en este caso, el daño, que es punto culminante del siniestro como hecho complejo, se ha producido durante la vigencia. Desde luego, ante un texto legal que contemple la teoría del *Claims Made*, nuestras argumentaciones carecen de importancia. Pero a ello nos referiremos más adelante.

### 132. La sentencia como hecho condicionador de la obligación del asegurador

Finalmente, dentro de esa cadena de eslabones fácticos que comienzan con la conducta que da origen al producto defectuoso, se podría pensar que el asegurador sólo está obligado para con el asegurado a partir del momento en que éste ha sido condenado, pues sólo en ese momento estamos frente a una deuda cierta y exigible. Inclusive, en algunas pólizas se incluye una cláusula en ese sentido.

Ahora, sería absurdo pensar que el seguro sólo cubriese las sentencias condenatorias ocurridas durante la vigencia del contrato, independientemente de la fecha de ocurrencia del daño o la reclamación del damnificado. Lo único que es discutible es el hecho de saber si un siniestro ya ocurrido, como lo sería la causación de un daño cuya indemnización ya ha sido reclamada judicialmente por el damnificado, puede condicionarse a la existencia de una sentencia condenatoria, o aún el pago efectivo de la indemnización.

En nuestro concepto, tal condicionamiento es inadmisibles. El siniestro ocurre desde que la víctima sufre el daño. Y la obligación del asegurador surge desde la fecha de la reclamación del damnificado. En este punto, el asegurador puede ajustar el siniestro, como ocurre con cualquier otro tipo de recursos. Y si el asegurador tiene alguna objeción en cuanto a la responsabilidad del asegurado o en cuanto al monto del daño, tiene todo su derecho a objetar el seguro, pero en este caso, deberá correr con todas las consecuencias que, en general, se presentan cuando se objeta cualquier otro siniestro.

## 2. Análisis de la teoría del *Claims Made*

### 133. Origen de la teoría

Con justificada razón, los aseguradores han mirado con preocupación el hecho de que los productores asegurados sólo sean declarados responsables luego de muchos años de haber fabricado el producto o de haberlo puesto en circulación.<sup>246</sup> Esta circunstancia ha creado enormes dificultades dados los efectos imprevisibles que, sobre la siniestralidad, puede tener ese efecto tardío del seguro. Por tal motivo, los aseguradores han propugnado porque haya una mayor seguridad en sus negocios y ello sólo se consigue poniéndole un límite en el tiempo a las coberturas del seguro, de forma tal que, pasado ese tiempo, pueden estar seguras de que no vendrán reclamaciones tardías.

Para lograr ese cometido, los aseguradores han recurrido principalmente a la teoría *Claims Made*, según la cual la póliza sólo cubre las reclamaciones que se presenten durante la vigencia de la póliza.<sup>247</sup> Pero, según vimos, las pólizas combinan dicha solución con otros factores de diversa índole, todo de acuerdo con los parámetros de los diversos ordenamientos jurídicos y los intereses de las partes.<sup>248</sup>

### 134. Reacción de la jurisprudencia

Sin embargo, la jurisprudencia de algunos países, entre ellos Francia, han negado validez a dichas cláusulas, lo que ha generado un verdadero vendaval de opiniones en pro o en contra de dicha jurisprudencia. Hasta el punto que, en España y en Colombia, el legislador intervino con el fin de legitimar la posibilidad de dichas cláusulas.

### 135. Motivación de la jurisprudencia francesa

Inicialmente, la jurisprudencia francesa se limitaba a afirmar que, en ausencia de una cláusula especial en sentido contrario, el asegurador estaba obligado a cubrir el siniestro cuando el hecho dañino se producía durante la vigencia de la póliza (Cas. Vic. 16 de julio de 1970).<sup>249</sup> Ante la imprecisión del concepto de

246 Véase: VERDERA y TUELLS. Evelio. *La cláusula Claims Made ante la jurisprudencia del tribunal Supremo: una primera revisión crítica*. En: *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*. Varios autores. Ed. Musini, Madrid, 1994. pág. 78

247 *Ibidem*. Pág. 88

248 VERDERA y TUELLS. Evelio. *Ob. Cit.* Pág. 89

249 Sobre la evolución de la jurisprudencia francesa sobre este tema, véase DELPOUX. Claude. *Assurance R.C.*

“hecho dañino”, la misma Corte de Casación, en fallo del 20 de marzo de 1990, consideró que en el caso de la contaminación de unos pozos de aguas, el hecho dañino era la fuga de un carburante del asegurado y no la contaminación de los pozos del damnificado.<sup>250</sup>

Posteriormente, la Corte de casación, consideró que las partes podían libremente modificar esa solución, incluyendo la teoría del *Claims Made* (Cas. Civ. 17 de marzo de 1974).<sup>251</sup> Con todo, el 23 y el 24 de enero de 1985, la Corte de Casación consideró que dicha cláusula, pese a ser válida entre las partes, de todas formas era inoponible a las víctimas ya que estas tenían, desde la aparición del daño, una acción directa contra el asegurador.<sup>252</sup>

Y, pese a la crítica constante de parte de la doctrina, la Corte de Casación, mediante siete decisiones proferidas el 9 de noviembre de 1990, declaró no escritas dichas cláusulas y que, por lo tanto, tampoco le eran oponibles al asegurado.<sup>253</sup> De acuerdo con la nueva posición de la Corte de casación, la póliza de responsabilidad civil cubre todos los daños que tengan origen en un hecho ocurrido durante la vigencia de la póliza, sin tener en cuenta, para nada, la reclamación.<sup>254</sup>

El argumento central de la nueva posición de la Corte de casación consistió en que la cláusula del *Claims Made*:

“Conducía a privar al asegurado del beneficio del seguro en razón de un hecho que no le es imputable (la reclamación de la víctima) y a crear una venta ilícita desprovista de causa, en beneficio únicamente del asegurador, que habría entonces percibido las primas son contrapartidas; que esta estipulación debe, en consecuencia, reputarse como no escrita”.<sup>255</sup>

### 136. La jurisprudencia y la legislación españolas

Mediante sentencias del Tribunal Superior de España, de 20 de marzo de 1991 y 23 de abril de 1992, la jurisprudencia de aquel país declaró sin validez las denominadas cláusulas del *Claims Made*, recurriendo a argumentos similares a los que ya habían sido esgrimidos por la jurisprudencia francesa. La reacción a dicha ju-

---

*et application de la garantie Dans le temps.* En : Revista Risques, Innovations, Assurance, responsabilité. Abril – junio, 1993. pág. 59 y ss.

250 *Ibidem*. Pág. 61

251 *Ibidem*. Pág. 62

252 *Ibidem*.

253 DELPOUX. Claude. Ob. Cit. Pág. 63

254 *Ibidem*. Pág. 62

255 *Ibidem*.

jurisprudencia llevó al legislador, mediante el art. 5 de la Ley 30 del 8 de noviembre de 1995, a consagrar en forma expresa la legalidad de dichas cláusulas, incluyendo su oportunidad a las víctimas que pretender ejercer la acción directa contra el asegurador. En consecuencia, le corresponde a la doctrina y a la jurisprudencia de este país la tarea de desarrollar el alcance de la norma.

### 137. El Derecho colombiano

Cuando ya esta ponencia se encontraba redactada, el parlamento colombiano aprobó una ley que le da cabida a la posibilidad de que los aseguradores puedan incluir en las pólizas la cláusula del *Claims Made*.<sup>256</sup>

Sin que todavía conociéramos el texto de dicha ley, de todas formas tuvimos oportunidad de hacerle algunas críticas desfavorables al proyecto que cursaba en el parlamento, sobre todo porque dicho proyecto no contenía ninguna norma que eliminara o aclarara las contradicciones que generaría la nueva disposición en su relación con otra serie de artículos relativos al contrato de seguro que conservan su vigencia.<sup>257</sup>

### 138. Crítica

Frente a un texto legal que autorice las cláusulas del *Claims Made* no cabe discusión diferente de aquella que trate de esclarecer el alcance de la norma. La batalla de ideas continúa en cambio en aquellos países donde el legislador tiene establecido que el asegurador en responsabilidad civil cubre las conductas o los daños ocurridos durante la vigencia de la póliza.

Ante este último evento, que es el que se produce en la mayoría de las legislaciones, creemos pertinentes las siguientes observaciones:

1. En primer lugar, nos parece que no es válido amparar mediante la cláusula del *Claims Made*, los daños causados u ocurridos con anterioridad a la vigencia de la póliza, así la reclamación se haga durante la vigencia de la misma.

2. En segundo lugar, nos parece lesiva para los intereses del asegurado una cláusula en la que se condicione el pago del seguro al doble hecho de la ocurrencia del daño y de la reclamación del perjudicado durante la vigencia del seguro.<sup>258</sup>

256 Véase: VERDERA y TULLES. Evelio. Ob. Cit. Pág. 95 y ss.

257 Por ejemplo, nada dice el proyecto sobre la coexistencia de la teoría del *Claims Made* y la acción directa del damnificado.

258 Sobre este argumento se inspiró el Tribunal Supremo Español, al declarar nulas dichas cláusulas, en 1991 y 1992, antes de la legislación actual. Véase: VERDERA y TUELLES. Evelio. Ob. Cit. Pág. 102 y ss.

La naturaleza del daño, de su exteriorización y de su reclamación, dejan prácticamente sin contenido el contrato de seguro.<sup>259</sup> En la mayoría de los casos, las acciones en responsabilidad contra el asegurado sólo prescriben muchos años después de ocurrida la conducta del asegurado o de producido el daño o a su aparición. De allí que, casi nunca, las reclamaciones contra el asegurado se hagan dentro de la vigencia del seguro que en muchos países es sólo de un año.

3. De otro lado, la cláusula *Claims Made* no le sería oponible al damnificado pues los derechos de éste contra el asegurador, en virtud de la acción directa, surgen, no tanto del contrato de seguros, sino del hecho dañoso.<sup>260</sup> Y sería absurdo que el perjudicado, confiado en el plazo de prescripción que la ley le da contra el asegurado responsable, viniese a reclamar cuando la vigencia de la póliza ya hubiese vencido y, en consecuencia, corriese con la desagradable sorpresa de que sus derechos han desaparecido.

4. Ahora, pensamos que, legalmente, sería válida la cláusula del *Claims Made* a condición de que se cubran las reclamaciones que se hagan durante algunos años posteriores a la vigencia del seguro (cinco años por ejemplo), por conductas dañinas realizadas durante dicha vigencia.<sup>261</sup>

En esta forma, el ámbito de protección del asegurado y del perjudicado no sería tan irrisorio y lesivo. Y ello no contradice la ley, pues ésta faculta a las partes para delimitar los riesgos cubiertos, a condición, repetimos, que dicha delimitación no conduzca en la práctica, a la aniquilación del amparo.

5. Finalmente, creemos que el problema se resuelve casi en su totalidad, si los plazos de prescripción de las acciones en responsabilidad del damnificado contra el fabricante asegurado se ajustan de tal forma que cuando termine la cobertura del seguro, también hayan prescrito las acciones de la víctima contra el asegurado. En consecuencia, sí, por ejemplo, la póliza cubre las reclamaciones que se hagan dentro de los cinco años siguientes a la finalización de la vigencia del seguro, y la prescripción de las acciones de la víctima contra el asegurado es también de cinco años, es claro que, salvo las excepciones que mencionamos en seguida, el asegurado estará siempre protegido por el seguro. En efecto, si el daño aparece, a más tardar, al terminar la vigencia del seguro, la víctima tendrá cinco años para demandar y el asegurado estará protegido durante esos cinco años.

259 *Ibidem*. Pág. 109

260 Tal es la solución en el derecho Francés. Véase: DELPOUX. Claude. Ob. Cit. Pág. 62

261 Véase las doctrinas en ese sentido, citadas por VERDERA y TUELLS. Evelio. Ob. Cit. Pág. 129

Ahora, ello no se hace en desmedro del perjudicado que vería reducidos los plazos de prescripción de sus acciones. De hecho, la tendencia actual es la de abreviar los plazos de prescripción, hasta el punto que son escasas las legislaciones recientes que establecen prescripciones superiores a cinco años.

Sin embargo, queda de todas formas la posibilidad de que el daño sólo se produzca después de que ha vencido el plazo dentro del cual la víctima debe reclamar al asegurado para que la póliza ampare dichos daños. Piénsese en el daño que aparece seis años después de terminada la vigencia del seguro mientras que la póliza sólo cubre las reclamaciones que se hagan dentro de los cinco años siguientes a la terminación de la vigencia. En tal hipótesis, el asegurador no cubriría ese daño, pues según la tendencia jurisprudencial y legal actual, la prescripción de las acciones de la víctima contra el asegurado sólo se cuenta desde la fecha de la exteriorización o manifestación del daño. Así lo establece el art. 10 de la Directiva de la Comunidad Económica Europea de 1985.<sup>262</sup>

Con todo, esos casos son excepcionales, lo que no justificaría dejar de lado nuestra propuesta, pues con ella se solucionaría buena parte de los problemas que hoy agobian a los aseguradores.

## II. Ámbito monetario del seguro de responsabilidad civil por productos

139. Pero el conducto de “siniestro” en los seguros de responsabilidad civil por productos defectuosos, engendra otra serie de problemas, esta vez de tipo monetario, tales como el de los limitantes de la cobertura, el de los siniestros en serie, y el de la desvalorización de la moneda que se produce entre la ocurrencia del siniestro y el pago de la indemnización por parte del asegurador al asegurado o a la víctima.

En general, la cobertura del seguro está delimitada por “evento”, por anualidad de vigencia o por los tipos de daños.

### 140. Límites por evento

En ausencia de cláusulas que digan lo contrario, cada daño constituiría un siniestro,<sup>263</sup> lo que, en un momento dado, generaría una enorme responsabilidad para el asegurador, pues la cobertura global se agotaría rápidamente en caso de daños en serie.

262 ALCOVER GARAU. Guillermo. Ob. Cit. Pág. 166

263 DE SOTOMAYOR GIPPINI, José María. Ob. Cit. Pág. 437; LAMBERT – FAIVRE. Yvonne. Ob. Cit. Núm. 1054

Por tal motivo, las pólizas introducen habitualmente límites por cada “evento”, entendiéndose por tal el conjunto de daños en serie que tienen un origen común.<sup>264</sup> Ese origen común puede surgir de un mismo lote de producción, de los productos pertenecientes a una determinada entrega o, incluso, de un mismo tipo de defecto. Cuando ello sucede y la póliza contiene un límite por evento, entonces, el asegurador sólo estará obligado a ese límite, aunque sumadas todas las reclamaciones provenientes de ese evento común, el daño indemnizable a cargo del asegurador supere esa cifra.<sup>265</sup>

#### 141. Limitación en el tiempo

Pero, de otro lado, la póliza contiene limitaciones no sólo en relación con cada evento, sino también en relación con un determinado período, generalmente anual. Por lo tanto, cada “evento” se irá imputando a la cobertura por anualidad, hasta que ésta se agote.

#### 142. Limitación según el tipo de daños

Pero las partes pueden convenir otro tipo de limitación, esta vez relacionada con el tipo de daños. En ese sentido, podrán pactar un límite por daños corporales.<sup>266</sup> Inclusive, en los personales podrán pactar un límite por cada persona afectada.

#### 143. La corrección monetaria

Ya hemos dicho que la obligación del asegurador frente al asegurado surge cuando la víctima sufre el daño o, a lo sumo, cuando ella reclama judicial o extrajudicialmente al asegurado. Sin embargo, cuando el asegurador posterga el pago del seguro hasta que el asegurado sea declarado responsable, el asegurador deberá pagar la corrección monetaria por la pérdida de la desvalorización de la moneda que se produce entre la ocurrencia del daño y la fecha de la sentencia condenatoria. En efecto, sería un enriquecimiento injusto si, el asegurador, consciente de la desvalorización de la moneda, con razón o sin ella, argumenta la exigencia de la sentencia condenatoria y se niega a pagar el seguro cuando surge su obligación, sabedor que, con el paso del tiempo, la cobertura nominal se tornará irrisoria, pues mientras el asegurado tiene que pagar la indemnización a la víctima, corregida monetariamente, él solo tendría que pagar esa cifra nominal.

<sup>264</sup> CAÑIZARES, citado por DE SOTOMAYOR GIPPINI, José María. Ob. Cit.; LAMBERT – FAIVRE. Yvonne. Ob. Cit.

<sup>265</sup> *Ibidem*. Pág. 438

<sup>266</sup> LAMBERT – FAIVRE. Yvonne. Ob. Cit.



En consecuencia, creemos que la cobertura pactada se corrige monetariamente entre la ocurrencia del siniestro y el pago real del seguro.

## BIBLIOGRAFÍA

- A -

ALCOVER GARAU, Guillermo. *La responsabilidad civil del fabricante*, Ed. Civitas, Madrid, 1990

- C -

CALAIS – AULOY, *Droit de la consommation*. Ed. Dalloz, París, 1980

CHAUMET, F. *La garantie des dommages immatériels non consécutifs*. 2ª ed. Ed. Argus, París, 1988

- D -

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo En: **Estudios sobre el derecho del consumo**. Varios Autores. Ed. Iberdrola, Bilbao, 1994

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. *Tratado de responsabilidad civil*. Ed. Civitas. 3ª ed. Madrid, 1993. Pág. 864.

DE SOTOMAYOR GIPPINI, José María. *La responsabilidad civil en la empresa como fabricante de productos*. En: **Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa**. Varios autores. Ed. Musini, Madrid, 1994

DELPOUX. Claude. *Assurance R.C. et application de la garantie Dans le temps*. En : **Revista Risques, Innovations, Assurance, responsabilité**. Abril – junio, 1993.

- E -

ENCYCLOPEDIE DALLOZ. *Droit commercial*. Tomo II, Rúbrica: **Consommation**. 2ª ed. Ed. Dalloz, París, 1992

- G -

GARCÍA AMIGO, Manuel. *Teoría general de las obligaciones y contratos*. Mc. Graw – Hill, Madrid, 1995

GHESTIN, Jacques. *Conformité et garanties Dans la vente*. L.G.D.J. París, 1983

GHESTIN, Jacques. VINEY, Genevieve. *Traité de droit civil, la responsabilité*. L.G.D.J. París, 1982, tomo IV.

- L -

LAMBERT – FAIVRE, Yvonne. *Risques et assurances des entreprises*. 3ª ed. Ed. Dalloz, París, 1994

LE TORNEAU, Philippe. CADIET, Loic. *Droit de la responsabilité*. París, 1996.

- M -

MALAURIE, Philippe. AYNES, Laurent. *Tours de droit civil, les obligations*, 4<sup>a</sup> ed. Ed. Cujas, París, 1993.

MAREE, Perrini. *Nouveaux developpments de la responsabilité du fait des produits en droit americain*. Ed. Económica, París, 1985

MARKOVITS. Yvan. *La directive C.E.E. du juillet 195 sur la responsabilité du fatt des produits défectueux* L.G.D.J. París, 1990

- S -

STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A. *Seguro contra la responsabilidad civil*. Ed. Abeledo – Perrot. Buenos Aires, 1991

- T -

TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil. Ed. Temis, Bogotá, 1983. Tomo I, volumen 2

- V -

VÁZQUEZ FERREIRA, Roberto A. y ROMERA, Oscar Eduardo. *Protección y defensa del consumidor*. Ed. De palma, Buenos Aires, 1994

VERDERA y TULLES. Evelio. *La cláusula Claims Made ante la jurisprudencia del tribunal Supremo: una primera revisión crítica*. En: **Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa**. Varios autores. Ed. Musini, Madrid, 1994. Pág. 78



# **Responsabilidad Civil y del Estado**

No. 5  
Julio de 1998

**La indemnización de perjuicios  
en la Acción de Tutela**

*Gilberto Martínez Rave*

**Indemnización de perjuicios a víctimas de  
violaciones de derechos humanos**

*Saúl Uribe García*

**Apuntes acerca de la responsabilidad  
de la Superintendencia de  
Seguros de la Nación**

*David Andrés Halperin*

**Responsabilidad médica, relación  
de causalidad y factores de atribución.**

**Carga probatoria**

*Celia Weingarten*

**La prueba en el Contrato de Seguro**

*Abel Augusto Zamorano*



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



# LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS EN LA ACCIÓN DE TUTELA

**Gilberto Martínez Rave<sup>1</sup>**

El artículo 86 de la Constitución dispone: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede Contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

Se consagró así mismo un mecanismo extraordinario, preferente y sumario para la defensa de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de 1991, cuando hayan sido violados, se estén violando o se amenace su violación. Ese procedimiento extraordinario desconoce los lineamientos procesales que en Colombia se han utilizado para la solución de conflictos. Por eso ante la trascendencia e importancia filosófica y procesal ha sido necesario regular más concretamente su procedencia y trámite por no existir antecedentes legislativos en el país, aunque sí en otros con nombres o sistemas diferentes (amparo, recurso, acción) pero

---

1 Miembro del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado.

siempre como mecanismo especial, extraordinario, para la protección de los derechos fundamentales.

Por eso se expidió el **decreto ley 2591** del 19 de noviembre de 1991, “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política” que la autoriza cuando la violación de los derechos fundamentales se puede imputar a las autoridades públicas, entendiéndose por tal a las instituciones o funcionarios que detentan el poder público o cuando se puede imputar a los particulares. En ambos casos puede ser consecuencia de una acción o de una omisión. Ese mecanismo debe respetar los principios de publicidad, economía, celeridad y eficacia y propender por la defensa del derecho sustancial. El procedimiento que debe cumplirse es igual cuando se tutela la acción o la omisión de una autoridad pública o cuando se tutela una acción u omisión de un particular. Inclusive puede utilizarse en forma transitoria cuando se pretende tutelar un derecho sustancial para evitar un perjuicio. Pero cuando con la violación del derecho fundamental se ocasiona un lesionamiento patrimonial el mismo decreto autoriza al juez que acepta tutelar el derecho a disponer el pago de la correspondiente indemnización.

El art. 25 del citado estatuto reza:

“**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 conceda 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 trámite incidental**, dentro de los **seis meses siguientes**, para lo cual el juez que hubiere conocido de la tutela **remitirá inmediatamente** copia de toda la actuación. La condena será contra la entidad de que dependa el demandado y solidariamente contra éste, 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, éste condenará al solicitante al pago de las costas cuando estimare fundadamente que incurrió en temeridad”.

La posibilidad de imponer, en la sentencia que ordena tutelar un derecho, la obligación de indemnizar al perjudicado con la violación del derecho fundamental, ha encontrado, como la misma acción de tutela, obstáculos e incomprensiones de quienes no han podido asimilar ese mecanismo excepcional, extraordinario, que puede utilizarse solo cuando se establezcan las circunstancias que expresamente consagra la ley.

Somos conscientes que, a pesar de haberse establecido ese mecanismo desde 1991 todavía no tenemos la cultura jurídica que permita utilizarlo en forma apropiada. Nos invade la *tutelitis* como gráficamente se ha calificado, como muestra de la falta de madurez jurídica y procesal para el manejo de esos instrumentos excepcionales a los cuales se les están aplicando los parámetros de mecanismos o procedimientos ordinarios. Funcionarios y abogados en ejercicio apenas ahora han entendido el importantísimo papel que dentro de la concepción del Estado de Derecho tiene la acción de tutela, acostumbrados como estamos a los formalismos, trámites dilatados, manipulación de los procesos, demoras injustificadas, etc., que son los que han originado desconfianza manifiesta en la Justicia colombiana por formalista, demorada e inoportuna las más de las veces. Ese el motivo por el cual muchos colombianos, desesperados por la duración exagerada de los trámites procesales ordinarios, pretenden encontrar en estos trámites rápidos y excepcionales la forma de solucionar sus conflictos así no sean los jurídicamente apropiados. Inclusive el constituyente consciente de estas fallas de la justicia colombiana dispuso que la ley regulara las acciones populares como mecanismos ágiles, rápidos, para la solución de conflictos de fácil decisión y la cual no ha sido posible expedir, a pesar de los varios intentos que se han hecho, porque tienen parecido con la acción de tutela, por lo ágil, sumario y de fácil acceso a los particulares y que podrán utilizarse para la defensa de derechos diferentes a los fundamentales.

Consideramos que apenas estamos asimilando ese mecanismo de la tutela y por eso se abusa de ella por parte de funcionarios y litigantes originando reacciones negativas en su contra que pretenden desconocer su importancia, debido a la cantidad, y a veces inutilidad, de su uso. La mayoría de los juzgados, tribunales e inclusive la misma Corte Suprema de Justicia, se quejan de la gran cantidad de tutelas que invade los despachos



judiciales que los ha obligado a dejar de lado las decisiones ordinarias para atender su trámite extraordinario y rápido y que corresponden en porcentajes muy altos a acciones indebidamente formuladas o por motivos que no la admiten, ocasionando congestión y demora en los demás procesos que se encuentran en los despachos.

Dentro de la falta de comprensión del mecanismo especial de tutela aparece el tema de la indemnización que puede fijar por el juez que la dispone en relación con los perjuicios que se hubieren causado con la violación del derecho fundamental cuya protección se pretende.

Muchos de los doctrinantes y falladores estiman que el mecanismo de la tutela no puede ser utilizado para obtener la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con la violación de un derecho fundamental porque estos generalmente no tienen implicaciones económicas o patrimoniales y por lo tanto no es aplicable el art. 25 del decreto ley 2591 de 1991 por considerarlo inconstitucional por cuanto el art. 86 de la Constitución Nacional que la autorizó en Colombia no menciona la posibilidad de la indemnización. Es solamente su decreto reglamentario el que la dispone. La Corte Constitucional, en sentencia de octubre 1º de 1992 (C-543) y de feb. 2 de 1994 (T-033) declaró su exequibilidad, no obstante haber declarado, en la misma providencia, la inexecuibilidad de los arts. 11, 12 y 40 del citado decreto – ley, insistiendo en que en determinados casos es posible imponer la obligación indemnizatoria por parte del juez de tutela.

Con el *debido proceso* como caballito de batalla, se ha pretendido restarle posibilidad al juez de tutela para obtener la indemnización de perjuicios, insinuando que se viola aquel porque no se agotan las instancias del proceso ordinario que es el que se cumple para imponer una obligación indemnizatoria de perjuicios, olvidando que el debido proceso es el que la ley o la norma reguladora fija. El debido proceso es el que la ley o la norma reguladora fija. El debido proceso, en la acción de tutela, está consagrado en el decreto – ley 2591 de 1991, que en su art. 25, establece los pasos, formalismos o procedimientos que deben cumplirse para que el juez de la tutela pueda disponer la protección que se le solicitó y explícitamente admite la posibilidad que tiene el juez para ordenar el pago de la indemnización si se causaron daños o perjuicios con la violación del derecho fundamental protegido.

La Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del art. 25 del decreto 2591 de 1991, analizó las circunstancias en que puede darse esa condenación y dejó claramente establecido que no en todas las acciones de tutela es viable sino en las que satisfacen las exigencias previstas por la disposición, esto es en los casos en que se haya ocasionado un daño patrimonial.

El art. 25 del citado estatuto exige para disponer la obligación indemnizatoria:

a) Que el afectado *no disponga de otro medio judicial* para obtener la indemnización. Esta posibilidad debe analizarse, como se hace con la acción de tutela que se ha sostenido es *residual*, en las circunstancias específicas de cada caso y diferenciando si la tutela se intenta contra actos de autoridad pública o de particulares. Algunos tratadistas afirman que nunca se podrá satisfacer este requisito por cuanto en el derecho colombiano siempre habrá un mecanismo o medio judicial expedito para obtener la indemnización de perjuicios, por cuanto si se trata de actos de autoridad o de servidores públicos existe la *acción de reparación directa* ante los Tribunales Contencioso Administrativo que faculta al perjudicado a demandar por el proceso ordinario contenciosos la indemnización o reparación de los daños y perjuicios. Y si se trata de particulares existe la *acción por responsabilidad civil extracontractual* ante la jurisdicción civil para buscar la indemnización de los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado. Estos argumentos tienen más de sofisma que de realidad pues, en la misma forma que se insiste en la tutela, existen muchos casos en los cuales es necesaria la utilización de la tutela para la protección efectiva de los derechos fundamentales.

Si el no disponer de otro medio judicial se aplicara a la acción de tutela en la forma como lo proponen esos tratadistas no habría sido necesaria su creación, pues en el derecho colombiano no siempre existe una acción judicial para reclamar, ya ante la jurisdicción contencioso administrativa, si se trata de servidores o autoridades públicas, ya ante la jurisdicción civil si se trata de particulares. Según esa tesis, la acción de tutela, por ser residual, no sería necesaria y no requeriría su implantación en los procedimientos colombianos.

Esa exigencia deberá extenderse como la imposibilidad absoluta de acudir a otros mecanismos judiciales para lograr la indemnización, que siempre lo habrá en el derecho colombiano, sino como la posibilidad de lograr que la determina-

ción del juez de tutela, ante la claridad de la infracción, ante la evidencia de lo arbitraria de la conducta y la exigencia del perjuicio, determine su indemnización.

b) **La violación del derecho sea manifiesta.** Esto es que al juez de tutela no le quede duda de la violación del derecho fundamental que originó su intervención, que al analizar los diferentes medios o elementos de juicio que aparecen en el trámite, encuentre la evidencia que le dé certeza sobre la violación del derecho fundamental cuya protección se invoca. Lo anterior nos permite concluir que cuando no se da la violación del derecho fundamental en forma clara, evidente, notoria, el juez se abstendrá de imponer la obligación indemnizatoria.

c) **Consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria.** Debe existir un nexo de causalidad claro e indiscutible, entre la violación del derecho fundamental y la acción arbitraria, esto es contraria a la ley, al derecho. La redacción de la norma excluye la posibilidad de que el funcionario judicial pueda tener dudas sobre esos aspectos. Debe llegar a la conclusión con fundamento en los elementos de juicio que he podido analizar, que la acción que motivó la violación del derecho no tenía fundamento legal, no tenía respaldo o asidero jurídico de ninguna clase y por lo tanto era arbitraria.

d) **Condena a la indemnización solicitada o de oficio.** Ante la evidencia de que la acción arbitraria fue el motivo de la violación del derecho, el juez de la tutela debe acceder a la solicitud que el perjudicado le haga de condenar el pago de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados o si este no la hubiera solicitado podrá **de oficio**, es decir sin que le haya sido pedida, disponerla. Es tanto el interés del legislador que se imponga la obligación indemnizatoria cuando es una acción arbitraria la causa de la violación del derecho, que autoriza el funcionario a disponer oficiosamente la indemnización, contrariando los viejos conceptos de que la indemnización solo puede ser dispuesta cuando se solicita y acercándose así al procedimiento penal en el cual el juez, al disponer una condena, debe imponer al procesado la obligación de indemnizar en cifras concretas al perjudicado, así no se le haya solicitado o no se le haya constituido parte civil dentro del proceso penal.

e) **Potestad de imponer la obligación indemnizatoria.** No es una obligación. Es una facultad, una potestad que a su arbitrio (que no arbitrariedad) dispondrá el funcionario cuando considere que no solo se satisfacen las exigencias del art. 25 del decreto para imponer la obligación indemnizatoria sino que evidentemente se ha causado un perjuicio. Porque, es bueno precisarlo, debe llegar a la con-

clusión de que se ha dado un perjuicio aunque no se haya podido establecer el monto. Son situaciones que con mucha frecuencia se confunden: a) la existencia del perjuicio y b) la cuantía o quantum del mismo. Tanto en el procedimiento civil como en el procedimiento penal se autoriza al juez para que, si se convence de la existencia del daño pueda utilizar diferentes mecanismos para establecer su monto, sin que ese motivo sea suficiente para absolver, como era costumbre hasta hace poco tiempo. En el procedimiento civil se autoriza al juez cuando el proceso está por fallo, abstenerse de dictar sentencia y ordenar oficiosamente la práctica de pruebas que le permitan establecer su monto y en el proceso penal a utilizar los mecanismos de equivalencia de gramos de oro en pesos colombianos para regular el quantum o valor, en aplicación de lo dispuesto por los arts. 106 (hasta el equivalente a mil gramos oro para cada perjudicado por perjuicios morales) y 107 (hasta el equivalente a cuatro mil gramos de oro por perjuicios materiales) del código penal.

Entendemos que esta es la situación que se le plantea al juez de tutela en relación con los perjuicios, o sea que debe estar convencido de la existencia del perjuicio aunque no de monto o quantum.

f) **Condenación en abstracto.** Esto es que el juez de tutela no podrá imponer condenación en concreto, en otras palabras no podrá fijar sumas precisas o específicas como indemnización. Simplemente impondrá la obligación de indemnizar los perjuicios en abstracto o in – genere, como también se le llama y fijará si le fuere posible, los parámetros que deberán seguirse por el funcionario que adelantará el incidente de regulación para fijarla en concreto. Muchas veces no existirán, para el momento de la decisión, los elementos de juicio necesarios para fijar las pautas que debe seguir el juez del incidente. Si los hubiere podrá fijar las que deberá respetar el juez que tramitará el incidente de regulación, con la intervención de ambas partes, esto es el condenado y el favorecido con la providencia, quienes podrán debatir el monto o quantum de la obligación en el correspondiente incidente desapareciendo así los motivos que originan las críticas de que se condena al demandado sin haber sido oído para fijar su monto.

g) **Indemnización del daño emergente causado.** Conocido es que los perjuicios que puedan ocasionarse por la violación de un derecho fundamental pueden ser los **materiales**, esto es los de contenido netamente patrimonial, que conforman las sumas de dinero que salen del patrimonio del perjudicado para atender las consecuencias del daño y que conforman el **daño emergente** y las sumas que dejan de ingresar a su patrimonio como consecuencia del daño que se denomina

**lucro cesante** tal como lo indican los arts. 1613 y 1614 del código civil. También los **morales**, que pueden ser de acuerdo con las doctrinas y las jurisprudencias nacionales y extranjeras, **objetivados y subjetivos o pretium doloris**, que se refieren al lesionamiento afectivo o emocional del perjudicado.

La norma es clara al limitar la capacidad del juez de la tutela a la indemnización del **daño emergente**, esto es al empobrecimiento patrimonial que el perjudicado ha tenido como consecuencia del daño sufrido con la violación de su derecho fundamental por la acción arbitraria del causante. El juez de tutela no podrá imponer condenación por lucro cesante ni por perjuicios morales en ninguna de sus manifestaciones. Su facultad queda reducida al reconocimiento de los **perjuicios materiales en su manifestación de daño emergente** cuando se presenten.

h) **Si fuere necesario para el goce efectivo de su derecho**. Esto significa que el daño emergente reconocido debe tener una relación de causalidad indiscutible con el goce del derecho violentado o desconocido. En otras palabras todas las sumas de dinero invertidas en hacer respetar su derecho, antes de su violación, como en lograr su restitución o goce efectivo después de su violación, deben ser reconocidas por el juez de tutela. Ya se indicó que no puede referirse ni al lucro cesante (lo que dejó de ingresar al patrimonio como consecuencia del agravio del derecho fundamental) ni a los perjuicios morales, esto es los relacionados con los impactos emocionales o afectivos de la violación de su derecho. Estos en caso de darse deberán ser reclamados por la vía ordinaria ya en lo contencioso administrativo, cuando se trate de acciones de autoridad o en lo civil cuando se trate de particulares, pero nunca a través del mecanismo extraordinario de la tutela. Lo pagado por prevención del daño como medidas cautelares, lo gastado en la reparación de lo arbitrariamente dañado, lo pagado por honorarios profesionales al abogado que utilizó en la defensa de su derecho e inclusive en el planteamiento de la acción de tutela, son algunos de los perjuicios en su manifestación de daño emergente que como ejemplo puedan darse y que deberán ser reconocidos en la acción de tutela.

i) **Costas del proceso**. ¿Será una excepción a la prohibición que se da en el campo de lo contencioso administrativo de no poderse condenar en costas a las instituciones de derecho público o a la norma que se referirá sólo a los casos de acción de tutela en contra de los particulares? ¿Será una sanción especial a la administración, a los servidores públicos y a los particulares obligar al perjudicado a acudir al trámite extraordinario de la tutela para buscar la protección de su derecho fundamental violentado a través de acciones arbitrarias? Nos inclinamos

por esta solución, es decir, es una excepción que permite al juez de tutela imponer la obligación de atender a las costas del proceso ya se trate de entidades públicas o particulares cuando la violación del derecho sustancial es consecuencia de una acción arbitraria.

j) **Condena solidaria contra la entidad y el funcionario.** Cuando se trata de acciones de tutela por actuaciones de entidades públicas o funcionarios públicos el juez deberá imponer la obligación indemnizatoria en contra de la institución o entidad pública a la cual se encuentra vinculado el funcionario que ejecutó el acto o el hecho que generó el perjuicio y **solidariamente** al funcionario si considera que este actuó con dolo o culpa grave. Recordemos que en el campo de la responsabilidad administrativa el Estado puede reclamar o repetir del funcionario que ejecutó el acto o hecho que dio pie a la responsabilidad patrimonial siempre y cuando este haya actuado con dolo o culpa grave. La condenación al pago de los perjuicios materiales daño emergente, no impide que se le puedan exigir a la entidad las responsabilidades administrativas o patrimoniales resultantes del hecho (aunque no se le podrán exigir indemnizaciones dobles, esto es que se deberán descontar de las obligaciones indemnizatorias impuestas en un proceso ordinario por reparación directa las sumas que hubiere reconocido como indemnización de perjuicios por daño emergente impuesta en la acción de tutela). Tampoco impide que se puedan intentar las acciones penales, contravenciones o civiles, disciplinarias, que contra el mismo funcionario surjan del mismo hecho, (en el caso de la indemnización dispuesta por responsabilidad civil a través de un proceso ordinario contra un funcionario o contra un particular se deberán descontar las sumas de dinero que como daño emergente debió reconocer en la acción de tutela).

k) **Remisión inmediata al funcionario que debe adelantar el incidente de regulación.** El juez de tutela una vez dispuesta la condenación en concreto y luego de las notificaciones de rigor, remitirá copia de toda la actuación al funcionario que debe conocer del incidente de liquidación para concretar o cuantificar el monto del daño emergente. La norma establece que remitirá **inmediatamente** copia de la actuación para que se adelante el trámite incidental. Por lo tanto el funcionario dispondrá la remisión de copia de la actuación en forma oficiosa ya sea al Tribunal de lo Contencioso Administrativo si se trata de una tutela en contra de determinaciones, actuaciones o acciones de autoridad o servidor público o al juez civil municipal o del circuito competente para adelantar el incidente de acuerdo con la cuantía, si se trata de acciones contra particulares. Se cuestiona si el envío

deberá hacerse una vez notificada la decisión o es necesario esperar la decisión del funcionario de segunda instancia que conozca del recurso de apelación cuando fuere apelada. En la tutela las determinaciones del funcionario de primera instancia se cumplen en forma inmediata como lo dispone el art. 31 del mismo decreto “sin perjuicio de su cumplimiento inmediato”. La apelación se concede es en efecto devolutivo, esto es que no suspende la ejecución de la decisión. Así entendemos el adverbio *inmediatamente* pues de lo contrario, si hubiera que esperar la confirmación del superior, habría utilizado o exigido la ejecutoria de la providencia para la remisión al funcionario que debe adelantar el incidente de regulación.

1) *Incidente de regulación*. En el procedimiento civil existió un incidente de regulación de perjuicios que regulaba el art. 308 para cuando se disponía en las sentencias la condena in – genere, es decir que se condenaba al pago de la indemnización pero no se concretaba su monto. Sin embargo esa disposición fue derogada por el art. 1º módulo 138, del decreto 2282 de 1989 y por lo tanto no es aplicable por no estar vigente. El incidente de regulación se tramitará a través de lo dispuesto por el art. 137 del C.P.C., modificado por el módulo 73 del art. 2282 de 1989, que dispone que el incidente debe proponerse y tramitarse así:

1º) *Solicitud*. Que debe formular el interesado, acompañada de la liquidación de los perjuicios materiales, en su manifestación de daño emergente, que haya sufrido y pretenda se le indemnicen, respetando los lineamientos o pautas fijadas por el juez de tutela si lo hizo, acompañando o anunciando las pruebas que pretende hacer valer, salvo que ellas ya se encuentren en el trámite de la tutela y que el funcionario recibió en copia enviada por el juez que la dispuso. A la solicitud deben acompañarse los documentos y demás elementos de juicio de que disponga y que tengan relación con el daño emergente de los perjuicios materiales que ordenó indemnizar el juez de tutela, como podrían ser facturas, recibos de pago, constancias de pago, etc.

2º) De la solicitud y liquidación presentadas se dará *traslado a la parte condenada* por el juez de tutela (la entidad y el funcionario en el caso de las autoridades públicas o el condenado en el caso de los particulares) por el término de *tres días* para que respondan o se opongan a la liquidación propuesta y aporten o soliciten las pruebas que pretendan hacer valer y acompañando los documentos y demás elementos de juicio que quieran hacer conocer del juez en defensa de sus intereses.

3º) Vencido el término de traslado, el juez en caso de particulares o el Tribunal Contencioso Administrativo, en caso de autoridades públicas, decretará la *práctica de las pruebas solicitadas por ambas partes que considere necesarias y las que oficiosamente considere importantes para la decisión*, y fijará, si es necesario para su práctica un término que no será superior a diez días.

4º) Practicadas las pruebas, o en caso de que no fueren necesarias por no haber sido solicitadas o no considerar importante ordenar algunas oficiosamente, decidirá el incidente mediante un auto interlocutorio en el cual se fijará en concreto el monto de la indemnización reclamada, teniendo en cuenta lo dispuesto por el juez de la tutela, los planteamientos de las partes y las pruebas aportadas o por quienes participan en el incidente de regulación.

m) *Término para proponer el incidente*. El decreto fija un término de seis meses para que el perjudicado concurra ante el juez del incidente a formular su correspondiente solicitud de liquidación. Esto ha permitido que algunos sostengan que el incidente no debe proponerse sino una vez que la providencia se encuentre ejecutoriada, o sea que si fue apelada haya sido resuelto el recurso interpuesto contra la providencia que aceptó tutelar el derecho reclamado y que él *inmediatamente* que la norma dispone en relación con el envío de las copias no se refiere a la primera instancia sino a la segunda. Se cuestiona también si habría que esperar entonces la *revisión* que la Corte Constitucional puede hacer, selectivamente, de algunas providencias que deciden sobre la tutela para poder concretar la regulación. En nuestro entender la liquidación puede hacerse dentro de los seis meses siguientes a la expedición de la providencia de primera instancia y el juez del incidente no tiene que esperar ni la decisión de la apelación ni la revisión de la Corte Constitucional. En caso de que la providencia sea revocada por el funcionario de segunda instancia. Si la liquidación o el pago no se ha hecho ya no se hará y se pondrá fin al trámite. Si la liquidación se hizo y el pago también se podrá iniciar, por el ya condenado, las acciones de restitución de lo pagado. Si se trata de revisión que haga la Corte Constitucional y decida revocar la determinación de la providencia de primera instancia la solución será la misma, esto es que se suspenderá el trámite si no se ha pagado, o el que pagó podría iniciar las acciones de restitución



de lo pagado. La revisión que hace la Corte Constitucional, puede terminar imponiendo la obligación indemnizatoria cuando las sentencias de primera y segunda instancia no la impusieron, como ha pasado en varias ocasiones, caso en el cual se cumplirá el mismo trámite pero dentro de los seis meses contados a partir de la sentencia de revisión. Pero también podrá la revisión revocar la obligación indemnizatoria si las sentencias de primera o segunda instancia no la impusieron.

En caso de que el funcionario de primera instancia hubiere negado la tutela y el de segunda la hubiere concedido podrá disponer, si considera que se reúnen las exigencias del art. 25, el pago de la indemnización correspondiente en las mismas condiciones que se mencionaron para el de primera. En relación con la regulación del monto del daño emergente los seis meses de caducidad se contarán a partir de la decisión del funcionario de segunda instancia.

Si la condenación se hace por parte de la Corte Constitucional al revisar la decisión del funcionario de segunda instancia que no la había ordenado, los seis meses se contarán a partir de la notificación de la sentencia de revisión que profirió la Corte Constitucional.

### *Conclusiones*

En el caso colombiano es posible en las acciones de tutela disponer la indemnización del daño emergente ocasionando con la violación del derecho fundamental. Esta indemnización es accesoria en el sentido de que si no hay fallo que conceda la tutela no podrá imponerse la condenación al pago de perjuicios. Lógicamente no se podrá intentar la acción de tutela solamente para exigir el pago de una indemnización de perjuicios. La indemnización que puede ordenarse en la tutela es solo cuando los perjuicios son consecuencia de la violación de uno de los derechos fundamentales motivada en una acción arbitraria de los funcionarios públicos o de los particulares.

Cuando la violación del derecho fundamental origina perjuicios materiales, en su manifestación de daño emergente y el juez considera que la acción que motivó la violación del derecho fundamental fue arbitraria, debe imponer la obligación de indemnizar todos los gastos que haya efectuado para volver a disfrutar del derecho violentado.

Debe precisarse, igualmente, que la condena in – genere es sólo en relación con los perjuicios materiales en su manifestación de daño emergente pues la condenación en costas se hace en concreto y el juez de la tutela que las cuantifica.

Es inexplicable que se pretenda eliminar o entorpecer un beneficio indiscutible para el perjudicado pretendiendo darle aplicación a procedimientos o trámites ordinarios, comunes, utilizables para indemnizaciones ordinarias cuando existe un procedimiento especial y ágil que permite que la persona sea resarcida de los perjuicios económicos que sufrió con la violación de su derecho fundamental. Obvio es que en muchos casos no se dan esos perjuicios y por lo tanto el juez de tutela no debe disponer esa indemnización, si no se satisfacen esas exigencias del art. 25 del decreto ley reglamentario de la acción de tutela. Pero en los casos en que se satisfacen debe ordenar su indemnización, y aceptar que no se viola ningún derecho por cuanto en el incidente de regulación tanto el condenado como el perjudicado debatirán el monto de la indemnización que deberá concretar el juez. Si no se acredita el daño emergente el juez del incidente no está obligado a tasar en concreto los perjuicios.

Son varias las providencias en que la Corte Constitucional ha revisado y ha mantenido la tutela y sui correspondiente indemnización. Inclusive en algunos ha revisado e impuesto la obligación de indemnizar que no estaba ordenada en la sentencia revisada.

Lo que preocupa a los opositores que sustentan sus críticas en la falta del debido proceso es la forma como se liquidarán pero eso es cuestión de la prueba que deberá aportar el perjudicado para lograr que se le reconozca el daño emergente correspondiente (los gastos realmente hechos para recuperar la vigencia del derecho violentado) y que podrá ser materia de oposición e impugnación de parte del condenado. No es cierto entonces que se trate de pruebas sumarias no controvertidas porque el incidente de regulación permite la controversia no solo sobre los perjuicios sufridos sino sobre su monto.

Pero lo que si es incomprensible y por lo tanto aplicable es el aparte del art. 25 del decreto que dispone: “La liquidación del mismo (se refiere al daño emergente) y de los demás perjuicios”, que aparentemente pretende autorizar al juez del incidente a liquidar perjuicios diferentes al daño

emergente que dispuso el juez de la tutela. No parece posible que cuando el juez de la tutela dispone condena in – genere en relación con el daño emergente el juez del incidente pueda regular el lucro cesante, en sus manifestaciones de pasado y futuro, o los perjuicios morales. Entendemos que el perjudicado bien puede reclamar el lucro cesante si lo sufrió, en sus dos manifestaciones de pasado y futuro y los perjuicios morales objetivos y subjetivos, pero a través de un proceso indemnizatorio ya a través de la acción por reparación directa ante lo Contencioso Administrativo si se trata de acciones contra entidades o servidores públicos ya a través de un proceso ordinario indemnizatorio por responsabilidad civil extracontractual ante la jurisdicción civil, pero no podrán reclamarse a través del incidente de regulación que autoriza el art. 25 del decreto ley 2591 de 1991.

**Gilberto Martínez Rave**

# INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS A VÍCTIMAS DE VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS

**Saúl Uribe García**

## **CONTENIDO:**

1. Ley 288 de 1996
2. La conciliación
3. Trámite de liquidación de perjuicios por la vía incidental
4. Procedimiento de arbitraje
5. Conclusiones

El comercio internacional, el medio ambiente y los derechos humanos son los tres potísimos temas de prioridad en los últimos años en la agenda internacional, no solo por lo que entraña para el desarrollo económico de los estados, sino, por el mejoramiento de la calidad de vida de la persona humana y no podemos negar la gran preocupación actual por el creciente deterioro ambiental y violación de los derechos humanos, sobre todo en un país como Colombia.

La persona humana en su condición de tal goza desde su nacimiento de una serie de derechos que en última instancia explican su razón de ser, su existencia, a tal punto que son inalienables y fundan la dignidad humana. Estos derechos inherentes a la persona se positivaron en las constituciones modernas haciendo más plausible su ámbito de aplicación, goce y protección. En Colombia los encontramos dentro de los llamados derechos fundamentales de la C.N., y los convenios y tratados internacionales ratificados por el Congreso (Artículos 93 y 94 C.N.). En el plano internacional presentamos la positivización de tales derechos con el nacimiento de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), Convención Europea de Derechos Humanos (1950) y Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

Enunciativamente estos son algunos de los derechos inalienables de la persona humana, contenidos en la normatividad anterior. Derechos a la vida, derechos a la libertad, no ser sometido a pena capital, a esclavitud, a torturas, a tratos crueles, a desaparición forzada, a realizar trabajos forzosos, a detenciones arbitrarias, derechos a la libre locomoción, derecho a la intimidad, derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, derecho a un debido proceso con las garantías fundamentales y legales en caso de ser detenidas por una infracción penal.

Los derechos inalienables de la persona humana pueden resultar vulnerados y atropellados por personal civil, ora por personal al servicio del Estado, cuando esto ocurre por los particulares nos encontramos que frente a dicha violación la persona violadora de los mismos puede afrontar en su contra una acción de tutela ya que es el medio idóneo por excelencia para la defensa de dichos derechos y estar incurso en un hecho punible, con la eventual indemnización de perjuicios en caso de que se hayan ocasionado.

Cuando el derecho fundamental a los consagrados en el pacto internacional de derechos civiles y políticos o la convención americana de derechos humanos es vulnerado por el Estado colombiano a través de un servidor, éste identificado o no, nos encontramos con la tutela como mecanismo jurídico eficaz para contrarrestar la violación al derecho fundamental y en estricta técnica jurídica hablamos de violación a los derechos humanos y a la consecuente indemnización de perjuicios ocasionados. A contrario sensu, un particular no viola los derechos humanos, como tampoco los integrantes de grupos guerrilleros, estos infringen la ley y deberán asumir las consecuencias jurídicas de su conducta ya que es el Estado colombiano el que se compromete como supremo garante de la protección de dichos derechos y no el personal civil. Lo anterior se desprende del artículo 2º, Nº 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. *Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*". Artículo 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos. *"Los Estados partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidas en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o*

*de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*". Y artículos 1, 2 y 5 de la C.N. Pero, a pesar que los grupos guerrilleros u organizaciones civiles armadas no violan los derechos humanos, sí violan las normas contentivas del derecho internacional humanitario ya que la normatividad reguladora tiene como destinatarios a los grupos armados en conflicto quienes son los obligados a acatarla y respetarla.

Debemos distinguir los derechos humanos del derecho internacional humanitario. Mientras los primeros se refieren a aquellos derechos inherentes a la persona humana para que cumpla su cometido como tal, verbigracia, derecho a la libertad, a la vida, a la igualdad, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, el segundo se refiere a la humanización de conflictos bélicos de carácter interno o internacional, su propósito es proteger y hacer respetar a la persona humana que en medio del conflicto armado está completamente marginada del mismo o se encuentra reducida a tal punto que no representa peligro o ventaja militar alguna para su adversario, se protege a los no combatientes y a la población civil. La normatividad reguladora del derecho internacional humanitario está contenida en los cuatro convenios de Ginebra de 1949, a los cuales Colombia se adhirió mediante la ley 5 de 1960 y los dos protocolos adicionales, protocolo uno aprobado por la comisión especial legislativa el 4 de septiembre de 1991 y el protocolo dos mediante la ley 171 de 1994 y decreto 509 de 1996.

Los tratados de derechos humanos y los convenios de derecho humanitario son normatividades complementarias que, bajo la idea común de la protección de principios de humanidad, hacen parte de un mismo género: el régimen internacional de protección de los derechos de la persona humana. *"El derecho internacional humanitario constituye la aplicación esencial, mínima e inderogable de los principios consagrados en los textos jurídicos sobre derechos humanos en las situaciones extremas de los conflictos armados"* (Corte Constitucional. Sentencia C. 574, 1992).

Cuando el Estado colombiano a través de uno o varios de sus servidores vulnera los derechos fundamentales estipulados en la C.N., que son una réplica de los derechos consagrados en el pacto internacional derechos civiles y políticos o de los consagrados en la convención americana de derechos humanos, tiene que afrontar la indemnización de perjuicios y para ello la víctima cuenta con varias herramientas jurídicas.

En primer lugar, se puede utilizar la figura jurídica de la conciliación prejudicial contemplada en los artículo 59 a 64 de la ley 23 de 1991, nada obsta para

que la administración pública ante hechos graves y evidentes opte por citar a las víctimas para llevar a cabo audiencia de conciliación. Los últimos hechos más evidentes los observamos comenzando el año noventa y ocho, donde varias personas murieron en retenes militares, ante burdo error de miembros de las fuerzas militares.

En segundo lugar, el artículo 86 del C.C.A., consagra la acción de reparación directa para lograr la indemnización de perjuicios por la responsabilidad extracontractual del Estado, por cualquiera de las fuentes de imputación jurídica como son: la falla probada y presunta del servicio, desequilibrio frente a la igualdad de las cargas públicas, daño especial, riesgo excepcional. Prescribe el artículo 86 del C.C.A. *“La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa de la petición sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos”*.

En tercer lugar, si se logra identificar al servidor público que violó el derecho fundamental, ocasionó perjuicios y su conducta es constitutiva de hecho punible, la víctima puede demandarlo a título personal sin que controvierta la responsabilidad estatal, bien constituyéndose parte civil dentro del proceso penal, sea ante la jurisdicción ordinaria penal o ante la jurisdicción penal militar y aunque el Código penal militar (Dec. 2550 de 1988) no regula lo concerniente a la constitución de parte civil. La Corte Constitucional mediante sentencia C – 358 de agosto 5 de 1997 declaró inexecutable algunos artículos en lo relacionado con las expresiones *“con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo”* ya que muchos militares en servicio cometía delitos que no guardaban conexidad con el servicio y se escudaban con el fuero para que fueran investigados por la justicia penal militar, con la consecuente impunidad. Dijo la Corte: *“El uniforme del militar, por sí sólo, no es indicativo de que lo que hace la persona que lo lleva sea en sí mismo delito militar; por lo tanto, deberá examinarse si su acción o abstención guarda relación con una específica misión militar”*. *“Lo anterior no significa que la comisión de delitos sea un medio aceptable para cumplir las misiones confiadas a la fuerza pública”*. En fallo de junio 27 de 1985 del Consejo de Estado, por violación de derechos humanos dispuso: *“las instituciones democráticas tienen el derecho y el deber de defenderse y el ejercicio de tal potestad es perfectamente legítimo; pero lo que resulta inadmisibles, contrario a derecho, es que para mantener la democracia y el estado de derecho el ejecutivo utilice métodos irracionales, inhumanos, sancionados por la ley, rechazados por la justicia y proscritos mundialmente por todas las convenciones de derechos humanos y que ninguna concepción civilizada del ejercicio del*

***poder podría autorizar, o legitimar. Eso es justamente la negación de los principios e ideales que se pretenden defender y que son la razón misma que justifica la existencia de una sociedad jurídicamente organizada”.***

En la misma sentencia C – 358, la Corte Constitucional se pronunció acerca de la constitución de parte civil dentro del proceso penal militar, concluyendo que tal discriminación es violatoria del artículo 13 de la Constitución Nacional, esto es, del derecho de igualdad. Dijo la Corte: “Esta Corporación ya ha señalado que el acto de acceso a la justicia comprende también la posibilidad de que tu víctima o el perjudicado con un delito puedan hacerse parte dentro del proceso pericial. Así mismo a experiencia que en virtud del derecho de igualdad contenido en el artículo 13 de la Corte, no es admisible hacer diferenciaciones sobre la posibilidad de constituirse en parte civil en un proceso penal de acuerdo con el tipo de justicia que se trate. Ello significa que toda persona que ha sido víctima o ha sido afectada por un delito que está siendo conocido por la justicia penal militar tiene derecho a solicitar que sea admitida como parte civil dentro del proceso, a pesar de que el Código Penal Militar vigente no contemple esta figura”.

Entonces, de conformidad con la sentencia mencionada anteriormente, es viable la constitución de parte civil dentro del proceso penal militar, aunque el Código Penal Militar vigente no lo contemple expresamente. Por el principio de integración son perfectamente aplicables las normas del C.P.P., en lo atinente a la constitución de parte civil, así lo permite el artículo 302 del Código Penal Militar. También se desprende del contenido de los artículos 304, 493, 568 N° 6, 574, 716, 723 y 724 del Código Penal Militar que el juez está obligado a condenar en perjuicios aunque el artículo 406 (contenido de la sentencia) no lo prescriba expresamente. En la actualidad radica proyecto de ley en el Congreso de la república, tendiente a reformar el Código Penal Militar con la regulación expresa de constitución de parte civil.

En cuarto lugar, está la opción de demandar al servidor público identificado, ante juzgado civil teniendo como título el delito o culpa como fuente de obligaciones (arts. 1494 y 2341 C.C.).

En quinto lugar, por el pronunciamiento que al respecto haga el comité de derechos humanos del pacto internacional de derechos civiles y políticos o la comisión interamericana de derechos humanos señalando que el Estado colombiano violó los derechos humanos en un caso concreto y que está obligado a indemnizar los perjuicios ocasionados.



El artículo 68 N° 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos prescribe: *“La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”*, la normatividad reguladora para la ejecución de sentencias condenatorias contra el Estado colombiano se ubica en el Dec. 2112 de 1992, ley 38 de 1989, Dec. 768 de 1993, artículo 29 de la ley 344 de 1996 reglamentado por el Dec. 2126 de 1997 y arts. 176 y 177 C.C.A.

Para hacer expedito y efectivo el fallo de los órganos internacionales, el Congreso de la República mediante la ley 288 de 1996 reguló lo concerniente a la actuación interna que debe adelantarse para lograr tal fin.

### **LEY 288 de 1996**

La ley 288 de 1996 consagra una serie de actuaciones internas que deben cumplirse a cabalidad para que la decisión del órgano internacional protector de los derechos humanos sea una realidad y se concrete con la conciliación entre el Estado y la víctima de la violación a los derechos humanos o en el caso que no haya acuerdo conciliatorio, con el trámite de liquidación de perjuicios por vía incidental y como última instancia, al procedimiento arbitral. Como preludeo de las actuaciones anteriores es requisito sine qua non, dos aspectos fundamentales:

1º. Que exista una decisión previa, escrita y expresa del comité de derechos humanos del pacto internacional de derechos civiles y políticos o de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que se concluya respecto de un caso concreto que el Estado colombiano ha incurrido en una violación de derechos humanos y se establezca que deben indemnizarse los correspondientes perjuicios.

2º. Que exista concepto previo favorable al cumplimiento de la decisión del órgano internacional de derechos humanos, proferido por un comité constituido por: El Ministro del Interior; El Ministro de Relaciones Exteriores; El Ministro de Justicia y del Derecho, y El Ministro de Defensa Nacional.

Con relación al numeral primero tenemos que mediante la ley 74 de 1968 Colombia se adhirió al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dentro del cual se regula el Comité de Derechos Humanos y mediante la ley 16 de 1972 se adhirió a la convención americana de derechos humanos dentro de la cual se regula la comisión interamericana de derechos humanos y la corte interamericana de derechos humanos como instancia superior de aquella. Cada órgano

internacional regula todo lo concerniente a su creación, organización, funcionamiento, procedimientos y decisiones correspondientes.

Cuando una persona se considere víctima de violación de los derechos humanos podrá presentar la denuncia o queja ante cualquiera de los dos órganos internacionales conocidos para que sea punto de partida en lo que luego de una serie de actuaciones sea potencial fallo condenando o absolviendo al Estado colombiano. También podrán presentar denuncia un estado miembro de la organización, cualquier persona o grupo de personas o entidades no gubernamentales reconocidas legalmente. Para la admisión de la denuncia deben cumplirse los siguientes requisitos:

1º. Que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos.

2º. Que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva.

3º. Que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional.

4º. Nombre, nacionalidad, profesión, domicilio y firma de quien denuncia o representante legal si lo hace a nombre de la entidad que somete la petición.

Los numerales 1º. y 2º. no se aplican cuando:

1). No exista legislación interna del Estado de y debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alegan han sido violados.

2). No se haya permitido al lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y

3). Haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

La denuncia se inadmitirá cuando:

1). Falta alguno de los requisitos exigidos.

2). No exponga hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por la Convención.

3). Resulte de la exposición del propio peticionario o del Estado manifiestamente infundada la petición o comunicación o sea evidente su total improcedencia, y

4). Sea sustancialmente la reproducción de petición o comunicación anterior ya examinada por la Comisión u otro órgano internacional.

Entonces, la denuncia presentada ante el órgano internacional no se tiene como una instancia alternativa o paralela sujeta a la libre voluntad o libre escogimiento de la presunta víctima en materia de derechos humanos, se itera, primero hay que agotar las instancias judiciales internas para que quede el órgano internacional como última instancia con miras a lograr la indemnización de perjuicios excepto, cuando no se apliquen los dos numerales 1 y 2 y como quedó anotado anteriormente.

Para tomar una decisión de fondo, cualquiera de los dos órganos internacionales podrá requerir información necesaria ante el Estado colombiano, inspeccionar los procesos internos adelantados (judicial y disciplinario) y solicitar la información y pruebas necesarias a la víctima de la violación de los derechos humanos.

Con respecto al concepto previo favorable del comité de ministros, la función de éste verificar los presupuestos de hecho y de derecho establecidos en la C.N. y en los tratados internacionales aplicables, verifica que se haya cumplido con los requisitos para admitir la denuncia, que el fallo se fundamente en pruebas que tengan relación directa con los hechos constitutivos de violación de los derechos humanos y que la actuación ante el órgano internacional se haya ceñido a los procedimientos previstos.

Después de emitido el fallo por el órgano internacional condenando al Estado colombiano a indemnizar los perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos y notificado a las partes, entre ellas, al Estado colombiano, el comité de ministros puede:

Considerar que el fallo del órgano internacional no guarda coherencia con las pruebas obrantes o que no se reúnen los presupuestos de hecho y de derecho establecidos en la C.N., o en los tratados internacionales aplicables, caso en el cual lo comunica el gobierno nacional para que presente la demanda o interponga los recursos del caso contra la decisión del órgano internacional, si esto ocurre se estará a lo resuelto en el futuro, bien confirmando el fallo condenatorio o revocándolo. Si el gobierno nacional no interpone los recursos contra el

concepto condenando al Estado o la decisión sea en única instancia el concepto del comité de ministros obligatoriamente tiene que ser favorable, teniendo como fuente la propia omisión del Estado al no interponer los recursos respectivos o no presentar la demanda. A contrario sensu, si el fallo del órgano internacional es absolutorio a favor del Estado colombiano no podrá darse aplicación al contenido de la ley 288 de 1996, por sustracción de materia.

En firme el pronunciamiento del órgano internacional, el comité de ministros dispone de un plazo de cuarenta y cinco días para que emita el concepto correspondiente, pero presentándose el evento que el comité no se pronuncie, guarda silencio, ante lo cual podría acudir a la acción de cumplimiento contemplada en la ley 393 de 1977 que desarrolla el artículo 87 de la C.N., para que cumpla emitiendo el concepto, favorable o desfavorable, que corresponda tal como lo ordena la ley.

El comité de ministros se abstiene de emitir concepto favorable, es decir, emite concepto desfavorable. Teniendo en cuenta la consulta elevada a la sala de consulta y servicio civil del consejo de Estado acerca de la naturaleza del concepto que emite el comité de ministros en la ley 288 de 1996, concluyó: ***“La sala considera que en el evento de que el comité se abstenga de emitir concepto favorable, el acto administrativo es objeto de recurso de reposición ante el propio comité en los términos del artículo 85 del C.C.A., para él sólo efecto de que el interesado pida la anulación del acto y se le restablezca su derecho respecto al trámite de la conciliación para la obtención de la indemnización”***.

Creemos que es la vía expedita y apropiada cuando el comité de ministros emite concepto desfavorable, siendo su deber emitirlo favorablemente, esto es, presentando recurso de reposición y si no se repone, solicitar por la vía judicial la nulidad del acto administrativo ya que lesiona un derecho contenido en una norma jurídica.

El comité de ministros emite concepto favorable al cumplimiento de la decisión del órgano internacional, caso en el cual se cumple a cabalidad con los dos requisitos exigidos por la ley 288 para que se cumpla la conciliación, trámite de liquidación de perjuicios por la vía incidental o el procedimiento de arbitraje, respectivamente.

## LA CONCILIACIÓN

La conciliación a que hace referencia la ley 288 es prejudicial o judicial aun cuando hubiere concluido en el mismo la oportunidad para realizar la conciliación, dependiendo sí se adelanta paralelamente el trámite ante las instancias judiciales internas para lograr la indemnización de perjuicios. Como se dejó anotado anteriormente son tres excepciones mediante las cuales puede adelantarse denuncia ante el órgano internacional y demanda contra el Estado colombiano paralelamente.

Tres son los temas importantes objeto de la conciliación, a saber:

Se establecerá el monto de los perjuicios y para tal fin se aplicará la jurisprudencia nacional vigente.

Se observará la prueba obrante que sirva de sustento al monto indemnizatorio, entre otras, las que obren en procesos judiciales, administrativos o disciplinarios y, en especial, las valoradas por el órgano internacional para expedir la correspondiente decisión.

Se determinará el nexo causal entre los perjuicios ocasionados con los hechos objeto de decisión del órgano internacional.

El órgano internacional únicamente concluye que se violaron los derechos humanos y que deben indemnizarse los correspondientes perjuicios sin hacer mención al monto de los mismos.

Para el desarrollo de la conciliación se aplica en especial lo estipulado en la ley 288 de 1996 y en lo no previsto en ella lo contenido en los arts. 59 a 65 de la ley 23 de 1991 reglamentados por el dec. 173 de 1993, dec. 2651 de 1991, prorrogado en tres ocasiones por las leyes 192 de 1995, 287 de 1996 y 377 de 1997, dec. 171 de 1993 que reglamenta el art. 6º del dec. 2651 de 1991, art. 101 C.P.C.

La citación para conciliación únicamente puede ser solicitada por el gobierno nacional, entendido tal como lo prescribe el art. 115 de la C.N., esto es, el presidente y el ministro o director de departamento correspondiente en cada caso particular. Pero el art. 2º del dec. 173 de 1993 otorga la facultad al interesado de presentar la solicitud, ante lo cual bien puede el interesado o el gobierno nacional presentar la solicitud. Esta se hará ante el agente del ministerio público adscrito al Tribunal Contencioso Administrativo que sería competente, de acuerdo con el derecho interno, para dirimir la controversia objeto de la conciliación, en

un término que no exceda los treinta días. El tribunal administrativo competente es el que corresponda a la jurisdicción donde haya ocurrido la violación de los derechos humanos. Verbigracia, si la violación de los derechos humano ocurrió en Antioquia, el tribunal administrativo competente sería el de Antioquia.

Recibida la solicitud, el agente del ministerio público citará a los interesados para que presenten la petición con los requisitos exigidos en el art. 2º del dec. 173 de 1993, estos son: Las pretensiones que se quieran conciliar, los hechos que las fundamentan, las pruebas de que se disponga, y el enunciado de aquellas que se harían valer en el proceso y la estimación razonada de la cuantía de la pretensión. De esta se corre traslado al gobierno nacional y se citará para la conciliación. Cuando la solicitud de conciliación sea presentada por los interesados al ministerio público correspondiente, este dará traslado inmediato al gobierno y cita para conciliación.

Estarán presentes en la audiencia de conciliación, las víctimas de la violación de los derechos humanos, el representante o el apoderado de la entidad pública a la cual haya estado vinculado el servidor público responsable de los respectivos hechos – aún – que no siempre se requiere identificar al servidor público para que el Estado responda por los tres perjuicios, el ministerio público y el defensor del pueblo. Este último mandato expreso del art. 3º, inciso último de la ley 288.

Si se llega a un acuerdo, se signará acta por los asistentes en la cual se consignará lo acordado y se enviará al respectivo Tribunal Contencioso Administrativo para que al magistrado a quien corresponda por reparto decida si la conciliación resulta lesiva a los intereses patrimoniales del Estado, o si puede hallarse viciada de nulidad. En sentencia del Consejo de Estado, febrero 17 de 1995, dispuso: ***“No es del todo cierto que la conciliación no pueda improbarse sino por razones de nulidad o porque sea lesiva para los intereses del Estado. No; estas son razones señaladas por la ley, pero no las únicas, ya que no excluyen las deficiencias del carácter probatorio que se observen dentro del proceso, por ejemplo, en cuanto al fondo del asunto o en lo que dice relación con la legitimación de las partes procesales”***. (Jurisprudencia y Doctrina, abril de 1995, Pág. 327).

Con relación al inciso Cuarto del art. 60 de la ley 23 de 1991 y el parágrafo del art. 3º del decreto 171 de 1993, el Consejo de Estado mediante decisión de agosto 30 de 1995 se pronunció acerca de dos puntos contemplados en dicho artículo. El primero referente a que el auto que aprueba el acuerdo conciliatorio, como el que deniega el acuerdo, deberán dictarse por la sala y no por el magistrado,

y segundo, el auto aprobatorio o improbatario del acuerdo conciliatorio estará sujeto al régimen general de los recursos y a las reglas de competencia funcional para su expedición, dependiendo de la cuantía, el auto será apelable o reponible, si se observa la norma, dicho auto no admite recursos. Lo anterior estimando que las citadas normas son inconstitucionales y por ende inaplicables, (Jurisprudencia y Doctrina, nov. De 1995. Pág. 1.308).

Quedando en firme el auto improbatario del acuerdo conciliatorio, los interesados cuentan con otras opciones que son facultativas ya que el art. 10º de la ley 288 consagra “los interesados podrán:

1º. Reformular ante el magistrado de conocimiento los términos de la conciliación, de manera que resulte posible su aprobación.

2º. Si la nulidad no fuere absoluta, subsanarla y someter nuevamente a consideración del magistrado el acuerdo conciliatorio.

La nulidad a la cual hace referencia la ley en este tópico es sustancial, no procesal. Ya la Corte Suprema de Justicia zanjó la discusión que se presentaba acerca de si la conciliación es acto procesal o un acto de declaración de voluntad en desarrollo de la autonomía de la voluntad. Entonces, hay que tener en cuenta los requisitos estipulados por el art. 1502 del C.C. para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad y cuya inobservancia de dichos requisitos conlleva como sanción la nulidad absoluta o relativa, dentro de las cuales unas son subsanables y otras son insubsanables.

3º. Acudir ante el mismo Tribunal Administrativo, al trámite de liquidación de perjuicios por la vía incidental.

4º. Dentro del trámite del incidente recurrir al procedimiento de arbitraje de común acuerdo con el representante de la entidad pública a la cual está o estaba vinculado el servidor público causante de los perjuicios.

Si el magistrado encuentra la conciliación ajustada a los intereses patrimoniales del Estado y no viciada de nulidad, mediante auto la aprobará con las consecuencias de: prestar mérito ejecutivo, efectos de la cosa juzgada y pone fin a todo proceso que esté en curso contra el Estado colombiano y por los mismos hechos, excepto si la conciliación es parcial que perfectamente puede ocurrir, caso en el cual se continuará con respecto a lo no conciliado. La cantidad de dinero reconocida en el auto durante los seis meses siguientes a su ejecutoria y moratorios

después de este término y ejecutable dieciocho meses después de su ejecutoria. Artículo 177 C.C.A.

Según lo dispuesto por el artículo 29 de la ley 344 de 1996 (racionalización del gasto público) y el decreto 2126 de 1997, (reglamenta el artículo 29 de la ley 344 de 1996), el Ministerio de hacienda puede reconocer como deuda pública la suma de dinero acordada en la conciliación o contenida en una sentencia en contra del Estado, mediante la emisión de bonos previa aceptación del beneficiario. Mediante sentencia C-428 de 1997, de la Corte Constitucional, fue declarado exequible el artículo 29 de la ley 344 de 1996, con salvamento de voto.

También puede el Estado colombiano compensar la suma de dinero reconocida en una conciliación o en una sentencia en su contra, con las sumas de dinero que el beneficiario de la conciliación o la sentencia deba a favor del tesoro público nacional. Antes de proceder a su pago las autoridades tributarias verificarán tal situación.

## **TRÁMITE DE LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS POR LA VÍA INCIDENTAL**

Para el trámite del incidente se aplica los previstos en los arts. 135 a 139 del C.P.C. La decisión sobre el incidente admite los recursos ordinarios de reposición y apelación y dicha decisión definitiva tiene los mismos alcances y efectos que el auto aprobatorio de la conciliación.

### **PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE**

Estando en curso el trámite incidental, las víctimas de la violación de los derechos humanos podrán recurrir al arbitraje, mutuo acuerdo con el representante de la entidad pública a la cual haya estado vinculado el servidor público responsable de los perjuicios. La normatividad reguladora del arbitraje en Colombia está contenida en el decreto 2279 de 1989 y los artículos 90 a 117 de la ley 23 de 1991, con respecto al tema valen las siguientes precisiones:

Se debe distinguir la cláusula compromisoria del compromiso, mientras la primera tiene aplicación en relaciones contractuales ya que se estipula en el contrato, el compromiso tiene operancia en relaciones contractuales y extracontractuales, pues una vez surgido el conflicto o la controversia susceptible de ser resuelta en los estrados judiciales, las partes protagonistas, de mutuo acuerdo desplazan la justicia ordinaria para someter el conflicto a la decisión de árbitros.



Cuando se recurra al arbitraje que contempla la ley 288 de 1996, únicamente se puede hacer mediante el compromiso con el lleno de los requisitos que contempla el decreto 2279 de 1989, art. 2º. Si se adelanta proceso ante el Tribunal Administrativo, este pierde competencia.

Las partes nombrarán los árbitros de mutuo acuerdo o acudir que es lo más común a la Cámara de Comercio que en la mayoría de los casos cuenta con tribunal de arbitramento.

El laudo arbitral (fallo del tribunal de arbitramento) es revisable por el tribunal superior del distrito judicial del lugar correspondiente a la sede del tribunal de arbitramento y por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia como segunda instancia de éste.

El laudo arbitral definitivo presta mérito ejecutivo, con los mismos alcances y efectos como se dejó anotado para el auto aprobatorio de la conciliación.

## CONCLUSIONES

Con la promulgación de la ley 288 de 1996 se hace más expedito el pago de perjuicios por parte del Estado colombiano a las víctimas de violaciones de los derechos humanos cuando se pronuncia uno de los dos órganos internacionales conocidos, ya que antes de expedirse la ley se presentaba el interrogatorio si la declaración del órgano internacional constituía o no, título ejecutivo en contra del estado colombiano.

En el trámite interno adelantado conforme a la ley 288 de 1996 para hacer efectiva la decisión del órgano internacional, la víctima de la violación de los derechos humanos se encuentra con actuaciones que la ley lo faculta para realizarlas o no, pero si opta por realizarlas, la decisión correspondiente lo vincula. Si no se llega a acuerdo conciliatorio o el magistrado mediante providencia decide que la conciliación es lesiva a los intereses patrimoniales del Estado o está viciada de nulidad, la víctima puede: Reformular los términos de la conciliación ante el magistrado de manera que resulte posible su aprobación, si la nulidad no fuere absoluta, subsanarla y someter nuevamente a consideración del magistrado el acuerdo conciliatorio, o acudir al trámite de liquidación de perjuicios por la vía incidental. Estas tres facultades las puede ejercer la víctima y en el caso de que no haga uso de ellas hasta esa instancia llega el trámite prescrito en la ley, ya que el gobierno no las puede ejercer.

Pero sí la víctima opta por el trámite de liquidación de perjuicios por la vía incidental, conforme en lo previsto en los artículos 135 y siguientes del C.P.C., la decisión que se tome lo vincula y si optan por el procedimiento de arbitraje, el laudo arbitral también lo vincula.

El párrafo 4º del artículo 2º de la ley 288 prescribe: *“Habrá lugar al trámite de que trata la presente ley incluso si hubieren caducado las acciones previstas en el derecho interno para efectos de obtener las indemnización de perjuicios por hechos violatorios de los derechos humanos, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en este artículo”*. El artículo 136, inciso cuarto del C.C.A., dispone: *“La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos”*. Con relación al contenido de este párrafo, tenemos las siguientes anotaciones:

Para que cualquiera de los dos órganos internacionales admita una denuncia por violación de derechos humanos, la víctima debe agotar los recursos de jurisdicción interna para efectos de obtener la indemnización de perjuicios. En Colombia tenemos la acción de reparación directa. Pero no es necesario acreditar que se agotaron los recursos de la jurisdicción interna cuando no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, no existe legislación interna para la protección de los derechos humanos y haya retardo injustificado en la decisión sobre los recursos. En el caso concreto colombiano, únicamente tiene operancia el inciso 4º del artículo 2º de la ley 288, cuando no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna. ¿Por qué? Porque existe legislación interna para reclamar la indemnización de perjuicios (artículo 86 C.C.A.) y si hay retardo injustificado en la decisión de los recursos, es porque ya se presentó la demanda de reparación directa y ésta tuvo que presentarse dentro de los dos años siguientes a la concurrencia del motivo generador de los perjuicios no siendo dable hablar de caducidad.

Si la víctima de la violación de los derechos humanos por negligencia no presenta la demanda de reparación directa dentro de los dos años siguientes a la ocurrencia del motivo generador de los perjuicios, definitivamente ha claudicado cualquier acción tendiente a la obtención de los perjuicios porque en el orden interno ha operado la caducidad y en el plano interna-

cional no es de recibo la denuncia ya que no se agotó la jurisdicción interna y tampoco se le impidió acceder a ella.

De conformidad con el artículo 90 de la C.N., en el caso de presentarse condena en contra del Estado a reparar los perjuicios ocasionados, puede repetir contra el servidor público – si está identificado – si su conducta fue dolosa o gravemente culposa. (artículo 12 de la ley 288).

Paradójico resulta que la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones a derechos humanos pueda darse con la conciliación perjudicial que contempla la ley 23 de 1991 y el decreto 171 de 1993 sin que exista pronunciamiento del órgano internacional, se a la misma normatividad en materia de conciliación la que sirve de guía para llevarla a cabo.

# APUNTES ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD DE LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACIÓN

**David Andrés Halperín**

## **CONTENIDO:**

1. Síntesis de la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de responsabilidad del Estado
2. Extensión de la responsabilidad del Estado
3. La responsabilidad por omisión y la actividad de policía
4. La responsabilidad de la Superintendencia de Seguros de la Nación en la liquidación de entidades aseguradoras

## **1. Síntesis de la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de responsabilidad del Estado**

603

### **1.1. Responsabilidad del Estado por acto ilícito**

El reconocimiento de la responsabilidad estatal por los perjuicios irrogados a los particulares transitó por una senda colmada de dificultades.

Ya en el primer repertorio de la colección oficial de Fallos de la Corte Suprema de Justicia, se aprecia un fallo en donde se declara la irresponsabilidad estatal pues no podía ser demandado sin su consentimiento ante los tribunales nacionales (Fallos 1:317).

En su primer momento, no se admitió la responsabilidad extracontractual del Estado en el plano del derecho público. Recordemos que era la época en que se encontraba en boga la teoría de la doble personalidad del Estado y la Corte Suprema no lo declaraba responsable cuando obraba en virtud de su soberanía (fallos 99:22; 153:158). La venia legislativa previa, que un principio tuvo origen pretoriano hasta su recepción por la ley N° 3952, ponía cortapisas para acceder a los tribunales a debatir la responsabilidad del Estado.

Aún en el campo de aquella situación vinculada al ámbito del derecho privado, si bien se admitió su responsabilidad contractual, se sostuvo que el Estado no era responsable extracontractualmente, basada en una interpretación literal del art. 43 del Código Civil en su anterior redacción, que impedía ejercer acciones criminales o civiles por indemnización de daños contra las personas jurídicas, aunque sus miembros en común, o individualmente hubiesen cometido delitos que redundasen en beneficio de ellas (fallos: 90:324).

El antiguo dogma de la irresponsabilidad estatal fue cediendo paulatinamente paso, en nuestro derecho a partir del caso “Devoto” de 1933 (publicado en *Jurisprudencia Argentina* 43: 416, con nota crítica de BIELSA, “Responsabilidad del Estado como poder administrador”), que reconoció la responsabilidad estatal por acto ilícito. El referido doctrinario no se oponía a la responsabilidad extracontractual del Estado, pero no consideraba procedente fundarla en las normas del derecho común. Al criticar el fallo, expresa que parece dictado en un juicio entre particulares, aduciendo que era necesario que el reconocimiento de la responsabilidad estatal provenga de una ley formal.

En efecto, la Corte varía su postura en cuanto al reconocimiento de la responsabilidad estatal, sin detenerse en el análisis concreto de la situación, aplicando los mismos principios que servirían para responsabilizar (para la época), a las personas físicas. Por tal motivo el fallo fue calificado de REIRIZ como “pretoriano”, aunque mencione dos preceptos legales (arts. 1109 y 1113 del Código Civil, ya que no se explica cómo dichas normas pueden adecuarse a la situación considerada. Si antes la Corte había encontrado una valla en los arts. 36 y 43 del Código Civil, no se observa en el caso “Devoto” argumento alguno que muestre cómo se logró sortear esa valla (conf. REIRIZ, M.G., “Responsabilidad del Estado”, págs. 86/87). Aplicó los arts. 1109 y 1113 pero soslayó el art. 43 que hasta el momento había actuado como filtro para la responsabilidad extracontractual de la persona jurídica Estado (MARIENHOFF, M.S., “Tratado de Derecho Administrativo”, T. IV, punto 1653).

El criterio de caso “Devoto” fue posteriormente pulido en la causa “Ferrocarril Oeste”, de 1938, haciendo lugar a la reparación del daño irrogado con sustento en la existencia de “falta de servicio” que determina la responsabilidad estatal por su incumplimiento o irregular ejecución. El Tribunal aplicó en aquella oportunidad principios de derecho administrativo que imputan al Estado aquellos daños provocados por falta de servicio, invocando los arts. 1112 y 1113 del Código Civil.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “VADELL, Jorge c/Buenos Aires, Provincia de” sostuvo (ver E.D. T. 114, PÁG. 215), “que las consideraciones precedentes demuestran la responsabilidad de la provincia toda vez que el Registro de la Propiedad, al incurrir en las omisiones señaladas, cumplió de manera defectuosa las funciones que le son propias y que atienden, sustancialmente, a otorgar un conocimiento cabal de las condiciones de dominio de los inmuebles. En este sentido cabe recordar lo expresado en Fallos, t. 182 – 5, donde el tribunal sostuvo que “quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución”.

Esta idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Código Civil, que establece un régimen de responsabilidad “por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas”.

*“Que en ello pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Código Civil al que han remitido desde antiguo, exclusiva o concurrentemente, sentencias anteriores de esta Corte en doctrina que sus actuales integrantes no comparten (ver Fallos 259-261; 270-404; 278-224; 288-362; 290-71; 300-867). En efecto, no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas”.*

A partir de allí la Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió definitivamente la doctrina de la “falta de servicio” fundada en el art. 1112 del Código Civil. En tales supuestos, se presentaría una responsabilidad que es de carácter ciertamente objetiva, en la medida que la culpa se presume (ver REIRIZ, “Responsabilidad del Estado”, pág. 98).

Otros perciben que la “falta de servicio” involucra rectamente la existencia de una responsabilidad objetiva y directa (GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, “Curso de Derecho Administrativo”; T. 1 pág. 335, Madrid, 1987; HALPERIN, D.A. “Distintas cuestiones de responsabilidad del Estado” en E.D. T. 160 pág. 752).

## 1.2. Responsabilidad del Estado por el obrar ilícito de sus órganos

El criterio de la falta de servicio, no fue óbice para que la Corte Suprema de Justicia de la Nación fundara la responsabilidad estatal por los perjuicios que causan sus actos legítimos en el art. 16 de la Constitución Nacional, utilizando además otros instrumentos:

- El desmedro de la igualdad ante la ley y las cargas públicas que se produciría si un particular debiera soportar el daño con exclusividad (ver 22/12/75, “Los Pinos” en la ley 1976 – B – 298).

- La garantía de la propiedad consagrada en el artículo 17 (13/5/82. “Gómez Alzaga”, en El Derecho T. 99. pág. 124; 23//11/89 “Juncalán Forestal Agropecuaria”).

- La existencia de un sacrificio especial en particular afectado (19/5/92) “Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/B.C.R.A.”. pub. En E.D. T. 150, pág. 96) o en la lesión a una situación jurídicamente protegida (15/8/95, “Revestek S.A. c/B.C.R.A.” en E.D. del 23/2/96)

El criterio de la responsabilidad del Estado por acto ilícito reafirmó en el caso “Eduardo Sánchez Granel c/D.N.V.” (del 20/9/84, púb. En E.D. T. 111, pág. 551), en donde sostuvo: **“...es principio recibido por la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia, nacionales y extranjeras, el de la responsabilidad del Estado por sus actos ilícitos que originan perjuicios a particulares”**, en donde además se admitió el principio de reparación integral.

A esta altura de nuestro desarrollo jurídico, se admite incluso la procedencia de responsabilizar al Estado por sus actos ilícitos, ya sea con sustento en derechos previamente adquiridos y reconocidos a los particulares (ver FIORINI, “Manual del Derecho Administrativo”, T. 2 pág. 718); por la afectación de derechos que la Constitución consagra (conf. DÍEZ, “Derecho Administrativo”, T. V, pág. 55); en la “justicia, equidad, bien común, igualdad, ante la ley y defensa de la propiedad” (ver MOSSET ITURRASPE, “Indemnización de daños por el Estado”, en la ley 1979 – C – 219); en los principios que conforman el estado de derecho (ver MARIENHOFF, “Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa” en L.L. 1993 – D – 910); o bien por la aplicación de la justicia distributiva que rige las relaciones entre el Estado y el particular” (ver BARRA, R.C.; “Principios de Derecho Administrativo”, pág. 127), o por aplicación de disposiciones del propio Código Civil (conf. Terceras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, celebradas

en San Juan entre el 27 y 30 de agosto de 1986, conclusiones de la Comisión IV “Responsabilidad extracontractual del Estado por actos ilícitos”.

### **1.3. La responsabilidad del Estado por acto ilícito. Requisitos.**

En definitiva, la responsabilidad de la administración se configura modernamente a través de la noción de “falta de servicio” fundada en el obrar irregular de un órgano de la administración pública. Tal falta de servicio genera una responsabilidad **directa y objetiva** del Estado. De tal suerte, habrá que acreditar la “falta de servicio”, “el daño” y la “relación de causalidad entre el obrar del agente y el daño”, sin que sea necesario invocar ni acreditar la culpa del funcionario o agente.

Como exponen GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS FERNÁNDEZ (ver “Curso de Derecho Administrativo”, T. II, pág. 336), en el derecho administrativo moderno la responsabilidad de la administración, se configura como una responsabilidad directa, objetiva, que prescinde del elemento tradicional de ilicitud o de culpa, que por cierto, en nuestro caso se encuentra presente. Como explican los célebres tratadistas españoles, la titularidad administrativa de la actividad o servicio cuyo marco se ha producido el daño es suficiente para justificar la imputación del daño o a la administración.

Con respecto a estos ilícitos, la responsabilidad del Estado alcanzó no sólo ante hipótesis que generen sacrificio de derechos adquiridos sino también la pérdida de meras expectativas (conf. Fallos: 277:225; 298:223). En cambio, la actividad lícita estatal sólo es pasible de generar el deber de reparar cuando se refiera a una situación jurídicamente protegida, no alcanzando a hipótesis de meras expectativas (Sala V de la Cámara Contencioso Administrativa Federal, 31/12/96, “Ecron S.A. c/Ministerio de Economía y otro”, pub. En L.L. Supl. De Jurisprudencia de Derecho Administrativo del 25/8/97).

## **2. Extensión de la responsabilidad del Estado**

Sentada la responsabilidad estatal por los perjuicios que ocasiona, resta definir el alcance de la reparación a su cargo, esto es si se limita al daño emergente o bien si abarca al lucro cesante. Que duda cabe que si se trata de responsabilidad del Estado por su actuación ilegítima, la reparación debe ser integral. En ese sentido, se ha señalado que cuando la actividad estatal que ha lesionado el derecho de propiedad de un particular, por desapoderamiento o disminución de un derecho, es ilegal en su origen, la reparación debe ser integral, indemnizando



la totalidad de los daños por el desapoderamiento ilegal (conf. REIRIZ, María Graciela; “Responsabilidad del Estado”, pág. 92). La duda se plantea ante hipótesis de responsabilidad por acto ilícito, cuestión sobre la cual no existe consenso doctrinario y existen precedentes encontrados.

En efecto, en la causa “Los Pinos”, ya citada, se limitó la indemnización al daño emergente; lo mismo ocurrió en la causa “Cantón c/Gobierno Nacional”, fallada por la Corte Suprema de Justicia (15/5/79), ver Fallos: 301:403). En ambas se sostuvo que la indemnización se limitaba al primer rubro, en virtud de una aplicación analógica de la ley federal de expropiaciones que veda el reconocimiento del lucro cesante.

Dicho criterio fue modificado – en una causa donde se discutía el alcance de la indemnización por ruptura contractual – en la causa “Eduardo Sánchez Granel” (ver Fallos: 306:1409). En la citada causa “Eduardo Sánchez Granel”, la Corte Suprema sostuvo que la responsabilidad del Estado, “...se traduce en el derecho a una indemnización plena por parte del damnificado...”, y en el considerando 7º de esa sentencia citó expresamente el último párrafo del art. 18 de la ley Nº 19.549, como argumento para fundar su decisión.

Ese precepto, al no distinguir el alcance de la reparación, debe abarcar tanto el lucro cesante como el daño emergente, “...porque el principio jurídico que rige toda indemnización es su integridad...”

A idéntica solución se arribó en la causa “Julacán Forestal Agropecuaria S.A.”, precisándose que el principio que campea en el tema en análisis es el de la responsabilidad plena, que sólo cede ante razones de fuerza mayor, en el eventual marco contractual vinculante, o en alguna ley específica que dispusiera lo contrario.

En cambio, en la causa “Motor Once c/M.C.B.A” la Corte Suprema de Justicia de la Nación (9/5/89, pub. En L.L. 1989 – D, 25) no reconoció el derecho a reclamar indemnización por lucro cesante. En primer lugar, la Corte Suprema relativizó el argumento del art. 18 de la ley 19.549, pues consideró que se limita a establecer que la revocación de un acto administrativo regular resulta legítima indemnizando los perjuicios que causare a los particulares, sin precisar los alcances de resarcimiento debido. En segundo lugar, el Tribunal advierte que la norma que más se asimila a la situación es la que fija la pauta indemnizatoria en la expropiación, que es la norma legal típica que autoriza intromisiones del Estado.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (ver 11/8/92 “García c/Pcia. De Bs. As.” En L.L. 1993 – B – 125) sostuvo que si bien se ha aplicado la ley expropiaciones analógicamente en materia de reparación de los perjuicios derivados de la revocación de una ordenanza que había autorizado una construcción, excluyéndose el lucro cesante, la cuestión debe resolverse a la luz de los principios generales que se traducen en la procedencia de una indemnización plena y no limitada al daño emergente, que incluye también el lucro cesante acreditado.

La doctrina sobre el punto se encuentra dividida. Participa de la tesis que predica la indemnización integral TAWIL (“La responsabilidad del Estado y los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de Justicia”, pág. 78); BARRA (“Responsabilidad del Estado por sus actos lícitos en Rev. El Derecho, T. 142, pág. 930) y entre quienes la limitan al daño emergente se encuentra COMADIRA (“Acto Administrativo Municipal”, pág. 163), existiendo posturas alternativas como la que expuso MARIENOHFF (“Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado” en la ley M 1991 – C – 1080), para que si el derecho sacrificado es de naturaleza y origen “común” (civil y comercial), el resarcimiento debe ser íntegro, y en cambio si es de naturaleza administrativa sólo debe comprender el daño emergente.

Como se observa, la discordancia se suscita ante la ausencia de previsión legislativa acerca del punto. El criterio más correcto parece ser el restrictivo, esto es que la reparación por actos ilícitos que causen perjuicios a particulares se limite al daño emergente y no incluya el lucro cesante.

Esta solución de ningún modo colisiona con principios constitucionales, sino que también transita por el sendero del equilibrio indispensable en materias regidas de derecho público, pues si bien no puede discutirse que la actividad legítima del Estado no puede encontrar obstáculos, tampoco es admisible que no se compense a aquel que sufre un perjuicio especial en su patrimonio ocasionado por el ente administrativo. Pero si no es prudente a la hora de reconocer la indemnización, y atento a que se encuentra en juego el ejercicio legal de una atribución estatal, es posible que el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por hecho lícito se transforme en otra injusticia, como la que viene a corregir (conf. VÁSQUEZ, ADOLFO, “Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios”, pág. 194).

Limitar la reparación del daño emergente, resulta una razonable reglamentación del derecho de propiedad – que por cierto, como todos los constitucionalmente reconocidos no es absoluto – pues no debe perderse de vista que en estos casos, la administración actúe conforme a derecho.

Sin perjuicio de los argumentos jurídicos expuestos, corrobora la necesidad de excluir expresamente la reparación del lucro cesante – reflexión valedera, desde luego, sólo para las hipótesis de responsabilidad por acto lícito – razones de índole práctica. Es que si se respondiera por el lucro cesante ilimitado cada vez que lleva a cabo una actividad lícita que provoca daños, no tardaría demasiado en agotarse los recursos del erario público. No resulta justo que ante una actividad en la que se beneficiará la comunidad involucrada en su conjunto, se vea frustrado por tener que indemnizar en mayor medida que el valor objetivo del bien o derecho sacrificado.

### **3. La responsabilidad por omisión y la actividad de policía**

Nuestro derecho administrativo no contiene una norma que contemple lo atinente a la responsabilidad estatal por la omisión de actuar, cuestión que está regulada en el derecho privado, en el art. 1074 del Código Civil. La norma de Vélez Sarsfield impuso el deber de reparación ante la inobservancia de una obligación legal, que impusiera una determinada conducta (conf. MARIENHOFF, M.S., “Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud ‘omisiva’ en el ámbito del Derecho Público”, págs. 18/19).

Señala el Académico, que por conducto del art. 16 del Código Civil – que cumple una función integradora de todas las ramas científicas de derecho ante eventuales lagunas normativas – nada obsta a trasladar la solución de aquella norma al ámbito de la responsabilidad estatal por su actitud omisiva. Agrega que en cambio, en supuestos específicos como los referentes a hechos u omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, rige lo dispuesto en el art. 1112 del Código Civil (Op. Cit. Pág. 22).

En nuestro derecho, la cuestión de la responsabilidad del Estado por omisión fue claramente delineada a través de un fallo del Superior Tribunal de Mendoza, con voto pre – opinante de la Dra. KEMELMAJER de CARDUCCI, una ilustre magistrada del interior del país. Se trata de la causa “Torres c/Pcia. De Mendoza” (4/4/89, pub., en L.L. 1989 – C. 511), en donde sostuvo que la procedencia de la

reparación queda supeditada a la existencia o no de una omisión antijurídica, en virtud de que la responsabilidad extracontractual reposa en la antijuricidad. Entonces, el ejercicio regular del derecho de no hacer provoca responsabilidad del omitente, debiendo responder cuando una obligación legal le impone el deber de hacer o la ley sanciona la inacción.

Este precedente, seguramente, merecería la crítica de GORDILLO (“Tratado de Derecho Administrativo”, T. II, Cap. XX, pág. 10), quien no advierte que la existencia de un mandato legal expreso de hacer sea el presupuesto de la responsabilidad estatal, sino que atento a la casuística propia del ejercicio de la función administrativa, muchas situaciones encuadran en una irregular actuación de los funcionarios públicos, que encuadran en el art. 1112 del Código Civil.

Asimismo, para MARIENHOFF, el vocablo “ley” al que se refiere el art. 1074 del digesto civil debe ser entendido en términos amplios, como comprensivos de situaciones antijurídicas involucrando las normas formales y materiales (conf. “Responsabilidad extracontractual...”, cit., pág. 25).

Para GAMBIER, nada obsta a aplicar también en el caso de responsabilidad por omisión, la teoría de falta de servicio, que se presentaría no sólo ante el incumplimiento de una norma legal, sino que además exige apreciar el tipo de norma conculcada y la relación de causalidad entre la omisión y el daño (conf. “Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado, por omisión, a la luz de la jurisprudencia”. L.L. 1990 – E, 617). Este criterio rechazado enfáticamente por MARIENHOFF, que considera suficiente el art. 1074 del Código Civil para fundar formalmente la responsabilidad por omisión, sin necesidad de acudir a la regla de la falta de servicio (que de ser el caso, el tratadista entiende restringida para sustentar las abstenciones ilícitas en las prestaciones de servicio público) ni tampoco el art. 1112 (“Responsabilidad...”, cit., pág. 73/75).

Debe examinarse, ahora, la responsabilidad del Estado por omisión y la actividad de policía.

Para una adecuada comprensión del tema en análisis, es necesario deslindar las nociones de policía y poder de policía, pues como veremos su adecuado cumplimiento o por el contrario su incumplimiento puede generar la responsabilidad estatal por los perjuicios ocasionados, conforme a las modulaciones que ha desarrollado la jurisprudencia (conf. MARIENHOFF, “Responsabilidad...”, cit., pág. 54).

La expresión “poder de policía” fue empleada por primera vez por el juez MARSHALL de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América

en 1827 en el célebre caso “Brown c/ Maryland”. Se trata de una institución de derecho público que consiste en una potestad legislativa que tiene por objeto la promoción del bienestar general, reglamentando con esa finalidad los derechos individuales reconocidos en la Constitución.

Aunque no se mencione expresamente en las constituciones, éste es inherente a todo gobierno. Su fundamento se encuentra en que en nuestro ordenamiento jurídico no se reconocen derechos absolutos, disponiendo que éstos se ejercen conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 14 Constitución Nacional). Va de suyo que las restricciones que en ejercicio del poder de policía el legislador imponga deberían ser razonables, estando vedada la conculcación de las garantías constitucionales so pretexto de su reglamentación (art. 28 de la Constitución Nacional). En nuestro sistema constitucional, el ejercicio del poder de policía está distribuido entre la Nación y las Provincias. En algunas materias, tanto la Nación como las Provincias lo ejercitan en forma exclusiva y excluyente; en otros casos, en forma concurrente, por existir concurrencia de fines. Todo dependerá de la actividad de cuya regulación se trate. Por principio general, el poder de policía corresponde a las Provincias: trátase de una materia que estas se reservaron al constituir la unión nacional, que no han delegado expresamente (art. 121 C.N.). Excepcionalmente, dicho poder le compete a la Nación, cuando ésta ejercita atribuciones que la Constitución le otorga en forma expresa o implícita, o cuando el ejercicio de idénticas atribuciones por las Provincias resulta incompatible con igual ejercicio por parte de la Nación.

En este orden de ideas, nuestro más Alto Tribunal entiende que satisface el test de razonabilidad en casos concernientes al poder de policía aquella ley que cuente con los siguientes extremos: a) fin público; b) circunstancias justificantes; c) adecuación del medio elegido al fin propuesto; d) ausencia de iniquidad manifiesta (ver “Inchauspe c/Junta Nacional de Carnes” – colección de Fallos de la C.S.J.N., 199 – 483 –).

Como se advierte, para ser válida la limitación de los derechos individuales por medio de la actividad de policía resulta indispensable la habilitación legal previa (ampliar en MARIENHOFF, M.S., “Tratado de Derecho Administrativo”, T. IV., pág. 505). Por lo tanto, el ejercicio del poder de policía es parte de la función legislativa, pues es la Legislatura el órgano que se encuentra facultado para establecer limitaciones a los derechos individuales. En cambio, la actividad de policía, esto es la ejecución concreta de la voluntad del legislador constituye función administrativa (ver MARIENHOFF “Tratado...” T. IV., pág. 509).

Es decir que se atribuyen a ciertos organismos administrativos – centralizados o descentralizados administrativamente – facultades para asegurar el orden normativo por intermedio de la corrección de acciones u omisiones que lo infringen, a más de desarrollar actividades tendientes a prevenir o evitar tales incumplimientos, cuyo ejercicio será válido en la medida que sus atribuciones provengan de una ley en sentido formal.

Ahora bien, en un fallo de la Sala IV de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (2/7/85, “Sykes”) se pretendió responsabilizar al Estado por su inactividad ante la situación del Banco de Intercambio Regional, entidad financiera bajo su control, que continuó funcionando y generó perjuicios para los ahorristas.

Concretamente, la imputación era no haber adoptado la medida de policía de revocar la autorización para funcionar de la entidad, tal como la actora consideraba era obligación ante su rol de custodio del sistema financiero.

El primer voto correspondió al Dr. HUTCHINSON, quien parte de la necesidad de deslindar cuáles son los presupuestos para que corresponda condenar al Estado por supuesta actividad omisiva. No son los mismos que permiten responsabilizarlo objetivamente por el riesgo creado, que presupone una acción positiva estatal y no una omisión. Alerta el ex – camarista sobre los resultados disvaliosos que podría aparejar la aplicación automática de similares principios en la actividad omisiva, como el deber de responder del Estado ante la víctima de un robo por no haber cumplido con su control de policía de seguridad, lo que transformaría a la Administración Pública en un ente asegurador de todos los riesgos.

HUTCHINSON pone énfasis en señalar que son las características de la omisión de la demanda – a título de culpa de dolo – las que podrían dar lugar al nacimiento del deber de reparar, es decir que estamos ante una responsabilidad subjetiva. Con ese standard, el Tribunal – el Dr. GALLI adhirió al voto de HUTCHINSON, pero poniendo de relieve cierto tinte contractual entre la relación de la actora y de la entidad liquidada, y el Dr. MIGUENS desarrolló la inexistencia de falta de servicio – analiza si la omisión de revocar la autorización fue arbitraria o irrazonable, y con sustento en las pericias obrantes en la causa, convalida la actividad estatal, rechazando la demanda.

Ese camarista además, considera de importancia destacar que estamos ante el ejercicio de facultades discrecionales del B.C.R.A., en la medida que la norma le permite apreciar si están dadas las condiciones para proceder a la revocación de

la autorización para funcionar. Distinto es el criterio sobre el punto de la Cámara Comercial – tribunal que entiende en materia de revisión de ciertas decisiones administrativas – que ante un supuesto similar – que más adelante se expondrá con mayor detenimiento – como lo es la decisión de revocar la autorización para funcionar de una aseguradora por parte de la S.S.N., considera que se trata de una obligación y no una facultad del organismo, cuya omisión compromete la responsabilidad del Estado (conf. Sala B, 14/10/86, “Resguardo”, pub. En E.D. T. 123, pág. 207, posteriormente revocada por la Corte Suprema al hacer lugar a la pretensión de la aseguradora, por vicios en el procedimiento administrativo).

También difiere de la postura de la Sala IV, el criterio sustentado por MARIENHOFF, para quien el incumplimiento de un deber normativamente establecido de obrar encuadra en el ámbito de la responsabilidad objetiva, con prescindencia de la idea de culpa (“Responsabilidad...” cit., pág. 67).

La vinculación del tema que motiva este dictamen con la actividad de policía estatal, también se percibe en la causa “Ruiz” (L.L. 1990 – c - 430) sentenciada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en instancia originaria, donde el hecho dañoso fue la presencia de un animal suelto en una ruta provincial, nexo causal del accidente que provocara el fallecimiento de los familiares del actor.

Se pretendió endilgar, sin éxito, responsabilidad a la Provincia, cuestión que fue descartada señalando que **“... el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte...”**. Es decir, también transita por el carril de la responsabilidad de tinte subjetivo en cuanto a los daños provocados por la omisión estatal.

Esa decisión mereció el comentario crítico de BUSTAMANTE ALSINA en la publicación citada, quien considera que la mera omisión de hacer aquello que es indispensable para la seguridad pública convierte en ilícita esa abstención, con sustento en el art. 1074 del Código Civil.

MARIENHOFF, si bien difiere con el fundamento jurídico utilizado, acepta la solución del Tribunal, considera que no puede sentarse un parámetro uniforme para el ejercicio de la actividad de policía, variará de acuerdo a las circunstancias específicas del caso. En algunos, la intensidad o amplitud del ejercicio depende de los lugares o circunstancias, y en una carretera, la posibilidad de vigilancia disminuye en aquellos tramos de zonas rurales, pues exigir otra conducta sería

irrazonable. De allí su coincidencia en el decisorio (conf. “Responsabilidad...”, cit. Págs. 59/60).

Por su parte, MARIENHOFF, luego de la reforma constitucional, advierte que el art. 42, en materia de amparo, hace referencia a la omisión lesiva, considerando indispensable para la existencia de omisión el incumplimiento de un deber impuesto por la ley, que para el tratadista es suficiente el art. 1074 del Código Civil (conf. “Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud “omisiva” en el ámbito del derecho público”, págs. 17/18).

También la doctrina civilista ha intentado poner pautas al respecto, señalando que la Administración debe ejercer su poder de policía en cada uno de los ámbitos que la requieran, y cuando este parece omitido (o mal ejercido), corresponde encuadrar la conducta de los agentes dentro del campo de la ilicitud (LÓPEZ CABANA, R.M., “Responsabilidad civil del Estado derivada del ejercicio del poder de policía”, en obra colectiva “Derecho de daños”, pág. 75).

## **4. La responsabilidad de la Superintendencia de Seguros de la Nación en la liquidación de entidades aseguradoras**

### **4.1 La responsabilidad de la Superintendencia respecto de los actos que se declaran ilícitos.**

El art. 48 de la ley 20.091 establece que la autorización para operar en seguros debe revocarse por la autoridad de control en distintos casos, tales que el asegurador no inicie efectivamente sus operaciones en término (inc. a), no se ajuste al régimen de capitales mínimos en los términos del art. 31 de esa ley (inc. b); se configuren los supuestos de disolución societaria o se extinga la entidad extranjera en caso de filiales (incs. d y e); se incurra en violaciones al régimen de seguros conforme a su art. 58 (inc. g) o se viole el estatuto o las condiciones de autorización, entre otros supuestos (inc. c).

Ahora bien, el acto que dispone la revocación para funcionar constituye un acto administrativo que debe contener los requisitos propios de un acto administrativo como lo prevén los arts. 7º y 8º de la ley 19.549 (ver CABRAL, Julio. “Ámbito de aplicación de la ley 19.549”, en la obra colectiva DÍEZ y otros, publicada por Plus Ultra “Acto y Procedimiento Administrativo”, HALPERIN, David A. “El procedimiento administrativo en la ley 20.091”, en “Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones”, 1980, pág. 26).



La ley 19.549 prevé en su art. 7º seis requisitos de validez, a saber **competencia, causa, objeto, procedimiento, motivación y finalidad** y otros requisitos de forma, en el art. 8º. En el art. 14 inc. a, determina qué vicios en la voluntad determinan la nulidad absoluta del acto y en su inc. b, qué vicios en los requisitos antes puntualizados determinan su nulidad absoluta.

La Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial o en su caso la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de la Capital Federal, si hacen lugar a la impugnación contra el acto administrativo que revocó la autorización para operar, dispondrán la nulidad de dicho acto administrativo por ser nulo de nulidad absoluta e insanable, invocando o debiendo invocar el art. 14 de la ley 19.549.

Tal invalidez será el acto irregular que compromete la responsabilidad de la Superintendencia de Seguros de la Nación en la forma indicada en el numeral 1.1.

Por ello los actos de la Superintendencia de Seguros de la Nación que sean declarados ilícitos, comprometerán su responsabilidad conforme a la pauta sentada por el art. 1112 del Código Civil, como se expresara.

#### **4.2 La responsabilidad de la Superintendencia por no ejercer las facultades de contralor. El supuesto ejercicio irregular de dicha facultad.**

La ley Nº 20.091 puso a cargo de la Superintendencia de Seguros de la Nación el control del mercado asegurador. Este organismo fue dotado de amplias competencias en materia de capitales mínimos (art. 30), reservas técnicas (art. 33), distribución de las inversiones (art. 35), balances trimestrales (art. 37), normas de contabilidad y plan de cuentas (art. 39) publicación de balances (art. 40). Frente a acontecimientos de gravedad, permite a la Superintendencia de Seguros de la Nación decretar medidas cautelares, como la indisponibilidad de las inversiones y la prohibición de emitir nuevas pólizas.

Es decir que conforme a la pauta que sienta el art. 902 del Código Civil, **“Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”**.

Pese a ello, el panorama del sector – según la doctrina -, no permite inferir un adecuado seguimiento de la actividad mercantil de que se trata: se hallan en

trámite obligatorio más de ochenta compañías, sesenta de esas liquidaciones se iniciaron en los últimos diez años, y la regla casi absoluta de esos procesos liquidatorios ha sido la ausencia de fondos a distribuir entre los asegurados (conf. RANGUGNI, Diego, “Reflexiones sobre el sistema de policía de entidades aseguradoras a la luz de una jurisprudencia contradictoria”, pub. En E.D. T. 171, pág. 943).

Se ha reprochado (conf. Obra citada) el deficiente obrar fiscalizador del organismo, cuya presencia genera en el asegurado la imagen de un contratante confiable, teniendo en cuenta la particular importancia que la certidumbre ostenta en materia aseguratoria.

Ante la insolvencia del asegurador, es dable aducir que la Superintendencia de Seguros de la Nación ha incumplido las obligaciones legales a su cargo, y esto al producir perjuicios a particulares, hace nacer la responsabilidad del Estado, justamente por su actuar omisivo. Quien omite un deber y como consecuencia causa un perjuicio, debe hacerse cargo de su negligencia, desde luego siempre que exista nexo causal entre uno y otro.

Toda vez que la Superintendencia de Seguros de la Nación debe cumplir su función de policía del mercado asegurador, en cada uno de los ámbitos que lo requieran, cuando aparece omitido, o ejercido en forma insuficiente, excesiva o abusiva, esa falta o mal ejercicio hace encuadrar la conducta de sus agentes en la ilicitud (LÓPEZ CABANA, Roberto, “Responsabilidad del Estado derivada del ejercicio del poder de policía”, en obra colectiva “Derecho de daños”, pág. 747).

Como lo señala MARIENHOFF (“Tratado de Derecho Administrativo”, T. III A, pág. 651), el ejercicio irregular de la actividad de policía genera daños indemnizables, tanto por el propio Estado como por los agentes del mismo que hubieren intervenido en el procedimiento.

Así lo han dejado traslucir diversos pronunciamientos de la Cámara Comercial. La sala B, sostuvo que la imposibilidad de que se decrete la quiebra de una aseguradora, obedece a que dadas las potestades asignadas al organismo de contralor, no podrá llegarse a tal estado falencial, y que **“... la impotencia patrimonial para hacer frente a los compromisos con los asegurados, se puede llegar por la demora en la adopción de las medidas que deben tomarse oportunamente, con los efectos jurídicos que de tal situación deriven...”**

La Corte Suprema de Justicia ya ha reconocido la responsabilidad del Estado, por el incumplimiento de su función de policía y contralor (ver “Pose c/Pcia. De Chubut”, 1/12/92, pub. En Fallos: 312:965).

Puede acontecer, por otro lado, que el ente de contralor, llevando a cabo la actividad de policía que el bloque normativo le confiere, lo haga en forma irregular, o deficientemente. Estaremos, de todos modos, dentro del campo de la responsabilidad estatal por no cumplir sino de manera irregular las obligaciones legales que le han sido impuestas.

Como apreciamos, existe consenso doctrinario acerca de la existencia de un deber de reparar los daños ocasionados por la omisión estatal, más la divergencia surge en cuanto a la normativa en que se sustenta esa responsabilidad.

En rigor, las dificultades surgen ante la existencia en nuestro ordenamiento de un marco normativo propio para responsabilizar al Estado Nacional, legislación que reclamaba BIELSA (conf. Ob. Cit.) hace casi un siglo.

En lo que atañe a la responsabilidad estatal por su obrar omisivo, el Código Civil nos suministra los arts. 1074 y 1112, a los que habrá que acomodar a las modulaciones propias del derecho administrativo.

En definitiva, esa responsabilidad, tendrá los siguientes caracteres:

a) Se inserta en la actividad ilícita administrativa, pues la omisión siempre debe ser antijurídica, es decir que debe incumplirse una obligación de hacer legalmente establecida, o al menos que la norma se desprenda reproche hacia la inacción. La teoría de la “falta de servicio” nos ofrece los matices del derecho público necesarios para complementar las disposiciones civilistas;

b) Lo expuesto nos conduce a que la Administración sería responsable por el no ejercicio de facultades regladas, no siendo tan perceptible su deber de responder cuando se trata de facultades discrecionales;

c) No parece aportar mayor claridad dirimir si se trata de una responsabilidad objetiva o subjetiva, pues bastará la omisión para que surja el deber de responder (aspecto objetivo), y esa abstención de ejecutar una actividad normativamente establecida siempre será reprochable, como mínimo a título culposo (cuestión que se vincula al aspecto subjetivo).

d) No es dable finalizar este análisis sin poner en el tapete la dificultad que se presenta para encontrar reglas hermenéuticas genéricas. Se trata de una cuestión cuya amplia gama de posibilidades conspira contra la generalización y exige que se tengan en cuenta las particularidades de cada caso.

e) A la hora de dilucidar si el Estado es o no responsable por acto omisivo, no debe perderse de vista que la esfera de actuación de la Administración Pública es infinitamente mayor que la de los particulares, por lo tanto podría pensarse que la regla del art. 1074 no puede aplicarse mecánicamente, sino conjugada con la noción de falta de servicio.

Asimismo, puede ocurrir, por otro lado, que la circunstancia determinante del daño no sea ocasionado puramente por un acto omisivo de contralor, sino también por el dictado de actos ilícitos durante la actividad de fiscalización.

En tal sentido, a título ilustrativo, un acto administrativo que no refleje la verdadera circunstancia patrimonial de la entidad, carecerá de causa, que es un elemento esencial del acto administrativo (arg. Art. 7 inc. “b” ley Nº 19.549; MARIENHOFF, M.S., “Tratado...”, T. II, págs. 273; DÍEZ, M.M., “Manual de Derecho Administrativo”, T. I, págs. 194/197).

Esa circunstancia es muy posible que se configure en el caso de aprobación de balances, en los cuales los organismos de control de la Superintendencia aconsejen aprobar un balance, los que supone, por principio, que en él se refleje la situación económico – financiera la que no se adecua con la realidad.

Ese acto que aconseja aprobar o que aprueba un balance que no refleja la real situación económica – financiera evidentemente está viciado en el elemento causa, por tanto, como se vio, el vicio de **falsa causa** (art. 14, inc. b de la ley 19.549), lo que determina su nulidad absoluta.

Piénsese que lo hasta ahora expuesto puede repetirse en muchos otros supuestos en los cuales en el ejercicio de la facultad de policía, distintos funcionarios aprueban gestiones de las compañías que no se adecuan a la realidad.

Aquí estamos frente a un obrar irregular por acción y no por omisión y se compromete la responsabilidad de la Superintendencia de Seguros de la Nación frente a aquellos que han confiado en contratar seguros con quien aparece solvente y no lo es.

### **4.3 La responsabilidad en ejercicio de la facultad de liquidador**

Los arts. 51 y 52 de la ley Nº 20.091 atribuyen a la Superintendencia de Seguros de la Nación la función de órgano sindical, tarea que desarrolla por intermedio de los delegados liquidadores, quienes tienen similares derechos y obligaciones que los que atañen al síndico ordinario en la legislación concursal.

En el procedimiento liquidatorio, deben aplicarse los principios de buena fe, interés común, publicidad y transparencia para llegar a cumplir fielmente su cometido (conf. DE BELAIEFF, Carlos y SCOROFITZ, Adolfo, “Liquidación societaria de entidades aseguradoras. Análisis y perspectivas”, pub. En E.D. T. 158, pág. 1087).

Se ha intentado sentar una pauta respecto de la evaluación de la actuación del liquidador. Dado que su esfera de actuación tiene plena autonomía y trasciende el orden doméstico, con miras a la defensa social, se ha postulado el viejo concepto romano “pater familias” (conf. DE BELAIEFF, y SCOROFITZ, ob. cit.).

Tal criterio parece muy genérico e insuficiente.

En primer lugar el liquidador tiene la función del síndico de liquidación de la entidad y las omisiones y acciones que encierra su obrar deben reputarse irregulares, y generan el deber de reparar conforme al art. 1112 del Código Civil.

Pero además, en algunos casos, reemplaza también al administrador societario, como interventor por ejemplo, y en esos casos deberá responder en los términos de los arts. 59 y 274 de la ley 19.550.

# **RESPONSABILIDAD MÉDICA. RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y FACTORES DE ATRIBUCIÓN. CARGA PROBATORIA.**

**LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y LA DISCRECIONALIDAD CIENTÍFICA. QUINTO CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE DAÑOS**

**Celia Weingarten**

## **CONTENIDO:**

1. Introducción.
2. Discrecionalidad, arbitrariedad y autoritarismo médico
3. Las variables científicas aceptadas por la medicina y la discrecionalidad médica. Presupuesto objetivo
4. La adecuación de los principios objetivos del método científico al paciente. Presupuesto objetivo
5. La conducta jurídica relevante del accionar profesional en la producción del daño. Los extremos: Causa en la patología, causa en el médico y causa en el entorno
6. Sistemática probatoria. Actividad procesal de las partes

## **LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y LA DISCRECIÓN CIENTÍFICA**

### **1. Introducción**

Para que un daño pueda ser reparado, es necesario establecer el nexo de causalidad entre el resultado dañoso y el hecho humano. En este ámbito nuestro código se enrola en la teoría de la causalidad adecuada, sien-

do causa aquella condición que según la experiencia ordinaria y el curso natural de las resulten apropiadas para la producción de un determinado efecto, es decir el daño (art. 906 CC), y analizando desde una situación “ex post facto”.

En el ámbito de la responsabilidad médica, el nexo causal enlaza el obrar medical con el daño: de manera que éste debe haber sido producido causalmente por la conducta del médico, ya sea por acción o por omisión.

Si bien la doctrina científica jurídica general se ha ocupado del estudio del nexo causal, en materia de causalidad médica, esta ha sido objeto de un escaso desarrollo y su tratamiento aparece subsumido dentro de los mismos principios y normas generales de la causalidad, sin atender a sus **específicas connotaciones**, que generan una problemática diferente en la valoración de la complejidad del fenómeno causal médico.

A diferencia de lo que sucede en otros campos, en el ámbito médico la conexión causal entre una acción y un determinado resultado debe ser establecido con arreglo a **criterios científicos**. Dada la índole de las cuestiones que se dilucidas y las características del hecho generador del daño, únicamente es la ciencia médica la que puede verificar si un hecho puede producir regular y normalmente y conforme el curso científico causal, un determinado resultado. Sólo la ciencia **legitimará** la comprobación de un curso causal que desde el antecedente lleve al consecuente.

Ello por cuanto hebreo humano médico presenta un **contenido esencialmente científico**, que hace que el nexo de causalidad también deba ser valorado teniendo presente esta **estrecha vinculación del acto médico con la ciencia médica**, que tiene sus propias reglas y principios que es preciso anudar y articular. Es decir, una relación de causalidad dentro del hecho médico.

Ese contenido específico de la medicina impone que el “hacer” profesional del médico se **integre** con los métodos, técnicas y procedimientos por la ciencia médica, desarrollando una conducta acorde con la misma, sin perjuicio de la **discrecionalidad científica** que le permite optar entre distintas alternativas que la medicina admite, conforme el desarrollo científico progresivo.

Comporta por tanto, una regla de **valoración científica** de la conducta medical. (Relación de causalidad científica).

De allí que el médico solo satisface (cumple jurídicamente) su presentación, mediante una **actividad técnica y científicamente adecuada, que normal y ordinariamente pueda conducir a cierto resultado**, aunque esta no pueda garantizarse.

Dadas estas características, nuestro objeto de estudio es centrarnos en el **análisis de la conducta médica**, que será nuestro punto de partida para establecer si ella es científicamente adecuada y determinante para establecer con condición de “legitimidad científico jurídico” las consecuencias de cumplimiento e incumplimiento de sus obligaciones y determinar a posteriori su buena o mala praxis.

Este enlace entre el obrar del médico y el resultado dañoso debe verificarse entonces con arreglo a un **módulo científico** que valore o pondere si el daño que se le atribuye se concreta causalmente con su conducta, no en el sentido de que su acción haya materialmente promovido un resultado como en el enfoque tradicional, sino si la ha generado conforme un criterio científico del curso causal.

Ello nos lleva a analizar conceptos de suma importancia para valorar al hecho humano médico: la **discrecionalidad, arbitrariedad y autoritarismo médico**, que nos permitirá establecer cuando un resultado dañoso se debe a la acción u omisión del profesional, o encuentra su génesis en otras causas que colocan al daño fuera de su accionar.

## **2. Discrecionalidad, arbitrariedad y autoritarismo médico**

Los complejos fenómenos del organismo hacen que el desencadenamiento de un daño puede ser el resultado de varios factores pues el organismo humano es mutante y está permanentemente expuesto a riesgos y acaecimiento de daños, ya sea, por el margen razonable de imprevisibilidad que todo tratamiento implica, o por ser la consecuencia del normal riesgo médico, lo que hace que en todo resultado sea atribuible al accionar médico. Aquí tenemos dos circunstancias condicionantes que exceden al conocimiento científico.



La actividad médica conlleva un alto grado de incertidumbre y un álea, ya que la propia complejidad del organismo (causa en la víctima) y sus distintas reacciones, hacen de esa incertidumbre una característica inherente a ella. Difícilmente el médico pueda ordenar un tratamiento con certeza absoluta de su resultado, precisamente por la intervención de distintos factores y riesgos que le son ajenos y que impiden asegurar una determinada y previsible evolución. De allí que las actuaciones diagnósticas Terapéuticas y pronosticas sean con frecuencia efectuadas en **condiciones de incertidumbre y/o probabilidad** más que de certeza.

Debe tenerse en cuenta además que el médico actúa sobre un **hecho inicial que el paciente trae** y que es su propia enfermedad: **causalidad natural**, y que normal y ordinariamente la consecuencia de su evolución es irreversiblemente el daño, en cualquiera de sus formulaciones, dolor, lesiones y hasta el fallecimiento.

Cobra entonces especial relevancia el análisis de ese extremo de la relación de causalidad: la conducta del médico, pues lo importante es investigar cual es el grado de interferencia en aquella causalidad natural.

Situados en el **hecho humano medical**, nuestra investigación nos lleva a caracterizar y diferenciar distintos tipos lógicos de conducta medical.

**a) Discrecionalidad:** Posibilita la elección científica entre técnicas aceptadas por la ciencia (presupuesto objetivo) conforme a una adecuación de la naturaleza de la patología, características del paciente y recursos materiales y económicos existentes. (Presupuesto objetivo).

**b) Arbitrariedad:** Es la elección que **carece** rigor científico.<sup>1</sup>

Se actúa dentro del marco de la ciencia médica pero sin considerar las circunstancias condicionantes del paciente y su patología.

**c) Autoritarismo:** Elección basada en el solo fundamento de la presunta autoridad del profesional, como única razón y sin relación a los postulados científicos.

---

<sup>1</sup> Ello puede acaecer en un doble sentido, el primero porque en el presupuesto objetivo no se han eliminado las opciones por "envejecimiento" y en segundo lugar porque no se han contemplado otras nuevas en función del permanente desarrollo.

### 3. Las variables científicas aceptadas por la medicina y la discrecionalidad médica. Presupuesto objetivo

La medicina, como cualquier otra ciencia tiene **metodologías** de acceso al conocimiento<sup>2</sup> que constituyen su contenido y sobre el cual los científicos polemizan y tratan de avanzar en la búsqueda de nuevos horizontes en pos de un desarrollo superador.

Esto significa que esos contenidos científicos poseen en sus dialécticas dos cuestiones importantes: **caminos alternativos y avances progresivos**, que hacen o producen cierta vejez o inadecuación de esos senderos. Quiere decir entonces, que, mientras que algunas de esas herramientas de alternativa no sufran científicamente su **cuestionamiento racional** de inadecuación, seguirán teniendo vigencia y son **legítimas** desde su lógica interna.

Dentro de esta situación objetivo – científica, el profesional goza de una amplia libertad – consecuencia de la independencia intelectual inherente a cualquier profesional liberal – que le permite, en base a un saber actualizado de la ciencia, optar entre distintos caminos alternativos científicamente posibles e iguales para actuar sobre determinada patología, previamente diagnosticada.

Este derecho que calificamos de **discrecionalidad científica** es asumido por la sociedad, al someter el estudio de la carrera a reglas de enseñanza universitaria y requisitos para el ejercicio de la entrega del título correspondiente. Es decir, la comunidad evaluó y decidió, por lo cual el derecho a la discrecionalidad se **legítima** desde la sociedad<sup>3</sup> hacia el profesional, hay un monopolio del saber.

Esta discrecionalidad científica constituye un derecho del profesional,<sup>4</sup> en el cual el juez no puede inmiscuirse. La medicina tiene determinados

2 Consult. BOURDIEU, P. Campo del poder y campo intelectual. Ed. Folios Bs. As.; Schelling F.W.J. Investigación filosófica sobre la esencia de la libertad humana y los objetos con ellas relacionadas. Ed. Anthropos. Madrid. 1989.

3 Consult. APEZECHEA, H. y otros. Popper y las ciencias sociales. Bs. As. Centro de Editor de América Latina, Bs. As., 1993; Galbraith, J.K. La anatomía del poder. Ed. Plaza Janés. Barcelona, 1985, La calle, D. El conflicto laboral en profesionales y técnicos, Ed. Ayuso, Madrid, 1975; Lozarsfeld, P. y otros. La sociología de los profesionales, ED. Paidós. Bs. As., 1971.

4 "No es reprochable la conducta del médico que haya empleado un método más defendible que otro. En caso de controversia científica, los jueces en la duda, deben actuar con extrema prudencia y exonerar de responsabilidad al médico demandado". MOSCICICKI y SHOR, 107 Pa Super 192, 163 a 341. Canadá; P.

contenidos científicos y caminos alternativos que **quedan fuera del debate y**

**control judicial**, puesto que es de incumbencia estrictamente médica y el juez debe respetar la estrategia o método elegido, siempre y cuando se encuentre dentro de la ciencia.<sup>5</sup>

Cada ciencia tiene su propio campo y sus principios científicos deben ser aceptados por el derecho y por ende son **vinculantes** para el magisterado. Es decir, se encuentran legitimados científica y jurídicamente, pues el juez carece de capacidad desde su saber – ciencia de comprender ese contenido específico de la medicina, que como ciencia tiene su **propia lógica y métodos de investigación**.

Estos caminos alternativos constituyen una base científica objetiva para que el médico evalúe su aplicación a determinada patología. Una enfermedad puede ser objeto de varios tratamientos, todos con valor terapéutico, y no puede exigirle al médico la sujeción a un método particular.<sup>6</sup> Lo importante es que el método o tratamiento debe aparecer objetivamente como uno de los considerados para esa enfermedad, teniendo en cuenta el estado de la ciencia, es decir que frente a distintas alternativas terapéuticas científicas el médico puede optar por alguna **objetivamente idónea de acuerdo a las reglas de la ciencia médica**<sup>7</sup> para casos similares descritos en obras científicas, del cual pueden esperarse determinados resultados.

La **decisión** es en base a un saber médico objetivo e involucra la utilización de terapias habitualmente reconocidas por la ciencia médica, aban-

---

Deschamps « L obligation de moyens en matière de responsabilité medicale », en « La responsabilité et les assurances, Service de la formation permanente du Barreau du Québec » vol. 15, Cowanville Editions y Von Blais, 1990.

5 En aquel sentido, la doctrina y jurisprudencia extranjera (Canadá y Estados Unidos) sostiene que la alternativa estratégica – científica del abordaje involucra un concepto que es de dominio de la ciencia médica y no de la jurídica y por consiguiente ajena al debate judicial, quien sólo debe resguardar pautas de razonabilidad jurídica y ejercicio regular de los derechos: “sólo genera responsabilidad del médico si su conducta implica un abuso, sometiendo al paciente a un riesgo ilegítimo o que implique una desviación de la finalidad curativa. Así como la libertad de tratamiento reconocida a los médicos no puede ser limitada por ninguna prescripción legislativa o reglamentaria, tampoco puede ser considerada como una permisión en un ejercicio abusivo”. Voir OMS Program Europeen de Legislation Sanitaire, Comité Consultatif, Lyon 11 – 13 Juin, 1985, 4 Voir Cons. D Etat. 25 juin 1985, rec. Lebon, pág. 387.

6 MEMETAU Gerard « La responsabilité civile medicale en droit compare francais e quebecois », Université Mc. Gill, Montreal, 1990.

7 Consult. BARREIRO AGUSTÍN, Jorge. “La imprudencia punible en la actividad médico quirúrgica”, Ed. Tecnos, Madrid, 1990.

donando aquellas prácticas o métodos en desuso, extraños o peligrosos<sup>8</sup> acorde con el desarrollo científico (referenciado al espacio geográfico de su actuación).<sup>9</sup>

Desde ya ello requiere una **permanente actualización y capacitación** del médico para realizar una atención idónea acorde con ese desarrollo.

La medicina es tal vez una de las ciencias que mayores progresos ha experimentado y los incesantes avances e incorporación de nuevos tratamientos y tecnologías imponen un perfeccionamiento y actualización de los conocimientos científicos del profesional.

#### 4. El presupuesto de adecuación de los principios objetivos del método científico al paciente.

Una vez evaluada la **posibilidad objetiva en abstracto**, el médico debe, en un segundo paso, producir la adecuación subjetiva de aquellos caminos científicos, de acuerdo a la que considere más adecuada no sólo en función a su patología, sino teniendo presente además las circunstancias condicionantes del paciente, su estado de salud, aspectos económicos, culturales, etc., que **influyen y limitan el accionar profesional**.

Se trata en consecuencia de la aplicación concreta de los criterios científicos al caso en particular, dado que las explicaciones de la ciencia son en su mayoría generales y corresponden al estudio de las “enfermedades” y no referidos a un “enfermo” o hecho individual.

No es ya la evaluación del método en abstracto, sino que implica la toma de decisiones ante un individuo concreto, en el que entran a jugar una cantidad de factores, algunos ajenos a la medicina, para ese caso en concreto (diagnosticando o tratando a un enfermo en particular).

Dado que ese proceso no involucra aspectos técnico –científicos en sentido estricto, puesto que no es la idoneidad del método lo que está en discusión, sino su **razonabilidad**, cae dentro del control del magistrado y es posible su análisis judicial para establecer si se ha quebrantado o no el

8 MC. CORMIK C. Marcotte, (1972) R.C.S. 18, 21, Canada.

9 Sin embargo dicha exigencia debe ser atenuada en función del ámbito en que el médico desarrolla su profesión, puesto que el grado de conocimientos científicos y la aplicación de nuevos métodos será diferente con respecto a quien ejerce su actividad en un centro especializado de alto nivel científico de una gran ciudad, con respecto a un médico rural.

deber de adaptación exigible en una situación de hecho concreta conforme a las circunstancias de persona, tiempo y lugar.

Ello por cuanto esta inadecuación es un comportamiento arbitrario o autoritario que **infringe el deber subjetivo de la debida adecuación.**

Dicho juicio valorativo judicial ha de hacerse teniendo en cuenta la naturaleza de la enfermedad, los condicionantes y el acto a ejecutar; la evaluación de los riesgos y beneficios del tratamiento acorde con un criterio de maximización del resultado; el ámbito fáctico geográfico en que ejerce la profesión; los recursos técnicos que condicionan su situación, la aptitud profesional de quien lo ejecuta; su especialización; la urgencia o no del acto, etc.

La casuística jurisprudencial recoge un sinnúmero de casos que establece la responsabilidad del médico con fundamento en la inobservancia a los deberes de adecuación, (y no a la objetividad del método que resulta indiscutible), Vg. Suministrar una droga a un paciente sin realizar las pruebas de sensibilidad (condicionante en el paciente); emitir un diagnóstico prescindiendo de comprobaciones objetivas elementales, análisis clínicos, radiológicos, (condicionante de recursos tecnológicos y/o económicos); no compaginar o correlacionar los síntomas detectados a través de la revisión con el resultado de laboratorio y radiográfico (recursos tecnológicos disponibles o no), etc.

## **5. La conducta jurídica relevante del accionar profesional en la producción del daño. Los extremos: Causa en la patología, causa en el médico y causa en el entorno.**

Hemos analizado hasta aquí los distintos tipos de conducta médica a la que hemos calificado como discrecional, arbitraria u autoritaria. Veremos ahora como esta diferenciación resulta de fundamental importancia para establecer cual de estos comportamientos pueden causar adecuadamente un resultado para imputar responsabilidad al médico.

De los tres supuestos, sólo los de arbitrariedad y autoritarismo pueden dar lugar a que el daño acaecido pueda ser **atribuido a responsabilidad profesional.** Por el contrario, si el médico obra dentro de la discrecionalidad científica, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, esa conducta

no puede ser considerada jurídicamente como antecedente de un resultado dañoso, para efectuar la atribución de responsabilidad.<sup>10</sup>

Dijimos que el enfermo está sometido desde el inicio a un proceso patológico, es decir trae ya incorporada una causa (pasiva – activa) cuya evolución natural puede generar causalmente una consecuencia (jurídicamente su normal desarrollo termina en el daño).

El médico comienza entonces a actuar (interferencia científica) sobre esa primera causa, para tratar de romper o revertir esa relación de causalidad y evitar que el daño se produzca, mediante la inserción y desarrollo de una conducta, del que normal u ordinariamente se esperan ciertos resultados inversos, Vg., la curación del paciente o a mitigar su dolor.

De este modo el médico **incorpora causalidad** a otra ya existente, comenzando a interactuar dos causas: la causa en el paciente y la causa del médico.

De aplicar una **conducta científicamente adecuada**, esta nueva relación de causalidad que el médico inicia puede culminar con: a) La obtención de la finalidad esperada en cuyo caso corta la causalidad iniciada por la enfermedad, b) con el acaecimiento del daño que se produce por el curso irreversible de la enfermedad, es decir el tratamiento resulta inocuo y el accionar del médico deviene irrelevante en el proceso causal de la patología, que igualmente hubiera sucedido aún sin su intervención. En ese caso, su accionar no está ligado causalmente con el diagnóstico o tratamiento aplicado, pues ninguna relevancia tiene en la producción de la consecuencia, lo que hace que el daño sea **asumido por el paciente**, quien es, el que introdujo la verdadera causa.

De allí la importancia de concentrar el análisis en el comportamiento del profesional para determinar si su obrar puede o no tener alguna **relevancia jurídica** para causar o concausar normal y ordinariamente una consecuencia.

Si el médico actúa conforme a un criterio de discrecionalidad científica, optando por alguna de las variables objetivamente idónea de acuerdo a las reglas de la medicina y conforme a la adecuación de las circunstancias en concreto, no introduce causalidad alguna para la producción del daño.

<sup>10</sup> Independientemente que el daño pueda “resultar efectivamente” de esa conducta medical, pues entonces se tratará de un supuesto de revisión científica, ya que rompió con la causalidad – saber.

El resultado lesivo **no puede serle atribuido** a su acción u omisión, sino a la propia causalidad natural del paciente (su enfermedad) o a condicionantes tecnológicos, económicos, regionales, etc., es decir **desplaza la causa y lo coloca fuera del accionar medical**.

El paciente asume entonces el riesgo de su enfermedad y también el riesgo del tratamiento, realizado con condicionantes inadecuados no dependientes del médico.<sup>11</sup>

En cambio, el obrar profesional que se aparta de los parámetros de la ciencia médica **no detiene la causalidad**, pudiéndolo hacer. Es el médico, quien, a través de un comportamiento arbitrario u autoritario, introduce causalidad (por acción u omisión) en la generación del daño, que aparece así como la consecuencia natural y necesaria de su impropia conducta.

Puede apreciarse que lo que cobra significación en la causalidad médica es la **incidencia** de la conducta del profesional en la producción de un daño, puesto que esta excluye como hecho generador aquellos comportamientos que no tengan relevancia en el resultado. Es que la verificación del nexo causal no se agota en un mero enlace material o físico entre un hecho antecedente y un resultado consecuente, sino que es preciso que esa acción sea **científicamente idónea para producirla**, conforme el curso regular de la medicina. Ello por cuanto en materia de responsabilidad médica, el profesional no sólo tiene una obligación de acción, sino que su obligación debe además tener un contenido científico objetivo y subjetivamente adecuado.

Esta línea de **razonamiento** no lleva a afirmar que no hay resultado dañoso reparable si su causa ha sido un obrar discrecional, en la medida que se verifica **una adecuación causal de la ciencia con el obrar médico**, en todas sus fases de actuación, se coloca al daño fuera de su ámbito.

## **6. Sistemática probatoria. Actividad procesal de las partes.**

Una de las cuestiones más debatidas es sin duda lo atinente a la problemática de la carga probatoria. La jurisprudencia durante mucho tiempo, y casi en forma unánime, sostenía que la prueba estaba en cabeza del acreedor o de la víctima que lo alega en toda su extensión. Actualmente el tema ha sufrido una importante evolución y fraccionamiento. El estado actual de

<sup>11</sup> Ello no quiere decir que no pueden ser atribuidos al ente asistencial, hospital, sanitario, empresa de medicina, etc.

la doctrina y la jurisprudencia, es que el médico debe **contribuir** en la prueba del antecedente y la relación de causalidad que configuran los hechos centrales para la reparación del daño.

El primer paso es la **reconstrucción** del acontecimiento precedente y externo al médico, la patología; en segundo lugar el obrar médico (presupuesto objetivo) conforme a condicionantes externos a él, incluso los del propio enfermo (presupuesto subjetivo), que es la “premisa” a partir de la cual el magistrado realiza su labor cognoscitiva del facto.<sup>12</sup> Su convencimiento de que así aconteció le permite luego realizar esa transformación de ese facto, en **hecho jurídico** y a partir de allí está en condiciones de establecer las **consecuencias jurídicas** que normal y ordinariamente de ese hecho jurídico, puede desprenderse (art. 90 C.C.)

Para que ese **proceso fáctico jurídico** pueda ser verificado por el juez, ambas partes deben **contribuir activamente** en esta reconstrucción histórica causal, aportando cada uno su “versión subjetiva” de cómo han ocurrido los hechos. Ello posibilitará que el magistrado pueda considerar que el “antecedente reconstruido” ha producido, de acuerdo a la experiencia de cómo acostumbra a suceder las cosas, normal y ordinariamente, un determinado resultado o consecuente.<sup>13</sup>

De este modo, **quien pretende la reparación** debe alegar, acreditar y probar el hecho generador, la existencia del daño – es decir, el otro extremo de la relación – y establecer que esta “consecuencia” ha sido generada por el “hecho tal cual lo reconstruyó”.

A su vez el demandado también tiene que realizar una conducta procesal “activa de colaboración” – porque es de su interés – en la reconstrucción histórica del hecho causal, y “destructiva” y en cuanto a ligazón – causalidad – de aquel hecho con el daño. Es decir, debe alegar y probar que el daño está fuera de su accionar (Vg. Caso fortuito, fuerza mayor, culpa de un tercero por el cual no debe responder, etc.); o bien atacando la no reparabilidad del daño, Vg. el daño era previsible pero inevitable.

Desde el enfoque procesal la necesidad de que ambas partes concurren en la carga de la prueba, recibe aplicación en el art. 377 del Código de

12 WINGARTEN Celia, GHERSI Carlos “Responsabilidad médica: La doctrina en casación de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, T. 1993 – II – 891.

13 GOLDENBERG Isidoro H., “la relación de causalidad en la responsabilidad civil. Ed. Astres, Bs. As., 1989



Procedimiento<sup>14</sup> correspondiendo no solo a quien **afirma** un hecho, sino también a quien **niega** su existencia.

En suma, quien **alega** un hecho debe probarlo, de modo tal que cada parte deba postular y probar los **presupuestos de hecho** de la norma jurídica que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Se trata de una carga procesal que aparece no solo como un deber jurídico, sino como un imperativo del propio interés. Es una facultad que se le adjudica a las partes para avalar su interés, e implica que, de no hacerlo, se asumirán las consecuencias.

Otro sector doctrinario y jurisprudencial trata de paliar la situación de la víctima frente a una **mejor posición** basado en el privilegio cultural y científico del facultativo,<sup>15</sup> por tratarse de una vinculación procesal jurídica que enfrenta a un experto y un profano en la materia (las llamadas cargas probatorias dinámicas).<sup>16</sup> Dada la naturaleza de los hechos que se ventilan, relacionado con aspectos técnicos científicos que el paciente no puede conocer ni valorar con la precisión científica, se entiende que sobre el médico debe pesar la carga de alegar y demostrar el desarrollo fáctico – científico de la conducta realizada, evitando colocar al paciente en desigualdad de condiciones (Constitución Nacional).

### 6.1 La prueba de obrar discrecional del médico.

Conforme lo expresado, corre por cuenta del médico la prueba de obrar discrecional. En este sentido, debe **acreditar** que la estrategia elegida es una alternativa de la ciencia médica (presupuesto objetivo) y que la alternativa es adecuada al paciente (presupuesto subjetivo); en suma, primero debe mostrar que entre varias opciones posibles vigentes, ha optado por un método con sustento científico; segundo que ha realizado un análisis de

14 Colombia. Art. 377 C. Procesal: “Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el Tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá probar su existencia y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio”.

15 WINGARTEN Celia, GHERSI Carlos “Responsabilidades profesionales”, Vol. 1, pág. 59 y ss. Ed. Astrea. Bs. As., 1995.

16 PEYRANO, Jorge W., “Aspectos procesales de la responsabilidad profesional”, en “Las responsabilidades profesionales”, libro en homenaje al Dr. Luis O. Andorno, pág. 261, Ed. Librería Editora Platense SRL, La Plata 1992.

adaptación en función de la tipología de la enfermedad y las circunstancias condicionantes externas del caso.

Cuando el médico acepta la relación contractual, debe en primer lugar **detectar** la dolencia causal del paciente, estableciendo un **diagnóstico**. Se trata de una cuestión científica que está fuera del derecho, es decir, es un “hecho científico” que luego adquiere el carácter de **acto jurídico unilateral** consistente en una decisión de transformar determinados síntomas en un **dictamen médico – científico**. Tiene carácter vinculante, pues condiciona al médico para los próximos actos, ya que a partir de allí trazará un camino, elaborando un determinado **programa de conducta (terapéutica)**.

Una vez obtenido el diagnóstico, debe ser **comunicado** al paciente, como así también la terapéutica a aplicar y su posible resultado, riesgos, etc.

Entre diagnóstico y tratamiento hay una **relación de causa a efecto**, estableciéndose entre ambos una conexidad científica y jurídica que determinan una relación de dependencia que hace que el **hecho anterior** (diagnóstico), promueva o condiciones el siguiente (art. 901 C.C.). De este modo, frente a determinado diagnóstico debe **secuencialmente** realizarse algunos de los posibles tratamientos médicos usualmente admitidos por la ciencia, siguiendo un criterio de discrecionalidad profesional.

Cuando el resultado esperado no acaece, desde el punto de vista científico se ha producido una desviación de las consecuencias previstas según el curso ordinario de las cosas. En entonces necesario que el médico explicita y funde científicamente el criterio científico asumido y su adecuación al paciente y condicionantes de tal forma, que este curso de acción desvirtúe “per se” el cambio de consecuencias trasladando nuevamente al paciente o al entorno condicionante la causación del daño.

Dicha situación fáctico – científica – jurídica se acredita estableciendo o reconstruyendo la relación de causalidad entre el diagnóstico, las alternativas objetivas científicas, la adecuación subjetiva del método al paciente y la explicitación de los condicionantes externos, es decir, el acto discrecional médico evita considerar la conducta del médico como arbitraria o autoritaria y desvincularla del plano de la responsabilidad.

La **verificación** del enlace científico entre estos hechos es efectuada a través del **dictamen médico pericial**, pues sólo la ciencia médica puede

determinar si esa adecuación causal se encuentra presente.<sup>17</sup> Por tratarse de una prueba que versa sobre conocimientos científicos de disciplinas no jurídicas, los jueces no pueden apartarse de ese dictamen a menos que tengan fundados argumentos, mediante una prueba científica contrapuesta, lo contrario llevaría a la **arbitrariedad** de ese pronunciamiento judicial.<sup>18</sup>

## 6.2 La causalidad y su relación con la culpabilidad como factor de atribución.

Establecida la adecuación causal entre el acto médico discrecional (a partir del diagnóstico y su adecuación científica con la terapéutica y que la técnica de ejecución también ha sido realizada conforme las reglas del arte médico), se lo desconecta del resultado dañoso de aquel hecho profesional. La acreditación del obrar discrecional médico pone a las claras que el daño no es ya la consecuencia de su conducta, con lo cual “otro” será el “hecho generador”,<sup>19</sup> el que puede obedecer a la causalidad de la víctima, (VG. Causa predisponerte en el organismo del paciente), o factores condicionantes externos Vg., caso fortuito o fuerza mayor, o bien a otras situaciones objetivas ajenas al obrar del material o provenientes de la organización hospitalaria.

Por el contrario, si el profesional no acredita y prueba dichos extremos, cabe inferir que la conducta que interfirió en la causalidad natural humana, es la que determina el resultado o daño.

La consecuencia jurídica de esta conducta omisiva probatoria es la presunción de que la interferencia se transforma en culpabilidad, (arts. 512, 902 y 909 C.C.).

Como vemos, estas cuestiones deben ser dilucidadas en los ámbitos jurídico – científico y relacional jurídico de factor de atribución. Se trata de dos planos diferentes: la **causalidad** constituye un elemento básico de la reparación conjuntamente con el hecho humano y el daño y tiene por

17 Consult. TOTO LÓPEZ, A. “Cursos causales no verificables en Derecho Penal” Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Valladolid, 1983.

18 Sólo cabe considerar como error judicial a aquel que ha sido provocado de modo irreparable por una decisión de los órganos de la administración de justicia, cuyas consecuencias judiciales no han logrado hacer cesar por efecto de los medios procesales ordinariamente previstos para ese fin. Corte Suprema nacional. Román SCA c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) 13 de octubre de 1993, inédito.

19 Argentina. C. Civ. y Com. San Nicolás, 11/8/94, GARCÍA DE GONZÁLEZ, Olga del V. y otros V. JUÁREZ, Rafael H. y otros. Jurisprudencia Argentina 1995 – II – 499.

objeto establecer cuando un resultado debe ser imputado objetivamente a la acción u omisión de una persona y la transformación en factor de atribución determina la culpabilidad, es decir la arbitrariedad, el autoritarismo o la omisión probatoria impulsan una presunción de que el resultado debe ser atribuido “subjetivamente”.

No obstante la distinta conceptualización teórica entre la causalidad y la culpabilidad, ambos guardan una estrecha vinculación y tienen en el obrar profesional un elemento común que **enlaza** a ambos campos: si el resultado dañoso reconoce a su causa en la conducta del médico (conducta autoritaria, arbitraria u omisión probatoria) ello transforma su obrar en culpabilidad, jurídicamente factor de atribución determinante de la responsabilidad subjetiva.

Por consiguiente, acreditaba a relación causa – efecto, el débito profesional aparece incumplida, presumiendo la responsabilidad subjetiva – omisión de diligencias – con la atribución en la culpa.

No se trata de un lado de que el actor deba probar la culpa, ni tampoco implica inversión de la carga probatoria para el profesional, sino que es la **verificación objetiva** de la conducta científica del facultativo, que de producirse, ubican la causa del daño fuera de su órbita.

De este modo la acreditación del antecedente (hecho humano medical y la **relación de causalidad**, cobran trascendencia y no se hace necesario introducirse en el plano de la culpabilidad que aparece como una deducción de lógica jurídica que el daño se encuentra fuera de su accionar; se impide que se concrete su responsabilidad al no configurarse los presupuestos básicos de la reparación.



# LA PRUEBA EN EL CONTRATO DE SEGURO

Abel Augusto Zamorano<sup>1</sup>

## CONTENIDO:

1. Caracteres del contrato de seguro
2. El seguro es un contrato lateral
3. El contrato de seguros es oneroso
4. El contrato es aleatorio
5. El seguro es un contrato de ejecución sucesiva o ejecución continuada
6. El contrato de seguros es indemnizatorio
7. El contrato de seguro es intuitu personae
8. El impacto de la ley 29 del 1º de febrero de 1996 en la actividad de seguro
9. Objeto del contrato de seguro
10. La póliza de seguro
11. Efectos donde otros documentos no son incorporados
12. Documentos colaterales
13. Forma, prueba e interpretación del contrato de seguro
14. La forma y el contrato de seguro
15. La prueba del contrato
16. La carta probatoria del contrato de seguro
17. La prueba del contrato por el asegurado
18. La prueba de contrato por el asegurador
19. La prueba del siniestro
20. Prueba de los daños
21. Llamamiento en garantía en el contrato de seguro
22. Bibliografía

---

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Procesal Civil de la Universidad de Panamá y de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología. Magistrado del Tribunal Superior de Trabajo de Panamá.

## **CONFERENCIA: La prueba en el Contrato de Seguro**

En primer lugar, deseamos dar las gracias a quienes tuvieron la gentileza de invitarnos a esta Conferencia sobre “LA PRUEBA EN EL CONTRATO DE SEGURO”, y en donde han participado y participarán especialistas en todos los niveles del seguro que pondrán en tela de apreciación y evaluación sustanciosos conocimientos e investigaciones sobre diferentes aspectos relacionados con el seguro en general.

Sabemos que los temas que se han tratado y se tratarán, son de gran actualidad e interés y creemos que ese fue el propósito con que el Comité Organizador los escogió de la misma manera, como lo hizo el excelente grupo de expositores que constituyen un factor decisivo en el éxito de esta actividad y ojala dicha iniciativa se haga realidad en otras esferas del país, porque indudablemente el tema del seguro es de gran interés, ya que innegablemente, el desarrollo de la actividad aseguradora, constituye una de las principales manifestaciones económicas dentro de nuestro país y evidencian la ineludible necesidad que tienen las sociedades del seguro en una era de globalización y de mercado de libre competencia en donde es mayor el avance cultural y tecnológico de nuestro país y por esa razón, que resulta mayor la importancia del seguro, puesto que solo en el rol avanzado de la civilización puede estimarse el destacado papel de ese intangible negocio que representa la necesidad de protección.

Es por esa razón, que en los países más desarrollados como Estados Unidos e Inglaterra, el seguro constituye un aspecto vital de las relaciones económicas, y precisamente, en esos países el pago de las primas se considera como parte de la canasta familiar.

Y es que el incremento de toda actividad económica de un país puede depender en mayor o menor grado del seguro, porque sólo éste garantiza contra pérdidas éstas que de no estar debidamente amparadas llevarían sin duda alguna, a quien las sufra una aflictiva situación financiera cuando no a la bancarrota. Pero gracias al seguro, es posible reanudar prontamente, la actividad o, cuando menos, reparar el vacío económico que la muerte de una persona genera.

Tanto en el plano de la seguridad social, como en el de la individual, opera en el contrato de seguro, la necesidad de disponer lo pertinente para que los daños ocasionados por múltiples actividades peligrosas puedan ser debidamente atendidos, y ello ha encontrado respuesta positiva en el seguro; así por ejemplo,

respecto a la conducción de automóviles, ya se ha hecho obligatorio en algunos países el seguro de responsabilidad civil.

En Colombia, por ejemplo, el seguro de responsabilidad civil es obligatorio desde el año de 1973.

No se concibe hoy en día la actividad aeronáutica si quienes la ejercen no están debidamente respaldados por adecuados seguros.

Quienes prestan sobre garantías hipotecarias o prendarias exigen como requisito adicional la toma de un seguro de incendio, y uno de deudores, modalidad de seguro de vida que asume el pago del saldo adeudado si muere el obligado.

Señala el profesor **HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO**, que todo el sistema de contratación de las grandes obras estatales o privadas para no citar una de las más relevantes áreas donde el operario encuentra en el seguro su soporte y certeza de cumplimiento (LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, **Comentarios al Contrato de Seguros**. Segunda Edición, 1993, Dupré Editorial, Santafé de Bogotá, pág. 5).

En la actividad judicial, el embargo de bienes en los procesos de ejecución, como también la promoción de algunos incidentes, la suspensión de la sentencia de condena, en suma toda esa actividad que se tiene del seguro, evidencia su importancia; de ahí de la obligación de conocer la materia en su lineamiento jurídico, los cuales, desafortunadamente, en no pocos casos están divorciados de lo técnico cuando lo deseable sería que constituyan un perfecto complemento.

Decimos lo anterior, porque algunos tienen la creencia, de que es posible separar el aspecto técnico del seguro, de su regulación jurídica y esto ha provocado en algunas ocasiones errores de producir condiciones contractuales que riñen no sólo con las normas reguladoras del contrato mismo, sino con elementales principios jurídicos que, aunque obvios para expertos en leyes no lo son para las personas que se dedican a otras disciplinas y como dice **FABIO LÓPEZ BLANCO**, en algunas ocasiones miran de reojo o con cierto desprecio los aspectos legales como si no fuera el derecho el motor que ha impulsado, impulsa e impulsará al mundo.

De allí, la importancia que tenga el ordenamiento total del seguro, que expresa una unidad sistemática de posición, pero como lo señala el autor citado, el derecho de seguros, es un aspecto importante del derecho mercantil, aunque no se pueda desglosar de él; de allí que autores como **RODRIGO URÍA** señalan que “la actividad aseguradora tiene un carácter mercantil, pues tiene como base



económica inexcusable la reunión de un gran número de operaciones de la misma especie para poder llegar a neutralizar el riesgo, repartiéndolo sobre una masa de operaciones uniformes. Y enfatiza el autor, señalando que la garantía de éxito por empresarios especializados, aptos para organizar la explotación industrial conforme a un plan racional con auxilio de métodos estadísticos y de finísimos cálculos matemáticos. La ciencia actuarial, nacida al calor de la institución aseguradora, es el mejor exponente de la base racional y matemática del seguro mercantil". (URIA, Rodrigo, **Derecho Mercantil**. Décimo Séptima Edición Marcial, Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid 1990, págs. 647 – 648).

Por su parte, en nuestro país, las disposiciones que regulan el contrato de seguro están contenidas una parte en el Código Civil y otras fundamentalmente en el Código de Comercio.

Señala el Profesor **JUAN SAUCEDO POLO** (q.e.p.d.) que el seguro es una actividad de orden público, económico que debe estar regulada en todos sus aspectos, pues el aporte de las compañías de seguro y reaseguro ha sido muy significativo en la creación de puestos de trabajo y el seguro día a día aumenta su campo de aplicación y casi no hay actividad humana en la cual no tenga cabida. De allí que tanto en el campo civil, comercial, como comunitario, el seguro, siempre encontrará un papel importante que jugar.

E independientemente, de que debe estudiarse dentro de los contratos civiles y que otros se inclinen por estudiarlo en el derecho comercial y otros invoquen su autonomía, y otros lo consideren un derecho especial; indudablemente, el seguro es una rama importante de la actividad comercial y los nuevos Códigos de Comercio tanto en Colombia como el Salvadoreño lo incluyen dentro de sus articulados (SAUCEDO POLO, Juan. **El Contrato de Seguros**, Imprenta Lil., pág. 9).

El tema que habremos de desarrollar requiere ineludiblemente, que nos apoyemos en la noción de lo que es el contrato de seguro y en esta materia es importante señalar lo expuesto por **RUBÉN STLIGLITZ** quien manifiesta que si calificamos el contrato de seguros, como un contrato de adhesión, reglamentado, normado o dictado, como una hipótesis del intervencionismo estatal en la esfera del derecho contractual, motivado en razones de política social, va de suyo que toda tarea de interpretación no podrá eludir ese perfil, ese acento y manifiesta el autor que es insoslayable esa función, pues viene motivada por tipos negociables que como el seguro, se caracteriza además, en la desigualdad formal de los contratantes, y esa es la razón fundamental que los caracteres que contiene el

contrato como lo son: consensual, de forma probatoria y no sustancial; sinalagmático, oneroso, aleatorio y de trato sucesivo, permiten desenvolvimiento de tal naturaleza que insertan al contrato de seguro, en un derecho específicamente solidarista.

El Código de Comercio de Colombia en su artículo 1036 señala: que el seguro es un contrato solemne, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva.

Que el contrato de seguro se perfecciona desde el momento en que el asegurador suscribe la póliza.

Por su parte, para el Profesor **FABIO LÓPEZ BLANCO** al hacer referencia a la definición que el Código establece manifiesta que: “No son estas las únicas características del contrato de seguro, ya que del estudio de sus diversas normas surgen otras cualidades también muy importantes, tales como su carácter estrictamente indemnizatorio; la buena fe, pues aunque todos los contratos se basan en ella, aquí el concepto adquiere un especial significado, como lo veremos; el ser contrato en consideración a la persona y de adhesión, aspectos éstos dos últimos de amplia controversia, porque realmente no son comunes a todos los contratos de seguro, pero que sí operan en la mayor parte de ellos” (obra citada, pág. 21).

En nuestro medio, el Licenciado **RODRIGO CIGARRUISTA** en su trabajo de graduación, nos señala que el contrato de seguro es todo contrato solemne, en virtud del cual una de las partes integrantes denominadas asegurado, se obliga a pagar un importe único o periódico llamado prima, para que en el evento de existir un acontecimiento determinado en cuanto a su naturaleza – que puede ser futuro e incierto o futuro cierto – llamado riesgo, tenga que ser satisfecho pecuniariamente, por la otra parte contratante llamada Asegurador. (CIGARRUISTA, Rodrigo. **Derecho Panameño de Seguros**, Tomo I, pág. 104).

El Doctor **JUAN SAUCEDO POLO** citando a los autores franceses – **PICARD y BESSON**, manifiestan que el seguro es “una operación por la cual una parte, el asegurado, se hace prometer mediante una remuneración, la prima, una prestación, por la otra parte, el asegurador, en caso de realización de un riesgo”. (PICARD y BESSON **Less Assurances Terrestres**, Tomo Premier Le Contract D’ Assurance L.G.D.J., pág 1).

Señala el Doctor SAUCEDO POLO que:

*“A nuestro juicio es más conveniente definir el seguro como el contrato en virtud del cual una parte se obliga al pago de una prima determinada y la otra parte, el asegurador, se obliga a asumir un riesgo igualmente determinado.*

*Es nuestra intención destacar con la anterior definición, las partes que intervienen en el contrato: por un lado, uno de los contratantes, que no siempre se identifica con el asegurado y, por el otro, el asegurador. Igualmente pretendemos destacar las obligaciones fundamentales que surgen para cada una de las partes; el pago de la prima para la primera y la asunción del riesgo para la segunda. Sobre este último aspecto nos dice Mossa que “es decisiva en el contrato de la asunción del riesgo por parte del asegurador. El fin íntegro del contrato estriba justamente, en la asunción de este riesgo”.*

Por su parte, MICHELLE DUEÑAS, en su trabajo de graduación señala: “se desprende que el seguro es un contrato mercantil mediante el cual una persona llamada asegurado, cede a otra persona llamada asegurador, sus riesgos, a través del pago de una determinada prima, de modo tal que en caso de la ocurrencia del siniestro, el asegurador estaría obligado al pago de la indemnización pactada” (DUEÑAS, D. Michelle Ivonne. **De la Responsabilidad Jurídica de los Hechos del 20 de diciembre de 1989, en materia de seguros.** Trabajo de Graduación Facultad de Derecho, 1997, pág. 2).

El corredor de seguros y licenciado TOMÁS SÁNCHEZ QUINTERO señala: “El contrato de seguro es una institución socioeconómica que se constituye para satisfacer una necesidad producida por hechos fortuitos. Estos pueden acarrearle al asegurado un daño o pérdidas en su economía, pero con esa garantía se produce, cuando el asegurador asume el riesgo con el respectivo pago de la prima, que debe abonar el asegurado, manteniendo así el principio de contraprestación contractual (SÁNCHEZ QUINTERO, Tomás; Trabajo de Graduación **Los Contratos de Seguro y Riesgo de Guerra como Cláusula de Exclusión.** Facultad de Derecho, 1997, pág. 26).

El contrato de seguro se encuentra definido por el Código Civil en el artículo 1483 y según dicho artículo “el Contrato de Seguros es aquel por el cual el asegurador responde del daño fortuito que sobrevenga en los bienes muebles o inmuebles asegurados, mediante cierto precio el cual puede ser fijado libremente por las partes”.

Es importante observar como lo anota el Profesor CARLOS ALBERTO VOLOJ PEREIRA, que la definición sobre el contrato de seguros que nos da el Código

Civil, sólo hace referencia al seguro de cosas, omitiendo el seguro de personas”. (VOLOJ PEREIRA, ALBERTO. **Hablemos de Seguros**, pág. 41).

La definición que da el Código Civil del contrato de seguro como lo anota el Profesor **VOLOJ PEREIRA**, sólo hace referencia al seguro de cosas o de daños y omite el seguro de personas. Y la definición se refiere a la responsabilidad por el daño fortuito, lo cual no siempre ocurre, ya que es del conocimiento que en el seguro de personas y en el de vida específicamente, existen los beneficios de renta por invalidez, en los cuales no se ha producido un daño y por lo tanto, no hay daños que indemnizar.

El Código de Comercio nos da una definición precisa del contrato de seguro, sin embargo, el artículo 994 se limita a decir lo siguiente:

*“Artículo 994. El seguro puede tener por objeto todo interés estimable en dinero y toda clase de riesgo, no mediando prohibición expresa de la ley”.*

Manifiesta el profesor citado que la ley no define el contrato de seguros, y lo hace vaga e incompletamente, criterio que compartimos, porque el Código de Comercio que entró en vigor el 1 de octubre de 1917, encuentra en dicho Código el Título 19 del Libro Primero y en sus artículos 994 a 1071 hacen referencia al seguro terrestre y el Capítulo IV, Título Segundo del Libro II hace referencia al seguro marítimo en los artículos 1364 a 1432.

En la actualidad, la ley 59 de 29 de julio de 1996, por la cual se reglamentan las actividades aseguradoras y/o administradoras de seguros y la profesión de corredor o productor de seguros, es la última legislación sobre esta materia, pero está dirigida a lo que es la reglamentación de las entidades aseguradoras y de los profesionales de esta actividad.

El contrato de seguros conforme nuestra legislación es un acto de comercio tal como lo expresan el artículo 2 numerales 13 y 14 del Código de Comercio que dice:

*“Artículo 2. Serán considerados actos de comercio todos los que se refieren al tráfico mercantil, reputándose desde luego como tales, los contratos y títulos siguientes:*

1. ....

2. ....

13. *El seguro en general, cuando el asegurado satisfaga una cuota única o periódica como precio o retribución del seguro;*

14. *El seguro contra toda clase de riesgos y especialmente contra los marítimos o seguro marítimo;...”*

## **CARACTERES DEL CONTRATO DE SEGURO**

Procederemos ahora a comentar los principales elementos integrantes de las definiciones del contrato de seguros, dadas por la doctrina y por la legislación.

### **El contrato de seguro es solemne.**

En nuestro derecho debemos distinguir el Seguro Civil y el Seguro Comercial.

El Contrato de Seguro Civil es consensual, ya que el artículo 1483 y siguientes normas del respectivo Código no le exigen solemnidad alguna.

En materia comercial, por el contrario, el Contrato de Seguros es solemne, pues de acuerdo con el artículo 1013 del Código de Comercio para su validez debe constar por escrito y lo constituirá la póliza de seguro.

El artículo 1013 del Código de Comercio dice lo siguiente:

*“Artículo 1013. El contrato de seguro, para su validez, debe constar por escrito, y lo constituirá la póliza de seguro”.*

Esto significa que el pacto no empieza a producir sus efectos jurídicos hasta que se cumplan determinadas formalidades.

*“Artículo 245. Cuando la ley mercantil requiera como necesidad de forma del contrato, que conste por escrito, ninguna otra prueba de él será admisible y a falta de título escrito, el contrato se tendrá como insubsistente”.*

Esta condición de constar por escrito es la que le da el carácter formal y eminentemente solemne que aparece consagrado tanto en el artículo 245 como el 1013 del Código de Comercio.

El hecho de que el Contrato de Seguro sea solemne, da mayor seguridad a las partes, pero es contrario al carácter de la ciencia del derecho mercantil que es de celeridad y de economía de sus actos.

Aunque en nuestro país en la práctica se realiza este tipo de acuerdo en forma consensual en contradicción de lo señalado en el Código de Comercio específicamente en su artículo 1013, y se pueden aceptar verbalmente, la cobertura del riesgo que pudiera ser que al ocurrir el siniestro y a la falta de prueba escrita del asegurador, puede negarse a pagar las indemnizaciones al recurrir a lo establecido en el Código de Comercio. A pesar de que señala el Profesor **VOLOJ PEREIRA** que la experiencia demuestra que siempre este tipo de actos priva la moralidad, honradez pundonorosa, responsabilidad de la compañía aseguradora, pero no debemos dejar exclusivamente, a la buena fe de las partes o a criterio o discreción del asegurador.

Y para reforzar el criterio de que él está de acuerdo con la consensualidad para la celeridad de las operaciones mercantiles y más aún las operaciones de seguros, señala que la característica de consensualidad puede presentar problemas, como por ejemplo la dificultad en la prueba de seguros y cita el siguiente ejemplo:

*“El seguro de auto que es el que generalmente se compra, es decir, no se vende, sino que la gente va y lo compra. En estos seguros, la práctica es la de darle cobertura verbalmente, incluso por teléfono. Supongamos que un viernes a las 5:00 p.m. se está perfeccionando la compraventa de un auto B.M.W. o Mercedes Benz, y el comprador llama a su corredor de seguros para que le asegure el vehículo.*

*Generalmente, son las secretarías las que toman los datos. Esos datos reposarán en un papel borrador en la oficina.*

*El comprador del auto, el sábado en la tarde, tiene una colisión y esa colisión es muy seria, es múltiple e incluso hay lesionados. Estamos hablando de montos, de daños materiales al vehículo o de pérdidas totales del asegurado o del tercero.*

*Yo me pregunto si el lunes a primera hora cuando el hecho se notifique, si la compañía de seguros va a pagar. Esto es muy delicado. Sabiendo de la existencia del Código que caracteriza al contrato de seguros como solemne, y que dice que debe constar por escrito, y lo constituye un documento probatorio. También se presenta el peligro de la interpretación del mandato aparente, se compromete la compañía de seguros en virtud de compromiso injustificado y algún productor de seguro o funcionario de la compañía de seguros (Conferencia sobre derecho de seguros. I Foro Nacional, 20 al 30 de agosto, 1984. pág. 11)”.*

Sobre lo que ocurre con la solemnidad y la costumbre ha sido “costumbre inveterada y constante la de aceptar seguros y otorgar los amparos correspondientes, al menos de manera provisional, sin llenar las formalidades requeridas, lo que en ocasiones se hace verbalmente, en otras con base en una solicitud y, en algunas, por quienes representan legalmente al asegurador”.

“Se procede como si el contrato de seguro fuera, como debiera serlo...”

Desafortunadamente, esta costumbre mercantil, por inveterada y general que sea, no puede ni modificar la ley ni tener la misma autoridad que ella, porque resulta con claridad el análisis anterior, fue contrario a lo que se estipula en los artículos 245 y 1013 del Código de Comercio.

El amparo telefónico, el amparo verbal o por carta, la simple aceptación de una solicitud, los amparos que conceden los intermediarios, no son contratos de seguro, no pueden ser probados como tales, ni en tal carácter tienen fuerza alguna obligatoria. Sólo nacen cuando se cumple la solemnidad requerida (BUS-TAMANTE FERRER, Jaime y URIBE OSORIO Ana Inés. **Principios Jurídicos del Seguro**, Tercera Edición, Editorial Temis, pág. 4 y 5).

Para reforzar el criterio, los autores antes citados señalan la sentencia del 5 de septiembre de 1988 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia que expresó lo siguiente:

*“Si no se ha suscrito la póliza... una de las partes no tiene aún la obligación de cancelar la prima y la otra... la de brindar la cobertura asegurativa. Y que no vale alegar la aceptación de una oferta en forma telefónica respecto del seguro porque... es indispensable que el escrito solemnice el contrato de seguro con los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico”.*

Por pacto solemne, debemos entender, aquél en que en su ejecución se hayan observado las formalidades determinadas imperativamente por la ley.

En ese sentido, nuestro país pertenece a los países en los cuales el Contrato de Seguros es solemne, con ventajas de mayor seguridad para las partes, pero en contraposición con los principios del derecho mercantil moderno.

En las legislaciones europeas, como en Francia y la de Italia, sí permiten el Contrato de Seguro válido por el sólo consentimiento de voluntades, que en términos jurídicos se conoce como consensualismo, sin embargo, independientemente, como lo señala el Doctor EFRÉN OSSA de cómo se constituye el contrato, ya sea una carta, un memorando si contiene los datos necesarios puede cumplir la función de póliza, como documentos “ad substantiam actus”, con tal de que estén firmados por el “remitente”, que para el caso debe ser el asegurador”. (OSSA, Efrén. **Teoría General del Contrato de Seguro**. Editorial Temis, Bogotá 1991, pág. 250).

El Código de Comercio, en el libro II del Comercio Marítimo, Capítulo IV, al hablar de la forma del contrato expresa en su artículo 1364 lo siguiente:

*“Para ser válido el contrato de seguro marítimo, habrá de constar por escrito en póliza firmada por los contratantes. Esta póliza se extenderá por duplicado, reservándose un ejemplar cada una de las partes contratantes”.*

El documento legal llamado póliza tiene entre nosotros dos atribuciones; uno es perfeccionar el contrato y dos, sirve de exclusivo instrumento probatorio.

Esto significa que este contrato no puede probarse ni por testigos, ni por presunciones, ni por el juramento ni aún por la confesión del deudor.

De allí que nuestra Corte Suprema de Justicia en el caso seguido por Seguridad de Panamá, Compañía de Seguros, S.A. quien recurre en casación dentro del Juicio Ordinario que le sigue a Estructuras Nacionales S.A., expresó:

*“De las disposiciones citadas resulta claramente que la prueba idónea para demostrar la existencia de la relación jurídica contractual entre el asegurador y asegurado es únicamente la póliza de seguro, esto es, el documento que contiene el contrato del seguro respectivo”.*

Sobre la admisibilidad de la prueba de confesión para acreditar la existencia del Contrato de Seguro, la Corte Suprema De Justicia en sentencia de 5 de junio de 1978, en el proceso incoado por Rómulo Bethancourt de la Cruz, quien recurre en Casación en el Juicio Ordinario que le sigue a BOYD BROTHERS INC., expresó:

*“La Sala no comparte la posición del fallo recurrido en cuanto a desechar la prueba de confesión para acreditar la existencia de un contrato de seguro. Y ello porque el artículo 1013 del Código de Comercio sólo dice que el Contrato de Seguro debe constar por escrito, pero ello no excluye la prueba de confesión para probar su existencia.*

*Por otra tenemos que el artículo 725 del Código Judicial taxativamente enumera los casos en que no tendrá valor alguno la confesión; por tanto a contrario sensu, la misma tiene valor en los demás casos en que se produzca. Y si dicho artículo no la excluye para acreditar la existencia de un contrato de seguro o el reconocimiento de indemnizar derivado de un contrato, mal puede el juzgador declararla como prueba no admisible para acreditar esos hechos”.*

En la comisión redactora del Proyecto de Código de Comercio de Colombia prevaleció la tesis de mantener el contrato de seguros con la característica de solemne con la que se consideraba y en esa comisión el Doctor **JUAN FERNANDO COBO** se convirtió en el abanderado de la tesis de la solemnidad del contrato,



ofreciendo en el debate argumentos sólidos contrarios a la consensualidad señalando que ésta tenía inconvenientes graves como los siguientes:

*“a) Dificultad en la prueba del contrato.*

*b) Peligro de que con la interpretación del mandato aparente se comprometa a las compañías de seguros en virtud de compromisos injustificados de algún agente o empleado subalterno.*

*c) La complejidad del contrato de seguros y su naturaleza esencialísima, en virtud de sus múltiples modalidades, diversos amparados y exclusiones, no lo hacen adecuado para ser concreto en forma consensual” (López Blanco, Fabio Hernán. Ob. Cit. Pág. 24 y 25).”*

Estimamos que mientras la ley confiera al Contrato de Seguro la característica de solemne, es necesario que las partes exijan en todas las oportunidades, el cumplimiento escrito de las formalidades requeridas; el hacerlo así no acarrearía dificultades graves, como por ejemplo, el concepto del valor de la palabra empeñada o el archi conocido argumento “demuéstreme dónde está escrito eso que usted dice”.

Sin embargo, debemos aclarar, que el perfeccionamiento del Contrato de Seguros acontece cuando el asegurador suscribe la póliza que debe entender no la elaboración del documento y mucho menos la entrega de éste, pues estas son obligaciones del asegurador provenientes del perfeccionamiento del contrato; si no de la aceptación escrita que la aseguradora da a la propuesta que por escrito le formula el solicitante del seguro.

Y la suscripción que significa firmar el escrito aunque puede condicionar la vigencia del amparo, del riesgo a la expedición de la póliza, pero esto se puede condicionar dentro del principio de libertad contractual que opera para el contrato del seguro, pues el asegurado no puede en absoluto quedar vinculado por la propuesta del proponente sino como dice GARRIGUEZ, es libre para rechazarlo o aceptarlo sin observancia de plazo alguno y sin que el silencio pueda tomarse como aceptación de ella, pues el acto de suscripción implica siempre una conducta positiva. (RODRÍGUEZ, Joaquín. **Contrato de Seguros Terrestres**, Madrid, 1973, pág. 116).

El Profesor **LÓPEZ BLANCO**, ha señalado que el suscribir la póliza, momento de perfeccionamiento del contrato “es conducta que se da cuando se acepta por escrito la propuesta, sin necesidad de que esa aceptación implique una comunicación al solicitante hasta la nota en tal sentido colocada por la aseguradora en el texto mismo de la propuesta o solicitud de seguro, que, como bien se sabe, es

documento que forma parte de aquél, o en cualquiera otro escrito donde quede estampado ese querer”. (Ob. Cit. pág. 27).

## **EL SEGURO ES UN CONTRATO LATERAL**

Es bilateral porque de dicha relación contractual surgen para ambas partes deberes y derechos. Y esa bilateralidad determina las condiciones del mismo, en caso eventual de producirse el riesgo asegurado. La bilateralidad implica que el asegurador resulta obligado a asumir el riesgo y el asegurado a pagar la prima, a no gravar el riesgo y a cumplir las cargas correspondientes.

Esa bilateralidad implica de igual manera que el contrato no puede ser modificado unilateralmente, por una de las partes.

## **EL CONTRATO DE SEGUROS ES ONEROSO**

Cuando un contrato tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose a cada uno en beneficio del otro, es oneroso. El contrato oneroso es conmutativo, cuando las prestaciones de las partes se estiman equivalentes, y es aleatorio si el equivalente consiste en una contingencia de ganancia o de pérdida.

## **EL CONTRATO ES ALEATORIO**

Hemos visto que es aleatorio porque en él existe una condición la que está sujeta la obligación de la empresa aseguradora en el caso de pérdidas o daños sufridos en el objeto asegurado.

La condición de aleatorio envuelve la contingencia incierta de ganancia o pérdida, atendiendo al contrato individual y no al conjunto de operaciones de la compañía aseguradora.

Y el contrato de seguros tiene ese carácter de aleatorio, pues entre las relaciones con el asegurador y el asegurado, señala el Profesor **JUAN SAUCEDO POLO**, que hay posibilidades de ganancia o pérdida cuando menos para la aseguradora; sobre todo en caso de riesgo incierto en sí, si el siniestro no se produce, el asegurador no está obligado a satisfacer ninguna obligación pecuniaria y habrá cobrado la prima.

Si el siniestro se produce deberá pagar una suma desproporcionada con relación a la prima y el asegurado ganará. El asegurado deja de perder en la misma medida en que el asegurador ha asumido el riesgo.

Desde el punto de vista económico y técnico señala el Profesor SAUCEDO POLO, el seguro tiene por finalidad suprimir o al menos regularizar el azar. Para el asegurado el seguro tiene justamente, una finalidad anti aleatoria, él celebra un contrato cuyo objetivo es contrarrestar los efectos del azar (SAUCEDO POLO, Juan. Ob. Cit. Pág. 19 y 20).

Para el Profesor VOLOJ PEREIRA, el carácter aleatorio del seguro se lo da la contingencia incierta de ganancia o pérdida y que el Código de Comercio lo establece en el artículo 1007 así:

*“Artículo 1007. El seguro hecho sobre cosas que al tiempo del contrato estaban ya libres del riesgo que se trataba de garantizar o de cosas cuya pérdida o daño ya existía, es nulo, siempre que haya presunción de que el asegurador sabía de la cesación del riesgo, o el asegurado la existencia de la pérdida o daño de las cosas aseguradas”.*

El carácter aleatorio del contrato es el hecho fortuito o eventual.

Aunque hay algunos autores en la doctrina que establecen que el contrato es conmutativo, ya que ambas partes se obligan a prestaciones ciertas y determinadas y ambas partes saben de antemano lo que se compromete, el límite máximo de sus prestaciones y por lo tanto, el interés pecuniario de las mismas.

Señala el Profesor LÓPEZ BLANCO, “que el carácter aleatorio se considera porque está de por medio de incertidumbre respecto a si el asegurador tendrá o no que afrontar el pago de una indemnización y cual ha de ser la cuantía de ella, pues bien, puede suceder que el daño establecido no alcance al límite máximo establecido como suma asegurada”. (LÓPEZ BLANCO. Ob. Cit. Pág. 82).

JUAN CARLOS MORANDI dice que esta incertidumbre es la que da el carácter aleatorio a la relación de seguro, no siendo significativo para negarle tal carácter la función antialeatoria que ejerce la empresa aseguradora al eliminar las consecuencias económicas desfavorables de los riesgos mediante la reunión de aseguradores, pues como dice el mismo autor “una cosa es la seguridad de la industria aseguradora y otra muy distinta es el contrato individual”.

La aleatoriedad del Contrato de Seguros, sin embargo, ha sido discutida por distintos autores quienes señalan que la empresa aseguradora no está sujeta a contingencia de pérdida.

Así tenemos que el colombiano J. EFRÉN OSSA, señala: “no existe equivalencia en las prestaciones del asegurado y del asegurador. Uno y otro están sujetos a una contingencia que puede significar para uno ganancia (en el sentido lato) y

para otra una pérdida (ídem). Esa contingencia es la posibilidad de ocurrencia del siniestro”.

Por su parte, el Profesor **JUAN SAUCEDO POLO** admite que técnicamente el seguro es un contrato conmutativo.

**CARLOS ALBERTO VOLOJ PEREIRA** señala que los contratos de seguro no son exclusivamente aleatorios o exclusivamente conmutativos, sino que categóricamente, afirma que los contratos de seguro son aleatorios y conmutativos. (VOLOJ PEREIRA, Carlos. Ob. Cit. Pág. 57).

### **EL SEGURO ES UN CONTRATO DE EJECUCIÓN SUCESIVA O EJECUCIÓN CONTINUADA**

Decimos que un contrato es de ejecución inmediata, cuando la ejecución es simultánea a la consecución del mismo, como son los contratos de derecho real; mientras que el contrato de duración o tracto sucesivo, es aquél en el cual la prolongación del cumplimiento, por una cierta duración es condición para que el contrato produzca el efecto deseado por las partes y satisfaga la necesidad duradera o continuada que la condujo a contratar.

En lo que **MESSINEO** sostiene que la duración no es sufrida por las partes, sino que es querida por ella.

El contrato de seguros es de ejecución sucesiva pues el elemento tiempo es esencial como lo señala **RUBÉN STIGLITZ** pues señala lo siguiente:

*“Porque precisamente, la prolongación temporal de la ejecución de las prestaciones es el medio o instrumento para dar satisfacción continuada a una necesidad más o menos duradera de las partes. El plazo es uno de los elementos que se enuncia en la póliza. (Caracteres Jurídicos del Contrato de Seguro. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978, pág. 279).*

En principio, el contrato de seguros se extingue por el transcurso del tiempo de su vigencia y durante ese tiempo las partes quedan recíprocamente obligadas a cumplir lo convenido, pero en esas obligaciones el tomador o asegurador está obligado a pagar la prima y también debe comunicar las circunstancias que impliquen las agravaciones de los riesgos y a observar estrictamente las garantías que se le han dado. También está obligado, el tomador, de mantener el estado del riesgo. Mientras que el asegurador mantiene permanentemente el amparo y está en continua expectativa de que se cumpla con la contingencia que lo obliga a indemnizar.

En este principio señala **VOLOJ PEREIRA** que por ser de tracto sucesivo el contrato de seguro produce efectos indelebles hasta el momento en que se da su terminación por incumplimiento de obligaciones.

Que el contrato es renovable y prorrogable, pero el asegurador se reserva el derecho de renovación de los contratos de seguros, específicamente en los seguros de daños. (**VOLOJ PEREIRA**. Ob. Cit. Pág. 47).

### **EL CONTRATO DE SEGUROS ES INDEMNIZATORIO**

Señala el Profesor **HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO** que “tanto el contrato de seguro de daños como el de personas siempre tienen un carácter indemnizatorio y es que por lo que casi siempre tiene derecho a la indemnización, llámese asegurado o beneficiario, recibe un perjuicio proveniente de la ocurrencia del siniestro en materia de seguros de personas, pues sólo en casos muy raros se designa como beneficiario la persona con la cual no se tiene algún vínculo que, de presentarse la muerte, esta prueba la puede perjudicar; y como las características de una institución jurídica deben establecerse por lo que norma y frecuentemente ocurre, no podemos admitir la excepción para negar el carácter indemnizatorio del contrato”. (**LÓPEZ BLANCO, FABIO**. Ob. Cit. Pág. 35).

Consideramos que en los seguros del daño siempre opera el principio indemnizatorio, ya que el monto de la indemnización se tasa luego de ocurrido el siniestro y que también en el seguro de vida es indemnizatorio, pero como se señala por el autor, la indemnización se fija con anterioridad al siniestro y sobre bases que no admiten discusión.

Fallecido el asegurado, inmediatamente cobra la indemnización sobre su propia vida, lo que no admite ser discutido.

El contrato de seguros es un contrato de adhesión, pues se caracteriza por lo siguiente: las cláusulas ya están impresas en el formato del contrato que por regla general, es una póliza uniforme, sobre todo en los contratos más frecuentes como los de incendio, automóvil, sustracción, las pólizas ya están preestablecidas y orientadas sobre tarifas aplicables.

Sin embargo, la modernización de los corredores y agencias de seguros, su tecnificación, su especialización encaminadas básicamente a buscar a su cliente y frente a las aseguradoras las mejores condiciones han llevado a muchos contratos de seguros, especialmente los que amparan grandes comercios o industrias a dis-

cutir de igual a igual las condiciones, para evitar de esa manera interpretaciones de reglas que no se compadezcan con la realidad concreta.

En estos tipos de seguros de grandes riesgos ocurre que los solicitantes, debidamente asegurados por expertos en la materia (sus corredores o inclusive sus propios técnicos en seguros), discuten cláusulas tarifas, alcances de los amparos, exclusiones, en suma, en las condiciones generales del contrato sería inequitativo pretender aplicar idéntico criterio interpretativo por el hecho de ser también contratos de seguro, pues remontándose a la teoría del contrato de adhesión resulta indudable que ellos no se pueden incluir dentro de esa categoría. De ahí que en cada caso deba el intérprete determinar las condiciones que antecedieron la formación del consentimiento.

El contrato de adhesión es lo que dio origen al instrumento que ha recibido el nombre de póliza.

El contrato de seguro es un contrato de buena fe.

LUÍS RUIZ RUEDA, señala que el contrato es de buena fe en lo que significa que para aceptar la propuesta y perfeccionar con ello el contrato, el asegurador tiene que confiar en la buena fe del proponente al describir el riesgo y las circunstancias del mismo, ya que la exactitud de tal descripción constituirá el motivo determinante de la voluntad del asegurador para perfeccionar el contrato. (RUIZ RUEDA, LUÍS. **El Contrato de Seguro**. Editorial Porrúa. México, 1978, pág. 82).

Debe haber la ausencia de intención dolosa, de ánimo de no defraudar y es por esa razón que cuando se presenta el asegurado y expresa la solicitud de seguro debe darlo de tal manera que la aseguradora considere que todos los datos que le dan sean ciertos, aunque es prudente siempre la inspección, aunque no es obligación de ella realizarlo.

De allí que ISAAC HALPERIN, señala que el concepto de buena fe es peculiar en el seguro, pues con la buena fe se da la celebración y la ejecución del contrato y por esta razón con respecto del asegurador, el tomador debe conducirse con la mayor lealtad posible en cuanto se refiere a la descripción del riesgo y al mantenimiento del estado del riesgo. Respecto del tomador, el asegurador debe conducirse con la mayor lealtad posible en todo cuanto se refiere a la ejecución de sus obligaciones y a la interpretación de la póliza.

Nosotros consideramos que la expresión buena fe, o **bonae fide**, indica que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir las obligaciones y, en general,

emplear con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a las exigencias del decoro social.

Esto equivale a obrar con lealtad, rectitud y con honestidad.

Por eso es que los expositores dicen que el contrato de seguro es de “**uberri-mae bonae fide**”, porque especialmente, en relación con la naturaleza y conservación del riesgo y con las posibilidades de ocurrencia de los siniestros, la estricta buena fe tiene especialísima significación.

## **EL CONTRATO DE SEGURO ES INTUITU PERSONAE**

El Código de Comercio nuestro, así lo señala en el artículo 1006 al decir que el asegurado puede transferir la propiedad de la cosa asegurada antes de vencer el contrato, en cuyo caso el seguro pasa al nuevo dueño, aun sin mediar cesión o entrega de la póliza.

Aunque en la práctica las compañías exigen la notificación del traspaso para aprobarlo desaprobarlo en cuanto al seguro se refiere.

En la práctica las compañías de seguro dan al contrato de seguro el carácter intuitu personae y debe aconsejarse que esta posibilidad se pueda dar a través del endoso de la propia póliza.

654

## **EL IMPACTO DE LA LEY 29 DEL 1º DE FEBRERO DE 1996 EN LA ACTIVIDAD DE SEGURO**

Se hace necesario el estudio del impacto de la ley 29 de 1º de febrero de 1996 en la actividad de seguros, puesto que este tema no ha sido abordado hasta ahora en forma sistemática, y además, por la importancia que tiene la mencionada ley, y por el hecho de que al parecer la ley tiene alguna secuela o trascendencia en la actividad aseguradora de nuestro país y este hecho ha sido subestimado tanto por la Superintendencia de Seguros como por las propias entidades aseguradoras.

La mencionada ley contiene una parte sustantiva que versa sobre el monopolio, las prácticas de comercio desleal y la protección al consumidor. A nosotros nos interesa abordar lo concerniente a la protección del consumidor, en la medida en que dicha norma tiene su repercusión en el ámbito de la actividad aseguradora.

La ley en su artículo segundo establece que “se aplicará a todos los agentes económicos, ya sean personas naturales o jurídicas, empresas privadas o instituciones estatales o municipales, industriales, comerciantes o profesionales, entidades lucrativas o sin fines de lucro, o a quienes, por cualquier otro título, participen como sujetos activos en la actividad económica”.

Las actividades aseguradoras como personas jurídicas que operan en nuestro medio tales como las compañías de seguro, son personas jurídicas una vez que hayan sido autorizadas para operar en la República de Panamá, mediante resolución del Consejo Técnico de Seguros y de la Superintendencia de Seguros como dependencia del Ministerio de Comercio en los términos que se establecen en los artículos 12 y 18 de la ley 59 de 29 de julio de 1996. De allí que a las compañías de seguros autorizadas para operar en el país le sea aplicada la ley de la competencia.

La ley 29, crea en el artículo 101, un organismo especial denominado “Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor” y que tiene entre sus funciones las enumeradas en el artículo 103 en donde aparecen 23 numerales en donde nos interesa resaltar aquellas que guardan relación a la función de vigilancia, regulación e investigación de contravenciones y aplicaciones y de sanciones por violación a la ley 29.

Dentro de esas funciones nos interesa resaltar los ordinales 8, el numeral 10, 11 y 12 que dicen:

*“8. Investigar y sancionar, dentro de los límites de su competencia, la realización de los actos y las conductas prohibidas por esta Ley;*

*10. Emitir opiniones sobre las leyes, reglamentos, actos administrativos y proyectos, que se relacionen con las materias objeto de esta Ley;*

*11. Recabar documentos, tomar testimonios y obtener otros elementos probatorios de instituciones, públicas o privadas, y de personas naturales, dentro de los límites de su competencia;*

*12. Conocer de las consultas que sometan a su consideración los agentes económicos y los consumidores;...”*

Uno de los mecanismos a los que recurre la ley 29 para proteger al consumidor consiste en sancionar con nulidad, ya sea absoluta o relativa las cláusulas de los contratos, calificadas de abusivas por la ley y las nulidades en comento se aplican



no a cualquier tipo de contrato, si no a los denominados contratos de adhesión que la ley define en el artículo 29 de la siguiente manera:

*“Contrato de adhesión. Aquel cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes y servicios, sin que el consumidor pueda negociar su contenido al momento de contratar”.*

Los contratos de adhesión representan la modalidad contractual en las que las partes no alcanzan un acuerdo determinado mediante una negociación en conjunto de las cláusulas sino que son como lo establece CECILIO CASTILLERO, producto del desarrollo de la empresa capitalista y de la frecuencia y en muchos caso de complejidad de las operaciones mercantiles, en donde una de las partes, la que vende el bien, o presta el servicio a una clientela más o menos numerosa, redacta de antemano las cláusulas del contrato y el consumidor, cuando decide adquirir el bien con servicio de que se trata, acepta dichas cláusulas en bloque por lo que se dice que estamos en presencia de un contrato de adhesión. (CASTILLERO CECILIO. **Impacto de la ley 29 de 1996 en la Banca Panameña publicado por la Asociación de Profesionales de la Nueva Generación Jurídica.** Editorial Portobelo, formato N° 26, pág. 7).

656

Por su parte, otro expositor en ese ciclo de conferencias, el Doctor ANTONIO DUDLEY al hacer referencia a los contratos de adhesión resalta que tiene su razón de ser y su génesis en dos factores primordiales:

*“a) El primero de estos factores es el carácter repetitivo. Este factor es el que permite, por economía tener preimpresos formatos específicos, pues por las características idénticas de su contenido no varía para efectos de una contratación específica dada. Así, es usual en la banca que existan formularios preimpresos para aperturas de cuentas, para líneas de créditos con garantía o sin ella; para el requerimiento de cuentas, etc. Son la actividad cotidiana del negocio bancario y en consecuencia tienen un contenido básico que se repite de un cliente a otro. Las variaciones entre el requerimiento de uno a otro cliente no son sustanciales, de suerte que un único prototipo suficientemente flexible es capaz de satisfacer en términos generales los requerimientos de una transacción de esa naturaleza.*

*b) El factor que permite la confección de contratos de adhesión es el hecho de que el agente intermediario, como grupo, tiene una posición dominante en el mercado al que sirve y en consecuencia tienen la capacidad de sentar las reglas del juego bajo las cuales realizan su función intermediaria” (DUDLEY, Antonio. El negocio de la Banca y el Ente Regulador, pág. 30)*

En este tipo de contratos es donde impacta la ley 29 en el negocio de seguros en nuestro país, pues la nueva legislación cuya finalidad consiste justamente en romper el predominio de quien ofrece sus servicios a los individuos dispersos que por su disparidad frente al agente asegurador, no están en posición de negociar en igualdad de condiciones.

Y en lo que se refiere a los contratos de seguro debemos señalar que a pesar de que la ley 59 del 29 de julio de 1996 señala en el artículo 23:

*“Artículo 23. Los modelos de pólizas requerirán autorización previa de la Superintendencia antes de ser comercializadas entre el público consumidor. Procurando la protección del consumidor, la Superintendencia estudiará los derechos y obligaciones estipulados para las partes contratantes para determinar su carácter equitativo y que cumplan con lo estipulado en todas las leyes vigentes. La Superintendencia contará con un plazo de treinta días para comunicar las objeciones al modelo de póliza en estudio. Transcurrido dicho período sin mediar objeciones, el modelo de póliza se considerará autorizado para su comercialización.*

*Cuando se trate de una autorización inicial a una entidad aseguradora o de la correspondiente para la explotación de un nuevo ramo, el período con el que contará la Superintendencia, para aprobar o rechazar, será de sesenta días”.*

La ley fija pautas a las cuales deben ceñirse las pólizas, además, de lo estipulado en el Código de Comercio y disposiciones que resultan aplicables, la ley le señala los siguientes requisitos:

*“Artículo 24. Las pólizas deberán ceñirse a las normas en el Código de Comercio y demás disposiciones que resulten aplicables; además, deberán ajustarse a los siguientes requisitos:*

- 1. Deben redactarse de tal forma que sean de fácil comprensión para el asegurado utilizando caracteres tipográficos fácilmente legibles.*
- 2. Las exclusiones y limitaciones deben figurar en caracteres resaltados dentro de la póliza.*
- 3. Las causales de terminación del contrato deben aparecer en forma prominente en la carátula de la póliza.*
- 4. Cada tipo de formato de póliza deberá identificarse con una numeración, que variará al efectuarle alguna modificación a las condiciones originales presentadas.*

*PARÁGRAFO TRANSITORIO: Las compañías de seguros autorizadas para operar en el país, con anterioridad a la vigencia de esta Ley, dispondrán de un año para cumplir con lo dispuesto en este artículo.*

Señalado lo anterior, significa que las compañías de seguros, en consonancia con ambas normas, deben cumplir en sus pólizas con lo anteriormente señalado. De lo contrario, debe aplicarse lo señalado en el artículo 62 de la ley 29 del 1º de febrero de 1996 que es la nulidad absoluta de las cláusulas abusivas en contratos de adhesión que se establece en el artículo 62 por la nulidad relativa de las cláusulas abusivas que se establecen en el artículo 63.

Nos preguntaríamos nosotros si una póliza de seguros de automóviles que contiene una cláusula como la siguiente: **Bajo este riesgo, no se incluye al asegurado ni los parientes del asegurado que residan con él, ni los empleados de cualquiera de ellos, ni los ocupantes o usuarios del vehículo asegurado**”.

Esta cláusula excluye al propio asegurado; a los parientes que residan con él, a sus empleados y a los ocupantes o usuarios del vehículo, nos preguntamos si esa cláusula no restringe un derecho del consumidor y por lo tanto, no lo es nula como lo establece el artículo 62.

De la misma manera, encontramos en las pólizas cláusulas que contienen indemnizaciones y plazos fatales que contradicen lo señalado en el artículo 63 de la ley 29 que habla de nulidad relativa, de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

658

Si la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor no tiene conocimiento de las cláusulas de esas pólizas, se incumple con una función del acuerdo de **BELT BER**, suscrito por los participantes del Seminario de Defensa de Derecho del Consumidor, celebrado en Israel del 22 de enero al 21 de febrero de 1996 que recomienda a los estados participantes:

*“Primero: Destacar que la protección y defensa de los consumidores constituye una tarea coherente con los esfuerzos socioeconómicos de las naciones latinoamericanas, necesarias para establecer un equilibrio entre los actores que participan del sistema de libre mercado.*

*Segundo: Buscar los medios para que los ciudadanos y el Estado unan fuerzas para crear, fortalecer, consolidar y financiar instancias públicas y privadas que garanticen los derechos de los consumidores mediante mecanismos que ofrezcan resultados equitativos al individuo y a la comunidad”.*

Finalizamos señalando que el contrato de seguro como contrato de adhesión, queda sujeto ahora a un nuevo régimen no solamente, el que se establece a través de la ley 59 del 29 de julio de 1996 y del Código de Comercio, sino también a la ley 29 del 1º de febrero de 1996.

## OBJETO DEL CONTRATO DE SEGURO

El objeto del contrato de seguro, lo constituye el interés asegurable expuesto a sufrir el riesgo tal como lo exponen los Profesores **PICARD** y **BESSON** quienes señalan “el seguro de daño supone que el asegurado o beneficiario tiene interés en que el riesgo no se realice. Es ese interés el que constituye el objeto del seguro”.

Esto significa que esto es el elemento indispensable del contrato de seguro y éste puede ser un bien inmueble como por ejemplo: una casa, un edificio, un barco o bienes muebles que sean estimables en dinero y que estén expuestos a sufrir riesgo como se establece en los artículos 1007 y 1141 del Código de Comercio.

Lo que si es importante es que ese objeto a asegurar debe ser lícito.

Señala el Profesor **VOLOJ PEREIRA** que lo que se asegura no es el bien mueble o inmueble, la vida o el patrimonio **si no el interés económico y/o financiero del asegurado en el objeto del seguro expuesto a riesgo.** (Ob. Cit. Pág. 52).

Ese interés asegurable debe existir en todo momento, o sea, desde la celebración del contrato o fecha en la cual el asegurador asuma el riesgo formalmente, durante la vigencia del contrato y al ocurrir el siniestro.

En el seguro de vida, el interés asegurable debe existir indiscutiblemente al celebrar el contrato, y la designación de los beneficiarios al celebrarse el contrato del seguro de vida debe constatar que estos beneficiarios guardan o mantienen un interés en la sobrevivencia del asegurado.

El Código de Comercio estipula en el artículo 1048 que el seguro se pagará a la persona en cuyo beneficio se estipula, o a sus herederos o a sus representantes legales. Esto significa que son los herederos o representantes legales de los beneficiarios y no del asegurado los que reciben el pago.

Uno de los requisitos especiales del interés asegurable es el que consiste en su estimación pecuniaria, que en los seguros de personas teóricamente, no encuentra delimitación, pues no se admite que pueda tasarse el valor de la vida de aquellas, aunque en la práctica la capacidad económica de la persona lo circunscribe, mientras que en los seguros de daños es el valor venal del bien la base para realizar la fijación máxima de la estimación pecuniaria del interés asegurable, que puede asegurarse desde el punto de vista no sólo del daño sino también del lucro cesante que son intereses asegurables diferentes. (Ob. Cit. Pág. 49).

El Código de Comercio se refiere expresamente, al interés asegurable como objeto del seguro cuando dice en su artículo 994 “que el seguro puede tener por objeto todo interés estimable en dinero” y por interés debemos entender el valor pecuniario, expuesto a la pérdida del bien patrimonio al que pueda ser pedido por el asegurado o el beneficiario a consecuencia del siniestro, para hacer asegurable el interés debe ser económico y apreciable en dinero.

Y ese interés asegurable debe existir permanentemente durante toda la vigencia del contrato, pues en caso de que desaparezca termina el seguro.

Es por esa razón que cuando el bien se enajena y el nuevo propietario no contrata el seguro, se extingue como sucede por ejemplo con el seguro de automóviles y es obvio que el asegurador tiene derecho a que se le pague la prima hasta la fecha en que se produjo la terminación por extinción del interés asegurable, estando obligado a reintegrar la suma que hubiera cobrado por adelantado, como ocurre por ejemplo cuando se le paga el año de prima y la terminación se produce a los tres meses.

La prima es la retribución o precio del seguro que cobra la compañía aseguradora por sumir el riesgo del asegurado.

La primera varía con el riesgo, de tal suerte que hay una correlación entre prima y riesgo y si hay una modificación del riesgo va a haber una alteración de la prima, y su pago, es decir, el período de pago, el lugar de pagos, y las clases de primas son aspectos importantísimos en las obligaciones que le corresponden al tomador del seguro con la compañía aseguradora.

## LA PÓLIZA DE SEGURO

La palabra póliza es un vocablo de origen italiano con el cual se señalaba el documento probatorio que no requería adoptar una forma solemne.

El Profesor colombiano **CARLOS IGNACIO JARAMILLO** nos define la póliza de seguro como “el documento contentivo y exteriorizante de las voluntades del tomador y el asegurador respectivamente”. (JARAMILLO, Carlos Ignacio. **Estructura de la Forma en el Contrato de Seguro**. Editorial Temis, S.A. Bogotá, Colombia, pág. 109).

La póliza de seguro, juega un doble papel, ya que por una parte es otorgada por vía de solemnidad de acuerdo con lo que se establece en el artículo 1013 del Código de Comercio y por otra parte, es el único medio de prueba de acuerdo con

el artículo 245 según el cual cuando la ley mercantil requiere como necesidad de forma de contrato que conste por escrito, ninguna otra prueba de él será admisible y a falta de título escrito el contrato se tendrá como insubsistente.

El vicerrector académico de la Universidad Santa María la Antigua, Licenciado **CARLOS ALBERTO VOLOJ PEREIRA**, nos define la póliza de la siguiente manera:

*“La póliza es el documento constitutivo y probatorio en donde se hace constar por escrito la voluntad de las partes, al efectuar un contrato, por el cual en razón de una prima, única o periódica, son indemnizados los daños o mermas económicas sufridas por una persona natural o jurídica, o en el patrimonio de la misma; y se recibe una suma, bien sea capital o renta, en lugar y tiempo determinados, al realizarse ciertas eventualidades previamente convenidas e independientemente de la propia voluntad (exclusiones), salvo algunas excepciones” (Ob. Cit. Pág. 61 – 62).*

Se trata entonces del documento que contiene el convenio celebrado entre el asegurador y el asegurado que recoge el acuerdo de voluntad de ambos, por lo tanto, se trata de un documento que contiene una doble función, la primera función es la de ser un documento constitutivo, pues la póliza como documento exteriorizante y contentivo de las voluntades del tomador y del asegurador contiene la formalidad específica que se establece en el artículo 1013 del Código de Comercio y en el artículo 1485 del Código Civil que dice que el contrato de seguro deberá consignarse en un documento público o privado suscrito por los contratantes.

Sólo cuando se suscribe ese documento en ese momento, el negocio jurídico asegurativo es eficaz, perfecto, acabado, concluido y vinculante, siguiéndose de ello que la omisión de la suscripción de la póliza es suficiente hecho, para no tener como perfeccionado el contrato de seguro al restringir el Código de Comercio en el art. 1013 la libertad de forma.

Lo que significa, que la formalidad **ad solemnitatem** o formalidad **ad substantiam** la establece el Código al momento en que se constituye el contrato.

Sin embargo el Profesor **HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO** ha señalado que la póliza no es el documento mediante el cual se perfecciona el contrato de seguro, ya que éste ocurre en el momento en que se suscribe el contrato.

Dice el Profesor citado lo siguiente:

*“No puede confundirse tal aspecto probatorio con el de perfeccionamiento del contrato, pues la solemnidad del contrato de seguro en nuestro sistema legal no consiste en elaborar*

*la póliza sino en suscribir el seguro, que, como se sabe, constituye fase completamente distinta. Es tan evidente lo anterior, que si ocurre un siniestro entre el momento de la suscripción y el de la entrega de la póliza, el amparo opera, estando también aquí la razón de que el art. 1046 del C. de Co., establezca la obligación de entregar la póliza al tomador dentro de los quince días siguientes a la fecha de su expedición". (Ob. Cit. Pág. 89 – 90).*

Aparte de tener la función anteriormente descrita como lo es la constitución del seguro, la póliza de seguro es el documento idóneo que sirve para demostrar la existencia del contenido del contrato de seguro y es a través de ella que se acredita la configuración del vínculo negocial, por lo que deriva de ella un poder probatorio y el perfeccionamiento de éste se relaciona con la función constitutiva que tiene un valor **ad probationem** y es así el documento por medio del cual se puede probar la formación y el contenido del contrato de seguro.

Constituye, pues de esa manera el único medio de prueba competente para acreditar la existencia del vínculo asegurativo de suerte que los demás medios serán desestimados completamente, y así lo señala **JAIME BUSTAMANTE FERRER** y **URIBE OSORIO, ANA INÉS** (pág. 93).

Al señalar sobre la prueba del contrato el autor expresa:

*"Por la misma característica de que la solemnidad del contrato consiste en un documento fundamental llamado póliza, este mismo documento es la prueba del contrato.*

*La confesión, las declaraciones de testigos, las cartas u otros documentos, lo más que pueden demostrar es la intención de celebrar el contrato o el hecho de haberlo celebrado, pero no el contrato mismo, porque, para que exista, es necesaria la póliza o sin ella no se pueden establecer ni demostrar las obligaciones de las partes". (BUSTAMANTE FERRER, Jaime y URIBE OSORIO, Ana Inés. Pág. 93).*

De extraviarse el documento, se pueden utilizar los medios adecuados para poder probar que existió y que se suscribió ya sea a través de fax, memorandos, para así demostrar la existencia de la relación contractual entre el asegurador y el asegurado.

La póliza de seguro es un documento escrito, es un documento privado, debe ser redactado y firmado por las partes contratantes en donde debe expresarse a) el interés asegurable; b) la extensión, límites y particularidades del riesgo asegurable; c) la obligación condicional del asegurador; d) las características y alcance de la indemnización; e) señalar con precisión la identificación y las obligaciones de las partes y de los interesados directos en el contrato del seguro.

El Código de Comercio, de acuerdo con el artículo 1016 establece que además de las estipulaciones que las partes estimen convenientes y que no estén prohibidas por la ley, la póliza de seguro debe contener:

1. El nombre, la persona o compañía aseguradora, su nacionalidad y domicilio, y cualesquiera otras circunstancias que conduzcan a identificarla;
2. En caso de que el asegurador obre por medio de representante, el nombre, apellidos, calidades y domicilio de éste, y constancia de estar su responsabilidad debidamente registrada;
3. El nombre y apellidos del asegurado, sea por cuenta propia o ajena, sus calidades, nacionalidad, domicilio y cualesquiera otras circunstancias que tiendan a identificarlo;
4. Expresión del lugar, día y hora en que se celebra el contrato;
5. El objeto del seguro, su naturaleza y valor;
6. La cantidad por la cual se efectúa el seguro, y el lugar y modo de pagarlo en caso de siniestro;
7. El premio que cobra el asegurador y el lugar y modo de hacer los pagos;
8. El riesgo o riesgos que toma bajo su responsabilidad el asegurador y las fechas en que esos riesgos principian y terminan;
9. Todas las circunstancias cuyo conocimiento pudiera ser de interés real para el asegurador o para el asegurado;
10. Firma del asegurador y del asegurado o de sus representantes.

El contrato de seguro civil deberá expresar de acuerdo con el artículo 1486 del Código Civil Panameño lo siguiente:

*“Artículo 1486. (C. Civil) El documento debe expresar:*

- I. La designación y situación de los objetos asegurados y su valor;*
- II. La clase de riesgos cuya indemnización se estipula;*
- III. El día y la hora en que comienzan y terminan los efectos del contrato;*
- IV. Las demás condiciones en que hubieran convenido los contratantes”.*

Se ha señalado que los derechos de cada individuo son normalmente gobernados por los términos de la póliza, pero los contratantes pueden incorporar a los términos otro documento o póliza dentro de la póliza original o concerniente, es lo que se denomina anexos que de acuerdo con los tratadistas **BUSTAMANTE FERRER** y **URIBE OSORIO** se emiten para adicionar, modificar, suspender, renovar o revocar la póliza.

Aunque los anexos representan por sí solos verdaderos contratos, se pueden limitar exclusivamente a determinar con claridad su objeto, porque, frente a la



norma de que hacen parte de la póliza cumplen con la formalidad requerida para su validez, ya que le son aplicables en todo lo pertinente, las condiciones expresas e implícitas de la póliza misma”. (BUSTAMANTE FERRER, Jaime y URIBE OSORIO, Ana. Ob. Cit., Pág. 99).

Estos anexos deben indicar la identidad precisa de la póliza a que acceden y la renovación debe contener además, el término de ampliación de vigencia del contrato y en caso contrario, se entenderá que la ampliación se ha hecho por un término igual a la del contrato original.

En los Estados Unidos de acuerdo con el autor **MALCOLM A. CLARK** en su obra *The Law of Insurance Contracts* London New York, 1989, págs, 251 y siguientes).

El contrato de seguro de acuerdo con la ley no requiere de formulario en particular, sin embargo en muchos casos es acordado mediante el documento usualmente llamado póliza.

Para constituir la póliza debe saberse si la póliza está sola, cuáles son los términos del contrato de seguro y el significado de los términos de la póliza encontrados como evidencia de una de las partes intencionadas para saber cuáles son las reglas de las constituciones de la póliza.

Establece el autor que la póliza de seguro es un ejemplo de un documento formal a la cual es aplicable la regla de la evidencia de fianza, y que esta regla ha sido pensada para cubrir mayormente, los intereses del asegurador.

Señala el autor norteamericano **HARDY IVAMY** que los derechos de cada individuo son normalmente gobernados solamente por los términos de la póliza. Pero los individuos pueden incorporar a los términos, otro documento o póliza dentro de la póliza concerniente. Y el haberse realizado efectivamente es un asunto de construcción.

Cualquier otro documento que no sea incorporado a la póliza en general no tiene efecto. Pero si los términos de otro documento han sido incorporados, entonces ellos forman parte de la póliza y deberán ser leídos como una sola.

La Corte, sin embargo, tiene la potestad de buscar otros documentos donde exista ambigüedad según el significado de la palabra utilizada en la póliza.

Cuando otros documentos son incorporados a pesar de que la póliza tenga el contrato, no necesariamente significa que todos los términos del contrato deben formar partes actuales del compromiso impreso en la carátula de la misma póliza. Es sufi-

ciente que las mismas sean incorporados en la póliza como referencia si han sido incorporadas estas como anexos a la póliza original.

Donde un término es incorporado a la póliza no es material, a pesar de estar endosado en la parte de atrás de la póliza como es una práctica usual en los casos, condiciones, o si aparece el contenido en otro documento distinto y separado como por ejemplo, un memorando y otra póliza en el caso de reaseguros, el contenido de la propuesta o de cualquier otro documento empleado durante las propuestas o negociaciones preliminares puede ser parte del contrato por incorporación inmediata.

Cuando surgen ambigüedades, entre la carátula de la póliza y una duda o pregunta, entonces saldrá a relucir el significado o efecto, y, en ese sentido, la Corte puede tomar en consideración cualquier documento como la propuesta o formulario de propuesta, una carta escrita por los corredores de seguro, o también la parte de atrás de la póliza si no está incorporada dentro de la póliza donde los corredores profesan explicaciones de todos los efectos de sus pólizas, y de cualquier explicación verbal dada por ellos o sus agentes consistentemente, con el contrato que contiene la póliza.

Los documentos y sus explicaciones enseñan cada interpretación de los corredores mismos, según la póliza y son ellos entonces, por sus propias palabras que pueden apoyar cualquier otra interpretación. De esta manera prueba que él sabía y actuó basado en la interpretación del asegurado a pesar que el caso sea especial donde las propuestas son emitidas y la carga no es difícil de descargar.

La regla general, es que la evidencia de la prueba, no es admisible para contradecir o variar el significado de la póliza desde y después que el contrato es reducido a un escrito, las partes no tienen libertad de enseñar, de dar evidencia de algo que pasó entre ellos, en el momento en que se celebró la póliza y que ellos contrataron de otra manera y no acorde con las palabras en la cual ellos habían escogido y que expresaron en el documento.

Sin embargo, hay algunas excepciones en donde la evidencia de la prueba es admitida; uno para probar que la póliza es nula, dos, para probar que la póliza no ubica los términos del acuerdo entre las partes y tres, para comprobar una condición de prueba en la cual la póliza se hizo y hasta que se llegue al cumplimiento de la póliza donde no sea operativa; cuatro, para suplementar el contrato al añadir términos colaterales, cinco, para identificar el sujeto del seguro, seis, para enseñar el uso de una palabra de una manera peculiar.

Expliquemos brevemente, cada una de estas excepciones.

### **1. Para probar que la póliza es nula o atada solamente por honor**

En este caso, el contrato es el contenido en la póliza y la evidencia es usada para el propósito de aprobar o desaprobar su atado efecto. De tal forma, de que si la propuesta contiene una declaración de que lo dicho allí es la base del contrato, la póliza es evitable por lo incierto, a pesar de que la propuesta no está incorporada a la póliza.

La carga de tratar de comprobar que tal documento existe y que las declaraciones fueron hechas, y que la póliza fue hecha sobre la fe en ellos, recae en la parte que busca establecer el caso que ellos apoyan. Así que donde ellos buscan los corredores para evitar la póliza sobre el terreno de la propuesta firmada por el asegurado para ver si contiene declaraciones erradas, deben comprobar en primera instancia que hay una propuesta firmada por los asegurados y si ellos no pueden hacer eso, su objeción para validar la póliza se cae y es admitida para enseñar que el acuerdo solamente es una atadura de honor.

### **2. Para probar que la póliza no contiene los términos correctos**

Aquí la pregunta es si la póliza emitida contiene el contrato real entre ambas partes, la Corte deberá necesariamente, referirse a lo que pasó durante las negociaciones incluyendo los documentos preliminares. La propuesta para así descubrir si la realidad existió de verdad y si hay un acuerdo concluido y de ser así cuáles son sus términos precisos. Debe verse aquí en este caso, si se hizo un intento para preparar un contrato diferente e inconsistente siendo la base y que la póliza no exhibe los términos acordados.

La evidencia de la conversión con los corredores o en sus agentes las representaciones verbales hechas con el propósito de inducir al asegurador a entrar al contrato también es admitida para este propósito y la prueba recae sobre la parte que asegura que la póliza es incorrecta.

### **3. Para añadir término colateral**

La evidencia de prueba es admitida para suplementar los contenidos del contrato existente en la póliza al añadirse los términos colaterales. Pero estos términos no deben ser inconsistentes con los términos expresados en la póliza.

### **4. Para identificar el sujeto del seguro**

Si se da una póliza de accidente en donde la pregunta es si la seguridad de la persona estaba asegurada hacia el efecto sobre él, o si el efecto era para su hijo

o su propio beneficio, evidencia de que se había hablado que asegurarle su vida sería admitido.

Sería similar el caso de una póliza de un patrono para un seguro de responsabilidad civil, donde la Corte admitirá una carta como evidencia del asegurado identificando una enfermedad particular dentro del riesgo.

La descripción de la póliza deberá en tal caso, ser apropiada al sujeto en mención y por identificar.

### **5. Enseñar el uso de una palabra de una manera peculiar**

La evidencia de la prueba es admitida para enseñar que una palabra es usada de manera peculiar, dependiendo de su significado ordinario, de donde la palabra es utilizada como referencia hacia una actividad particular, ocupación o comercio o por el uso de ese distintivo (ocupación o comercio), la palabra se entiende de manera peculiar. Pero el uso no será admitido en evidencia donde la expresión del lenguaje es inconsistente con la póliza.

### **EFFECTOS DONDE OTROS DOCUMENTOS NO SON INCORPORADOS**

Los documentos preliminares que son confeccionados e incluidos durante las negociaciones, no son en sí contractuales hasta que se hayan incorporado a la póliza, ya que no forman parte del contrato de seguro y no pueden ser referidos para el propósito de construir la póliza o extender o modificar los derechos o deberes de los corredores o del asegurado en una manera inconsistente con sus términos.

No es correcto, que en tal caso se refieran éstos verbalmente, o de existir en un documento generado, son los corredores de seguros, o un formulario de propuesta escrito por el asegurado, o cualquier correspondencia entre ambas partes interesadas.

La póliza puede contener una estipulación enseñando que ambas partes interesadas tienen la intención de completar el contrato final y que nada realizado durante las negociaciones debe ser parte y considerado como una unión entre ellas.

## DOCUMENTOS COLATERALES

La existencia de una póliza no previene referirse a otros documentos, como los pasajeros, o los endosos adjuntos a la misma póliza que no sean parte del contrato, por lo menos si no está referido en el cuerpo del texto de la póliza.

La Corte de los Estados Unidos, se ha referido al formulario de la propuesta o cualquier otro documento si ha sido referido o incorporado por la misma póliza. Sin embargo, una narración en la póliza de la existencia de otro documento como la propuesta no es suficiente para incorporarlo en el contrato de la póliza, deben existir palabras de incorporación, como una declaración en la póliza que la propuesta debe ser la base del contrato y en particular prospectos y literatura similar de promoción que incluyen los sumarios de la portada, pues estos normalmente no son parte del contrato de seguro. Pero sí pueden ser utilizados para construir las pólizas de acuerdo a las expectativas razonables del asegurado.

Cuando las condiciones o cláusulas particulares del contrato se encuentran en pugna con las condiciones o cláusulas generales, dice el autor **CARLOS IGNACIO JARAMILLO** que deberá estar a lo dispuesto por la primera pues si no atentan contra lo señalado en el ordenamiento jurídico son las llamadas a prevalecer, pues las cláusulas añadidas ciertamente, son fruto de la colaboración de ambas partes e implícitamente, contienen derogaciones de las predisuestas unilateralmente por una de aquellas que por regla general es el asegurador.

## FORMA, PRUEBA E INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO

Dentro de la teoría general del contrato de seguro, la prueba de la relación sustancial adquiere una singular relevancia. Se trata de un contrato de forma probatoria, de contestarse su existencia, ineludiblemente las partes deben acudir a la prueba tasada por el legislador, la prueba escrita.

En el sistema tasado, la ley le señala al Juez por anticipado el grado de eficacia atribuible al medio de prueba.

Los conflictos y los litigios en torno a la existencia de la aceptación a la oferta y por tanto de la conclusión del negocio del seguro, se presentan con frecuencia en los Tribunales de Justicia a pesar de ser el seguro un contrato de buena fe. Y en donde cada pronunciamiento judicial que dirima un conflicto sobre este tema u otros, advierte la ineludible necesidad de recordar a las partes que el contrato de seguros es de buena fe.

Y al olvidar las partes ese principio aparece entonces el seguro como un contrato donde el conflicto y el litigio se ven favorecidos y estimulados, lo cual es una tendencia que es preocupante. El asegurado de buena fe puede ver frustrada su legítima pretensión que consiste en la satisfacción en su expectativa de crédito.

El asegurador de buena fe de igual manera, en torno a su natural aspiración de percibir el premio por el cual se obligó a reparar el daño o cumplir una prestación convenida con usos desnaturalizantes de la genuina función del contrato de seguro, y en donde las dificultades probatorias para ambas partes y en donde el Juez debe ser preciso, donde los principios de igualdad y equidad deben prevalecer para consagrar la liberación de los sujetos de la relación sustancial.

La póliza es básicamente un documento privado que debe constar por escrito, el contrato de seguro debe consignarse en formulario preimpreso, porque así lo exige la operación empresarial (en papel ornamentado), porque así conviene a la imagen de cada organización, mas no por imposición de la ley.

De allí que EFRÉN OSSA considere que la póliza bien puede ser una carta o un telegrama, porque uno y otro equivalen a la forma escrita con la cual la carta o el original del telegrama sea firmado por el remitente o se compruebe que ha sido expedido por éste o por su orden.

Sólo que en el contrato de seguros la firma debe ser del asegurador o su representante porque así lo dispone la ley expresamente (**Teoría General del Contrato de Seguro**. Pág. 250 Ob. Cit.)

El documento privado debe contener porque de otro modo no adquiere la fisonomía jurídica de póliza, además de los elementos esenciales del seguro, sin los cuales no puede existir el contrato, algunas condiciones particulares de que hace mención el Código de Comercio y que ineludiblemente deben considerar como elementos de individualización subjetiva y objetiva de la relación contractual y estos son: 1) El nombre o razón social del asegurador, tomador, asegurado y beneficiario; 2) La identificación del objeto del interés asegurable; 3) La suma asegurada; 4) La firma o el modo de determinarlas; 5) Los riesgos que asume el asegurador y la firma del asegurador.

Un documento cualquiera así concedido no importa su denominación convencional (carta, telegrama, certificado, constancia o póliza) es la póliza a la cual la ley le da formalidad **ad substantiam actus** ya sea impreso, dactilografiado, ma-

nuscrito, con o sin dibujos ornamentales, en una u otra clase de papel, su valor jurídico es el mismo.

## **LA FORMA Y EL CONTRATO DE SEGURO**

De igual naturaleza o valor probatorio es el certificado provisional y la oferta formalmente aceptada.

El certificado provisional se otorga de manera provisional mientras las partes discuten y refinan algunos criterios más o menos adjetivos de contratación o acuerdan términos o condiciones con mensajes de alguna importancia.

Agotados esos trámites preliminares, se extiende la póliza con una vigencia retroactiva a la del certificado provisional que por este medio se entiende integrado al acuerdo final.

Pero durante ese término el asegurado goza de la protección que le ofrece el certificado provisional que debe ser ajustado a las condiciones básicas de todo seguro.

También integra la póliza el documento de la oferta formal y el de aceptación y sirven como documentos constitutivos del seguro, lo que si no puede concebirse legalmente es la aceptación tácita del asegurador, pues la firma es un requisito esencial de la póliza.

La oferta del asegurador sí puede ser aceptada expresa o tácitamente, por el asegurador.

La firma que procede de algún medio mecánico no está tomada en cuenta sino en los negocios en que la ley o la costumbre lo admitan, por lo que es necesaria la firma del suscriptor.

La oferta verbal no es viable porque el contrato de seguro es un contrato solemne y requiere del asegurador la firma.

En los países como Francia y Argentina en donde los contratos de seguros son consensuales, sí es aceptable la oferta verbal.

De allí que la legislación argentina establezca que el contrato de seguros es consensual y los derechos y obligaciones recíprocos del asegurador y asegurado empiezan desde que se ha celebrado la convención aún antes de emitirse la póliza (Ley 17418, art. IV).

Y los autores argentinos consideraron que el seguro quedaba concluido produciendo todos sus efectos jurídicos desde el instante en que el asegurador y el asegurado han acordado las diversas cláusulas o condiciones bajo las cuales se celebra, estableciéndose que los derechos y las obligaciones recíprocas de ambos contratantes, empiezan desde que se ha verificado la convención y señalan que si la ley impone al asegurador la obligación de firmar y entregar la póliza al asegurado en el tiempo y lugar convenido no es un documento que se introduce como solemnidad o requisito del contrato sino como un instrumento probatorio.

Todos los autores coinciden que el perfeccionamiento se produce, desde que las partes hubiesen recíprocamente manifestado su consentimiento, aún antes de emitirse la póliza y la prima es de vida d de la celebración del contrato, pero no es exigible sino con la entrega de la póliza, salvo que se haya emitido un certificado o documento de cobertura (art. 30 de la ley 171418).

De lo expresado en las normas citadas se desprende que la ley de seguros en Argentina no establece solemnidad alguna de la que dependa el perfeccionamiento del contrato, ello importa reafirmar que se trata de un contrato consensual y no formal sustancialmente.

### **Las pruebas**

La prueba es entendida como la actividad consistente en una comparación entre una afirmación sobre unos hechos y la realidad de los mismos, encaminada a formar la convicción del juzgador.

Autores como **JAIME GUASP** opinan que la prueba es uno de los elementos que integran la instrucción procesal en el proceso de cognición, lo que la precede es la actividad alegatoria postulatoria y la prueba en consecuencia habrá de complementar las simples obligaciones.

**PRIETO CASTRO** afirma que la finalidad de la prueba es la de formar convicción del juzgador en torno a la exactitud de una afirmación y la actividad probatoria de las partes consiste en emplear los medios de prueba admitidos y trasladar a su presencia los hechos de la realidad. De allí que probar es demostrar la verdad de una proposición, confrontar la versión de cada parte con los medios producidos para abonarla en donde el juez tratará de reconstruir los hechos valiéndose de los datos que las partes le proporcionan o de los que procure a través de las pruebas de oficio que dicte, siempre que esté controvertido el hecho que sirve de presupuesto a la norma que consagra la consecuencia jurídica perseguida.



La prueba deberá producirse por los medios autorizados por la ley, permitiendo el juez dar al proceso una solución racionalmente persuasiva, estableciendo qué es verdad y qué es falso. De manera que, son como métodos jurídicos de la verificación de las proposiciones de las partes que deben ser suministradas regularmente por éstas sin perjuicio de las atribuciones ordenatorias que dispone el juez como director del proceso que le permiten ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos respetando el derecho de defensa de las partes.

## LA PRUEBA DEL CONTRATO

Probar un contrato desborda la simple noción de acreditar la existencia de una relación jurídica entre las partes.

El contrato de seguros sólo puede probarse por escrito. Existe el principio de la prueba por escrito; principio éste que puede consistir en un solo escrito, o en la reunión de diversos escritos distintos cuando uno sólo de éstos no sea suficiente por sí mismo.

El Profesor **HERNANDO DEVIS ECHANDÍA** al preguntarse cuando existe un principio de prueba por escrito su respuesta la apoya en pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de Colombia y descompone de la siguiente manera los elementos que estructuran el principio en referencia así:

1. *Que provenga de la parte a quien se opone o de su representante o causante;*
2. *Que el escrito goce de autenticidad o éste se pruebe; y*
3. *Que el escrito haga verosímil o probable el hecho alegado” (HERNANDO DEVIS ECHANDÍA. Compendio de Derecho Procesal. Tomo II. 8ª ed. ABC Bogotá, 1984, pág. 309)*

En nuestro medio el principio de prueba por escrito se establece en el artículo 1103 del Código Civil modificado por la ley 18 del 31 de julio de 1992 que señala:

*“El artículo 1103 del Código Civil queda así:*

*Deberá haber un principio de pruebas por escrito para acreditar contratos y obligaciones que valgan más de cinco mil Balboas (B/5.000).*

*Si no hubiera el principio de pruebas por escrito no se admitirá prueba de testigos”.*

Lo que significa que el contrato de seguros sólo puede probarse mediante la prueba por escrito.

Al consagrar la norma, que el contrato de seguros sólo puede probarse por escrito excluye todos los demás medios de prueba, que recién recuperen su eficiencia acreditadora, sí hay principio de prueba por escrito.

Se trata pues de un contrato que tiene una resonancia social, con un elevado número de cláusulas, lo variado de los elementos que integran su configuración, la prolongación en el tiempo y el interés de los terceros o beneficiarios, es lo que determina la conveniencia de seleccionar el medio escrito de prueba como mecanismo probatorio razonablemente más seguro.

Todos los demás medios de prueba serán admitidos si hay un principio de prueba por escrito, lo que en rigor se le dice al Juez, que es la fuente probatoria y las condiciones que debe reunir para su eficacia, las únicas que pueden suministrar las partes y a las que sólo tendrá acceso el Juez.

La ley subordina la certeza del derecho a un requisito de forma, la escritura o en su defecto al principio de prueba por escrito.

Ese medio de prueba vincula el criterio del Juez con la sentencia, aún con presencia de su comunicación personal.

## **LA CARTA PROBATORIA DEL CONTRATO DE SEGURO**

Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocase como fundamento de su pretensión de defensa o excepción. En cuanto al contrato de seguro y la prueba de su existencia el principio general es la carga probatoria que recaerá en cada parte y que debe acreditar el hecho (consentimiento, interés asegurable, riesgos asumidos, vigencia, prima, etc.), que sirva de presupuesto a la norma (contrato de seguro), que consagra el efecto jurídico perseguido por ella (cobertura del riesgo) cualquiera que sea su posición procesal.

De allí que quien oponga como defensa un hecho extintivo o rescisión de contrato, o quien excepcione en la prescripción de la pretensión deducida, deberá asumir la carga de la prueba de los presupuestos de hecho de la norma impeditiva que le favorecen.

## **LA PRUEBA DEL CONTRATO POR EL ASEGURADO**

El contrato de seguro sólo puede probarse por escrito. Esto significa que toda constancia es apta para verificar la existencia del negocio jurídico o sea el acuerdo de voluntades, como por ejemplo:

1. La póliza emitida por el asegurador; pero si el asegurador no ha cumplido con la entrega de la póliza o un duplicado, en supuesto de robo, pérdida o destrucción; el asegurado puede acreditar dicho contrato si dispone de un duplicado de la propuesta suscrita por el asegurador o un representante suyo y de su aceptación.

2. Certificado o instrumento probatorio de cobertura que es la garantía provisional o nota de cobertura que adopta habitualmente la forma de nota;

La suscribe el asegurador, quien se obliga a garantizar al asegurado inmediatamente.

El asegurador está obligado a indemnizar el siniestro que se produzca durante la vigencia.

3. El duplicado de la propuesta suscrita por el asegurador o su representante, y

4. La constancia en los libros de comercio.

Se trata de un medio probatorio admitido por el artículo 244 del Código de Comercio, inciso 5, la contabilidad comercial.

*“Artículo 71. Todo comerciante está obligado a llevar libros, que den a conocer fácil y precisamente, operaciones comerciales y su fortuna. La contabilidad deberá indicar siempre las cantidades de dinero o de mercancías que el comerciante retire para el uso o consumo de él o de su familia.*

*Artículo 73. Los libros que el comerciante debe tener indispensablemente son los siguientes:*

*El de inventario y balances.*

*El Diario.*

*El Mayor*

a) Se intenta probar un hecho entre comerciantes.

b) Es un hecho de comercio.

La ley 59 del 29 de julio de 1956 por la cual se reglamentan las entidades aseguradoras, administradoras de empresas y corredores o ajustadores de seguros

y la profesión de corredor o productor de seguros impone a las compañías de seguros la obligación dentro de los primeros cuatro meses de cada año fiscal de presentar a la Superintendencia los estados financieros correspondientes al año inmediatamente anterior, y estos estados financieros deberán ser certificados por auditores independientes autorizados en la República de Panamá, y de igual manera deben presentar dentro de los tres primeros meses de cada año los últimos estados financieros publicados por sus reaseguradoras.

El artículo 39 de la mencionada ley establece que las compañías de seguro “llevarán su contabilidad localmente y presentarán sus estados financieros con base en prácticas contables que reflejan apropiadamente la solvencia de la compañía, y los resultados en cada ramo de seguro separadamente.

Igualmente, llevarán las informaciones estadísticas que señale la Superintendencia y la remitirán a ésta dentro de los primeros quince días de cada mes.

La Superintendencia señalará por medio de resoluciones los límites y lineamientos de contabilidad necesarios para cumplir con las disposiciones de este artículo”.

Lo anterior significa que las compañías de seguros están sometidas a la obligatoriedad de presentar sus estados financieros y de contabilidad para estar seguros de que su margen de solvencia alcance el mínimo requerido y no ser intervenidas por la Superintendencia o se le revoque la licencia para operar y otras medidas legales que le sean procedentes por lo que debe considerarse a estas empresas como entes de comercio y por lo tanto obligadas tal como lo establece el artículo 34 del Código de Comercio en su numeral 4, a llevar la contabilidad y conservar la correspondencia y libros que tengan relación con su giro.

Como el contrato de seguros es un acto de comercio y así lo establece el artículo 2 en su numeral 2:

*“Artículo 2. Serán considerados actos de comercio todos los que se refieren al tráfico mercantil, reputándose desde luego como tales, los contratos y títulos siguientes:*

*1....*

*2. La compraventa de títulos de crédito y valores comerciales así de carácter público, o emitidos por el Gobierno o los Municipios, como de carácter privado, o emitidos por particulares o por sociedades mercantiles, para lucrarse en su reventa o por cualquier otro medio de especulación mercantil...”*

El contrato de seguros posee naturaleza mercantil y así lo señala **RODRIGO URÍA** en su obra “Derecho Mercantil”. Obra citada, pág. 647, pues la operación es comercial para las partes independientemente de que el asegurado sea comerciante o no sea comerciante y a pesar de que el seguro que se celebra sea ajeno a toda actividad comercial.

Y es que el Código de Comercio no define en su artículo 28 quien es comerciante, señalando que el comerciante es el que teniendo capacidad legal, realiza por profesión y en nombre propio actos de comercio y de la misma manera, como no puede haber duda de que el comerciante realiza un acto de comercio al contratar un seguro sobre su establecimiento mercantil.

Y todas esas operaciones deben aparecer asentadas en sus libros de comercio llevados en la forma y con los requisitos establecidos en el Código de Comercio.

Cuando el comerciante tiene como actividad contratar seguros y esa es su actividad mercantil específica común y usual como asegurador, hay que señalar que desde la perspectiva del comerciante asegurado al acordar la cobertura contra los riesgos a que se hayan expuesto los intereses asegurables de su actividad comercial, es un acto de comercio porque auxilia, consolida y facilita su gestión y porque la recibe la impronta de la actividad fundamental a la que está ligada.

No cabe la menor duda que el seguro es para el asegurado un acto conexo, atinente y vinculado a su hecho de comercio en donde la cobertura de la contingencia es como hecho atinente a su comercio.

Esto que hemos señalado es importante, ya que la contratación de un seguro aparece en los libros de un comerciante asegurado, y en consecuencia para el asegurado las constancias de los libros del asegurador valdrán como principio de prueba por escrito y puede acudir a todos los medios de prueba.

También harán prueba los libros de comercio a favor de sus dueños cuando su adversario no presente asientos en contrario hechos en libros con arreglos conforme a derecho u otra prueba plena y concluyente.

Un adversario no puede aceptar los asientos de un libro que le son favorables y desechar los que le perjudiquen, sino que al adoptarse este medio de prueba queda sujeto al resultado que presenten los asientos relativos al punto en conflicto.

Cuando resulte la prueba contradictoria de los libros para las partes que litigan y unos y otros no se hallan con todas las formalidades necesarias y sin vicio alguno, el Tribunal no debe tomar en cuenta este medio de prueba.

Cuando el asegurado no pueda acreditar el contrato de seguro por medio probatorio escrito, y existiendo el principio de prueba por escrito que puede ser intercambio de cartas, telegramas, fax u otros documentos manuscritos o dactilográficos o real propio recibo de pago otorgado por el asegurador a celebrar el contrato, las facturas del mismo asegurador emitidas al tomador de un seguro colectivo pueden presentar todos estos medios de prueba.

El asegurador puede presentar todos estos documentos que emanados del asegurado hagan verosímil el hecho contestado pero debemos recordar que estos documentos deben ser reconocidos en los términos del artículo 843 y no han debido ser redargüidos de falso como se establece en el artículo 857 para que el Juez los pueda valorar como prueba al momento de dictar sentencia.

### **LA PRUEBA DE CONTRATO POR EL ASEGURADOR**

Cuando el conflicto se sitúa en el plano judicial, cuando comúnmente es negado por el asegurado el negocio, el asegurador pretende el cobro del siniestro adeudado se demuestra:

1. La prueba por excelencia, la escrita;
2. El ejemplar de la póliza, suscrita por el asegurado;
3. El recibo firmado por el asegurado del ejemplar de la póliza que se le entrega, con transcripción del texto;
4. Constancia en los libros de comercio;
5. Principio de prueba por escrito, la propuesta aparece como un documento privado emanado del adversario;
6. Constancia del libro de registro de pólizas aseguradoras, donde se registra una póliza a favor del demandado;
7. Constancia de denuncias de accidentes, no desconocidos categóricamente por el demandado;
8. Prueba de informes de una clínica que asistió en distintas oportunidades a accidentados transportados por el demandado;
9. Facturas abonadas por el demandado, y
10. Testimonio que señale la relación jurídica de las partes.

Todos los documentos que emanados del asegurador hagan verosímil el hecho litigioso, tal como se ha señalado.

#### LA PRUEBA DEL SINIESTRO

Si el riesgo es definido como la eventualidad prevista en el contrato, a manera de avance es factible afirmar qué siniestro está en realización del riesgo tan como ha sido precisado en el acuerdo de voluntades (STIGLITZ, Rubén. **El siniestro**. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980, pág. 21).

La carga de la prueba recaerá sobre el asegurado, pues es él quien debe acreditar el hecho (siniestro) que sirva de presupuesto a la norma (contrato de seguro) que consagra el efecto jurídico perseguido por ella (resarcimiento del daño o prestación convenida).

*“Si el asegurador quien opone como defensa o excepción una hipótesis de exclusión de cobertura del siniestro denunciado, a él le incumbirá la prueba de los presupuestos del hecho de la norma impeditiva que le resulte favorable” (STIGLITZ, Rubén. Ob. Cit. Pág. 105).*

De ahí que el asegurado debe probar que se produjo el siniestro y que fue causado dentro del estado del riesgo contratado, es decir, acreditar que el hecho acaecido se haya dentro de la garantía contratada.

Dada la naturaleza del hecho denunciado y la dificultosa demostración directa del mismo, se ha liberado de ella al asegurado, basta la comprobación de circunstancias conducentes a formar una convicción sólida del juzgador.

En el contrato de seguro contra robo – automóviles – surge acreditándose las circunstancias que racionalmente, conducen a formar una convicción de que el hecho alegado ocurrió realmente.

- Denuncia ante la Policía Técnica Judicial – Debe explicar con quien se hallaba y aportar elementos de que el hecho ocurrió, sin poner en duda la veracidad de la denuncia.

Es admisible en este tipo de eventos la prueba indiciaria.

## PRUEBA DE LOS DAÑOS

El asegurado debe probar el daño, debe probar la existencia del bien, sobre si se trata de muebles o títulos y señalar cuál es su valor al tiempo del siniestro.

La descripción del bien y su valor fijado en la póliza no prueban su existencia ni su valor al tiempo del siniestro; sólo los establece el límite máximo de la responsabilidad del asegurador; y la base para liquidar la prima (HALPERIN, Isaac. Seguro. Volumen II. Ediciones de Palma. Buenos Aires, 1991, pág. 583).

La existencia del daño debe acreditarse satisfactoriamente, aunque su monto se establezca deficientemente, de lo contrario nada puede percibir.

La prueba se puede hacer por todos los medio señalados en el artículo 769 del Código Judicial.

## LLAMAMIENTO EN GARANTÍA EN EL CONTRATO DE SEGURO

El llamamiento en garantía en el contrato de seguros toca íntimamente con el fenómeno de la acción emanada de dicho contrato, porque al fin y al cabo ese llamamiento no es otra cosa que una forma de acumulación de acciones tendientes a evitar aplicando el principio de la economía procesal, innecesarios, demorados y sucesivos litigios que bien pueden resolverse desde una vez como una actuación procesal.

Este fenómeno procesal se presenta o debe presentarse cuando un asegurado de responsabilidad civil es demandado por el tercero perjudicado por su actividad.

El llamamiento en garantía es una forma de intervención de terceros en el proceso. Además, se trata de una intervención forzosa que reglamenta el Código de Procedimiento Civil en el artículo 597 que dice:

*“Artículo 597. Quien pretende tener el derecho legal o contractual a exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. El llamamiento se sujetará a lo dispuesto en los dos artículos anteriores”.*

Una vez que es demandado el asegurado, lógico es que se llama en garantía al asegurador, no sólo para relevarse de responsabilidad sino también con el propósito, de que el asegurador fue intervenido en el proceso, por lo que es una



garantía para el asegurado y para el perjudicado o tercero llamado que es el asegurador. Su importancia la resalta **HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO** al considerar que el llamamiento en garantía debe hacerse obligatorio.

Señala el Profesor LÓPEZ lo siguiente:

*“Como conclusión a lo expuesto, tenemos que el llamamiento en garantía se debe estipular dentro del contrato de seguro de responsabilidad civil, como una de las obligaciones a cargo del asegurado, so pena de que si no se cumple con ella no obra el amparo por cuanto constituye un precioso instrumento para la adecuada defensa de los intereses de la compañía de seguros y del mismo asegurado, y en suma, redundando en beneficio de las dos partes “contratantes” (y el perjudicado, añadiremos hoy)”. (Ob. Cit. Pág. 66).*

En el fallo que ponga fin al litigio le compete al juez resolver sobre las dos relaciones sustanciales diferentes: a) La vigente entre demandante y demandado y b) la que existe entre el demandado y el llamado en garantía, o sea la compañía de seguro, de manera que el examen de la segunda está suspensivamente condicionado o subordinado al éxito que tenga la pretensión del demandante, pues carecería de operancia si estas no proceden jurídicamente o resultaría enervada por una excepción de fondo. Pero si el juez que la pretensión del demandante debe prosperar por ser indudable la existencia del derecho subjetivo cuya tutela ha impetrado deberá acometer el análisis de la relación que existe entre el demandado con la compañía de seguro llamada en garantía y pronunciarse sobre ella. Y debe analizar en ese proceso el juez los medios de defensa que el asegurador ha tomado a su cargo.

Esto se da con frecuencia en el caso de seguros por daños a terceros, dentro del campo de la responsabilidad civil extracontractual. En estos procesos el asegurador toma a su cargo la indemnización de los daños que el asegurado pueda causar a otra persona y que este se vio obligado a resarcir. Y la obligación de indemnizarlo, inicialmente a cargo del demandado quien los irrogó o causó, sólo puede ser establecida judicialmente, si el actor demuestra plenamente la responsabilidad extracontractual.

Esta debe ser la primera tarea del juez, determinar si tales elementos están presentes y como es obvio, si está legitimado en la causa.

En el caso de automóviles, la Corte ha señalado mediante sentencia del 21 de mayo de 1969 que es el propietario del automóvil quien deberá responder por las infracciones al Reglamento de Tránsito y de igual manera se ha señalado que la

demanda ha de ser presentada por el propietario del automóvil quien es el que está legitimado cuando se trata de tercero demandante.

Si el juez llega a la conclusión de que debe ordenarse al demandado indemnizar los perjuicios que por su culpa sufrió el demandante entonces entra a considerar la relación existente entre el demandado y la compañía aseguradora a quien el demandado llamó en garantía. Y es aquel en donde el juez va a analizar si existe entre el llamado en garantía el contrato de seguros, si estaba vigente cuando el daño se produjo, si el riesgo estaba amparado por dicho contrato a cuya reparación tiene derecho el demandante. Si esto es de economía en base al principio procesal y para que se cumplan los fines de la institución en la misma sentencia, deberá condenar al garante a reembolsar al demandado lo que éste se vio obligado a pagar como consecuencia de lo que se ha ordenado.

Es pues la compañía aseguradora quien tendrá que sufrir la condena en el proceso por razón de haber sido llamada en garantía y haberle dado la ley las oportunidades para su defensa.

Esta institución procesal de origen germánica que el Profesor **JORGE FÁBREGA** la define:

“Es institución germana, adoptada en Italia y en numerosos ordenamientos latinoamericanos.

El llamamiento en garantía se produce cuando una de las partes tiene el derecho para exigir la indemnización de procesos de un tercero o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia. (FÁBREGA, Jorge. **Estudios Procesales**. Tomo I. Editorial Jurídica Panameña. Pág. 550).

El llamamiento en garantía del asegurado queda sujeto a las siguientes reglas:

1. El escrito del llamamiento a la compañía asegurada al proceso debe contener los requisitos que se establecen en el artículo 595: a) Nombre de la compañía aseguradora, b) Lugar o domicilio de la compañía, c) Los hechos en que se basa el llamamiento, d) La dirección del demandado o llamante o denunciante.

2. El término que tiene la compañía para intervenir en el proceso una vez que es notificada a su representante legal es de cinco días para contestar que puede ser aumentado hasta diez días a prudente arbitrio del juez. Si no se notifica a la compañía en término de tres meses, precluye el término para que ésta sea parte

del proceso, y el proceso continúe entre demandante y demandado. Si la compañía comparece al proceso será considerada como litis consorcio del denunciante.

3. La compañía de seguro llamada al proceso podrá proponer excepciones y pedir las pruebas que pretenda hacer vales.

4. Una vez concluida la tramitación del proceso y aunque la compañía no se haya apersonado al mismo juez, el juez proferirá su decisión.

5. La sentencia podrá ser recurrida por cualquiera de las tres partes: demandante, demandado y el llamado en garantía.

## BIBLIOGRAFÍA

**BUSTAMANTE FERRER**, Jaime y **URIBE OSORIO** Ana Inés. Principios Jurídicos del Seguro, Tercera Edición, Editorial Temis. Santafé de Bogotá, Colombia, 1994.

**CAMACHO ARROYO**, Julio. 20 años de Jurisprudencia de la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia. 1961 – 1980. Panamá, 1982.

**CIGARRUISTA T.**, Rodrigo. Derecho Panameño de Seguros. Tomo I. Impresora Berríos, 1985.

**CIGARRUISTA T.**, Rodrigo. Algunos aspectos legales sobre los seguros de personas. Litografía Enam, S.A., 1986, pág. 141.

**CLARKE**, A., Malcolm. The Law Insurances Contrats Lloyds London. 1989.

**DUEÑAS, DOMÍNGUEZ**. Michelle Ivonne. De la Responsabilidad Jurídica de los Hechos del 20 de diciembre de 1989, en materia de seguros. Trabajo de Graduación Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Panamá. 1997.

**FÁBREGA**, P. Jorge. Estudios Procesales. Tomo I. Editorial Jurídica Panameña, 1989.

**HALPERIN**, Isaac. y **MORANDI F.**, Juan Carlos. Seguro. Volumen II. Ediciones de Palma. Buenos Aires, Argentina, 1983

**IVAMY E.R.** Hardy. Principles Insurance Law London, 1983.

**JARAMILLO**, J., Carlos Ignacio. Estructura de la Forma en el Contrato de Seguro en la Legislación Nacional y Comparada. Editorial Temis, S.A. Bogotá, Colombia.

**LÓPEZ BLANCO**, Hernán Fabio, Comentarios al Contrato de Seguros. Segunda Edición, Dupré Editorial, Santafé de Bogotá, 1993.

**MORANDI**, Juan Carlos. Estudios de Derecho de Seguros. Edición Pannedille, Buenos Aires, 1971.

**OSSA, G. Efrén.** Teoría General del Contrato de Seguro. La Institución. Editorial Temis, Santafé de Bogotá, Colombia, 1991.

**OSSA, G. Efrén.** Los Conflictos Bélicos en el Derecho de Seguros. Editorial Temis, Santafé de Bogotá, Colombia, 1933.

**OSSA, G. Efrén.** Teoría General del Seguro. El Contrato. Editorial Temis, Santafé de Bogotá, Colombia, 1991.

**SÁNCHEZ QUINTERO, Tomás.** Los Contratos de Seguro y Riesgo de Guerra como Cláusula de Exclusión. Trabajo de Graduación. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Panamá, 1997.

**SAUCEDO POLO, Juan.** El Contrato de Seguros, Litografía e Imprenta Lil. S.A. Costa Rica, 1985.

**STIGLITZ, Rubén S.** El Siniestro. Seguros y Responsabilidad Civil. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980.

**STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriela.** Seguro contra la Responsabilidad Civil. Editorial Abelleo Perrot, Buenos Aires, 1980.

**VOLOJ PEREIRA, Alberto.** Hablemos de Seguros.

**VOLOJ HOLGEIN, Francisco.** Mecánica Procesal del Contrato de Seguros. Editorial Ratina. Bogotá.

## **REVISTAS**

Asociación Panameña de Revistas de Derecho de Seguros. Primer Foro Nacional. Conferencia sobre Derecho de Personas. Litografía Enan, S.A., Agosto, 1984.

Revista Española de Seguros. Nº 82. Abril – Junio, 1985. Publicación Doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros Privados.

Revista Ibero – Latinoamericana de Seguros. Pontificia Universidad Javeriana. Editorial Temis. Santafé de Bogotá, Colombia.

Sistemas Jurídicos, S.A. Jurisprudencia de Seguros.

## **TEXTOS LEGALES**

Código de Comercio de la República de Panamá.

Código Civil de la República de Panamá.

Código Judicial de la República de Panamá.

Código Civil de Colombia.

Código de Comercio de Colombia.

Código de Comercio de Argentina.

Ley Nº 8 de 1982. Panamá.

Ley Nº 59 de 29 de julio de 1996. Por medio de la cual se reglamentan las entidades aseguradoras, administradoras de empresa y corredores o ajustadores de seguro; y la profesión del corredor o productor de seguros. Gaceta Oficial Nº 23092, jueves 1º de agosto de 1996.

Ley Nº 29 del 1º de febrero de 1996. Por la cual se dictan normas sobre la defensa de la competencia y se adoptan otras medidas.

## Responsabilidad Civil y del Estado N°6

# Responsabilidad Civil y del Estado

No. 6  
Mayo de 1999

Aspectos jurídicos  
de la Historia Clínica

*Piedad Lucía Bolívar G.*

Responsabilidad extracontractual  
Análisis comparativo del problema en  
el Common Law (Torts)  
y en el Civil Law

*Aída Kemelmajer de Carlucci*

Daño al proyecto de vida  
Separata de la Revista de  
la Facultad de Derecho de la  
Pontificia Universidad  
Católica del Perú

*Carlos Fernández Sessarego*

La responsabilidad de  
las entidades Estatales en la  
prestación de los servicios  
médicos y las particularidades  
que puede presentar este  
régimen en el campo de  
la ginecología y la obstetricia

*Daniel Suárez Hernández*



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



# ASPECTOS JURÍDICOS DE LA HISTORIA CLÍNICA

**Piedad Lucía Bolívar G.**

## **CONTENIDO:**

1. Reseña histórica
2. Antecedentes normativos
3. Valor probatorio
4. Obligaciones derivadas del registro
5. Derechos protegidos por la reserva de la historia clínica
6. Elementos constitutivos de la historia clínica
7. Requisitos de la historia clínica
8. Metodología
9. Conservación de la historia clínica
10. Situación actual de la historia clínica
11. Responsabilidad por el manejo de la historia clínica
12. Conclusiones

El acto médico se cumple desde dos perspectivas. Siendo una de ellas el médico material como tal, dentro del cual el profesional de la salud “está obligado a conocer concienzudamente todo lo que el arte médico es capaz de enseñarle en el correspondiente medio científico; a no intentar aquella que escapa de sus posibilidades, pero que está dentro de las que tiene otro; a intervenir, poniendo al servicio de su ministerio todos los conocimientos del caso, toda la diligencia, todo el cuidado, toda la prudencia que un médico, en igualdad de circunstancias habría empleado, de ser ese médico idóneo, prudente y diligente en ejercicio de su profesión (Dr. A. Pérez Vives. Vol. III, pág. 195 a 202). Y la otra perspectiva, el acto médico documental, entendido como el registro obligatorio de las condiciones de clínica patológicas del paciente, las prescripciones y actuaciones médicas.



## RESEÑA HISTÓRICA

En el ejercicio médico y en la práctica hospitalaria, en nuestro país, se habían venido utilizando diferentes mecanismos para materializar estos registros, sin que se hubieran tramitado de manera unificada.

Ante el incremento de los servicios y su desarrollo científico, y la interdisciplinariedad en la prestación de los servicios de salud, esta forma individualizada de trámite de los registros se fue haciendo obsoleta. Se hacía imperativa la implementación de un sistema de registros que contribuyera en la consecución de los fines de los registros tales como:

- Apoyar la atención de las necesidades del paciente
- Ofrecer información para la planificación, investigación o auditoría médica.
- Reconstrucción posterior de la atención brindada al paciente desde su concepción.

## ANTECEDENTES NORMATIVOS

1. Es en 1975, cuando el Gobierno Nacional adopta criterios de unificación de los registros médicos mediante el decreto 526 de 1975, en el cual se dictan normas del Subsistema Nacional de Información en Salud, autorizando al Ministerio de Salud para solicitar y obtener los datos que se requieran para el sistema nacional de salud.

2. Por medio de la Resolución N° 3881 de 1975, se adopta el Manual de Normas y Procedimientos de Registros Médicos que comprenden la Historia Clínica y Registros secundarios dentro del subsistema de información del Sistema Nacional de Salud.

3. La ley 23 de 1981 (Ley de Ética Médica)

Artículo 34. “La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado sometido a reserva que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley”. En este artículo se reglamentó la obligatoriedad del registro de las condiciones de salud del paciente y su reserva frente a terceros.

Artículo 35. “En las entidades del Sistema Nacional de Salud la Historia Clínica estará ceñida a los modelos implantados por el Ministerio de Salud”.

Artículo 36. “En todos los casos la Historia Clínica deberá diligenciarse con claridad”.

“Cuando haya cambio de médico, el reemplazado está obligado a entregarla, conjuntamente con sus anexos a su reemplazante”

4. El Decreto 3380 de 1981, refiere lo relativo al secreto profesional frente a la Historia Clínica.

Artículo 23. “El conocimiento que de la historia clínica tengan los auxiliares del médico o de la institución en la cual éste labore, no son violatorios del carácter privado y reservado de ésta”.

Artículo 24. “El médico velará porque sus auxiliares guarden el secreto profesional, pero no será responsable por la revelación que ellos hagan”.

Artículo 30. “Las historias clínicas pueden utilizarse como material de consulta y apoyo a los trabajos médicos, con sujeción a los principios del secreto profesional y de la propiedad intelectual”.

5. Ley 35 de 1989

Artículo 23. “El odontólogo está obligado a guardar el secreto profesional en todo lo que, por razón del ejercicio de su profesión haya visto, escuchado y comprendido salvo en los casos en que sea eximido de él por disposiciones legales. Así mismo, está obligado a instruir a su personal auxiliar sobre la guarda del secreto profesional”.

Artículo 25. “El odontólogo deberá abrir y conservar debidamente, historias clínicas de sus pacientes, de acuerdo a los cánones científicos”.

6. La ley 10 de 1990 deroga el decreto 526 de 1975.

7. Circular N° 012 de junio 24 de 1993, mediante la cual la Superintendencia Nacional de Salud impartió instrucciones precisas a las entidades prestatarias de servicios de salud (hoy I.P.S.) sobre el manejo de la historia clínica y su obligatoriedad de registro.

Instruye a los establecimientos hospitalarios y clínicos sobre la obligatoriedad en el diligenciamiento de las historias clínicas con los requisitos establecidos en la ley.

8. Ley 38 de 1993

Artículo 1º “A partir del 1º de enero de 1993, en todos los consultorios odontológicos, tanto públicos como privados será obligación levantar una carta dental, según modelo que se determine en esta ley.

Parágrafo. El archivo de la carta dental será llevado por las entidades de previsión social, las clínicas odontológicas y los consultorios odontológicos.

9. Resolución Nº 3905 de 1994 del Ministerio de Salud.

10. Resolución Nº 2546 de 1998 del Ministerio de Salud: Consagra el Registro Individual de Atención.

## **VALOR PROBATORIO**

Es un documento que está diligenciado en un momento dado por el mismo implicado dentro del acto demandado, es decir, por el profesional de la salud que participó del proceso de atención cuya calidad y cualidad se demanda, por esta razón se ha pretendido por algunos autores desconocer su valor y preponderancia probatoria. No obstante, este documento, es elaborado no como herramienta probatoria ni defensiva en un momento dado, sino que es diligenciado en cumplimiento de un deber legal, porque es la misma ley la que hace obligatorio su trámite y su inobservancia, responsabiliza al actor omisivo por ello. Por tal razón la historia clínica se convierte en un instrumento probatorio válido, pertinente, útil y eficaz, con el cual se pretende demostrar la verdad procesal coincidente con la verdad material dentro del proceso, y como tal participa del acervo probatorio sujeto también a dicha controversia y valoración por parte del juzgador.

En la medida en que la historia clínica sea un acto idóneo, cumplirá con su función probatoria. Pero si esta se hace de manera negligente, se constituirá en un elemento en contra de las condiciones del servicio prestado.

La historia clínica no es el único medio de que dispone este profesional de la salud para probar las circunstancias que dentro de este dinamismo probatorio le corresponde a pesar de ser una reconstrucción histórica de las condiciones clínico patológicas y de cada una de las actuaciones practicadas por el personal médico, paramédico y en general por los profesionales de la salud que de alguna manera participan en el proceso de atención del paciente.

En conclusión, la historia clínica sí es el único medio probatorio que se estructura desde el mismo acto médico. Sin embargo no debe entenderse como el único medio para demostrar la pericia, diligencia y la prudencia del actuar médico.

## **OBLIGACIONES DERIVADAS DEL REGISTRO**

Este registro obligatorio conlleva obligaciones tanto para el profesional de la salud como para las instituciones de salud.

Así el profesional de la salud deberá elaborar la historia clínica. Y las instituciones de salud, velar porque los profesionales de la salud que laboran en su institución diligen cada uno de los registros en la historia clínica tal y como la ley lo exige y también constituye obligación legal la custodia y conservación de la historia clínica.

Tanto los profesionales en sus consultorios particulares como las instituciones de salud, deben velar por la conservación íntegra de la historia clínica, que su contenido no sea alterado ni mutilado.

Por último, es obligación la guarda, la reserva del secreto profesional, de la información que con ocasión de la atención en salud se consignó en la historia clínica.

“La reserva es la limitación expresa del conocimiento del contenido de la historia clínica; es la restricción del acceso de personas distintas del médico, al personal de enfermería y al propio paciente a la información en ella consignada”. En principio sólo lo conocen el médico, su paciente y los diferentes servicios, salvo: autorización expresa del paciente y autorización legal.

## **DERECHOS PROTEGIDOS POR LA RESERVA DE LA HISTORIA CLÍNICA**

### **1. Derecho a la intimidad**

Artículo 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y la obligación del Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. Es un derecho esencial de la personalidad y como tal tiene una conexión inescindible con la dignidad humana.

La intimidad se define como la esfera de la personalidad del individuo, (parte personalísima y reservada) que éste ha decidido reservar para sí, ocultándola y liberándola de la injerencia de los demás miembros de la sociedad ocasionando su revelación responsable en caso de causar perjuicio con ello.

## **2. Derecho al buen nombre**

Es la buena opinión o fama adquirida por un individuo en razón a la virtud, al mérito y a los valores morales, como consecuencia necesaria de las acciones protagonizadas por él.

El paciente será el único responsable de las decisiones que puedan tomarse sobre su vida y su salud y por tanto, es quien está facultado para dar el consentimiento requerido antes de cualquier intervención médica.

## **3. Derecho a la honra**

Derecho que debe ser protegido por el Estado con el fin de que no menoscabe el valor intrínseco de los individuos frente a sí mismo, garantizando la adecuada consideración y valoración de las personas.

## **4. Derecho a la información**

## **5. Derecho al Habeas Data**

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.

## **6. Derecho al acceso a los documentos públicos**

No obstante este derecho no puede ser absoluto, y por lo tanto no puede ser utilizado para revelar datos íntimos ni para lesionar la honra y el buen nombre de las personas a que se refieren. Así la Corte ha manifestado que cuando surja un conflicto entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información, prevalece el derecho a la intimidad, como consecuencia de la consagración de la dignidad humana como un principio fundamental y valor esencia del Estado.

Tanto la epicrisis, creada mediante la Resolución N° 3905 de 1994, como el Registro Único Individual de Atención, regulado a través de la Resolución N° 2546 de 1998, refieren datos contenidos en la historia clínica, y por tal razón se encuentran reglamentados y protegidos por la misma normatividad que regula a ésta última, no siendo posible la entrega a terceras personas sin previa autorización del paciente, porque de lo contrario, se estaría atentando contra su intimidad.

## ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA HISTORIA CLÍNICA

### **Documento:**

Legalmente se define por el Código de Procedimiento Civil Colombiano como el escrito destinado a comprobar un hecho jurídico que conlleva un contenido literal con implicaciones jurídicas y un autor que es el médico. Contiene la captura de los datos que se hace en forma natural, expresiva y flexible, de la misma forma que los médicos expresan lo que observan.

Y como tal requiere la firma, la individualización de su autor.

Dicho documento será publicado cuando es otorgado por el funcionario público en ejercicio de su cargo o con intervención. Y será privado cuando no reúne los requisitos para ello (Art. 251 C.P.C.).

### **Registro de las condiciones de salud del paciente**

La historia clínica es el fiel reflejo de las condiciones de salud del paciente. Son todas aquellas descripciones del estado del paciente, su evolución y tratamiento, lo cual permite evaluar, planificar y dar seguimiento a un programa de salud.

### **Obligatorio**

Es un acto obligatorio del personal de salud que atiende al paciente, su elaboración no es facultativa.

### **Sometida a reserva**

Excepciones:

- El personal subalterno por razón de su oficio debe conocer y tener acceso a la historia clínica. Sin embargo, están obligados personalmente a guardar la confidencialidad.
- Interconsulta: Cada profesional que asuma por alguna causa el acceso a su historia clínica.
- Familiares: Solo el consentimiento informado del paciente.
- E.P.S. El MinSalud y la SuperSalud prohíben el acceso a la historia clínica, pues sólo le corresponde a la I.P.S.

## REQUISITOS DE LA HISTORIA CLÍNICA

**Completa:** En la historia clínica deben incluirse todas y cada una de las actuaciones del profesional de la salud con relación al paciente. No deben omitirse anotaciones que puedan ser relevantes, las evaluaciones científicas, pruebas de laboratorio, Rx, informaciones y autorizaciones.

**Coherente:** Sus anotaciones deben ser precisas, que no den lugar a interpretaciones sin fundamento fáctico.

**Sustentadas:** Todas las pruebas solicitadas deben tener un soporte científico.

**Diligenciada:** No deben dejarse espacios en blanco.

**Autorización:** Para cada uno de los procedimientos que le van a ser practicados al paciente y que representen un riesgo inherente y grave al acto médico que se va a realizar. Esto previa información clara al paciente.

**Firma:** Por ser un documento médico debe contener la firma del médico que lo crea.

**Legible:** Debe ser claro, que su lectura textual, no dé la oportunidad de hacer diferentes interpretaciones y que ofrezca seguridad a quien continuará con la prestación del servicio.

**Fecha:** de cada uno de los actos que se van ejecutando. Si por alguna razón no es posible realizar el registro documental de manera concomitante con el acto médico, debe dejarse constancia de esto al momento de hacer la respectiva anotación.

Cumpliendo con estos requisitos en la elaboración y trámite de la historia clínica, este deberá reflejar lo que el médico observa e interpreta. Este modelo debe ser más descriptivo que prescriptivo. En la historia clínica deberán quedar consignadas todas aquellas condiciones clínico patológicas del paciente, su evolución, sus manifestaciones, no debe limitarse sólo a las órdenes médicas, siendo estos datos entonces observaciones directas o indirectas registradas por el médico. Serán directas, las que el médico anota sin que el paciente las manifieste y las indirectas, son las que el paciente refiere, tales como sus antecedentes personales o familiares.

Los datos consignados en la historia clínica son las observaciones directas e indirectas.

## METODOLOGÍA

La historia clínica sigue un ordenamiento lógico y cronológico que refleja el actuar del profesional y la experiencia con el paciente.

**Anamnesis:** Es el interrogatorio sobre los antecedentes de las enfermedades del paciente (no solo de la enfermedad actual, sino de todas las enfermedades padecidas por el paciente y en su familia), para lo cual deberá quedar el registro en la historia clínica de manera cronológica.

A pesar de ser consciente de la imposibilidad de definir un modelo de cuestionario para la anamnesis y todas y cada una de las consultas, se pretende crear conciencia de la necesidad de que se haga de manera técnica y eficaz, constituyendo esto en consecuencia una mera orientación que deberá ser adicionada según los requerimientos de cada caso en particular.

### Finalidades de la anamnesis:

1. Abrir canales de comunicación médico – paciente.
2. Disminuir los niveles de ansiedad del paciente.
3. Ayuda para un diagnóstico definitivo.

## CONSERVACIÓN DE LA HISTORIA CLÍNICA

*Artículo 60 C. de Co. “Los libros y papeles a que se refiere este capítulo deberán ser conservados cuando menos por diez años, contados desde el cierre de aquéllos o la fecha del último asiento, documento o comprobante. Transcurrido este lapso, podrán ser destruidos por el comerciante, siempre que por cualquier medio técnico adecuado garantice su reproducción exacta...”*

*Inciso Segundo. Art. 134. Decreto Reglamentario 2649 de 1993. “Salvo lo dispuesto en normas especiales, los documentos que deben conservarse pueden destruirse después de veinte (20) años contados desde el cierre de aquéllos o la fecha del último asiento, documento o comprobante. No obstante, cuando se garantice su reproducción por cualquier medio técnico, pueden destruirse transcurridos diez (10) años”.*

*Artículo 1. Decreto Reglamentario 2620 de 1993. “Todo comerciante podrá conservar sus archivos utilizando cualquier medio técnico adecuado que garantice la reproducción exacta de documentos, tales como la microfilmación, la micrografía y los discos ópticos entre otros”.*



*Resolución N° 003905 de junio de 1994 del Ministerio de Salud “Las Instituciones Prestadoras de Salud que se encuentren clasificadas como segundo y tercer nivel, deberán adoptar procedimientos de sistematización para efectos de remisión periódica de la información contenida en el formato de resumen de Atención, que permita la elaboración de las bases de datos conforme a las instrucciones que para el efecto se expida de manera conjunta por el Ministerio de salud y la superintendencia Nacional de Salud.*

*Circular N° 06 de febrero 25 de 1997 “Las entidades del sector salud tienen la obligación de conservar la información contenida en las historias clínicas por un período de 20 años, tiempo de vigencia de reclamación por responsabilidad civil (procesos ordinarios) dados que estos prescriben a los 20 años”.*

*En torno a cumplir con la obligación de conservación de la historia clínica, fueron creados los Departamentos de Registros Médicos, los cuales deberán cumplir entonces con los siguientes objetivos:*

*Asegurar una historia clínica exacta, oportuna, confidencial y accesible a diferentes tipos de usuarios.*

*Elaborar toda la estadística contenida en los formularios y documentos existentes.*

*Contribuir a la investigación y educación médica.*

*Sus funciones giran alrededor de los trámites de admisión y egreso, resguardo de la historia clínica, elaboración de estadísticas, certificaciones y colaboración en capacitación e investigaciones y es en ellos en quien en última instancia recae la obligación de custodia y conservación de dichos registros.*

## **SITUACIÓN ACTUAL DE LA HISTORIA CLÍNICA**

La situación actual se ve agravada por la falta de recursos financieros y humanos.

El sistema actual se caracteriza por un predominio del modelo de registros médicos en forma de texto libre en papel, el cual tiene que ser reemplazado debido a su falta de integralidad, oportunidad y calidad, siendo su alcance limitado.

Las notas que se registran en la historia clínica se hacen de manera desorganizada; con frecuencia los resultados de los exámenes diagnósticos no se encuentran y no es posible reconstruir la evolución del paciente.

El sistema actual de salud, que masificó la atención no permite buena calidad de información ya que la calidad parte de la integralidad y oportunidad.

## **RESPONSABILIDAD POR EL MANEJO DE LA HISTORIA CLÍNICA**

En torno a la historia clínica giran para el profesional de la salud y para la institución, como se acaba de citar, obligaciones tales como la elaboración, conservación y custodia. Su inobservancia, genera responsabilidad civil, penal, ética y disciplinaria para el profesional y administrativa para las instituciones.

Una vez aclarado que la historia clínica no es el único medio probatorio en los procesos en los cuales se debate la responsabilidad de los profesionales de la salud, considero imprescindible manifestar que si en un proceso se reclama la indemnización de los perjuicios que se irrogaron por la presunta causación de un daño, lo que se pretende es la declaratoria de la responsabilidad por la causación de dicho daño, para lo cual, sería necesario la verificación procesal de la existencia de un hecho dañosos, un daño y un nexo de causalidad entre estos dos extremos. Diferente de la responsabilidad que se genera por la violación del deber legal de elaboración, conservación y custodia de la historia clínica, la cual no participa en la causación del daño que se alega, el no diligenciamiento de la historia clínica o su no conservación es una culpa que resulta inocua y no tiene incidencia en la realización del daño que se pretende sea indemnizado. Por tal razón si se falla en contra del demandado por su inexistencia o deficiencia, se estaría frente a un fallo extrapetita. Y sólo frente a estos presupuestos podría fallar el juzgador.

La ausencia de la historia clínica no es prueba de la culpa en la atención brindada a un paciente ni constituyen el nexo causal entre el hecho presuntamente dañoso y el supuesto daño, más aún si se tiene en cuenta que en los casos de los pacientes institucionales, los profesionales, si bien tienen la obligación de elaboración de la historia clínica, no son responsables de su conservación y custodia.

Comparto la tesis según la cual en algunos casos los profesionales de la salud no tiene la posibilidad de explicar cómo ocurrieron los daños del paciente ni en qué consistieron. Y es esta la razón por la cual, tal dinamismo probatorio no puede conllevar a una presunción de responsabilidad en cuanto no puede exigírsele actuar de manera diligente en aquello que es imposible desplegarlo. Es decir, si no participa en la demostración de la causa del daño por ser esta imposible de definir, no puede responsabilizársele por la causación del daño que se debate.

## **Responsabilidad para la Administración**

La presunción de falla del servicio en materia médica se viene imponiendo desde 1990 en un fallo, cuyo ponente fue el Dr. GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO, en el cual se aplica la aparente presunción de culpa contenida en el artículo 1604, es decir, que es el demandado a quien le corresponde probar los eximentes de responsabilidad como fuerza mayor, caso fortuito, o culpa exclusiva de la víctima. No obstante la diligencia y cuidado debe ser demostrada por quien ha debido emplearla.

La violación de la confidencialidad de la información de carácter reservado, como es la contenida en la historia clínica, por parte de quienes tiene la categoría de servidores públicos, es causal de mala conducta que conlleva sanción de destitución, conforme al artículo 29 de la ley 57 de 1985.

### **Responsabilidad penal:**

El incumplimiento de las obligaciones inherentes a la historia clínica conlleva responsabilidades penales descritas en el Código Penal por los siguientes tipos:

Art. 154. “Revelación de secreto. El servidor público que indebidamente da a conocer documento o noticia que deba mantener en secreto o reserva, incurrirá en...”

Este tipo penal protege la administración pública. Es una conducta que exige un sujeto activo calificado, vale decir, requiere que la conducta sea desplegada por un servidor público quien ha debido obtener la información a través de sus funciones. El verbo rector es “dar a conocer”, revelar.

Art.155. “Utilización de asunto sometido a secreto o reserva. El servidor público que utilice en provecho propio o ajeno, descubrimiento científico, u otra información o dato llegados a su conocimiento por razón de sus funciones, y que deban permanecer en secreto o reserva, incurrirá...”

Tipo penal que también protege la función pública y requiere un sujeto activo calificado, pues la conducta debe ser desplegada por un servidor público. Y el verbo rector es “utilizar” emplear, usar, pero requiere una calificación especial y es que ese uso, esa disposición de la información, genere un beneficio para el infractor.

### Capítulo III. Título VI “De la falsedad en Documentos”

Dentro de este capítulo se protege la fe pública y la confianza de los ciudadanos.

La **falsedad** es aquella conducta mediante la cual el agente pretende hacer aparecer como verdadero aquello que en realidad no lo es.

**Falsedad Material:** Se ejecuta mediante la creación total de un documento falso, la imitación de un documento que ya existe o la alteración del contenido de un documento auténtico (público o privado).

**Falsedad Total:** Aquella en la cual el sujeto activo crea documento en su integridad, tanto su contenido como su procedencia, es decir, lo suscribe quien lo elaboró o lo hace aparecer como si proviniese de él.

**Falsedad Material Parcial o Impropia:** Es la alteración de un texto ya confeccionado, de tal manera que se le agregan o suprimen algunos aspectos de su contenido. Sent. De Casación, mayo 6 de 1997, Radicado 9478. M.P. Dr. Carlos E. Mejía Escobar.

Art. 219. “Falsedad ideológica en documento público. El servidor público que en ejercicio de sus funciones, al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad, incurrirá...”

Es un tipo penal de sujeto activo calificado, debe ser ejecutado por un servidor público.

Art. 220. “Falsedad material de particular en documento público. El que falsifique documento público que pueda servir de prueba, incurrirá...”

Dentro de esta conducta descrita se sanciona al particular que falsifique materialmente documento público.

“Un particular puede cometer falsedad material en documento público”

Art. 221. “Falsedad en documento privado”. El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá...”

El uso legal exigido por este tipo es aquel mediante el cual se allega al medio jurídico el documento, ya sea dentro de una litis, o dentro de algún trámite extraprocesal.

Art. 222. “Uso de documento público falso. El que sin haber concurrido a la falsificación hiciere uso de documento público falso que pueda servir de prueba, incurrirá...”

Art. 223. “Destrucción, supresión u ocultamiento de documento público. El que destruya, suprima u oculte total o parcialmente documento público que pueda servir de prueba, incurrirá... Si el hecho fuere realizado por servidor público”.

Art. 289. C.P. “Divulgación y empleo de documento. El que en provecho propio o ajeno o con un perjuicio de otro divulgue o emplee el contenido de un documento que deba permanecer en reserva, incurrirá...”

Es un tipo penal que garantiza el derecho a la privacidad de la información, siendo sus verbos rectores “Divulgar”, publicar o dar a conocer a terceras personas, y “Emplear”, usar, utilizar.

El uso legal requerido para que adquiriera plena configuración el punible de falsedad en documento privado en aquel mediante el cual se introduce el documento en el tráfico jurídico, ya de manera judicial mediante la aportación a un proceso, o extrajudicialmente, pero con la ineludible intención de hacerlo valer como medio de prueba de la manifestación de voluntad de su creador.

### **Responsabilidad Civil:**

En materia civil, la culpa médica debe ser probada. No obstante la teoría de la carga de la prueba conlleva a definir quién tiene la carga de probar cada uno de los supuestos fácticos que se esbozan dentro de un proceso. Ambas partes en desarrollo de la lealtad procesal, deben actuar dentro del proceso de manera activa probando todo aquello que se encuentre a su alcance, ya sea por razones fácticas, técnicas o científicas.

### **CONCLUSIONES**

No puede a la luz de la sana crítica probatoria desconocerse como prueba este documento histórico, aduciendo que fue elaborado por los mismos implicados, pues fue elaborada en cumplimiento de un deber legal.

Es el principal documento histórico sobre las condiciones del paciente, los actos médicos y paramédicos desplegados, y evolución del paciente.

La deficiente u omisiva actuación administrativa en el manejo de las historias clínicas, no demuestra el lesionamiento o puesta en peligro de los bienes y derechos jurídicamente tutelados.



# **RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL ANÁLISIS COMPARATIVO DEL PROBLEMA EN EL COMMON LAW (TORST) Y EN EL CIVIL LAW<sup>1</sup>**

**Aída Kemmelmajer de Carlucci**

## **CONTENIDO:**

- VIII. Objetivos de este informe
- IX. Ideas preliminares
- X. Los presupuestos de la responsabilidad
- XI. Algunos casos de responsabilidades indirectas
- XII. Los nuevos daños. Algunos de los casos más significativos

## **I. OBJETIVOS DE ESTE INFORME**

### **1. La dificultad de la tarea. Alcance del análisis comparativo**

Hasta hace aproximadamente treinta años los juristas argentinos analizaron los problemas de la responsabilidad civil (hoy llamada derecho de daños), bajo la decisiva influencia del Derecho francés; en estas últimas décadas, la doctrina y la jurisprudencia italiana y española se sumaron al objeto del conocimiento. Muy poco se sabe, en cambio del derecho anglosajón. Por eso, me he enfrentado, entre otras, a estas dificultades:

- a) La escasez de bibliografía nacional.

---

<sup>1</sup> El trabajo reproduce, con algunas variantes insignificantes, el informe argentino, presentado por la autora, en el Congreso celebrado en Buenos Aires, en septiembre de 1995, organizado por la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas y en la Universidad Argentina de la Empresa, bajo el título "Hacia un nuevo ius commune. Tendencias convergentes en un mundo que se está reduciendo".



b) La identificación exacta de los conceptos; se ha dicho que muchas palabras del derecho inglés no son traducibles a otras lenguas, del mismo modo que no lo son los términos de la fauna o de la flora de otro clima.<sup>2</sup>

c) las diferencias entre los derechos de los diferentes países que pertenecen a la tradición de Common Law.<sup>3</sup>

He decidido, entonces, explicar los grandes lineamientos del derecho argentino (que pertenece al sistema continental europeo) y limitar las comparaciones a algunas figuras que muestran un decisivo acercamiento de ambos regímenes.

Finalmente, señalo que en Argentina, la responsabilidad civil sigue siendo la vedette de los temas jurídicos y la bibliografía existente es inagotable; por eso, prácticamente me limito a citar algunos trabajos de mi autoría, donde podrán encontrarse referencias completas al derecho nacional; parece que en Inglaterra, en cambio, es uno de los tantos posibles objetos de interés del jurista.<sup>4</sup>

## 2. Ventajas que tiene el derecho de daños en el estudio comparativo

Sin embargo, la tarea comparativa se simplifica porque los problemas son iguales en todo el mundo; en todos los países los sujetos reclaman los daños sufridos por accidentes de tránsito, mala praxis profesional, difamaciones por la prensa, etc.<sup>5</sup>

Por lo demás, llamativamente, los códigos europeos clásicos (francés, español, italiano, alemán, etc.) tienen muy pocos artículos referidos a la responsabilidad extracontractual; consecuentemente, las reglas de la responsabilidad civil en estos países han sido, por tradición, prevalementemente pretorianas.<sup>6</sup> El derecho anglosajón, en cambio, presenta una reglamentación minuciosa. Por eso, paradójicamente, en esta materia, la jurisprudencia continental europea ha sido tan o más creadora que la Common Law.<sup>7</sup> El código civil argentino dedica setenta

2 DAVID, René., JAUFFRET SPINOSI, Camille. Les grands systèmes de Droit contemporains, 10<sup>a</sup> ed. Dalloz, 1992, N<sup>o</sup> 289.

3 MATTEI, Ugo. Repensando il rapporto fra diritto inglese e diritto americano: L' esempio dei torts, Quadrimestri, 1991. N<sup>o</sup> 2. page. 556

4 MATTEI, Ob. Cit. Pág. 556

5 STONE, Ferdinand. Decline and failure the citadle inmunity in tor. Rev. Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. Vol. XVI, Sept. – Dic. 1981. N<sup>o</sup> 1. pág. 73

6 PONZANELLI, Giulio. Il Principio di uguaglianza e la crescita delle regole di responsabilità civile, en responsabilità civile e previdenza. Vol. LVIII. N<sup>o</sup> 6. Nov. – Dic. 1993. pág. 878.

7 DE LOS MOZOS, José J. El sistema de Common Law desde la perspectiva jurídica española, en Libro Homenaje al profesor José Beltrán de Heredia y Castaño. Ed. Univ. De Salamanca, 1984. pág. 546.

artículos a esta problemática (arts. 1066/1136, algunos de ellos derogados y otros modificados por la ley 17711 de 1968); sin embargo, algunas normas son reiterativas y otras de difícil interpretación; estos inconvenientes, sumados a los nuevos problemas planteados por la sociedad industrial y postindustrial han dado lugar a una riquísima jurisprudencia y doctrina nacional, muy difícil de sintetizar.

Por su parte, el derecho legislado adquiere cada día más importancia en los países anglosajones. Quedaron muy atrás los tiempos relatados por Roscoe Pound, en los que un abogado de primera línea de Estados Unidos previó en su testamento un legado, gravado con el cargo de crear en una universidad una cátedra que tuviese por objeto explicar “el evangelio de la futilidad de la ley”.<sup>8</sup>

Obviamente, aunque el proceso es lento y fatigoso, la incorporación de Inglaterra a la Comunidad Europea y su actual protagonismo en la Unión Europea, han favorecido el acercamiento;<sup>9</sup> baste pensar, a vía de meros ejemplos, en los esfuerzos para armonizar las disposiciones sobre daños a la persona derivados de los accidentes de tránsito;<sup>10</sup> en las directivas sobre productos defectuosos (85/374), seguridad y salud en el trabajo, seguros obligatorios para los accidentes de tránsito (72/166; 84/5), etc.; no se descarta la existencia en un futuro no muy lejano, de un código único que regule la responsabilidad civil,<sup>11</sup> y los contratos<sup>12</sup> y, en general, el derecho patrimonial.

En suma: aunque hace algunos años, con exageración se dijo que no era posible estudiar comparativamente el Common Law y el derecho continental europeo, la realización de congresos, jornadas, reuniones de trabajo entre juristas de ambos sistemas, demuestran, precisamente, lo contrario.<sup>13</sup>

8 Cit. Por VAN CAENEGEM, Raoul, C. I signore del diritto. Milano, ed. Giuffrè, 1991. pág. 85. Exagerando sobre los alcances de este proceso de continuo aumento de la legislación, un autor escribió un trabajo bajo el título: “La morte del Common Law” (VETRI, Dominick. Trad. Por Rosella Delfino, Contratto e impresa, 1995. N° 1. pág. 353).

9 ARMANNO, María. Formazione e cultura giuridica nella tradizione del Common Law. Dall’ equity, en Scritti in onore di Gudo Capozzi, Milano. Ed. Giuffrè, 1992. T. I. pág. 60

10 RUBINI, Lucio. Codice Della responsabilità civile. 2ª ed. Milano, ed. Pirola, 1990. pág. 268.

11 Ver MARKESINIS, Basil. General Theory of Unlawful Acts; VAN MAANEN, Gwerrit. Vicarious Liability in a European Civil Code, en Towards a European Civil Code, 1994. dirigido por Martins Nijhoff, Codice per L’ Europe. Riv. Critica del Diritto Privato, anno X. N° 4, 1992. pág. 515.

12 Comp. STEIN, Peter. (a cura di), Incontro di Studio su Il futuro Codice Europeo dei contratti. Milano, ed. Giuffrè, 1993. (Pavia, 20/21 Ottobre 1990).

13 GLENN, Patrick. La civilisation de la Common Law. Rev. Internationale de Droit Comparé, 1993. N° 3. pág. 569.

## II. IDEAS PRELIMINARES

### 1. Sucesivos cambios de rumbo

Hasta hace dos o tres años, era frecuente en Argentina, al igual que en la Europa continental, afirmar que se ha pasado “de una responsabilidad que tenía por centro al dañador a otra que tiene por centro al dañado”; “de la noción de la deuda de responsabilidad a la de crédito de indemnización”;<sup>14</sup> del daño injustamente causado al injustamente sufrido,<sup>15</sup> etc. En suma, que los factores subjetivos (culpa, dolo) han dado paso a una amplia entrada de los objetivos (riesgo, garantía, equidad, etc.).

Del mismo modo se dice que el Common Law asiste a una erosión del concepto de culpa y a la expansión de la responsabilidad objetiva.<sup>16</sup>

Sin embargo, un sector de la doctrina argentina, todavía minoritario, se pregunta si la evolución tiene realmente esa dirección, pues “hay signos de una nueva frontera”.<sup>17</sup> Entre las causas de este nuevo cambio de rumbo se enuncian:

#### a) La ineficacia:

El sistema no ha solucionado el problema de los accidentes de tránsito, acaecidos cada vez en mayor número; tampoco el de los accidentes del trabajo; el régimen se ha reducido a entregar una suma de dinero (cuando el demandado es solvente) y no a modificar la organización productiva que ha provocado los daños, pues los posibles responsables se limitan a trasladar las indemnizaciones a los costos empresariales o al sistema asegurador.

#### b) Los efectos impracticables:

Todos los daños no son reparables. Este aserto se ve con claridad en la responsabilidad del Estado por omisión. Si todo se indemnizara, los jueces debe-

14 LAMBERT – FAIVRE, Ivonne. La evolución de la responsabilidad civil; de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización, en derecho de daños dirigido por ALTERINI, A y LÓPEZ CABANA, Roberto. Buenos Aires, ed. La Ley, 1992, pág. XIII.

15 LÓPEZ OLACIREGUI, José. Esencia y fundamento de la responsabilidad civil, en RDCO 1978 año 11, pág. 941; conf. ALTERINI – LÓPEZ CABANA, Roberto Mecanismos alternativos de la responsabilidad civil, DJ 1990 – 1 – 977 y en Derecho de daños dirigido por ALTERINI, A. y LÓPEZ CABANA, Roberto. Buenos Aires, ed. La Ley, 1992, pág. 216; LORENZETTI, Ricardo L. El sistema de la responsabilidad civil: ¿una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización, o una relación jurídica? LL 1993 – D – 1140.

16 TESAURO, Paolo y RECCHIA, Giorgio. Origini ed evoluzione del modello dei torts, el La responsabilità civile nei sistemi di Common Law, a cura di Francesco Macioce, Padova, Cedam, 1989, pág. 154.

17 *Ibidem*. pág. 239.

rían indicar al legislador como preparar y ejecutar el presupuesto, determinando cuánto dinero público debe destinarse a las obras o servicios necesarios para que ningún daño se produzca (por ej., cuántos policías para custodiar las plazas, calles, museos, etc., lugares públicos donde un ladrón puede atacar a otra persona).<sup>18</sup>

### c) Efectos inadecuados:

Algunas soluciones judiciales pueden generar efectos perjudiciales para el resto de las personas. Por ejemplo, si se manda a las clínicas reparar todos los daños derivados de la muerte de un suicida, aún sin culpa del demandado, se inducirá a este tipo de organizaciones de la salud, a rechazar o, en su caso, a abandonar los nuevos sistemas de asistencia en libertad, en perjuicio de los demás pacientes.

### d) La reparación integral y la situación del deudor:

Algunos daños no son asegurables. El ordenamiento debe preocuparse por el damnificado, pero no debe olvidar la situación patrimonial del deudor. En tal sentido, el segundo párrafo del art. 1069 del Código Civil argentino, muy poco invocado por los abogados, dice: “Los jueces, al fijar las indemnizaciones por daño podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable”.

Por otro lado, y apoyada en razones menos jurídicas, comienza a ponerse de moda en Argentina la idea (traída de algunos ámbitos norteamericanos, que cuentan con una realidad totalmente distinta<sup>19</sup> según la cual la responsabilidad extracontractual es la causa de todos los males del derecho y, consecuentemente de la sociedad moderna: así hablan médicos, abogados, jueces, etc.

## 2. La constitucionalización y la internacionalización del derecho de daños:

En los últimos años, algunos fallos de la Corte Federal comienzan a dar base constitucional al derecho de daños. Así por ejemplo, se ha resuelto que el *naeminen laedere*, el deber de no dañar a otro, se funda en el art. 19 de la Constitución Nacional. Se ha hecho una aplicación extensiva de valor descriptivo de la primera

18 Me he referido a esta cuestión, es mi voto como integrante de la Corte Suprema de Mendoza, in re Torres c/Pvcia de Mendoza, LL. 1989 – C – 514.

19 MAREE, Perrini. *Nouveaux développements de la responsabilité du fait des produits en droit américain*, Paris, ed. *Económica*, 1985.

parte del artículo (referido a las acciones privadas de los hombres) y también de la segunda parte (que prevé el principio de legalidad como norma de clausura).<sup>20</sup>

Esta visión ha abierto las puertas a cierta jurisprudencia norteamericana, especialmente en el ámbito de la reparación de los daños y perjuicios producidos por la prensa; esta actitud ha merecido críticas y aplausos de la doctrina nacional.<sup>21</sup>

La visión constitucional del derecho de daños no es exclusiva del derecho argentino. A vía de ejemplo, recuerdo que la Corte Constitucional de Italia, a partir de la sentencia N<sup>o</sup> 88 de 1979, encuadró el daño a la persona en la protección constitucional del daño a la salud.<sup>22</sup>

En la Europa Comunitaria, la aplicación directa de las directivas y reglamentos vinculados ha producido la prelación de muchas normas comunitarias sobre el derecho interno de la responsabilidad civil. Un mero ejemplo es el caso Francovich.<sup>23</sup> Ambiciono igual futuro para el Mercosur, aunque reconozco no tener bases ciertas que funden esta esperanza.

### 3. La función preventiva y no sólo resarcitoria del nuevo derecho de daños

La doctrina argentina comienza en que el nuevo derecho de daños no sólo debe reparar, sino también prevenir.

Por eso, uno de los proyectos de reforma del Código Civil dice expresamente: “Los jueces podrán disponer medidas tendientes a evitar la producción de daños futuros, salvo que ellas afecten garantías constitucionales”. La última frase está expresamente vinculada a la prohibición constitucional de la censura previa.<sup>24</sup>

20 CSN, 5/8/1986, *santa Coloma, Luis y otros c/ Ferrocarriles Argentinos*; ídem. 5/8/1986, *Ghunter c/ Nación Argentina*, etc. (Ver LEONARDI DE HERBÓN, Hebe M., *La regla baeminem laedere en el Derecho Constitucional, en la responsabilidad. Homenaje al profesor Isidoro Goldenberg*, Buenos Aires, A. Perrot, 1995, pág. 89.

21 CSN PÉREZ ARRIAGA *c/ Arte Gráfico Editorial Argentina*, ED. 154 – 330; JA 1993 – IV – 602 y LL 1993 – E – 77. ver BIANCHI, Enrique T. y GULLCO, Hernán V. *Responsabilidad por violación de la privacidad. La tensión entre el derecho a la intimidad y la libertad de expresión*, en *La responsabilidad. Homenaje al profesor Isidoro Goldenberg*, Buenos Aires, A. Perrot, 1995, pág. 125.

22 KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída. *El daño a la persona. ¿Sirve al derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana?* En *Rev. De derecho privado y Comunitario*, N<sup>o</sup> 1. *Daños a la persona*, Santa Fe, ed. Rubinzal, 1994, pág. 69 y ss.

23 Comp. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída. *El juez frente al derecho comunitario*, ed. 148 – 825.

24 CSN 8/9/1992, *Servini de Cubría M.*, ed. 149 – 265

La jurisprudencia nacional conoce algunos casos en los que, aún de oficio, los jueces dispusieron medidas tendientes a evitar daños. Así, por ejemplo, ante la muerte de un menor, acaecida por su caída en depósitos de agua existentes en un terreno del Ejército Nacional, se ordenó, además de la indemnización del daño causado, la colocación de un alambre perimetral y carteles de alerta para evitar que otras personas sufrieran la misma suerte.<sup>25</sup>

El principio de la prevención es aplicable, sobre todo, a los llamados daños ambientales, prueba de lo cual es la Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act (CERCLA), estadounidense de 1980.<sup>26</sup>

Los remedios procesales preventivos, también admitidos en el Common Law, aunque en ámbitos reducidos, tramitan por la vía de injunctions.<sup>27</sup>

#### 4. Responsabilidad contractual y extracontractual

Aunque el Código Argentino regula separadamente la responsabilidad contractual y extracontractual, la doctrina nacional aconseja mayoritariamente, desde hace más de treinta años, la unificación de ambos regímenes;<sup>28</sup> la adopción de este principio, seguido por los últimos proyectos de reforma del código civil, evitaría muchas discusiones judiciales en casos dudosos (responsabilidades deportivas, daños causados por transmisión de enfermedades, por productos elaborados, etc.).

De cualquier modo, la ley 17711 de 1968 y la jurisprudencia posterior a su sanción, han acercado a ambos regímenes. Las diferencias netas que subsisten son muy escasas, entre ellas:

a) Plazo de la prescripción: 2 años en la responsabilidad extracontractual (art. 4037 del Cód. Civil), 10 en la contractual (art. 4023 del Cód. Civil), salvo la existencia de un plazo menor expresamente previsto.

25 Cám. Fed. La Plata, Sala III 8/8/1988, Giménez Domingo c/Estado Nacional, LL 1989 – C – 117; ver MORELLO, Augusto y STIGLITZ, Gabriel. Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia, en LL 1987 – D – 364.

26 POZZO, Bárbara. Il criterio di imputazioni della responsabilità per danno all' ambiente nelle recenti leggi ecologiche, a cura di Pietro Trimarchi, Milano, ed. Giuffrè, 1994.

27 DELL' AQUILA, Enrico. I principi generali della responsabilità civile nel diritto inglese, Milano, ed. Giuffrè, 1989, pág. 44

28 Comp. III Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, 1961; V Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 1971; XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bariloche, 1989, II Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Junín, 1986; Jornadas Australes de Derecho, Comodoro Rivadavia, 1980; II Congreso Internacional de Daños, Buenos Aires, 1991; III Jornadas de Derecho Civil y Comercial de la Pampa, 1991.

b) Extensión de las consecuencias mediatas e inmediatas en la extracontractual; sólo las inmediatas en la contractual culposa.

c) Responsabilidad por el hecho de otro: la extracontractual requiere relación de dependencia en el autor material del daño; en la contractual, basta que se trate de una persona auxiliar, de la cual el contratante se sirve para cumplir con la prestación a su cargo, aunque no sea un dependiente.

Al parecer, la distinción entre contracts y torts también produce grandes inconvenientes en la jurisprudencia inglesa.<sup>29</sup> Algunas sentencias distinguen entre:

Daño material (reparable en ambas órbitas) y

Las pérdidas puramente económicas (pure economic losses), reparables sólo cuando se ha incumplido un contrato o existe disposición estatutaria expresa.

Esta diferencia se formuló claramente en el caso *Anns c/Merton London Borough* de 1978 en el que se dijo: “damage is damage and not economic loss, and contract as distinct from tort (with their respective and different measure of damages”. El law of contract sería productivo o dinámicamente creativo, con finalidad esencialmente reparadora, centrada en el patrimonio del acreedor y del deudor; el law of tort sería protective o sea, estadísticamente cautelar, tiene finalidad preventiva y moralizadora.

La House of Lords a veces tacha de artificial la distinción (caso *Junior Book Ltd. c/Veitchi Co. Ltd.* de 1983).<sup>30</sup> Sin embargo, la clasificación subyace en fallos recientes. Así por ejemplo, en *Murphy* se rechazó la demanda contra el municipio cuyos consultores técnicos certificaron una construcción que a los 11 años de ser entregada entró en estado de ruina. El propietario no demandó el costo de la reparación sino que vendió el inmueble y pretendió se le indemnizara la diferencia de precio entre el valor del inmueble y el que obtuvo en razón de la deficiencia que presentaba. La acción fue rechazada argumentándose que no existía contrato y se habían demandado pérdidas puramente económicas.<sup>31</sup>

29 MIRANDA, Antonello. The negligence's saga: irragionevolezza ed ingiustizia del danno nel risarcimento delle pure economic losses. Riv. Di diritto civile, anno XXXVIII, N° 4. luglio – Agosto, 1992, pág. 392.

30 Cit. Por VINEY, Geneviève, MARKESINIS, Basil. La réparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais et français. Paris, ed. Economica, pág. 10.

31 MIRANDA, Antonello. Ob. Cit. pág. 389. MARKESINIS, B.S. Caparo & Murphy: How two recent decisions of the House of Lords look from the other side of the Channel, en *European Review of private Law*, Vol. 1, N° 1 – 2, 1993, pág. 201.

Si la distinción se mantuviese, y hubiese sido bien comprendida por mí, parecería que mientras en el derecho argentino, la responsabilidad extracontractual es más severa o extensa que la contractual, en el derecho inglés la regla sería a la inversa.

De cualquier modo, en un sistema y en el otro, hay ciertas áreas en las que la línea demarcatoria se atenúa y tiende a desaparecer; es lo que ocurre, por ejemplo, en materia de responsabilidad profesional<sup>32</sup> que funciona generalmente, en el área contractual y con base subjetiva.<sup>33</sup>

### III. LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD

#### 1. La antijuricidad

El primer presupuesto de la responsabilidad en el derecho argentino es la antijuricidad. La doctrina de mi país, a diferencia de la francesa, separa el hecho antijurídico del hecho culposo.

La antijuricidad es un elemento objetivo; sólo exige la contrariedad de la conducta con el ordenamiento visto en su totalidad. Por supuesto que hay supuestos de reparación de daños causados por conductas ilícitas (caso muy frecuente en el ámbito de la responsabilidad del Estado), pero, como regla, quien actúa lícita y regularmente nada debe indemnizar.

Luego, habrá que analizar si hay algún factor de atribución, o sea, alguna razón por la cual el ordenamiento jurídico atribuye o imputa ese daño a esa persona.

Creo que la distinción entre antijuricidad y culpabilidad puede tener un paralelismo con la duty of care (y breach of the duty) y carelessness. Las primeras expresan el deber jurídico y su violación; la segunda, se asemeja más a la culpa.

Las omisiones presentan problemas similares en ambos regímenes.<sup>34</sup> En derecho argentino, el art. 1074 dispone que “toda persona que por cualquier omisión

32 ZAMBRANO, Virginia. Interesse del paziente e responsabilità medica nel diritto civile italiano e comparato. Napoli, ed. Scientifiche Italiane, 1993, pág. 146.

33 JACKSON & POWELL, On professional negligence, London, ed. Sweet & Maxwell, 1992, Nº 1 – 08, pág. 7.

34 ALPA, Guido. Del método socrático all'analisi ius realista. La responsabilità civile nei sistemi di Common Law, a cura di Francesco Macioce, Padova, Cedam, 1989, pág. 128; VINEY, Geneviève, MARKENSINIS, Basil. La réparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais et français, Paris, ed. Économica, pág. 7.



hubiese ocasionado un perjuicio a otro será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiera la obligación de cumplir el hecho cometido”. Para un importante sector de la doctrina, esta regla restrictiva debe compatibilizarse con el art. 1071, 2ª parte según el cual “la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”; según esta opinión, entonces deben repararse los daños causados por omisiones “abusivas”.

La solución del Common Law, hoy “sustancialmente repudiada”, era aún más limitada. El leading case es *Buch c/Amory Manufacturing Co* (1897): el propietario de un molino fue demandado por los parientes de la víctima (un menor que no entendía inglés), porque no le advirtió ni le impidió el acceso a la sala donde funcionaban los engranajes del molino, produciéndose de este modo el daño personal. El juez dijo que el deber de no causar un daño a otro es un deber jurídico; en cambio, el deber de proteger a otro de un daño que puede acaecerle es un deber moral. Poco después la Corte dijo que la ley no obliga al propietario de una cosa que puede producir un daño a cercar sus posesiones y a bloquear su actividad para protegerlo de la entrada de un extraño que va al encuentro de un peligro cierto.

En los Estados Unidos, en cambio, el deber de reparar los daños causados por omisiones se ha extendido, incluso, a casos muy dudosos; por ejemplo, la Corte de California condenó a un psiquiatra porque no avisó a la víctima que un paciente suyo quería matarla, propósito que finalmente logró.<sup>35</sup>

## 2. Imputabilidad

Aunque algunos códigos modernos hacen responsable al que no tiene aptitud para entender y querer (por ejemplo, el francés, después de la modificación introducida al art. 486 – 2, el cubano, art. 99.2, etc.), en el derecho argentino, la responsabilidad por el hecho personal, exige un hecho voluntario, o sea, el sujeto debe ser imputable y no haber actuado con error, dolo o violencia.

Son inimputables, a los efectos de la responsabilidad civil, los menores que no alcanzaron los diez años y los privados de razón mental, sin perjuicio de la responsabilidad de sus representantes legales. Además, el art. 907 del Cód. Civil faculta al juez a disponer un resarcimiento a favor del damnificado, fundado en

35 VINEY, Geneviève, MARKENSINIS, Basil. Ob. Cit. pág. 8.

razones de equidad, teniendo en consideración las circunstancias del caso (por ejemplo, la magnitud del daño sufrido) y el patrimonio del autor.

### **3. Los factores de atribución**

#### **a) Responsabilidad subjetiva y objetiva**

La expresión factores de atribución, muy usada por la doctrina argentina, hace referencia a las razones por las cuales el ordenamiento jurídico atribuye un daño a una persona. Esos factores son de naturaleza subjetiva (culpa y dolo) u objetiva (riesgo, garantía, equidad).

La responsabilidad es subjetiva cuando se imputa culpa o dolo al responsable; consecuentemente, el sindicado como responsable puede liberarse de responsabilidad probando que no ha incurrido en ninguna culpa; o sea, que no ha cometido ninguna imprudencia, negligencia, impericia, desatención, etc.; al contrario, ha adoptado todas las medidas que las circunstancias de persona, tiempo y lugar le imponían. Si él no se libera no obstante la prueba de estas circunstancias, entonces el factor de atribución no es subjetivo. Por ejemplo, la jurisprudencia unánimemente resuelve que de nada sirve al comitente probar que no cometió ninguna culpa en la elección ni en la vigilancia del dependiente; la consecuencia lógica de esta afirmación es que la responsabilidad del comitente no está fundada en la culpa, no es de naturaleza subjetiva.

Por otro lado, la responsabilidad objetiva no solo exige un vínculo de causalidad, sino, además, una razón jurídicamente suficiente para hacer soportar un daño a otro. Por ejemplo, el riesgo (haber creado, aumentado, acrecido, redoblado, etc., las posibilidades de daño), la garantía (razones prácticas destinadas a regir las relaciones sociales), etc.

En el derecho argentino, el art. 1109 repite la regla del art. 1382 del Cód. Civil francés, y atribuye responsabilidad a todo aquél que por su culpa causa un daño a otro. Además agrava la responsabilidad de los daños causados por dolo porque niega al participante que pagó acción recursoria contra los coautores (art. 1082 del Cód. Civil).

Pero esta no es la única regla de atribución. El art. 1113, 2º párrafo, prevé un supuesto de responsabilidad general objetiva para los daños causados por el vicio o riesgo de las cosas.

En suma: la base de la responsabilidad civil en Argentina es subjetiva, pero existen supuestos muy importantes y muy amplios de responsabilidad objetiva. Creo que en Common Law la situación es similar; aunque en el derecho inglés parece no tener una regla general,<sup>36</sup> después del caso *Donoghue c/ Stevenson*, hay implícita una regla de que el daño causado culposamente debe ser reparado; se acepta, de este modo, una tipicidad abierta. Esta idea parece remontarse al caso *Vaughan c/ Menlove* (1837); los hechos eran los siguientes: un sujeto puso una cantidad de heno en su propio terreno; a causa de la humedad fermentó y se prendió fuego incendiando dos casas vecinas. El propietario del fundo sabía, por haber sido advertido, que el heno distribuido de aquel modo constituía un peligro, pero su comportamiento no entraba en ninguno de los casos reconocidos en aquellos tiempos; no obstante, el juez lo condenó por negligente, comenzándose a utilizar esta palabra como un nuevo tipo dentro de los ilícitos. Según algunos autores, es recién en 1932 en *Donoghue c/ Stevenson* verdadero hito en la historia del derecho de daños inglés,<sup>37</sup> cuando se consagra, por primera vez el principio de la existencia de una noción general del deber de cuidado.<sup>38</sup> En ese *leading case* se sienta la regla de *neighbour principle*: “whenever a person can reasonably foresee harm to another, he owes a duty to exercise reasonable care to avoid causing harm”.<sup>39</sup>

En consecuencia, en principio, el daño que se repara es el que se causó con una razonable previsibilidad (*reasonable foreseeability*). O sea, hay reparación cuando la conducta es “unreasonable”. Sin embargo, a su lado, existen muchos supuestos de responsabilidad sin culpa pues el concepto de *no liability without fault* en el cual se basa el principio de negligente, ha sufrido en estos últimos años una progresiva limitación.<sup>40</sup>

El Common Law también distingue según que el autor del daño haya obrado con dolo o con mera negligencia, pero la línea divisoria atiende, sobre todo, a la extensión de las reparaciones.<sup>41</sup>

36 DELL'AQUILA, Enrico. Ob. Cit. pág. 2.

37 MACIOCE, F., *L'evoluzione Della responsabilità civile nei paesi di Common Law*, en *La responsabilità civile nei sistemi di Common Law*, a cura di Francesco Macioce, Padova, Cedam, 1989, pág. 7.

38 SERIO, Mario. *I fondamenti del diritto dei torts*, en *La responsabilità civile nei sistemi di Common Law*, a cura di Francesco Macioce, Padova, Cedam, 1989, pág. 67 y ss.

39 MIRANDA, Antonello. Ob. Cit. pág. 411.

40 MIRABELLI DI LAURO, Antonino Procida. *La riparazioni dei danni alla persona*, Nápoli. Ed. Scientofiche Italiane, 1993, pág. 24

41 CENDON, Paolo. *Negligence. Intention e il c.d. dogma dell'equivalenza*, en TESAURO, Paolo y RECCHIA, Giorgio. Ob. Cit. pág. 161

## b) Carga de la prueba de la culpa

Cuando la responsabilidad es subjetiva, normalmente la carga de la prueba de la culpa incumbe a quien la alega. Sin embargo, este principio ha tenido importantes limitaciones.

En la jurisprudencia anglosajona y en la argentina, es frecuente recurrir a la regla del *res ipsa loquitur* que en los hechos ha provocado una inversión de la carga probatoria.<sup>42</sup> Aún más, en nuestro país comienza a generalizarse la teoría de las cargas probatorias dinámicas, desarrollada por el jurista rosarino Jorge Peyrano<sup>43</sup> y a la que con distinto nombre se ha referido la doctrina nacional y extranjera más conspicua. Según esta tesis, “la carga de prueba pesa sobre ambas partes, en especial, sobre aquella que se encuentra en situación más favorable para probar los hechos que invoca”.

Este sistema probatorio, carente de rigidez, se concilia con las nuevas tendencias procesales que imponen a las partes conducirse de buena fe, aportando al tribunal toda aquella prueba que las pueda beneficiar para llegar a la verdad real. La mejor situación puede estar fundada en razones técnicas, económicas, jurídicas, etc. La jurisprudencia nacional ha recurrido a estas ideas en otros sectores (por ejemplo en la acción de simulación), sin que nadie lo haya atacado por vulnerar la seguridad jurídica.

## c) La responsabilidad objetiva por los daños causados por el riesgo o vicio de la cosa

En concordancia con el Common Law, el código civil argentino, en su redacción originaria, ya reconocía algunos supuestos de responsabilidad objetiva; por ejemplo, la del dueño o guardián (Keeper) del animal peligrosos o salvaje.<sup>44</sup>

Pero la tendencia objetivada de la responsabilidad se introdujo en Argentina, indudablemente, en 1968, a través del mencionado art. 1113, 2º párrafo.

Según algunos autores, en Inglaterra, la responsabilidad objetiva comenzó con el caso *Rynald c/Fletcher*; el demandado, un concesionario de una mina construyó en su propio terreno una pileta (reservoir) para el agua conectada con una galería subterránea que, en determinado momento, inundó la mina del vecino; se

42 MIRABELLI DI LAURO, Antonino Procida. Ob. Cit. pág. 20

43 PEIRANO, Jorge W. doctrina de las cargas probatorias dinámicas en procedimiento Civil y Comercial, Rosario. Ed. Juris, 1991, T. I, pág. 75; carga de la prueba. Actualidad. Dos nuevos conceptos: el de imposición procesal y el de sujeción procesal. JA 1992 – IV – 744.

44 DELLAQUILA, Enrico. Ob. Cit. pág. 14.

defendió diciendo que la obra había sido realizada por una empresa especializada y que no había culpa de su parte. La Court of Exchequer Chamber y luego la House of Lords, dieron la razón al actor dando nacimiento a la tesis de responsabilidad del dueño y del guardián por los daños causados por la cosa inanimada; la sentencia, confirmada por la House of Lords admitió que el dueño podía liberarse probando la culpa de la víctima o la fuerza mayor.<sup>45</sup>

Al igual que en Argentina, en el Common Law se discute si la responsabilidad objetiva se extiende a todas las actividades denominadas peligrosas, aunque no intervengan cosas. En Estados Unidos el Restatement of Torts ha limitado la responsabilidad objetiva a las ultrachazardous activities; o sea, aquellas actividades que no son comunes y cuyos riesgos no pueden ser eliminados con el uso de la máxima atención.<sup>46</sup>

En definitiva, tanto en el Common Law como en el derecho argentino se visualiza la tendencia a ampliar los factores de atribución objetivos, pero, como contrapartida, se propicia la tarifación de las indemnizaciones.

#### **4. La relación de causalidad**

##### **a) Principio general**

El derecho argentino exige que entre el hecho y el daño exista relación de causalidad adecuada (art. 906 del Código Civil).

La necesidad del nexo de causalidad (causation) y la exclusión de las consecuencias remotas (Remoteness of damage), es aceptada desde antiguo por la jurisprudencia inglesa. En efecto, en el caso *The Argentino* (1888), el juez Bowen dijo: "English Law only permits the recovery of such damages as are produced immediately and naturally by the act complained of."<sup>47</sup> En opinión de dos prestigiosos autores, el requisito de la reasonable foreseeability coincide con el de la causalidad adecuada del derecho continental (causalité adéquate).<sup>48</sup>

##### **b) Causales de exclusión de la relación causal**

En el derecho argentino son causas de rompimiento del nexo de causalidad el caso fortuito o fuerza mayor (términos sinónimos), el hecho de la víctima y el hecho del tercero por quien no se debe responder.

45 RABIN, Robert. *Perspectives on Torts Law*, 3ª ed. Boston, ed. Little Brown and Company, 1990, pág. 237.

46 TESAURO, Paolo y RECCHIA, Giorgio. Ob. Cit. pág. 157.

47 Cit. Por DELL'AQUILA, Enrico. Ob. Cit. pág. 50.

48 VINEY, Geneviève, MARKESINIS, Basil. Ob. Cit. pág. 19.

### **Caso fortuito**

Tratándose de daños causados con la intervención activa de las cosas, hay coincidencia en que el caso fortuito o la fuerza mayor debe ser externo a la cosa, pues si es interno a ella configura un vicio, que es justamente el factor de atribución. Se advierte que la teoría de Exner ha ejercido gran influencia en la doctrina y la jurisprudencia nacional.

El caso fortuito (Acto f God) también libera en el derecho anglosajón.

### **Hecho de la víctima**

La inclusión del hecho de la víctima requiere algunas precisiones.

El art. 1113 del Código Civil argentino menciona a la culpa de la víctima. Sin embargo, la doctrina mayoritaria entiende que basta el hecho de la víctima, aunque no sea culpable (por ejemplo, por ser víctima un menor inimputable, un demente, etc.), siempre que tenga relación adecuada de causalidad con el resultado dañoso.

El hecho de la víctima puede ser opuesto tanto a ésta como a los damnificados indirectos. Esta es la posición que ha prevalecido siempre en la jurisprudencia argentina, que no ha conocido las discusiones que sobre el tema han existido en la doctrina y la jurisprudencia francesa.

No se indemnizan los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria; del mismo modo que el autor no tiene derecho a dañar, el damnificado debe evitar el agravamiento del daño sufrido.

El hecho pudo haber sido causa o con causa del daño. En este último caso, no es el grado de culpa, sino la incidencia causal la que determina la proporción en que la indemnización debe reducirse.

El Common Law formuló antiguamente la regla según la cual nadie puede obtener beneficio a consecuencia de un daño que ha contribuido a causar. Era la doctrina de la llamada contributory negligence,<sup>49</sup> cuya consecuencia es que cualquier culpa de la víctima (por insignificante que sea) exime al responsable. Sin embargo, la injusticia de la solución llevó a que la gran mayoría de los Estados de la Unión hayan dictado los llamados comparative negligence statues, según los cuales la indemnización no se elimina, sino que se reduce. O sea, la teoría

49 PUIG BRUTAU, José. Derecho de daños y Law of Torts. Introducción, en Ponencias y Coloquios en la Jornada sobre Derecho de Daños. Barcelona, ed. Bosch, 1991, pág. 116.

de la contributory negligence ha sido sustituida por la de la comparative fault,<sup>50</sup> vigente en el derecho continental europeo. En Inglaterra, la antigua regla de la contributory negligence se aplica cada vez con menos rigidez y los tribunales tienden a admitir la compensación del daño según la graduación de la responsabilidad.<sup>51</sup>

En Argentina, mayoritariamente se acepta que la mera asunción de los riesgos no es eximente autónoma de la responsabilidad. Para que exista liberación debe haber culpa en quien asumió el riesgo. En otros términos, se distingue entre la culpa de la víctima y la asunción de los riesgos.

En el Common Law, en cambio, parecería que la causal de asunción de los riesgos se asume con mayor amplitud.<sup>52</sup> El leading case sería *Wooldridge c/Summer* de 1962; esta teoría fue elaborada para estimular y proteger la actividad y las competiciones deportivas; la víctima era un espectador, que estaba sacando fotografías en un hipódromo; en ese momento fue atropellado por un caballo que se salió de la pista: el juez entendió que no había responsabilidad, salvo que la conducta del deportista demuestre una desconsiderada falta de cuidado a la seguridad de los espectadores. No obstante, los casos más recientes se acercan a la tesis de la asunción culposa; así, por ejemplo en *Morris c/Murray*, de 1991, se rechazó la demanda porque la víctima, después de participar en una reunión donde se había bebido en grandes cantidades, aceptó conducir el avión del demandado.<sup>53</sup>

## 5. El daño

### a) Requisito necesario

Con apoyo en el art. 1067 del Código Civil, la doctrina y jurisprudencia argentina uniforme enseña que no hay responsabilidad sin daño.

En el derecho inglés, en cambio, aunque de modo excepcional, se admite la procedencia de una acción de responsabilidad sin daños. Es el caso de la *trespass to land*, acción que protege el derecho de propiedad, con independencia de la

50 VETRI, Dominick. The death of the Common Law, en *La reforma del codice civile*. Atti del XIII Congresso Nazionali dell'Associazione Italiana Giovani Avvocati, Milano, ed. Cedam, 1994, pág. 192.

51 TESAURO, Paolo y RECCHIA, Ob. Cit. pág. 153.

52 MALAVET VEGA, Pedro. Derecho de daños y Law of Torts. La experiencia de Puerto Rico en el derecho codificado y Common Law, en *Ponencias y Coloquios en la Jornada sobre derecho de Daños*. Barcelona, ed. Bosch, 1991, pág. 123 y ss.

53 WEIR, Tony. *A casebook of tort*. 7ª ed. London, Sweet & Maxwell, 1992, pág. 247.

producción de un daño;<sup>54</sup> al parecer, en Inglaterra esta noción nació en 1703, en el caso *Ashby c/White*. Los hechos eran los siguientes: un funcionario declaró nulo el voto de un elector; aunque el candidato por el cual votó, ganó aún sin su voto, el elector inició un juicio por la anulación. El Kings Bench por mayoría rechazó la demanda, porque no existía daño; el juez Holt votó en disidencia (dissenting opinión); la House of Lord siguió a la disidencia y revocó el fallo.<sup>55</sup>

#### **b) Carga de la prueba del daño**

Incumbe a quien la alega; claro está que en algunos casos el daño surgirá notorio de los propios hechos (por ejemplo, el daño moral sufrido por los padres por la muerte del hijo), o la propia ley o la convención lo presumen (por ejemplo, la estipulación de una cláusula penal).

#### **c) Naturaleza de la indemnización**

La indemnización consiste en volver la situación patrimonial del dañado al momento anterior al evento dañoso. Este principio rige tanto para la indemnización en especie como para la indemnización monetaria.

#### **d) Concepto y tipos de daños**

Existe daño cuando se cause a otro algún perjuicio a su persona, a su patrimonio, o a sus derechos.

Un sector importante admite que el daño puede existir, aún sin un derecho subjetivo violado, si se atacan meros intereses no reprobados por la ley, todo lo cual incide, evidentemente, sobre la legitimación activa.

Comienzo por señalar que aunque el Código argentino admite una legitimación amplia para reclamar el daño material (art. 1079 del Código Civil), es, en cambio, muy restrictivo en materia de daño moral, pues restringe la lista de los legitimados a la víctima; sólo si del hecho derivó su muerte, corresponde a sus herederos forzosos.

Merced a la ampliación del concepto de daño material o patrimonial a la lesión a los intereses no reprobados por la ley, una fuerte corriente jurisprudencial admite que “se encuentran legitimados los concubinarios para reclamar la indemnización del daño patrimonial causado por la muerte de uno de ellos como

54 VINEY, Geneviève, MARKESINIS, Basil. Ob. Cit. pág. 4. MIRANDA, Antonello. Ob. Cit. pág. 401.

55 DELLAQUILA, Enrico. Ob. Cit. pág. 18.



consecuencia de un hecho ilícito, en tanto no medie impedimento de ligamen;<sup>56</sup> en cambio, dado el texto expreso del art. 1078 del Código Civil, no lo están para demandar por el daño moral, pues no son herederos forzosos.

En el derecho inglés, la cuestión de legitimación de la concubina ha sido expresamente resuelta en la Administration of Justice Act de 1982 que otorga acción a todas las personas que estaban a cargo, incluyendo la persona que vivía con el difunto como su cónyuge a la época del deceso y desde, por lo menos, dos años antes de la muerte.<sup>57</sup>

A pesar de la extensión antes referida, en Argentina, al igual que en Inglaterra y a diferencia de Estados Unidos, no se ha desarrollado jurisprudencialmente la problemática de la class action.<sup>58</sup>

En ambos regímenes también se reparan las chances, o sea, la pérdida de eventualidad de obtener una determinada ventaja o resultado favorable.<sup>59</sup>

#### e) El daño a la persona

El derecho de nuestros días tiende debidamente al amparo de la persona, no sólo en lo que ella tiene o es capaz de producir, sino en lo que ella es. Los autores repiten el siguiente paralelismo entre tipos de sociedades y de indemnizaciones.

En una sociedad de propietarios, you are what you own, por eso, las indemnizaciones más importantes son las referidas a los bienes de la persona; en una sociedad de trabajadores (homo faber), you are what you earn; de allí que la vida humana en sí misma no tenga valor; sí la tienen, en cambio, sus consecuencias patrimoniales; por último, en una sociedad que disfrute, you are what enjoy. Nace de este modo el concepto de daño a la vida de relación (préjudice d'agrément; perdre de jouissance de vie), llamado el Common Law loss of amenities of life, que la jurisprudencia argentina recepta frecuentemente en las acciones por daños a la persona.

Los jueces de ambos sistemas admiten que estos daños pueden ser reclamados incluso por personas que, a causa del evento dañoso, han quedado descerebrados. En efecto, en Inglaterra se ha dicho que si bien el unconsciousness no

56 Cám. Nac. Civil en pleno 4/4/195, Fernández María C. y otro c/El Puente SAT, ED 162 – 651; JA 28/6/1995.

57 VINEY, Geneviève, MARKESINIS, Basil. Ob. Cit. pág. 76.

58 PONZANELLI, Giulio. Mass Tort nel diritto italiaano, en Responsabilitá Civile e Previdenza Vol. LIX. Nº 2. Marzo. – Aprile. 1994. pág. 173.

59 MIRABELLI DI LAURO, Antonino Procida. Ob. Cit. pág. 157.

puede invocar los llamados *pain and suffering* puede incluir su pretensión en el denominado *non pecuniary loss*.<sup>60</sup>

Algunos jueces del derecho continental europeo (por ejemplo, franceses e italianos) han dado autonomía a otros rubros que los jueces ingleses y argentinos encuadran aún en esta categoría amplia de los daños a la vida de relación. Tal lo que sucede, por ejemplo, con el llamado perjuicio sexual.<sup>61</sup>

El llamado daño moral en Argentina, no se aleja demasiado de los *non pecuniary loss* en su versión actual.

#### **f) Los daños punitivos**

La categoría de los daños punitivos es ignorada o rechazada en la jurisprudencia argentina; la doctrina nacional, en principio, también se opone a su introducción, sin perjuicio de proponer formas substitutivas para evitar que sea conveniente dañar en ámbitos sensibles como el ambiente, los derechos personalísimos, etc.<sup>62</sup>

De cualquier modo, esta diferencia entre nuestro régimen y el Common Law está sensiblemente reducida, pues el área de aplicación de los daños punitivos es muy restringida en Inglaterra e igual proceso se está produciendo en los Estados Unidos.<sup>63</sup>

#### **g) Modos de calcular los daños a la persona**

El derecho argentino, al igual que el inglés, no es amigo de la indemnización en forma de renta, sino que el juez manda pagar en una sola suma (*Gump sums*); sin embargo, en ambos países se escuchan voces por la sustitución del sistema. Así por ejemplo, la Comisión Pearson sugirió, en las indemnizaciones por daños a la salud, suprimir las sumas únicas y sustituirlas por el modelo de renta periódica; igual solución propuso en Argentina uno de los proyectos de reformas al código

60 COMENDÈ, Giovanni. *Le non pecuniary losses in common law*. Riv. Di Diritto Civile, anno XXXIX. N° 4, 1993, pág. 453 y ss.

61 MIRABELLI DI LAURO, Antonino. *Procida*. Ob. Cit. pág. 219.

62 KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída. ¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el derecho argentino? *Anales de la Academia Nacional de D. y C. Sociales de Buenos Aires*, 2º época. Año XXXVIII, 1993; TRIGO REPRESAS, Félix A. *Daños punitivos. La responsabilidad. Homenaje al profesor Isidoro Goldenberg*. Buenos Aires. A. Perrot, 1995, pág. 283; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Los llamados daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil*, LL 1994 – B – 860; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Algo más sobre los llamados daños punitivos*, LL 1994 – D – 863

63 VETRI, Dominick. *The death of the Common Law*, en *La riforma del codice civile*. Atti del XIII Congresso Nazionali dell'Associazione Italiana Giovani Avvocati, Milano, ed. Cedam, 1994, pág. 193.

civil; no se desconocen los inconvenientes prácticos de éstas condenaciones, por lo que el juez debe obligar al responsable a asegurar el efectivo cumplimiento de los pagos futuros; también debe darse al damnificado el derecho de oponerse, mediante razones fundadas.

Esa suma única puede determinarse por varios criterios. La Corte Federal argentina rechaza los basados exclusivamente en datos matemáticos. Sin embargo, muchos tribunales inferiores utilizan pautas de este tipo.

Aun así, la diferencia con el sistema anglosajón residiría en la aplicación del “multiplier approach” según el cual el multiplicador se reduce dando relevancia a dos factores:

Las contingencias abstractas futuras desfavorables que hipotéticamente son posibles (por ejemplo, la víctima puede morir antes de lo previsto, enfermarse, sufrir un accidente, perder el empleo, etc.);

El beneficio que se recibe por la percepción anticipada de pérdidas futuras.<sup>64</sup>

Los jueces argentinos sólo contemplan el segundo factor.

#### **h) Preocupación por la “lotería judicial”**

El criterio predominante de la prudente determinación judicial ha llevado a una gran disparidad en los montos indemnizatorios. La doctrina argentina, igual que la francesa y la italiana, muestra su preocupación por un sistema que, aunque teóricamente bueno, genera desigualdades irritantes de tal extremo que se habla de una verdadera “lotería judicial”.

#### **i) Revisión de las indemnizaciones fijadas por vía de los recursos extraordinarios**

En el derecho continental europeo y en el argentino, la liquidación del daño, o sea, la cuantificación de la suma debida es una cuestión de hecho, reservada a los jueces de grado y excluida del recurso extraordinario.<sup>65</sup>

De cualquier modo, cabe recordar que en Argentina la Corte Federal, a través de la creación pretoriana del recurso extraordinario por arbitrariedad de sentencia, ha anulado muchas decisiones de los tribunales ordinarios por falta de

64 GAMARRA, Jorge. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1992, T. XXIV, pág. 231.

65 MIRABELLI DI LAURO, Antonino Procida. *La riparazioni dei danni alla persona*, Nápoli. Ed. Scientifiche Italiane, 1993, pág. 288.

fundamentación suficiente, o motivación sólo aparente. Igual criterio sostiene la Casación francesa.

## IV. ALGUNOS CASOS DE RESPONSABILIDADES INDIRECTAS

### 1. La responsabilidad del comitente por el hecho del dependiente (vicarious liability)

El código civil argentino prevé esta responsabilidad sólo en la órbita extracontractual. Sin embargo, mayoritariamente, la doctrina sostiene que rige en ambos sectores; en lo contractual, incluso, se responde por toda persona de la cual el deudor se sirve, sea o no un dependiente.<sup>66</sup>

Para que el comitente responda, la jurisprudencia exige que medie entre el daño y la función una razonable adecuación.

En el derecho inglés, al igual que en el argentino, se trata de una responsabilidad objetiva. Consecuentemente, el principal es responsable aunque pruebe que seleccionó el personal con gran razonabilidad y que lo controló bien.<sup>67</sup>

### 2. Responsabilidad de los padres

El art. 1114 del Código Civil argentino hace responsable a los padres, solidariamente, por los hechos ilícitos de sus hijos menores, salvo que prueben que les fue imposible evitar el daño o que el hijo estaba bajo la guarda de otra persona. Si el hijo superó los diez años, él responde de manera conjunta o indistinta. Pero los padres no responden por los daños causados por sus hijos en tareas inherentes al ejercicio de una profesión o de funciones subordinadas encomendadas por terceros. Es lógico que así sea, pues los padres no pueden oponerse a que sus hijos trabajen en actividad lícita y durante ellas no tiene control alguno sobre la conducta del menor.

Al parecer, en el Common Law, los padres no responden, a menos que se pruebe que han sido culpables en la guarda o vigilancia del menor. Sin embargo, algunos estados norteamericanos, prevén indemnizaciones tarifadas para los llamados “juvenile vandalism”.<sup>68</sup>

66 KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída. Daños causados por dependientes. Buenos Aires. Ed. Hammurabi, 1992, pág. 56 y ss.

67 MIRABELLI DI LAURO, Antonino Procida. Ob. Cit. pág. 23.

68 STONE, Ferdinand. Ob. Cit. pág. 74

### 3. Responsabilidad de los establecimientos educacionales

El art. 1117 del Código Civil argentino hace responsables a los directores de colegios por los daños causados por los alumnos mayores de diez años; esta norma tiene su fuente en el código civil francés que, sin embargo, fue modificado en el año 1937. La derogación francesa de la presunción de culpa contra los directores de colegio tuvo su antecedente inmediato en un trágico precedente judicial (el caso Leblanc): un alumno del profesor Leblanc falleció; aunque el maestro probó su falta de culpa, el tribunal correccional del Sena lo consideró responsable civil; a raíz de ello Leblanc perdió la razón. Este y otros casos similares movilizaron la opinión pública y el Parlamento produjo la modificación relatada.

En los hechos, en Argentina, los actores nunca demandan al director, sino exclusivamente a los propietarios o titulares de los centros docentes de enseñanza, primaria y secundaria, a quienes se imputa, normalmente, la violación de una obligación de seguridad (restituir a los niños en el mismo estado de salud con la que ingresaron).

## V. LOS NUEVOS DAÑOS. ALGUNOS DE LOS CASOS MÁS SIGNIFICATIVOS

### 1. Posición del juez

El temor a la “avalanche des actions” (“fioritura selvaggia di azioni” de los italianos) está muchas veces latente en las decisiones de los jueces norteamericanos cuando deben resolver reclamos por daños que no reconocen precedentes jurisprudenciales; por eso, muchas veces acuden a los llamados “floodgates arguments”; probablemente, un juez argentino, al igual que un francés, tenga el mismo sentimiento, pero lo silencia, no lo menciona en los fundamentos de su sentencia. Sin embargo, no nos separa una gran distancia con los jueces ingleses, pues la House of Lord ha decidido que la sentencia no puede fundarse exclusivamente en este tipo de argumentos.<sup>69</sup>

Este miedo, en cambio, está insito en la fórmula restrictiva del art. 1078 del Código Civil argentino y de allí el escaso número de personas que legalmente están autorizadas para reclamar el daño moral.

69 VINEY, Geneviève, MARKESINIS, Basil. Ob. Cit. pág. 9.

## 2. Los daños producidos por productos elaborados

La Argentina perdió la oportunidad de incorporar un sistema muy similar al de la directiva comunitaria N° 85/374; en efecto, el veto parcial de la ley de protección de consumidores N° 24240 dejó al país sin regulación expresa sobre el tema. Esta laguna legislativa se llena, jurisprudencialmente, con los principios generales del código civil y, consecuentemente, el mantenimiento de múltiples discusiones sobre el plazo de prescripción, la posibilidad de extender el concepto de dueño o guardián (únicos sujetos mencionados en el artículo 1113 del Código Civil) al elaborador, al importador, al que le puso la marca al producto,<sup>70</sup> etc.

Uno de los proyectos de reformas al código civil sigue muy de cerca la normativa europea; se pensó que la armonización es conveniente para poder competir más lentamente entre diferentes mercados, dado que se trata de una materia que tiene incidencia en los costos de producción.<sup>71</sup> Por esa razón y aunque un sector de la doctrina criticó la solución, se entendió que la legislación argentina no puede poner a cargo de los elaboradores locales riesgos excluidos en la legislación europea (por ejemplo, el llamado riesgo del desarrollo).

Mientras la solución legal llega, la doctrina ha tomado algunas teorías del Common Law para resolver problemas puntuales. Así por ejemplo, he sostenido la teoría del “market share” introducida por la Corte de California, para los supuestos en que no puede llegar a determinarse a cuál de todos los elaboradores pertenecía el producto consumido muchos años atrás.<sup>72</sup>

## 3. Los nuevos daños del derecho de familia

En la última década se han multiplicado los reclamos judiciales relativos a los llamados daños intrafamiliares; o sea, los causados entre personas que pertenecen a la misma familia.

Así por ejemplo, un fallo plenario de la Cámara Nacional Civil decidió que “en nuestro derecho positivo es susceptible de reparación el daño moral ocasionado

70 BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Responsabilidad Civil por productos elaborados en el Derecho Civil argentino, LL 143 – 870. LÓPEZ CABANA - LLOVERAS, La responsabilidad civil del industrial, ED 64 – 558.

71 Ver, *European Product Liability*, edited by Patrick Kelly and Rebecca Attree, London, Butterworths, 1992. En Argentina, ANDORNO, Luis. Responsabilidad por los productos defectuosos (La Directiva del Consejo de la Comunidad Europea vista desde la república Argentina), en LL 1986 – R – 945.

72 La responsabilidad colectiva y los daños producidos por los productos elaborados, en *Rev. Jurídica de San Isidro* N° 24, 1988, pág. 133.

por el cónyuge culpable, como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio”.<sup>73</sup>

También han prosperado varias demandas contra el padre que se niega a reconocer a su hijo extramatrimonial, por violar el derecho a su identidad personal. Estos casos, en mi opinión, deben diferenciarse cuidadosamente del planteado, en Estados Unidos en el caso *Zepeda v/Zepeda*<sup>74</sup> en el que el hijo no reclamaba por la violación al derecho a la identidad, dado que su padre lo había reconocido, sino el daño causado por haber nacido hijo extramatrimonial; la Corte del Estado de Illinois declaró no reparable el daño invocado por el hijo: la *wrongful life*, o sea, la mala vida proveniente de haber sido emplazado en una situación familiar desfavorecida, mal vista por la sociedad (ser hijo extramatrimonial). El Tribunal motivó su decisión en: el impacto desestabilizante que provocaría el número de causas que podrían presentarse; las consecuencias sobre otros juicios con planteos similares (por ejemplo, demandar porque nació negro de baja altura, etc.).

En el Common Law los daños intrafamiliares estuvieron manejados antiguamente por el criterio de la inmunidad, pero hoy se permite la reparabilidad en algunos supuestos.<sup>75</sup>

#### 4. El avance genético y los nuevos daños

Los avances científicos han traído nuevos planteos al Derecho de daños. Un ejemplo paradigmático es el caso *Moore c/Golde*, resuelto por la Corte de California el 9/7/1990. Moore, a quien se le había extraído material genético sin informársele qué destino se le daría, se enteró de que había sido utilizado para la investigación científica, obteniéndose un excelente remedio para su enfermedad, patentado por los médicos del instituto. El paciente, que también se aprovechó del conocimiento científico, inició un juicio para que se le reparar el perjuicio producido por la apropiación del material; reclamaba una parte de las ganancias provenientes de la explotación de la patente. El tribunal distinguió entre los daños por la apropiación (no reparables) y por la falta de información (indemnizables). Dijo el juez Panelli: Debemos, pues, dudar antes de introducir nuevas hipótesis de responsabilidad por ilícito cuando esto implica una compleja decisión

73 LL 1994 – E – 539, Doc. Jud. 1994 – 2 – 1171, JA 1994 – IV – 549 y ED 160 – 163.

74 CUETO RÚA, Julio C. Lógica y experiencia en el derecho (A propósito de *Zepeda v. Zepeda*), LL 1991 – d – 954; VERNENGO, Roberto. Lógica y Experiencia. Otra lectura de *Zepeda v. Zepeda*, Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Nº 13, 1993, pág. 143.

75 STONE, Ferdinand. Ob. Cit. pág. 76.

política y, particularmente, cuando tal decisión podría ser, más apropiadamente, objeto de una regulación legislativa.<sup>76</sup>

## 5. El Sida y el derecho de daños

Esta tremenda enfermedad plantea numerosos problemas en diversas áreas del Derecho. Nadie puede declararse ajeno a estas cuestiones. Decía Jean Paul Lévy, parafraseando a Kennedy: “Nous sommes Tous des sidéens...potentiels”.<sup>77</sup>

Me detendré brevemente en algunos aspectos vinculados al derecho de daños. Los posibles sujetos responsables de estos daños pueden ser muy diversos: el Estado por la contaminación producida por sangre depositada en bancos (los desgraciadamente famosos fallos de la jurisprudencia francesa); el médico que omitió informar al cónyuge; el profesional que practicó fertilización asistida y uso material genético contaminado; el enfermo que contagió a otra persona; el progenitor enfermo que gestó un hijo seropositivo; el donante de la sangre, etc.

En el caso AB *c/Scottish Blood Transfusion Service*, un tribunal escocés, rechazó el pedido de divulgación de documentos que hubiesen permitido la identificación de un donante de sangre contaminada. Entendió que, el bien público estaba mejor resguardado manteniendo el anonimato del donante y protegiendo el aprovisionamiento de sangre, que respetando el derecho individual del demandante.<sup>78</sup> La solución es muy dudosa y entiendo que en el derecho argentino el caso pudo tener una respuesta diferente.

En Argentina, afortunadamente, son muy escasos los litigios planteados y no existen aún sentencias firmes publicadas que hayan resuelto casos de responsabilidad civil.

76 C.S. California, 9/7/1990, Moore *c/Golde*, Riv. Del Diritto Privato, anno IX – 3 Sept. 1991, pág. 595.

77 Cit. Por FOYER, Jacques et KHAÏAT, Lucette, *Le colloque Droit et sida : comparaison internationale*, Paris, ed. CNRS, 1994, pág.

78 Cit. por BRAZIER, Margaret et MAULHOLLAND, Maureen, *Droit et Sida: Le Royaume Uni*, en FOYER, Jacques et KHAÏAT, Lucette, *Le colloque Droit et Sida : comparaison internationale*, Paris, ed. CNRS, 1994, pág. 378.



## 6. Los daños producidos por las huelgas<sup>79</sup>

No todas las huelgas son lícitas. La legalidad o ilegalidad de una huelga sólo puede imputarse, en principio, a los convocantes. Por su parte, los huelguistas pueden participar de una huelga legal o ilegal; su comportamiento puede ser antijurídico aún dentro de una huelga legalmente declarada (por ejemplo, formando piquetes y provocando lesiones a las personas que intentan ingresar al establecimiento). Si esa conducta antijurídica puede dar lugar a sanciones penales, a fortiori debe admitirse que produzca efectos en el ámbito de la responsabilidad civil.

La cuestión de la legitimación pasiva, sin embargo, presenta sus dificultades. Dada la insolvencia del trabajador, el dañado intentará interponer acción contra el sindicato, pero los daños no siempre podrán ser imputados a la corporación; daré algunos ejemplos:

Hace casi un cuarto de siglo, un tribunal resolvió que “la asociación gremial no tiene la obligación de resarcir los daños y perjuicios ocasionados a una empresa” por medidas ilegales de acción directa de algunos de sus afiliados cuando resulta que sus directores, en ningún momento, declararon o apoyaron el movimiento de fuerza de aquellos.<sup>80</sup>

Más cercanamente, la Sala VIII de la Cámara Nacional del Trabajo revocó un fallo de primera instancia<sup>81</sup> y dijo que “no corresponde responsabilizar a la entidad gremial por las consecuencias de los actos de la fuerza realizados por personal que no acató su decisión de levantar el paro, máxime cuando no consta que fueran sus afiliados quienes así lo hicieran”.<sup>82</sup> En el caso, el demandante había contratado un ballet estadounidense y celebrado un contrato de sociedad accidental con el Teatro Colón. Las funciones no pudieron llevarse a cabo debido a la huelga declarada por el personal del teatro. La entidad gremial convino dejar sin efecto la medida de fuerza y suscribió un acta ad referendum de lo que resolviera

79 Ver Lord WEDDERBURN OF CARLTON, F.B.A., Su informe al Congrès Européen de Droit de travail, Paris, 1989, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1990 – 1, pág. 55. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída. Daños y perjuicios producidos por las huelgas. *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, año XXXV, 2ª época, 1990.

80 Cam. Nac. Apel. Trabajo Sala IV, 31/8/1970, *Empresa Ferrocarriles Argentinos c/Unión Ferroviaria*, ED 37 – 664 Y dt 1971, t. XXXI, pág. 172, comentario de KREIMER, Carlos A., La huelga y la responsabilidad civil de las asociaciones profesionales de trabajadores. El fallo fue confirmado por la Corte Federal el 28/6/1971 (ED 37 – 662 Y Fallos 280 – 104).

81 La sentencia de primera instancia del 27/7/1990 se publicó en ED 140 – 747, con comentario de BIDART CAMPOS, Germán. La responsabilidad indemnizatoria por daños emergentes de la huelga.

82 28/2/1991, *Szterenfeld, A. c/ Unión Obreros y Empleados Municipales*, TSS 1992 – 152.

la asamblea, que levantó la medida, excepto los trabajadores de la sección maqui-naria escénica, por lo que la función debió suspenderse. Sí, como se señala en el fallo de primera instancia, el sindicato no cumplió con el proceso previo de conciliación, creo, con el juez de primera instancia, que no debió liberarse a la entidad gremial, pues el proceso fue desencadenado por ella, ilícitamente, aunque luego sus dirigentes quisieran, sin éxito, solucionar la cuestión planteada. Como alguna vez se ha dicho, estos supuestos de huelgas que impiden cumplir contratos celebrados configuran una “cooperación del tercero al incumplimiento” que enmarca en la responsabilidad aquiliana por lesión al derecho de crédito.<sup>83</sup>

Mejor suerte tuvo el actor en la acción deducida por los daños producidos en su fábrica, contra el sindicato que dispuso “ocupar las instalaciones de la empresa en resguardo de las fuentes de trabajo”, en una huelga declarada ilegal, habiéndose probado que “el secretario general del sindicato mantuvo a lo largo del conflicto un protagonismo claro”.<sup>84</sup>

---

83 CORNISOVI, Carlo, *Illegittimità dello sciopero nei servizi pubblici essenziali e responsabilità risarcitoria degli scioperanti*. Riv. Italiana di Diritto del Lavoro, 1993, N° 1, pág. 62.

84 Cám. Civ. Com. Y de Minería Gral. Roca, Río Negro, 17/10/1990, Operaciones Especiales Argentinas SA c/Sindicato Petrolero Neuquen y otro, TSS 1991 – 172; LL 1991 – B – 407 et commentaire de POCLAVA LAFUENTE, Juan C. Responsabilidad de los sindicatos y representantes gremiales.



# DAÑO AL PROYECTO DE VIDA

SEPARATA DE LA REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

**Carlos Fernández Sessarego**

## CONTENIDO:

1. Introducción
2. El proyecto de vida
3. Alcances del concepto “Daño a la persona”
4. ¿Existe un daño al proyecto de vida?
5. Protección jurídica del proyecto de vida
6. Corolario

## 1. Introducción

En el presente trabajo pretendemos, dentro de nuestras limitaciones, contribuir a precisar, como lo venimos haciendo hace casi dos décadas los alcances conceptuales, a la altura de nuestro tiempo, del comúnmente denominado “daño moral”. Hemos tenido presente para esta finalidad los amplios e importantes desarrollos logrados en tiempos recientes en torno al genérico y riquísimo concepto de “daño a la persona” o “daño subjetivo”, tanto de parte de la doctrina como de la jurisprudencia comparada y de la más reciente codificación civil latinoamericana.<sup>1</sup> No hemos tampoco perdido de vista, en función de la particular situación legislativa italiana, los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales del denominado “daño a la salud”.

Es nuestro propósito, por su relevancia sistemática y conceptual, destacar desde nuestra perspectiva la nítida distinción entre la genérica noción de “daño a la persona” y el específico concepto de “daño moral”, así como poner de manifiesto la relación de ambos conceptos con la novísima noción de “daño al proyecto

---

<sup>1</sup> Nos referimos al Código Civil Peruano de 1984 en el cual, en su artículo 1985, incorpora el deber de indemnizar, sin limitación alguna, el “daño a la persona”

de vida”, y su vinculación con el “daño psíquico”. Consideramos que tratándose de una materia novedosa en constante evolución, como es la referente al daño a la persona en su más amplia acepción, es imprescindible deslindar y delinear los alcances y las relaciones existentes entre los anteriormente mencionados conceptos los que en la actualidad, según nuestro criterio, deben ser sometidos a un redimensionamiento conceptual para evitar confusiones, imprecisiones o innecesarias superposiciones ante los desarrollos alcanzados por la más avanzada doctrina y por la lúcida jurisprudencia.

Pero de manera preferente, centramos nuestra atención y ensayamos algunas nuevas reflexiones sobre un tema que atrajo nuestro interés desde fines de la década de los años setenta, como el por nosotros denominado “daño al proyecto de vida”, el que constituye un importante componente del genérico “daño a la persona”. Como el concepto de “daño al proyecto de vida”, implica nada menos que una grave limitación al ejercicio de la libertad – en qué consiste el ser humano – nos hemos visto obligados a una previa aproximación a la fascinante y decisiva disciplina de la Antropología Filosófica, la que nos suministra el correspondiente sustento teórico.

732 Recurrir a la Antropología Filosófica en busca de una imprescindible fundamentación a nuestras reflexiones no supone, por cierto, llevar a cabo una pura especulación sin fines prácticos. Por el contrario, efectuamos esta aproximación en cuanto somos de la opinión que, si no poseemos algunos previos y genéricos planteamientos en el marco de esta básica disciplina, podría no resultar fácil para los iniciados en la materia de este trabajo aprehender, en su profunda dimensión, la noción de “daño al proyecto de vida”. Si no acudiéramos a la Antropología Filosófica con el propósito de poner en evidencia ciertos principios rectores que sirven de necesario e ineludible sustento a nuestra exposición, no sería improbable el que se pudiera pensar que el “daño al proyecto de vida” podría ser tan sólo una mera abstracción, un engañoso juego conceptual, una simple ilusión, algo irreal, en suma. O, en el mejor de los casos, podría recusarse el concepto de “daño al proyecto de vida”, que integra la genérica noción de “daño a la persona”, para intentar reducirlo a los precisos alcances del “daño moral” o del “daño psíquico”.

No es esta la oportunidad para enumerar los importantes trabajos publicados en estos últimos años no sólo en algunos países europeos sino también en algunos países latinoamericanos, principalmente en la Argentina, sobre el daño a la persona y el daño moral. No obstante, reconforta observar como en nuestros días, a nivel jurídico, se ha revalorizado el ser humano y, por ende, se han for-

talecido y afinado sus técnicas de tutela cuando las consecuencias del daño son de carácter no patrimonial o estrictamente personal. Es decir, no traducibles en dinero de modo directo e inmediato. Este fenómeno fue advertido en 1922 por Clovis V. do Couto e Silva, ilustre civilista brasileño recientemente desaparecido. Al reconocer el aporte del Código Civil peruano de 1984 y de la doctrina pertinente, tanto argentina como peruana expresó: refiriéndose a la pluralidad y calidad de los trabajos aparecidos en los últimos tiempos, que ellos conforman “un micro sistema avanzado, a la altura de los mejores del mundo jurídico en similar estadio de evolución jurídica”. Y advirtió el que en muchos de dichos trabajos se recoge el nuevo concepto de “daño a la persona”, en sustitución del daño “moral”. Ello, agregó, permite apreciar, “con alborozo y satisfacción profundas”, que “constituye la mejor prueba de la acogida favorable que el Código peruano tuvo, al incorporar la nueva categoría”.<sup>2</sup>

El eminente jurista brasileño aludía a la inclusión del daño a la persona sin limitación alguna, en el artículo 1985 del Código Civil peruano de 1984, hecho que ha merecido numerosos comentarios en la última década.

Para el esclarecimiento de la temática bajo análisis consideramos que es ilustrativo tener en cuenta la nueva sistematización de los daños que hemos propuesto,<sup>3</sup> a fin de diferenciar los daños según la naturaleza del objeto dañado, de una parte y, de la otra, de acuerdo con las diversas consecuencias derivadas de la lesión inferida al objeto. Estimamos que esta sistematización, a la que hemos hecho referencia en trabajos anteriores, contribuye, a nuestro entender, en gran medida a distinguir los alcances y las implicaciones entre los conceptos de “daño a la persona”, “daño moral”, “daño psíquico” y “daño al proyecto de vida”. Ello se pondrá de manifiesto en el curso de este trabajo.

2 Las expresiones de Clovis V. do COUTO e SILVA, están recogidas en el trabajo de Jorge MOSSET ITURRASPE, titulado “*El daño a la persona en el Código Civil peruano*”, presentado al Congreso Internacional conmemorando los diez primeros años de vigencia de dicho Código Civil, reunido en Lima en septiembre de 1994, publicado en el volumen *Los diez años del Código Civil Peruano: balance y perspectiva*, T.I., Lima, Universidad de Lima, 1995, pág. 213.

3 El intento de efectuar una sistematización de los daños a fin de lograr precisiones en cuanto a la comprensión del concepto “daño a la persona” aparece en el trabajo del autor “*Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*” publicado en *Estudios en honor de Pedro J. FRÍAS*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 1994, T. II, pág. 1087 y ss. También ha sido publicado en *Cuadernos de Derecho N° 3*. Universidad de Lima, Lima, 1993, p. 28 y ss. Y en *Ponencias I, Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1994, pág. 23 y ss.

## 2. El proyecto de vida

### a. Libertad, temporalidad y proyecto de vida

Le debemos a Martín Heidegger el que, en su profunda obra *El ser y el tiempo*, haya presentado al ser humano como un ser temporal. Para el filósofo alemán el tiempo es lo que permite a que cada uno (el “ser ahí”) comprenda e interprete, en general lo que se mienta como “ser”. El análisis de la historicidad del “ser ahí” trata de mostrar, según Heidegger que este ente no es temporal por estar “dentro de la historia”, sino que, a la inversa, sólo existe y puede existir históricamente “por ser temporal en el fondo de su ser”.<sup>4</sup> El tiempo se constituye, de este modo, y según expresión de Heidegger, en “el genuino horizonte de toda comprensión e interpretación del ser”. Es decir, que el tiempo es el horizonte para el recto planteo del ser. O, como señala Ceñal, “el tiempo hecho existencia, es la raíz de todo saber y de toda ciencia”.<sup>5</sup>

Sartre coincide con dichas apreciaciones cuando sostiene que el ser humano “es un existente cuya existencia individual y única se temporaliza como libertad”. La libertad se despliega en el tiempo, por lo que podemos referirnos a la existencia como el tiempo de nuestra libertad y, a la vida, como la vida de nuestra libertad.

El ser humano es tiempo. Constituye un proceso temporal, abierto, donde el pasado condiciona el presente y, desde éste, se proyecta el futuro. El futuro está, por ende, dado en presente en forma de proyecto. Si el ser humano es temporal es, también y por consiguiente, un ser histórico. La libertad en el tiempo, la vida temporal de la libertad, hacen posible que cada ser humano se proyecte, se realice, despliegue su personalidad, tenga una biografía y una identidad.

Se suele decir, en frase de corte materialista, que “el tiempo es oro”. Ella, sin embargo, entraña un profundo error en lo que concierne a la percepción del ser humano así como en cuanto a las jerarquías axiológicas prevaletes en el mundo en que vivimos. Y es que no hay nada más importante para el ser humano que el tiempo de la libertad. Por ello, lo correcto sería afirmar, por el contrario, que “el oro es tiempo”.

4 HEIDEGGER, Martín. *El ser y el tiempo*. Fondo de Cultura Económica, Traducción de José Gaos, México, 1951, pág. 433.

5 CEÑAL, Ramón. En: *La filosofía de Martín Heidegger* de A. de Waehlens, nota preliminar, pág. XVI.

Si el ser humano es tiempo, su ser está por hacerse a partir del don de la vida. El ser humano no es una cosa, hecha, terminada, maciza, sino que, por el contrario, es lábil y fluido, desplegado en el tiempo, haciéndose permanentemente con los “otros” y con las “cosas” del mundo. La existencia es un hacerse a sí mismo dentro de la temporalidad. Por ello, Jaspers puede afirmar que “el ser sólo se nos abre en el tiempo”.<sup>6</sup>

El ser humano para realizarse en el tiempo en tanto ser libre, debe proyectar su vida. La vida resulta, así, en un proceso continuado de haceres según sucesivos proyectos. El proyecto tiene como condición la temporalidad. En el presente decidimos lo que proyectamos ser en el instante inmediato, en el futuro, condicionados por el pasado.

Para proyectarnos al futuro contamos con el pasado que, como apunta Zubiri, sobrevive “bajo la forma de estar posibilitando el presente”<sup>7</sup> Somos el pasado, “porque somos el conjunto de posibilidades de ser que nos otorgó al pasar de la realidad a la no realidad”<sup>8</sup> el filósofo hispano desarrolla su pensamiento al expresar que “en cuanto realidad, el pasado se pierde inexorablemente”. Pero, sin embargo, no “se reduce a la nada”. El pasado “se desrealiza, y el precipitado de este fenómeno es la posibilidad que nos otorga”. Por ello, puede afirmar que “el pasado se conserva y se pierde”.<sup>9</sup> Nuestras experiencias, nuestras pretéritas vivencias, posibilitan nuestra decisión de ser.

Pero así como el pasado está dado en el presente, el futuro también lo está, porque siendo lo que aún no es, sus posibilidades están ya dadas en el presente. Para Zubiri, “sólo es futuro aquello que aún no es, pero cuya realidad están ya actualmente dadas en un presente todas sus posibilidades”.<sup>10</sup> Sartre es radical al considerar que sea el futuro. Ello, en la medida que, para él, el ser del hombre está en el futuro. El “ser para sí”, según el filósofo galo, está fuera del hombre en cuanto se manifiesta en el futuro a través del proyecto. El ser del hombre es hacer proyectos. Y, hacer proyectos, es poner el ser en el futuro. Es esta, para Sartre, la decisiva trascendencia existencial del *proyecto*.

Como el ser es libertad en tiempo, o temporalización de la libertad, la vida humana es una sucesión de quehaceres, un constante dinamismo, un tener que

6 JASPERS, Karl. *La fe filosófica*. Editorial Losada, Buenos Aires, 2ª Ed. 1968, pág. 129.

7 ZUBIRI, Xavier. *Naturaleza, historia, Dios*. Editorial Poblet. Buenos Aires, 1948, pág. 347.

8 *Ibidem*. Pág. 350

9 *Ibidem*. Pág. 346 y 347.

10 *Ibidem*. Pág. 348



decidir lo que se va a ser. Como seres libres y temporales estamos condenados a proyectar. La vida es un constante proyectar. Algunos de nuestros proyectos se cumplen, otros, en cambio, se frustran.

El proyecto, por consiguiente, se sustenta en la *libertad* y en la *temporalidad* del ser humano. Si éste no fuera un ser libre y temporal, carecería de sentido referirse al “*proyecto de vida*”. Pero, al mismo tiempo, por ser libre y temporal debe, necesariamente, proyectarse. Se vive proyectando, se proyecta viviendo la vida temporal de la libertad. Es imposible para el ser humano, en cuanto ser libre y temporal, deja de proyectar.

El proyectar es la manera de ser del ser humano en cuanto ser libre y temporal.

### **b. Proyecto y valoración**

Para proyectar se debe decidir. Decidir supone elegir determinado proyecto, descartando al mismo tiempo otros proyectos alternativos dentro del inmenso abanico de posibilidades que se le presentan al ser humano en un momento dado de su historia personal. Decidir es, por ello, escoger o elegir entre diversas posibilidades para formular “un proyecto de vida”: lo que se decide ser en el futuro. Sólo puede elegir quien es ontológicamente libre.

Pero, para elegir, se requiere preferir “esto” sobre “aquello”. Toda decisión libre significa, por ello, una valoración. Decidir es valorar para optar por éste u otro proyecto alternativo. De ahí que el ser humano es estimativo, en cuanto tiene la potencialidad, inherente a su ser, de vivenciar valores. La vida es así, una sucesión de valoraciones. El estimar, el valorar, es una irrenunciable instancia de la vida humana. El ser humano es, como está dicho, un ser estimativo, lo que viene de su condición de ser libre.

El verdadero lugar de los valores, como apunta Mounier en acertada metáfora, es el “corazón vivo del hombre”. Los valores se revelan al ser humano en las profundidades de la libertad, madurando con el acto que los elige. El ser humano es, como está dicho, un ser estimativo, es decir, un ser estructuralmente dotado para vivenciar, para sensibilizar valores. El ser humano no podría vivir sin los valores, con los que otorga un sentido a su existir. Como lo dice el propio Mounier, “las personas sin los valores no existirían plenamente, pero los valores no existen para nosotros sino por el *fiat veritas tua* que les dicen las personas”.<sup>11</sup>

11 MOUNIER, Emmanuel. El personalismo. Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1962, pág. 42.

El ser humano para proyectar, como está dicho, vivencia valores, lo que le permite escoger entre una infinidad de posibilidades aquella que decide ser en el futuro. Puede privilegiar el valor de la virtud o del bien, el de la justicia, el de la belleza, el de la utilidad, el de la solidaridad, el del amor o cualquier otro dentro de la inmensa gama bipolar que constituye lo que se conoce como la “jerarquía valorativa”. La preeminencia que adquiera alguno de ellos en la vida del ser humano le otorga un sentido, le proporciona un rumbo, signa su entero existir. Los valores, por ello, se dan “en” y “para” la vida humana.

El proyecto se decide, se elige libremente en el horizonte del tiempo. Es en la instancia inescudable del ser donde cualquier proyecto es posible. El ser humano decide valiéndose de su libertad, de su imaginación, de su vocación estimativa y de los estímulos que le ofrece su “circunstancia”, en expresión cara a Ortega y Gasset. Es decir, del mundo en el cual está instalado.

Cada ser humano debería, en el instante de proyectar tener conciencia de sus reales posibilidades, tanto de aquellas que le ofrece su mundo psicosomático como de las que se hallan situadas en el mundo exterior. Ello, para los fines de la realización o de la frustración del “proyecto de vida”, es de suma importancia. El hombre debería elegir proyectos viables, capaces de ser cumplidos en función de sus propias potencialidades y de las que le ofrece su “circunstancia”.

Por la valoración, a través del proyecto, el ser humano se propone fines, los que se realizan utilizando nuestra envoltura psicosomática y los elementos que nos facilita el mundo exterior. Los fines, en palabras de Sartre, “son la proyección temporalizante de nuestra libertad”. La libertad crea, escoge los fines, “y, por su elección misma, les confiere una existencia trascendente como límite externo de sus proyectos”.<sup>12</sup>

El ser humano, para realizar un proyecto de vida al par que su posibilidad de vivenciar valores, cuenta con sus propias potencialidades psicosomáticas, con los otros y con las cosas del mundo. Todo ello le ofrece un vasto horizonte de posibilidades. Para realizar un proyecto se vale, desde su yo, de su cuerpo y de su psique, de los otros, de las cosas, condicionado por su pasado. Todo ello le sirve como estímulos y como posibilidades para proyectar su vida.

La realización fenoménica del proyecto está condicionada ya sea por las posibilidades como por las resistencias que le ofrecen tanto su mundo interior, su unidad psicosomática, como por aquellas del mundo exterior. No sólo el cuerpo

12 SARTE, Jean Paul. *El ser y la nada*. Editorial Ibero Americana, Buenos Aires, 1948, Tomo III, pág. 24.

o la psique pueden frustrar el proyecto de vida sino también los obstáculos que le ofrecen las cosas y, por cierto, la acción de los demás en el seno de la sociedad.

No se puede asegurar que la decisión libre se cumpla. El que el ser humano sea libre y pueda, por consiguiente, decidir, valorar y proyectar no significa necesariamente que, en el ejercicio de la libertad, en la fenomenalización de esa decisión libre, el proyecto se realice, se concrete, se convierta en acto de conducta. Como bien señala Kierkegaard, la libertad “no es alcanzar esto y aquello en el mundo, de llegar a ser rey o emperador y a vocero de la actualidad, sino la libertad de tener en sí mismo la conciencia de que, es hoy libertad”.<sup>13</sup> La libertad que somos es, pues, independiente de la realización o no del proyecto. Los proyectos se cumplen o se frustran. La realización o la frustración de un proyecto no afecta la libertad en cuanto ser del hombre. Como Sartre lo precisa, “ser libre no significa obtener lo que se quiere sino determinarse a querer (en sentido amplio de elegir)”. De ahí que se pueda concluir afirmando coherentemente “que el éxito no interesa en ningún modo a la libertad”.<sup>14</sup> Es decir, a la libertad que cada uno es.

Por ser la existencia, coexistencia, el proyecto ha de cumplirse necesariamente “con” los demás seres humanos, valiéndose de las cosas. Esta particular situación posibilita que el proyecto se cumpla, total o parcialmente, o que simplemente se frustre. La decisión fue libremente adoptada, pero su cumplimiento depende del mundo, tanto interior como exterior, por lo demás, en cuanto el ser humano es libre, resulta un ser impredecible. Puede esperarse de él, en consecuencia, la formulación de cualquier proyecto.

Es oportuno señalar que se suele confundir la libertad, que es el ser mismo del hombre, con la voluntad, que es un aspecto de la psique, sin percatarse que ésta se halla, como la unidad psicósomática en su conjunto, al servicio del yo, de la decisión libre. La envoltura psicósomática es un medio del cual se vale la libertad para su realización como proyecto. Por ello es posible referirse a “mi” cuerpo, a “mi” voluntad.

Sartre ha descrito certeramente la relación entre la “libertad” y la “voluntad”. Al referirse a la primera apunta que “el planteamiento de mis fines últimos es lo que caracteriza a mi ser y lo que se identifica con la aparición original de la libertad que es mía”. Es así que la libertad resulta ser el fundamento de los fines que el ser humano decide realizar “sea por la voluntad, sea por esfuerzos pasionales”.

13 KIERKEGAARD, Sören, *El concepto de la angustia*, Espasa Calpe, Buenos Aires, 2ª edición, 1943, pág. 118.

14 SARTRE, Jean Paul. Ob. Cit. T. III, pág. 82.

Sartre señala que “las voliciones son, por el contrario, como las pasiones, ciertas actitudes subjetivas por las cuales tratamos de alcanzar los fines propuestos por la libertad originaria”. La libertad es así “un fundamento rigurosamente contemporáneo de la voluntad (...) que manifiesta a su manera”.<sup>15</sup>

La voluntad, según Sartre, “se presenta como decisión reflexionada con relación a ciertos fines”. Pero, afirma a continuación, que esos fines no lo crea la voluntad. Esta sólo “decreta que la persecución de esos fines sea reflexiva y deliberada”.<sup>16</sup>

### 3. Alcances del concepto “Daño a la persona”

#### a. ¿Daño a la persona o daño subjetivo?

En la última década se ha incrementado notablemente la literatura sobre el ser humano en cuanto sujeto de derecho y, más precisamente, sobre el denominado “daño a la persona”. Ello delata la influencia del personalismo o humanismo en el pensamiento jurídico, lo que proviene de las formulaciones o propuestas de la filosofía de la existencia. Personalmente, el tema nos sedujo desde que tomamos contacto con él a finales de la década de los setenta, lo que nos permitió introducir en el art. 1985 del Código Civil peruano de 1984, después de intensos y prolongados debates, el deber de indemnizar el daño a la persona, considerado en sí mismo, al lado del daño emergente, del lucro cesante y del daño moral en sentido estricto.

El tema fue tratado por nosotros en 1984, es decir en el mismo año en que se promulgaba, un 24 de julio, el Código Civil Peruano. Fue así que le dedicamos al asunto del daño a la persona en un ensayo que apareció en el Libro Homenaje a José León Barandiarán bajo el título de El daño a la persona en el Código Civil peruano de 1984.<sup>17</sup> En este ensayo se deslindan las nociones de “daño a la persona”, y “daño moral”, y se indicaba, al mismo tiempo y como una intuición central, que “el más grave daño que se puede causar a la persona es aquel que repercute de modo radical en su proyecto de vida, es decir, aquel acto que impide que el ser humano se realice existencialmente de conformidad con dicho proyecto

15 SARTRE, Jean Paul. Ob. Cit. T. III, pág. 25

16 Ibídem. pág. 24

17 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “El daño a la persona en el Código Civil peruano de 1984”, en Libro Homenaje a José León Barandiarán. Edit. Cuzco, Lima, 1985, pág. 163 y ss. y en *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*. Universidad de Lima, Lima, 1990, pág. 261 y ss.

libremente escogido, atendiendo a una personal vocación”<sup>18</sup> Esta fue la primera oportunidad en que hicimos referencia escrita a esta radical modalidad de daño al proyecto de vida, idea que había madurado en nosotros a partir de una más honda reflexión sobre la estructura misma del ser humano, artífice y protagonista del derecho.

Dicha inquietud nos movió también a presentar una ponencia sobre el mismo tema incluyendo nuevas reflexiones, en el Congreso Internacional “El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano”, que organizara en 1985 la Universidad de Lima.<sup>19</sup> Desde aquel entonces la idea encontró su propio camino. Por nuestra parte, hemos continuado en lo posible, muy atentos, estudiando y enriqueciéndonos con la valiosa y cada vez más numerosa producción sobre este capital asunto, lo que nos ha incentivado a dedicarle nuestro máximo interés. Nos reconforta advertir como el daño a la persona, en todas sus complejas y ricas modalidades, ha logrado ocupar en la actualidad la preferente atención de los juristas.

Es conveniente aclarar que el llamado daño a la persona incluye también los perjuicios que se pueden causar al concebido o persona por nacer. Fue esta la atendible razón por la que Carlos Cárdenas Quirós propusiera que el daño a la persona debería denominarse “daño subjetivo”, a fin de que no cupiera duda alguna que también se incluía dentro del referido concepto al *nasciturus*.<sup>20</sup>

No obstante compartir a plenitud los propósitos antes anunciados, continuaremos utilizando, al menos por el momento, la expresión “daño a la persona”, como equivalente de “daño subjetivo”. Ello, como tributo de una demasiado reciente y naciente concepción, en trance de consolidarse, y con el objeto de evitar confusiones en un asunto que, por lo general, no termina de aclararse a nivel de la doctrina donde se sigue superponiendo o confundiendo por ejemplo, “daño a la persona” con “daño moral”.

Aunque no es nuestro propósito referirnos en esta oportunidad a las modalidades de protección de la persona frente a los daños que se le pueden inferir,<sup>21</sup>

18 *Ibíd.* Pág. 202

19 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *El daño a la persona en el Código Civil peruano de 1984 y el Código Civil italiano de 1942*, en “El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano”, Editorial Cuzco S.A., Lima, 1986, pág. 251 y ss.

20 CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. “Apuntes sobre el denominado daño a la persona”, en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*. Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos, Vol. 4, años 1987 – 1989, Lima, 1989.

21 El tema ha sido tratado en el libro del autor *Protección jurídica de la persona*, Universidad de Lima, Lima, 1992.

no es posible dejar de aludir, aunque fuere esquemáticamente, al hecho de que la tutela de la persona, aparte de ser preventiva, unitaria e integral – como corresponde a su naturaleza – no solo se reduce a la afectación de los aspectos de la vida humana tutelados específicamente por los derechos subjetivos perfectos, alojados en las normas del ordenamiento jurídico positivo, sino que también incluye a los intereses existenciales aún no recogidos por dicho ordenamiento. Es decir, lo que designamos como derechos subjetivos imperfectos.

Es por ello, como es sabido, que el ser humano está protegido por cláusulas generales o abiertas o en blanco, que incluyen, precisamente, aquellos intereses existenciales o derechos subjetivos imperfectos que no están expresamente tutelados a través de una norma del ordenamiento jurídico. A este respecto podemos citar, a título de ejemplo, el artículo 3º de la Constitución Política del Perú de 1993.<sup>22</sup> El art. 5º del Código Civil Peruano de 1984 concuerda con la amplitud de esta cláusula general de protección del ser humano.<sup>23</sup>

### **b. ¿Daño a la persona o daño moral?**

Debemos aclarar que es importante remarcar, tal como lo hemos venido sosteniendo por más de una década y como también ocurre en la obra de algunos autores, el distingo existente entre la tradicional expresión de “daño moral” y la contemporánea de “daño a la persona”. De su simple enunciado, aplicando una lógica más que elemental, se deduce que el “daño moral” (*pretium doloris*) no es otra cosa que una modalidad del daño a la persona y, por consiguiente, es una especie de concepto comprensivo, es decir, de una noción genérica que lo engloba y subsume. Y ésta, obviamente, es la de daño a la persona. Lo “moral”, quien lo duda, es solo un “aspecto” de la compleja estructura del ser humano.

En 1985 sosteníamos que “la restringida acepción de daño moral a que nos hemos referido, no coincide, por cierto, con el concepto de daño a la persona que hemos esbozado. El daño a la persona tiene alcances muchos más amplios y profundos que un sentimiento, un dolor o sufrimiento”. Y agregábamos que el dolo

22 Perú. El siguiente es el texto del art. 3º de la Constitución peruana de 1993: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

23 Perú. El texto del art. 5º del Código Civil peruano de 1984 es el siguiente: “El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás derechos inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el art. 6º”

a la persona “significa el agravio o lesión a un derecho, a un bien o a un interés de la persona en cuanto tal”, comprendiéndose dentro de él “hasta la frustración del proyecto existencial de la persona humana”. Todo ello, decíamos, “es más complejo que el sufrimiento o el dolor”.<sup>24</sup>

Hoy más que nunca, al encontrarse en juego dos conceptos, que para algunos autores podrían tener la misma significación – situación que negamos pero que se presenta en la literatura jurídica -, tenemos el convencimiento de la necesidad de que cada autor, que trate o que roce este tema, debería esclarecer su posición en torno a los alcances y relación que dentro de su personal concepción otorga a los conceptos de “daño a la persona” y de “daño moral”.

La tradicional concepción del daño moral se centra en el daño ocasionado al ámbito afectivo o sentimental de la persona, lo que trae como consecuencia, sufrimiento, dolor, perturbación espiritual. Decimos que es un daño determinado “aspecto” de la persona, al igual que una multiplicidad de otros daños lesionan otros tantos aspectos del complejo y, a la vez, unitario ser humano. Se trata en este específico caso de la lesión a una modalidad de género “daño a la persona”. Por esta razón somos de la opinión que debe incluirse la restringida noción de daño moral dentro de aquella otra, genérica y comprensiva, de daño a la persona. Y es que el daño moral no es otra cosa, como está dicho, que un daño específico que compromete básicamente la esfera afectiva o sentimental de la persona, ocasionándole una perturbación, un dolor, un sufrimiento que carece de un sustento patológico. No tiene sentido, por lo tanto y en nuestro concepto, seguir otorgando autonomía jurídica a una voz que se encuentra conceptualmente subsumida dentro de otra que es genérica y comprensiva.

La ciencia progresa, nos proporciona nuevas informaciones, inéditas revelaciones. Los juristas debemos estar atentos a estos mensajes de los tiempos, que provienen de la incontrolable realidad de la vida. No podemos seguir aferrados a viejos esquemas, que la vida se encarga de superar o de transformar. El “descubrimiento” del concepto de daño a la persona no obedece a un capricho, a un afán de novedad, a una vana pretensión académica. Responde, simplemente, a la realidad y se genera, como se ha puesto de manifiesto, cuando los juristas contamos con una mayor información sobre la estructura y comportamiento del ser humano a partir de los hallazgos y de los aportes de la filosofía de la existencia. Cuando se llega a comprender que el ser humano no es sólo y únicamente, como

---

24 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Ob. Cit. Pág. 214

pretendía Boecio en el siglo VI de nuestra era, un ser “racional”, sino también, y fundamentalmente, un ser libre, temporal y coexistencial. Es a razón de esta nueva visión del ser humano que los juristas nos vemos obligados, con honesta humildad científica, a revisar y actualizar nuestras convicciones, alejados de toda soberbia o vanidad, a la luz de las nuevas percepciones sobre el creador, protagonista y destinatario del derecho: el ser humano.

Milmaiene sostiene una posición particular en lo atinente al distingo que cabe formular, por ejemplo, entre daño moral y daño psíquico. Sostiene que el daño moral supone “un sufrimiento subjetivo que no necesariamente se expresa a través de síntomas o de cualquier otra alteración psicopatológica”. Es decir, que el daño moral no acarrea consecuencias psicopatológicas sino sentimentales. De ahí que, en opinión del autor, “el daño moral configura una categoría ajena a los métodos y posibilidades de la psicología, debiéndosele inscribir en el amplio campo de una teoría de los valores”.<sup>25</sup>

Debemos recordar que antes que los juristas advirtieran con claridad los genéricos alcances del daño a la persona, es decir, al considerar al ser humano en su inescindible unidad, algunos jueces, en la últimas décadas, se mostraban proclives a reparar dispersas y específicas lesiones al ser humano, otorgándole autonomía a una inconexa diversidad de daños referidos a determinados y concretos aspectos de la persona. Nos referimos a la multiplicidad de denominaciones o etiquetas, que inicialmente a nivel jurisprudencial y luego doctrinario, reclamaban autonomía conceptual para cada una de ellas, sin percibir la unidad en que consiste el ser humano. Así, se aludía, entre otras, a las voces de daño a la vida de relación, de daño estético, de daño psíquico, de daño sexual, de daño por muerte del concubino. No se tomaba conciencia de la esencial conexión existente entre ellas ni el consiguiente fundamento común, que no es otro que el ser humano en sí mismo, como inescindible unidad.

Es del caso advertir que el continuar otorgando autonomía conceptual al daño “moral” supondría y, a la vez, justificaría, el brindarle igual rango a cada uno de los múltiples daños que, en número cada vez mayor, lesionan específicos aspectos o fragmentos del ser humano. Por el contrario, dada la unidad del ser humano, todos los daños que se le ocasionen deberían sistemáticamente incorporarse, para el efecto de su reparación dentro de la genérica noción de daño a la persona.

25 MILMAIENE, José. “El daño psíquico”, en *Los nuevos daños*. Hammurabi, Buenos Aires, 1995. pág. 75.



Así lo exige la naturaleza misma del ser humano y el único y común fundamento que los conecta esencialmente, como es el ser humano en sí mismo.

Con el correr de los años un importante sector de la doctrina, al comprender los fundamentos expuestos en precedencia, ha incorporado sistemáticamente todas aquellas voces y cualquier otra que signifique lesión a un determinado aspecto de la unidad psicosomática en que consiste la persona, dentro de la genérica y expresiva voz de “daño a la persona”. Si esto es así, nos preguntamos ¿qué razón habría para que un daño a la esfera afectiva o sentimental del ser humano, que genera dolor o sufrimiento, no se incorpore para un tratamiento sistemático, como cualquiera de aquellas otras voces, a la genérica noción de daño a la persona? ¿Por qué insistir en una inexistente autonomía desmedida por la realidad misma del ser humano? Tal vez la respuesta la tenga Jorge Mosset Iturraspe, a cuyo lúcido pensamiento dedicamos los siguientes párrafos.

Debemos señalar, con satisfacción, que la posición que sustentamos la compartimos, hasta el momento, con ilustres juristas de otras latitudes como es el caso, entre otros, del citado profesor Jorge Mosset Iturraspe. El maestro argentino, en un reciente Congreso Internacional sobre “Los diez años del Código Civil peruano: balance y perspectiva”, organizado por la Universidad de Lima en septiembre de 1994, sostuvo, en una brillante ponencia, que desde hace algunos años se bregaba en la Argentina por incluir el restringido concepto de daño moral dentro del daño a la persona.<sup>26</sup>

Al referirse al aporte del Código Civil peruano de 1984 de haber incorporado en su artículo 1985, sin limitaciones, el genérico concepto de “daño a la persona”, Mosset Iturraspe expresa que “la sanción del Código Civil del Perú de 1984, en su artículo 1985, al separar el daño a la persona del daño moral, logró un resultado sorprendente; permitió que el velo que oscurecía nuestra visión cayera; que los prejuicios o preconceptos que nos ataban a una calificación decimonónica fueran dejados de lado; posibilitó el paso del conceptualismo al realismo, en una materia tan humana y sensibilizada”.<sup>27</sup>

Consideramos de gran importancia e interés el deslinde que formula Mosset Iturraspe entre conceptualismo y realidad. Y es que muchos de los juristas, bajo la secular influencia de una visión formalista del Derecho, nos hemos habituado a

26 MOSEET ITURRASPE, Jorge. *El daño a la persona en el Código Civil peruano*, en *Los diez años del Código Civil*, Universidad de Lima, Lima, Tomo 1º. Pág. 221 y ss.

27 *Ibidem*. P. 213.

“construir” instituciones, olvidándonos, cada cierto tiempo, de confrontarlas con la realidad de la vida a la cual se refieren como simple estructuras conceptuales. Nos cuesta trabajo dejar de lado, cuando ello es indispensable, las formas para acercarnos a la vida, a la fuente misma del Derecho. Cruza por nuestra mente, en este instante, una frase de Husserl que nos marcó desde jóvenes y que es algo así como un “grito de guerra” contra todo exacerbado conceptualismo alejado de la realidad. Husserl, al tratar de descubrir, de develar el ser mismo (*noumeno*), nos aconsejaba poner entre paréntesis todo aquello que perturbaba nuestra visión, que nos desviaba de la recta y directa vía epistemológica para acceder al ser mismo. Por ello su drástico consejo, que suena a mandato, fue: “a las cosas mismas”. Es decir, la necesidad de librarnos de la maraña conceptual, que a menudo nos ata, constriñe y confunde, para enfrentar la realidad tal como se nos ofrece. Por ello, a la manera de Husserl, podríamos proclamar, tratándose del Derecho, este úkase: “a la experiencia misma”. Que equivaldría en el caso que nos ocupa, a despojarnos, como quiere Mosset Iturraspe, de preconceptos, de prejuicios, observar la realidad, tal como se nos presenta, para conformar si nuestra antigua, “construcción” conceptual sigue adecuándose al mundo que vivimos o, por el contrario, debemos hacer reajustes o remodelaciones o, simplemente, reconstrucciones conceptuales a la luz de la experiencia.

En su citada ponencia Mosset Iturraspe, al considerar que la noción de daño moral integra la más amplia de daño, a la persona, establecida con precisión los alcances conceptuales del denominado daño “moral”. En este sentido, sostuvo que “la reparación del dolor es ahora un capítulo, pero no toda la materia. Con dolor o sin él, se debe respetar la intimidad, la vida de relación, los proyectos, la salud, entendida de una manera plena e integral”. Y añadía, sintetizando su pensamiento, que “el centro de la cuestión no es más el dolor, es el hombre, la persona humana, su dignidad, sus virtualidades, sus apetencias”.<sup>28</sup>

Mosset Iturraspe sostenía, en el mencionado Congreso Internacional de septiembre de 1994, que algunos autores se resisten a eliminar de los códigos civiles la específica categoría de daño moral por razones vinculadas “con su prestigio, con su abolengo, con su tradición jurídica”. Distanciándose de esta posición, el maestro argentino sostuvo en aquella ocasión que “hay que dejar de lado la categoría del daño moral, hay que omitirla de los códigos para sustituirla por la del daño a la persona”. Y ello, expresaba, porque “el daño moral, en primer lugar, es absolutamente impreciso desde sus orígenes, desde su denominación, desde su

28 MOSSET ITURRASPE, Jorge. Ob. Cit. P. 213.

comprensión”. Y, al preguntarse por lo que significaba el “daño moral” apuntaba, con realismo, que este no era otra cosa que un simple daño “jurídico”, un daño a la vida de relación que otro me causa. Sostenía, con total lucidez, que el denominado daño moral, “no es un problema de mi eticidad resentida, de mi moral que me reprochan. No es moral, es jurídico. ¡Y se llama moral!”.<sup>29</sup>

¿No son acaso absolutamente ciertas las atinadas observaciones de Mosset Iturraspe sobre el daño “moral”? Estimamos que ellas son totalmente esclarecedoras y si admitiéramos, como sería el caso, sus fundadas convicciones empezariamos a dejar de lado, al referirnos al tratamiento jurídico del daño a la persona, la voz “moral”, que cofunde y enturbia el pulcro enfoque jurídico de la cuestión. Nos preguntamos, ¿Qué razón existe para no realizar una operación inversa a la que efectúa un sector de la doctrina que es la de pretender subsumir lo genérico en lo específico, que otra cosa no significa la de reducir todos los múltiples daños a la persona a la específica voz del daño moral? ¿Lo lógico y sistemático no sería acaso, por el contrario, incorporar todos los daños al ser humano, incluyendo el moral, a la genérica voz de daño a la persona o daño subjetivo?

En conclusión, compartimos a plenitud el pensamiento de Mosset Iturraspe cuando sostiene que la expresión daño moral “es una antigualla, el daño moral es un resabio de otros tiempos que ha permanecido por nuestras debilidades, por nuestras torpezas, por nuestro aferrarnos a las tradiciones jurídicas”.<sup>30</sup> Obviamente, en este caso, el maestro argentino se refiere a aquellas tradiciones – como la que comentamos – que han perdido vigencia pues han surgido nuevas formas o modalidades de conductas humanas intersubjetivas diversas, sustitutorias o de signo contrario.

### **c. Daño a la persona y daño moral en el Código Civil peruano de 1984**

Mosset Iturraspe reprocha, con acierto y en su momento, que se hubiera incluido en el art. 1985 del Código Civil peruano de 1984 la expresión de daño moral simultáneamente y al lado de aquella de daño a la persona y, además, expresó que observaba con preocupación en la reforma en marcha de dicho código, al cumplirse su primer decenio de vigencia, no se enmendara ese error.

29 MOSSET ITURRASPE. *Más allá del daño moral el daño a la persona*. En *Diez años del Código Civil peruano*. Tomo II, pág. 406 y 407.

30 *Ibidem*. P. 408.

La respuesta a la precisa observación de Jorge Mosset Iturraspe la debemos encontrar en lo que se llama “la historia interna” del Código Civil de 1984, es decir, aquella que no aparece recogida por ningún historiador, que no está escrita ni ha sido revelada. En efecto, como lo narráramos en una nota a pie de página de nuestra ponencia “El daño a la persona en el Código Civil peruano”, presentada en el Congreso Internacional reunido en Lima en agosto de 1985, el lograr que los codificadores del 84 aceptaran introducir la novísima voz – en aquellos años – de “daño a la persona” fue el resultado de permanentes discusiones y replanteos, ya que en el Proyecto concluido por la Comisión Revisora no se admitió la incorporación al Código Civil del daño a la persona. Prácticamente, el daño a la persona había quedado excluido del articulado del Código del 84”.<sup>31</sup>

Ocurrió, sin embargo, un hecho imprevisto. En efecto, se presentó una ocasión inesperada y propicia para insistir discretamente en el tema. Pocos días antes de la promulgación del Código, fijada para el 24 de julio de 1984, se celebró con fecha 3 del mismo mes en el despacho del Ministro de Justicia de aquel entonces, profesor Max Arias Schreiber, una reunión de coordinación con los integrantes de la Comisión Revisora con la finalidad de dar los últimos retoques al ya aprobado Proyecto de Código. A esta reunión fuimos invitados por el Ministro junto con algunos otros pocos miembros de la Comisión Reformadora.

Fue en aquella reunión del 3 de julio de 1984 – es decir, 21 días antes de la promulgación del Código – que se logró introducir en el artículo 1985 el daño a la persona al lado del daño emergente, del lucro cesante y del daño moral que aparecían en este numeral. No se pudo lograr lo más: eliminar del texto de este artículo, por repetitiva, la voz daño moral. Era peligroso insistir en este sentido, ya que se corría el riesgo de reabrir un debate que podría haber concluido con la confirmación del acuerdo adoptado en precedencia por la Comisión Revisora. Es decir, la no inclusión del daño a la persona. Preferimos, ante esta eventualidad y con sentido común, lo bueno en lugar de lo óptimo.

En nota que figura en la ponencia antes referida, redactada en 1985, explicábamos la razón por la que se mantuvo la voz de daño moral en el citado artículo 1985, lo que aparecía como una contradicción con referencia a nuestros antiguos postulados sobre el tema. En dicha nota decíamos textualmente que “si bien el 3 de julio de 1984 se obtuvo que la Comisión Revisora incorporara el daño a la persona en el artículo 1985 del Código Civil peruano, ubicado dentro de la responsa-

31 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Ob. Cit. pág. 254

bilidad civil extracontractual, no se pudo conseguir la eliminación del concepto de daño moral – dentro de su restringida acepción de afrenta al sentimiento – en tanto constituye un aspecto específico del daño a la persona que, indudablemente trasciende lo que es puramente su vertiente sentimental”. Es decir, dejábamos sentada nuestra posición al respecto.

La incorporación del daño a la persona cuando el Código se hallaba en vísperas de ser promulgado no permitió, como hubiera sido deseable, que se pudiera otorgar un tratamiento sistemático al daño a la persona dentro del articulado del Código Civil. Esta fue varazón por la cual los textos de los artículos 1984 y 1322 no pudieran ser oportunamente enmendados y concordados con el artículo 1985 en referencia. Es por ello que en el artículo 1984 se alude y se desarrolla exclusivamente la materia lo concerniente al daño moral en vez de centrarse sobre el genérico daño a la persona. En este mismo sentido, el artículo 1322, ubicado dentro de la responsabilidad civil contractual, se refiere también solamente al daño moral prescindiéndose de la voz daño a la persona. No obstante, el autor y ponente de dicho numeral, tal como se desprende de la correspondiente Exposición de Motivos, le otorga a la voz daño moral los mismos genéricos alcances que el daño a la persona.<sup>32</sup>

En resumen, constituyó un inesperado pero feliz logro incluir la voz daño a la persona en el artículo 1985 del Código Civil de 1984 pocos días antes de su promulgación y cuando el trabajo de la Comisión Revisora había concluido. Esta incorporación, como lo hemos expresado en precedencia, hubiera corrido serio peligro de no concretarse sí, dados los antecedentes expuestos, se hubiera reabierto un debate en el cual, el mérito a la novedad de la figura, no se habría acordado, muy probablemente, tal inclusión. El costo de dicha incorporación fue en el de no insistir en replantear dicho debate con la finalidad de obtener, como lo pretendíamos, la eliminación de la voz daño moral tantee el artículo 1985 como en los artículos 1984 y 1322 del mencionado Código Civil.

32 En la “Exposición de Motivos y Comentarios” al Código Civil peruano de 1984 (Lima, 1988, T.V.) al comentarse el art. 1322 en lo que concierne al daño moral se expresa textualmente en la página 449 lo siguiente: “Daño moral es el daño no patrimonial, es inferido a los derechos de la personalidad o a valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica”. Como se advierte de la lectura de este comentario, el ponente del libro de las Obligaciones del Código de 1984 se inclinó por una interpretación amplia del concepto de daño moral a fin de incluir dentro de sus alcances no sólo al daño a la esfera afectiva del sujeto sino, en general a los daños inferidos a la persona en cualquiera de sus múltiples aspectos.

La incorporación en el artículo 1985 del Código Civil peruano de la obligación de reparar el daño a la persona sin limitación de ninguna especie, a diferencia de los otros pocos códigos que la incluyen con graves restricciones, constituye una novedad en la codificación civil comparada, tal como se ha puesto de manifiesto por los comentaristas de dicho cuerpo legal.<sup>33</sup>

Como se ha expresado, hubiera sido deseable excluir la voz daño moral no sólo del texto del artículo 1985 del Código sino que también habría sido oportuno sustituir coherente y sistemáticamente dicha expresión por la de daño a la persona en el artículo 1322, así como reformular el artículo 1984 dedicado a la regulación del daño moral. Ello, como decimos, no fue posible en aquella oportunidad. Esperamos que en un futuro, después de una necesaria sedimentación de las ideas y como una demostración de apertura mental frente a las nuevas realidades, se acceda a corregir los yerros que observa Mosset Iturraspe – que compartimos plenamente – y que se escuche su razonada y autorizada recomendación, que compartimos, en el sentido de no mantener tales errores.

#### **d. Sentido restringido y amplio del “daño moral”**

Existe una importante y extendida tendencia doctrinaria que ha encontrado una peculiar solución para superar el problema que venimos tratando. Ella consiste en distinguir, para tal efecto, dos conceptos diferentes de daño moral: el que denominan restringido o restrictivo y el que llaman genérico. Dentro de este planteamiento, el significado otorgado al daño moral en sentido restringido equivaldría a su tradicional contenido que no es otro que la formulación, esquemática y simplista, de dolor o sufrimiento. Es del caso advertir, por lo demás, que en esta hipótesis, como es sabido, la designación del daño moral no toma en cuenta el aspecto del ser humano que se lesiona – que es su esfera afectiva o sentimental – sino que se hace referencia a la consecuencia del daño que es, precisamente, dolor o sufrimiento.

No podemos perder de vista que el ser humano puede padecer dolor o sufrimiento como resultado de otro tipo de lesiones a otros aspectos de la multifacética personalidad humana que no es, precisamente, aquella esfera afectiva o sentimental. Así, se puede sufrir o sentir dolor por una agresión física o verbal, por un atentado contra la verdad personal o contra el honor y en tantos otros casos

33 Entre ellos ver: MOSSET ITURRASPE, Jorge. *El valor de la vida humana*. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 1991, 3ª ed. Pág. 327 y ss, y *El daño fundado en la dimensión del hombre*, en Revista de Derecho privado y comunitario. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, Nº 1, 1992, pág. 22 y ss.

que sería largo enumerar. Por ello, como señalaremos más adelante, deberíamos tener presente, a propósito del daño, una doble clasificación que contribuye a aclarar la temática que venimos abordando, por la cual se distinguen los daños en función del ente afectado de las consecuencias que ellos generan.

En efecto, consideramos que existe, de conformidad con la realidad del mundo, una primaria clasificación del daño según sea el tipo del ente afectado. En este sentido podemos referirnos a un daño subjetivo, que lesiona al ser humano en sí mismo, y un daño objetivo, que se centra en las cosas del mundo, en el patrimonio del ser humano. Pero, al lado de esa primaria distinción, cabe situar aquella otra que se refiere al dañosa no en función del ente dañado sino en razón de las consecuencias que de él se derivan, ya sea tratándose tanto de la lesión al ser humano mismo como a las cosas que posee.

Como está dicho, la primera de tales distinciones tiene en consideración la naturaleza misma del ente dañado y, la segunda, toma en cuenta las consecuencias que produce el daño en cada uno de los entes que pueden ser afectados, es decir, tanto el ser humano como su patrimonio. Consecuencias que son peculiares, que se diferencian, precisamente, sobre la base de la diversidad ontológica que existe entre los bienes lesionados por el daño.

Aunque daño y consecuencia conforman un proceso inescindible, cabe distinguir uno de la otra para el efecto de aplicar, en cada caso, una correcta técnica jurídica tanto para la protección del objeto como para la reparación del daño. Lo dicho sustenta nuestra afirmación precedente en el sentido que dolor y sufrimiento son “consecuencias” de la lesión a un determinado aspecto de la persona. A los juristas decimonónicos se les ocurrió llamar “moral”, al dolor o sufrimiento derivado de la lesión a una particular esfera del ser humano como es la afectiva o sentimental. Ellos también determinaron, sin mayor fundamento, que la persona colectiva o jurídica se designase como persona “moral”. En este último caso, se ha logrado superar la tradición ya que son escasos los que siguen designando a la persona “jurídica” como persona “moral”. ¿Acaso se descubrió tardíamente que lo moral y lo jurídico, no obstante la vinculación existente, pertenecían a dos distintas esferas del ser humano, subjetiva la una e intersubjetiva la otra?

Es importante tener en consideración la naturaleza del ente dañado ya que, como se ha expresado, de ello depende la técnica, el tipo o modalidad de protección jurídica que debe otorgársele al ente así como la manera adecuada de indemnizar el daño sufrido. Algunas veces, en el aula, ante los alumnos, solemos

decir que las técnicas de protección de una piedra son distintas de aquellas que se debe brindar a una copa de cristal, a un perro o al ser humano. Así como cada ente exige una determinada vía de conocimiento para acceder a él, así también cada ente exige una técnica de protección adecuada a su calidad ontológica y, llegado el caso, una peculiar modalidad de reparación del daño que se le hubiere ocasionado.

Por lo anteriormente expuesto, somos del parecer que ha contribuido a una falta de precisión en la cuestión atinente a distinguir con pulcritud conceptual el “daño moral” del daño a la persona, el no haber considerado que no cabe confundir el “ente dañado” de las “consecuencias” derivadas de su correspondiente lesión. Es diverso el hecho que el daño incida sobre el ente denominado “persona” del tipo o modalidad de las consecuencias que pueden generar los múltiples y específicos daños a dicho ente. Una de dichas consecuencias es el dolor o sufrimiento que originan ciertos tipos de daño. Entre estos cabe señalar el dolor o sufrimiento que se deriva de una lesión a la esfera afectiva o sentimental del ser humano, el que tradicionalmente se ha identificado con la expresión “moral”. Desde nuestro punto de vista, contrariamente a lo que acontece cuando se trata de indemnizar un daño, no partimos de las “consecuencias”, del daño sino la naturaleza del ente dañado. Y, si se trata del ser humano, interesa precisar, prioritariamente, qué aspecto o aspectos son los que han sido lesionados. Luego se determinan las específicas consecuencias de la lesión. No podemos, por consiguiente, partir genéricamente de un “dolor” o “sufrimiento” para caracterizar el daño sufrido, ya que el dolor tiene diversos orígenes, los que no se limitan tan sólo a los que se generan por una lesión a la esfera afectiva o sentimental del sujeto.

Un sector de la doctrina al tomar conciencia que al lado de la lesión a la esfera afectiva o sentimental de la persona se presentaban muchísimas otras lesiones al ser humano, no encontró mejor fórmula que en vez de adoptar una nueva genérica denominación que las comprendiera – como sería el caso de la expresión el “daño a la persona” – prefiriera, sustentándose en nuestro concepto en una mal entendida tradición, incluirlas, sin más, dentro del hasta ese momento restringido y específico concepto de daño moral. De este modo, sin mayor esfuerzo, se decidió por dicho sector de la doctrina que esa restrictiva expresión – con la que hasta ese momento se distinguía un caso concreto de daño – cubriera una multiplicidad de hipótesis de daños que no se identificaban, precisamente, con el contenido conceptual de su precisa y tradicional noción. Es decir, se produjo lo



que podríamos llamar, apelando a una metáfora económica, una “hiperinflación” conceptual de la tradicional noción de daño moral. Se convirtió, así, en lo que en el lenguaje corriente solemos designar como “un cajón de sastre”, es decir, aquel espacio donde se yuxtaponen una infinidad de objetos heterogéneos.

Es así que bajo el concepto de “daño moral”, se crearon dos diversas situaciones jurídicas – una restringida y otra amplia – dando lugar a frecuentes e innecesarias confusiones. Al respecto nos preguntamos, ¿así como los economistas aplican “reajustes” para combatir la hiperinflación, no podríamos los juristas adoptar las medidas oportunas para rectificar un error terminológico y conceptual en la medida que no encuentra su correlato en la realidad? Es decir, un innecesario error que origina confusiones y dificultades que los juristas podrían superar fácilmente si no persistieran en utilizar la expresión “moral”, a la manera de los juristas franceses del siglo XIX, para designar una institución exquisitamente “jurídica” y de una mucho más amplia comprensión conceptual.

Así, entre otros autores, Jorge Gamarra, en reciente obra que data de 1994, reconoce este hecho al expresar que la definición tradicional y restringida de daño moral resultaba “incompleta”. Para subsanar esta deficiencia, el prestigioso profesor uruguayo postula, como solución, que el concepto de “daño moral” abarca, en realidad, un sector mayor de daños, por lo que esta noción coincide enteramente con la esfera del daño no patrimonial. Por lo tanto, es más adecuado hablar de daño no patrimonial.<sup>34</sup> Reconoce explícitamente, de este modo, que existe una opción sobre dos nociones distintas de daño moral (restringida la una y amplia la otra).

El mencionado autor, siguiendo a Vaz Ferreira, es de la opinión que el dolor no es esencial al daño moral por lo que “desaparece la única nota que justificaría distinguir al daño moral dentro del daño no patrimonial, y la base para crear dos especies diversas dentro del daño no patrimonial”.<sup>35</sup> Según el profesor Gamarra son figuras que responden a una misma definición, es decir, que carecen de efectos patrimoniales y tiene la misma regulación. Prefiere, por consiguiente, la denominación de daño no patrimonial para englobar en ella las dos figuras del daño moral, la restringida y la amplia.

34 GAMARRA, Jorge. Tratado de Derecho Civil uruguayo. *Fundación de Cultura Universitaria*, Montevideo. 1994, pág. 15.

35 GAMARRA, Jorge. Ob. Cit. Pág. 15.

Frente a las afirmaciones de Jorge Gamarra es dable formular algunas observaciones. En primer lugar, habría que inquirir sobre cuál sería la razón por la que se debe seguir utilizando la tradicional expresión de “daño moral” para referirse al daño a la persona, que Gamarra y otros autores equiparan al daño no patrimonial, situación que, de hecho, causa confusión sobre todo entre los iniciados en la disciplina jurídica. La segunda observación se refiere a que, en el supuesto negado de admitir tal equiparación entre daño moral y daño no patrimonial, cabe preguntarse por cuál sería la razón para designar como “no patrimonial” – privilegiando así el patrimonio sobre el ser humano – a lo que es, simple y llanamente, un daño a la persona en toda la extensión del concepto. Nos parece que ambas son dos seculares tradiciones que ha llegado la hora de cuestionar a la luz de los hallazgos de la Antropología Filosófica.

No advertimos el motivo, aparte del probable culto a una tradición mal entendida o a la ley del mínimo esfuerzo, para seguir denominando como “moral”, un daño de indudable naturaleza y consecuencias jurídicas. Al compartir las precisiones de Jorge Mosset Iturraspe no comprendemos por qué debemos seguir rindiendo tributo a una tradición que el tiempo ha desdibujado, que ha sido desmentida por la realidad. No entendemos, por consiguiente, por qué se continúa denominando “moral”, a lo “jurídico”. Si la gran mayoría de los autores y de los cuerpos legales han sido capaces de abandonar, por no ser descriptiva de su objeto, la tradicional expresión de persona “moral” y sustituirla por la de persona “jurídica”, - que en verdad es colectiva -, no vemos la razón para que en un caso similar, como es el del daño moral, no se produzca idéntico cambio. ¿Por qué asimilar a la expresión “moral”, que tradicionalmente se ha empleado para significar dolor o sufrimiento derivado de una lesión a la esfera afectiva, los múltiples y diversos daños que se producen en agravio de la persona, lesionando su cuerpo, su psique o su proyecto de vida? Nos preguntamos, asimismo, ¿Qué tiene que ver todo esto, que es estrictamente “jurídico”, con lo “moral”? Parecería que, como en otros tiempos que son ya historia, seguimos confundiendo empecinadamente lo “moral”, que se enraíza en la pura subjetividad, con lo jurídico que aparece a partir de la intersubjetividad.

Cuando escribimos estas líneas emergen en nuestra memoria dos nombres ilustres que son orgullo del pensamiento jurídico latinoamericano. Nos referimos a Teixeira de Freitas y Vélez Sarsfield. Admiramos, a más de un siglo y medio de distancia en el tiempo, su lucidez, su coraje intelectual para enfrentar – en la segunda mitad del siglo XIX – el tradicional pensamiento dominante sobre

el tratamiento jurídico del concebido, al que se le consideraba, por todos los códigos civiles del mundo, en aquel entonces y hasta ahora, como una simple ficción. Es decir, un ente que carecía de significación para el Derecho y que, cuando se suponía que debería ser lo que es, dejaba de serlo por cuanto ya era un nacido, una persona natural. Por ello, resumiendo esta peculiar situación en que el derecho había sumido al concebido, decíamos que éste “es lo que no es y que, cuando es, ya no es”.

Según la hasta ahora dominante teoría de la ficción, se ignoraba que el concebido era realmente un ser humano, que debería ser una realidad para el Derecho, un sujeto. Como es sabido, se le consideraba como una ficción, “algo” que debería esperar nacer para recién adquirir la categoría jurídica de sujeto de derecho. Pero, como es evidente, cuando el concebido nacía ya no era tal, pues nos hallamos en este instante existencial ante una persona natural.

Tanto Teixeira de Freitas, a mitad del siglo pasado, como Vélez Sarsfield en 1869, intuyeron la realidad del concebido como ser humano y, con valentía que nos enorgullece como latinoamericanos tributarios de su pensamiento, lo consideraron y lo denominaron como “persona por nacer”, desafiando de este modo una consagrada, férrea y unánime tradición. Su convicción, que superaba las “construcciones” conceptuales y que más bien se inspiraban en la observación de la realidad y las voces de la ciencia, fue ignorada o silenciada por cerca de siglo y medio hasta que llegó el Código Civil peruano de 1984 que, dentro de su línea de pensamiento y en sintonía con la ciencia, otorgó al concebido la calidad de “sujeto de derecho”. El ejemplo creativo y el coraje intelectual de Teixeira de Freitas y de Vélez Sarsfield, estamos seguros, han de ser motivo de constante inspiración para los juristas latinoamericanos, los que no estamos obligados, siempre y necesariamente, a recoger y consagrar teorías sin antes someterlas a un repensamiento y a una reflexión crítica.

### **e. ¿Daño la persona o daño no patrimonial?**

Una tercera observación sobre el tema que nos ocupa se refiere al intento de equiparar la noción de equiparar la noción de daño a la persona con el concepto de daño no patrimonial. Aparte de que no llegamos a entender la preferencia de los juristas por la expresión “patrimonio” sobre la de “persona”, consideramos que no siempre el daño a la persona tiene consecuencias no patrimoniales. Por el contrario, generalmente, a las consecuencias de carácter no patrimonial se suman otras de naturaleza patrimonial. Es decir que, desde nuestro punto de

vista, no cabe equiparar el concepto de “daño a la persona” con el de “daño no patrimonial”. Ello, siempre dentro de nuestra óptica, supone mezclar dos niveles conceptuales diversos como son, de un lado, la naturaleza del ente dañado y, del otro, las consecuencias que generan dichos daños, ya sea a la persona o al patrimonio o a ambos.

En un trabajo publicado hace más de tres años expresábamos que debíamos encaminarnos a una nueva sistematización del daño a la persona.<sup>36</sup> En efecto, en aquella oportunidad sosteníamos que, a nuestro parecer, y tal como lo hemos adelantado, la primaria clasificación del daño debería atender a la naturaleza del ente dañado, ya que las técnicas de protección y de reparación jurídica del ente variaban según los casos. A este propósito proponíamos que “la primera distinción que habría que hacer respecto al daño, dada su importancia teórica y práctica, es la que se sustenta en la calidad ontológica del ente afectado por dicho daño”. Es decir, que debía privilegiarse la calidad del ente dañado a las “consecuencias” producidas a raíz del daño.<sup>37</sup> Por lo expuesto, éramos del parecer que, primordialmente, debería atenderse a si el ente dañado es una cosa u objeto del mundo, por más valioso que fuera o si, por el contrario, el ente dañado es nada menos que el ser humano, el sujeto de derecho.

Nadie puede discutir la fundamental diferencia ontológica que existe entre el ser humano, que es libertad y sensibiliza valores, y las cosas del mundo que, contrariamente, carecen de libertad, no vivencian valores y son acabadas, terminadas, macizas. Esta diferencia marca el diverso tratamiento técnico jurídico que merece cada una de estas disímiles calidades de entes. Ello, con mayor razón, debe manifestarse cuando se trata de apreciar la magnitud del daño, considerado en sí mismo, y sus consecuencias, ya sean éstas patrimoniales o no patrimoniales.

Como es fácil percibir, la posición antes sustentada se inspira en una concepción personalista o humanista del Derecho, que coloca al ser humano, y no al patrimonio, como eje y centro de la disciplina jurídica. Razón que ha llevado a ciertos autores a concentrar su preferente atención en torno a la víctima del daño, ante la humana necesidad de que ella no quede sin reparación. Esta actitud supone que al derecho le interesa prioritariamente atender a la víctima frente a

36 Ver FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*, en *Estudios en honor de Pedro J. Frías*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. T. II, 1994, pág. 1087 y ss. Este trabajo también se publicó en *Cuadernos de Derecho*, 3, Universidad de Lima, 1993, pág. 28 y ss. Y en *Ponencias Primer Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1994, pág. 23 y ss.

37 *Ibidem*. pág. 32

la indagación destinada a determinar el grado o intensidad de la culpa del agente del daño que, en algunos casos, como señala Mosset Iturraspe, pareciera ponerse del lado del agente del daño con el propósito de diluir la debida indemnización.

En virtud de lo expuesto, apreciábamos que existen dos tipos básicos de daños si se tiene en cuenta, como se ha dicho, la naturaleza misma del ente que ha sufrido sus consecuencias. Así, y tal como se ha señalado, es posible hacer una primera y amplia distinción que atiende a la calidad ontológica de los entes pasibles de ser dañados. En este sentido, como se ha mencionado, encontramos, de un lado, a los seres humanos, sujetos de derecho y, a las cosas u objetos del mundo, de los cuales se valen instrumentalmente las personas para realizarse. De ahí que podamos referirnos al daño subjetivo, que es el que agravia o afecta a los seres humanos, y al daño objetivo, que es el que incide sobre los objetos que integran el patrimonio de las personas. El primero de dichos daños, por lo tanto, se refiere al “ser humano”, considerado en sí mismo, y el segundo de ellos atiende al “haber” del sujeto de derecho. Esta constituye, desde nuestra óptica, la primera y básica clasificación de los daños.

A nadie escapa, por lo demás, que la diversidad ontológica entre el ser humano y las cosas que integran su haber o patrimonio, se refleja en las especiales y distintas características que asume la indemnización por las consecuencias derivadas del daño que afecta específicamente a cada una de tales calidades de entes. No se puede, “con un criterio economicista y materialista, dejar de reconocer el diverso rol que cumple la indemnización en el caso que se destruya una cosa que cuando se agravia al ser humano mismo, creador, eje y centro del Derecho”.<sup>38</sup>

El daño subjetivo o daño a la persona es aquel cuyos efectos recaen en el ser humano, considerado en sí mismo, en cuanto sujeto de derecho, desde la concepción hasta el final de la vida. Por la complejidad del ser humano, los daños pueden afectar alguna o algunas de sus múltiples manifestaciones o “maneras de ser”.

Como el ser humano es una unidad psicosomática, sustentada en la libertad, los daños que se le causen pueden incidir ya sea en su cuerpo, en sentido estricto, o en su psique o afectar su propia libertad. El daño psicosomático puede recaer directamente en el cuerpo o soma del sujeto o en la psique, bajo el entendido que en cualquier caso el daño a una de tales esferas repercute, en alguna medida, en la otra sobre la base de la inescindible unidad antes referida.

---

38 Ver FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Ob. Cit. 33

El daño psicosomático puede desglosarse a su vez, para fines puramente descriptivos o didácticos o para orientar mejor la debida reparación, en daño “biológico” y daño a la “salud”. En realidad, metafóricamente hablando, se trata de dos caras de una misma moneda. El daño biológico representa la vertiente estática y el daño a la salud la vertiente dinámica del genérico daño psicosomático.

El daño biológico se identifica con la lesión, considerada en sí misma, causada a la persona víctima del daño. En el daño denominado “biológico”, se compromete, en alguna medida, la integridad psicosomática del sujeto, de modo directo e inmediato, causándole heridas de todo tipo, lesiones varias, fracturas, perturbaciones psíquicas de diversa índole. Las consecuencias de una acción dañina contra el cuerpo o soma son, generalmente, visibles y elocuentes al margen, claro está, del preciso diagnóstico médico – legal que formula un pronóstico de las mismas.

En cambio, una lesión psicosomática que incide preferentemente en la psique resulta, como es obvio, menos elocuente y visible y probablemente más difícil de diagnosticar. Y, en ciertos casos, puede pasar inadvertida para cualquier persona que no sea un médico especialista en la materia. La lesión que afecta la psique, en cualquiera de sus manifestaciones, puede ser el resultado de una previa agresión somática aunque pueda también presentarse inicialmente desvinculada de dicha agresión, no obstante las conexiones existentes en virtud de la unidad psicosomática en que consiste la naturaleza del ser humano.

El daño que compromete preferentemente la esfera síquica del sujeto puede incidir primaria y notoriamente en alguna de las manifestaciones en que teóricamente solemos descomponerla, como son el aspecto afectivo y el intelectual. Precisamente, cuando la incidencia presenta fundamentalmente en la esfera afectiva o sentimental solemos aludir al daño moral en su restringido sentido tradicional de “dolor de afección”.

El daño psicosomático por lo tanto, puede incidir ya sea sobre soma o cuerpo, en sentido estricto, o sobre la psique. En el primer caso se suele denominar como daño físico, mientras que, en el segundo, alude al daño psíquico. En cualquier caso una lesión somática repercute de diferente manera en el psiquismo según sea el sujeto de que trate y, viceversa, una daño psíquico suele tener una manifestación somática.

El daño físico incide sobre el cuerpo o soma y puede consistir en contusiones, heridas, fracturas, de todo tipo y magnitud. El daño psíquico se configura por “la

alteración o modificación patológica del aparato psíquico como consecuencia de un trauma que desborda toda posibilidad de elaboración verbal o simbólica”.<sup>39</sup> Es decir, el daño psíquico si pone una modificación o alteración de la personalidad que se “expresa a través de síntomas, inhibiciones, depresiones, bloqueos...”<sup>40</sup>

La lesión en sí misma que constituye, como se ha señalado, el daño biológico, debe ser apreciada por sus particulares características por un médico – legista, el que ha de formular un diagnóstico y un pronóstico de la lesión, determinando su magnitud y peculiaridades.

El daño a la salud, en cambio, alude a las inevitables y automáticas repercusiones que produce cualquier lesión psicosomática en el bienestar de la persona, con prescindencia de su magnitud e intensidad. El daño a la salud es de tal amplitud que compromete el estado de bienestar integral de la persona. De ahí que, coincidiendo con Bargagna, podemos sostener que abarca, por consiguiente, las normales y ordinarias actividades del sujeto, ya sean ellas, entre otras, laborales, domésticas, sexuales, recreativas, sentimentales, de relación social, deportivas, entre otras.<sup>41</sup>

El desencadenamiento de un daño inferido a alguna manifestación de la esfera psicosomática repercute de inmediato y automáticamente, en alguna medida, en la salud del sujeto, afectándola en diverso grado e identidad según los casos. Reiteramos que, siguiendo la orientación de la organización Mundial de la Salud, entendemos que con el concepto salud se alude a la más amplia noción de bienestar integral del sujeto. De ser así, en algún momento deberíamos también adecuar el lenguaje a esta nueva realidad, de ser ella admitida por un sector mayoritario de la doctrina, sustituyendo, cuando el respectivo ordenamiento jurídico positivo lo permita, la expresión daño a la salud por la del daño al bienestar del sujeto. O, por el contrario, precisar conceptualmente que la salud, en sentido estricto, es un importante componente del genérico bienestar integral del sujeto.<sup>42</sup>

Dentro de la orientación anteriormente señalada, la Constitución peruana de 1993, en su artículo 2º inciso 1, ha incorporado como derecho de la persona que merece tutela el denominado derecho al bienestar.

39 MILMAIENE, José Ob. Cit. Pág. 70

40 Ibídem. Pág. 74

41 BARGAGNA, Marino. *Relievi critici de spunti ricostruttivi*. En *La valutazione del danno alla salute*. Cedam, Padova, 1986, pág. 170

42 Perú. La Constitución peruana de 1993 incluye al bienestar entre los derechos fundamentales en el inciso 1 del artículo 2º, mientras que en el artículo 7º proclama el derecho a la salud.

El daño a la salud, por lo precedentemente expresado, compromete por lo tanto, el entero “modo de ser” de la persona. Supone, por decirlo de alguna manera, un déficit de diversa magnitud e intensidad en el bienestar integral del ser humano.

De lo expuesto se concluye que el daño biológico, en cuanto tienta estática del daño psicosomático, como el daño a la salud, que presenta la dimensión dinámica de dicho daño, constituyen sólo aspectos de una misma realidad en cuanto el ser humano es una inescindible unidad psicosomática. De lo dicho se desprende, por consiguiente, que ambos tipos de daño sólo pueden ser teóricamente diferenciados para el efecto de su debida evaluación y ulterior reparación.

Al lado de esta clasificación del daño en función de la naturaleza del ente afectado, a la cual nos hemos referido en los párrafos precedentes cabe formular una segunda clasificación, ya no en función de la calidad ontológica del ente dañado, sino en virtud de las consecuencias derivadas de cada uno de tales daños. Son, pues, dos materias distintas, no cabe confundir si pretendemos clarificar nuestra visión sobre el contenido y alcances del daño a la persona. La primera, reiteramos, se sustenta en la naturaleza misma del ente dañado – y es de fundamental importancia para la reparación del daño – y la segunda se contrae a las consecuencias mismas del daño – y la segunda se contrae a las consecuencias mismas del daño producido a cualquiera de los entes afectados.

En atención a las consecuencias del daño se pueden distinguir las que la mayoría de autores designan como “no patrimoniales” o “extrapatrimoniales” – que nosotros, desde una óptica antropológica preferimos aludir como “personales” – de aquellas otras consecuencias conocidas como “patrimoniales”, que nosotros, asimismo y por idéntica razón, optamos por nominarlas como “no personales” o “extrapersonales”.<sup>43</sup>

Si consideramos el daño a la persona en toda su latitud conceptual, advertimos que puede generar consecuencias tanto personales – o no patrimoniales – como no personales o patrimoniales – o, como ocurre frecuentemente, puede originar, de modo simultáneo, ambos tipos de consecuencias. Así, por ejemplo, a raíz de un accidente automotor, se plantea la hipótesis de que la persona del conductor de uno de los vehículos sufre graves lesiones que requieren su hospitalización ya que, como consecuencia de las mismas, pierde los dos brazos. La pregunta que surge frente a este caso es, en primera instancia, si se ha producido o no un daño

43 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Ob. Cit. pág. 36



a la persona y, de ser así, en segunda instancia, si de sete daño se genera tan sólo una consecuencia personal o no patrimonial o si también y al mismo tiempo se deriva una consecuencia de orden no personal o patrimonial. El sentido que conlleve la respuesta nos permitirá apreciar si es correcto, como propone un sector de la doctrina y en especial el profesor Jorge Gamarra, identificar, sin más, daño a la persona, que atiende a la naturaleza del ente dañado, con daño no patrimonial (o personal) que se refiere a sólo una de las dos consecuencias que puede producir el daño a la persona.

En el caso propuesto no cabe duda que se hayan producido daños a un ente que es una persona humana. Como no se trata de una mera cosa del mundo exterior, que sería la otra única posible alternativa, no podemos dudar que estamos frente a un daño a un ente que no es otro que la persona. Así quedaría respondida la primera cuestión que hemos planteado.

Luego de haber precisado la calidad ontológica del ente dañado es menester, en segundo término, apreciar qué tipo o tipos de consecuencias se derivan de los daños de que ha sido víctima la persona. En la hipótesis que se ha planteado advertimos, de inmediato, que la víctima presenta lesiones múltiples, heridas, fracturas, contusiones. Si apreciamos tan sólo y en sí mismas las lesiones que se han producido estaríamos frente a lo que hemos denominado como daño biológico. Este daño es susceptible de ser diagnosticado por un médico legista quien determinará su magnitud y sus efectos. Estas lesiones deben ser materia de una justa reparación utilizándose para ello, cuando existen, los baremos o tablas de infortunios o, en su defecto, el principio de equidad, o ambos criterios.

Pero, a su vez, dichas lesiones psicosomáticas – daño biológico – causan un deterioro en la salud de la víctima, alteran en alguna medida su bienestar integral. Este efecto debe ser apreciado y reparado por el juez sobre la base del informe médico – legal, empleando para el efecto el criterio de equidad luego de observar y calibrar las consecuencias producidas. Daño biológico, o sea la lesión considerada en sí misma, y daño a la salud, que es su repercusión en el bienestar integral de la persona, deben ser considerados, finalmente, como un todo para el efecto de fijar la correspondiente reparación, no obstante que la apreciación por el juez de cada uno de los dichos daños obedece, como se ha señalado, a distintos criterios.

Ambos daños – el biológico y el daño a la salud – generan consecuencias que no son apreciables, directa e inmediatamente, en términos dinerarios. No ge-

neran, por consiguiente, consecuencias de carácter patrimonial o extrapersonal sino, más bien, se trata de consecuencias de orden personal o no patrimonial. Son daños ciertos y efectivos que, en ningún caso, pueden soslayarse de parte del juez. Felizmente los criterios puramente patrimonialistas van siendo desplazados en el mundo actual al lugar que, sin desconocerlos, jerárquicamente les corresponde, es decir, subordinados a la privilegiada protección jurídica que merece el ser humano. Cada vez se comprende con mayor claridad, pese al embate de los materialistas de toda laya y de los absolutamente pragmáticos, que el ser humano es un fin en sí mismo y que el patrimonio es un instrumento indispensable a su servicio.<sup>44</sup>

La cada vez mayor difusión y comprensión de los principios personalistas ha provocado una revisión o replanteo de la institucionalidad jurídica. De ello hay innumerables pruebas en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación contemporánea. Esta nueva actitud llegó, como no podía ser de otra manera, al campo de la responsabilidad civil. Es por ello que, de hacer girar el problema en torno al agresor y a su consiguiente responsabilidad, se centró la atención de los juristas en torno a la justa reparación de los daños sufridos por el ser humano. De ahí que pueda sostenerse que la visión moderna sobre el derecho de daños responde principalmente a principios humanistas y solidarios. Se protege a la persona por el único y fundamental argumento de su propia dignidad. Es decir, por lo que ella realmente es y representa en el mundo.

No es este un lugar para reproponer un debate que, a nuestro entender, ha sido actualmente superado. Sin embargo, ello no impide formular algunas precisiones al respecto. Nos referimos, en concreto, al argumento central que giraba en torno a la cuestión de si se debía o no repararse el daño a la persona que, no obstante ser cierto y efectivo, no podía ser apreciado en dinero de modo directo e inmediato. De acuerdo con una visión materialista de la vida – de cualquier signo o ideología – dominante en el derecho hasta no hace mucho, sólo era posible reparar las consecuencias del daño que tenían un “precio” en el mercado, que se podía traducir en dinero. De conformidad con esta estrecha concepción, dentro de la cual la vida humana y los derechos fundamentales de la persona carecían de un “precio”, resultaba imposible fijar una indemnización como consecuencia de un daño de carácter no patrimonial. Es decir, prevalecía un criterio economicista,

44 El daño a un objeto puede producir, igualmente, al lado de un daño no personal o patrimonial un daño personal o extrapatrimonial. Para ilustrar el caso podemos recurrir al difundido ejemplo por el cual un tercero pierde la única fotografía de un ser muy querido, la misma que tenía para su propietario un enorme valor afectivo o sentimental mientras que carecía de un valor no personal o patrimonial.

dentro del cual se trataba con absoluto desdén – o desprecio – lo que significaba el ser humano, desconociéndose el auténtico valor de la vida humana.

Como argumento para negar la indemnización se sostenía, por un sector mayoritario de la doctrina, que la reparación de las consecuencias de los daños a la persona que carecían de efectos patrimoniales, era una forma de “materializar” la vida humana. Con este pretextuoso y falaz argumento se dejaban de reparar los daños cometidos contra la persona, considerada en sí misma, desconociéndose su intrínseco valor. Contrariamente, por cierto, procedía siempre el resarcimiento de los daños que generaban consecuencias patrimoniales. Es decir, se privilegiaba a los entes del mundo exterior, a las cosas, en detrimento del ser humano.

Felizmente, el criterio materialista que campeaba en la responsabilidad civil cuando se trataba de reparar un daño a la persona, va quedando atrás. Son cada día menos numerosos los juristas que sostienen esta actitud. En la Argentina, para citar un caso emblemático, existe, como se ha puesto de manifiesto, una corriente personalista que ha logrado prevalecer un criterio humanista en esta específica área de la responsabilidad civil. Así, hace ya varias décadas, el maestro Orgaz expresó con contundente convicción que “resarcir los daños morales, aunque sea de modo pecuniario – a falta de otro mejor – no es materializar los intereses morales, sino al contrario, espiritualizar el derecho, en cuanto éste no se limita a la protección de los bienes económicos y rodea también de seguridad aquellos otros bienes no económicos, que son inseparables de la persona humana.”<sup>45</sup> Como es obvio, cuando Orgaz escribía este párrafo aún no había aparecido el genérico concepto de daño a la persona por lo cual el maestro argentino utiliza la consagrada expresión de daño moral.

En el “II Congreso Internacional de Daños”, reunido en Buenos Aires en 1991, se declaró al respecto que “el enfoque meramente patrimonialista del daño se encuentra en trance de quedar divorciado de las pautas del Derecho en nuestros días”. De donde se concluía que se debía jerarquizar “la esfera biológica, espiritual (y social del hombre, sin dejar de tener en cuenta que los bienes materiales son necesarios para preservar su dignidad”. En esta misma ocasión se estableció, siempre por unanimidad, que “la reparación del daño a la persona debe ser plenamente adecuada a la magnitud de lo que ésta (la persona) representa, descartando las indemnizaciones meramente simbólicas”.

---

45 ORGAZ, Alfredo. *El daño resarcible*. Lerner Córdoba, 2ª edición.1980, pág. 186

Además del daño biológico y del daño a la salud, a los que nos hemos referido en precedencia, hay un daño que frecuentemente se ignora o se olvida por quienes no logran aún descubrir o concebir la calidad ontológica del ser humano como ser libre y temporal, que se propone fines, los mismos que están contenidos en su “proyecto de vida”.

La pérdida de los dos brazos por parte de una persona, en el caso del ejemplo propuesto en su lugar, podría traer como consecuencia la frustración de su principal proyecto de vida, expresado a través de su actividad cotidiana, situación en la cual se privaría de sentido la existencia misma de la víctima. Esta es, sin duda, una consecuencia personal o no patrimonial en tanto carece de significación monetaria, directa e inmediata, lo que no quiere decir, obviamente, que se niegue a la víctima una justa satisfacción por el enorme daño que se le ha ocasionado.

Pero en el caso del ejemplo antes citado, que es el de la víctima de un accidente automovilístico, se aprecia que al lado de las consecuencias no patrimoniales o personales que genera el elocuente daño a la persona, antes mencionadas, se presentan simultáneamente consecuencias exquisitamente patrimoniales o no personales que deben ser también debidamente indemnizadas. Nos referimos al reembolso, entre otros, de los gastos de hospitalización, los honorarios médicos, la adquisición de medicinas, los que pueden considerarse integrantes del denominado daño emergente. Al mismo tiempo, y siempre en el campo de las consecuencias patrimoniales y extrapersonales, debe indagarse si, como consecuencia del daño, el sujeto se halla imposibilitado de realizar su actividad laboral habitual o si a raíz de las lesiones sufridas se ve privado de obtener ingresos que le corresponden o deja de percibir rentas, ganancias o riqueza, en general, pues en esta hipótesis, como es sabido, debe resarcirse el llamado lucro cesante.

De lo expuesto se percibe que el daño a la persona ha producido, al mismo tiempo, consecuencias de carácter patrimonial o extrapersonal al lado de consecuencias de orden personal o no patrimonial. De ahí que el daño a la persona no puede ser caracterizado sólo a partir de las consecuencias que genera”.<sup>46</sup>

Después del somero análisis efectuado, y por razones que de él fluyen, somos de la opinión que no es correcto asimilar, sin más, la noción de daño a la persona, que se centra en la peculiar calidad ontológica del ente dañado, con la de daño patrimonial (o no personal) que incide, ya no en la naturaleza del ente sino, más bien, en uno de los tipos de consecuencias generadas por el daño. Estimamos,

46 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Ob. Cit. pág. 36

por consiguiente, que debe diferenciarse, para estos efectos, la naturaleza del ente dañado de las consecuencias del mismo.

Si nuestras reflexiones no están erradas, deberíamos concluir afirmando la autonomía del concepto de daño a la persona en función de la calidad ontológica del objeto dañado y no tratar de ligarlo a las consecuencias que pueden derivarse de él, las que como hemos apreciado pueden tener un carácter extrapersonal o patrimonial o ser de orden no patrimonial o personal. De ahí que no compartimos la propuesta de quienes equiparan el concepto de “daño a la persona” (o de daño moral en sentido amplio) con la noción de “daño no patrimonial”. No siempre el daño a la persona tiene tan solo consecuencias no patrimoniales o personales sino que, con frecuencia, ellas asumen un carácter extrapersonal o patrimonial. No son las consecuencias del daño, por consiguiente, las que tipifican el daño a la persona. Se debe atender, primariamente a la naturaleza del ente dañado para luego determinar las consecuencias, de cualquier índole, que genere el daño a fin de precisar el mejor y más adecuado modo de repararlas.

#### **4. ¿Existe un daño al proyecto de vida?**

##### **a. Sus supuestos**

Hemos adherido a la filosofía de la existencia que considera que la libertad constituye el ser mismo del hombre. Esta libertad es lo que lo diferencia, radicalmente, de los demás seres de la naturaleza y le otorga dignidad. Se trata de una potencialidad que nos permite decidir, elegir, entre muchas posibilidades de vida, eso que, precisamente, llamamos proyecto de vida o proyecto existencial. Gracias a la libertad somos seres temporales, históricos, estimativos, creativos, proyectivos, dinámicos. Carecería de sentido un ser libre que no fuera, simultáneamente, un ser temporal.

Como lo hemos puesto de manifiesto, el “proyecto de vida” es posible en tanto el ser humano es libre y temporal. Y es que el proyecto surge necesariamente de una decisión libre para su realización en el futuro, ya sea éste mediato o inmediato. Por ello, sólo el ser humano es capaz de formular proyectos. Es más, no podría existir sin decidir ser lo que pretende ser, es decir, sin proyectar. Libertad y tiempo son, por consiguiente, los dos supuestos existenciales del proyecto de vida. Todos los seres humanos, en cuanto libres, generamos proyectos de vida. Nos proponemos realizarnos, vivir de determinada manera, haciendo aquello que se nutre de nuestra vocación personal.

El proyecto de vida, si bien apunta al futuro y se despliega en el tiempo, se decide en el presente, al cual condiciona el pasado. Como apunta Jaspers, “consciente de su libertad, el hombre quiere llegar a ser lo que puede y quiere ser”.<sup>47</sup>

Para decidir sobre un cierto proyecto de vida, que responda a nuestra recóndita vocación personal, debemos valorar, es decir, precisar aquello que para nosotros resulta valioso realizar en la vida, aquello que le va a otorgar un sentido a nuestro cotidiano existir. El proyecto supone trazar anticipadamente nuestro destino, un modo cierto de llenar nuestra vida, de realizarnos. La vivencia de valores le otorga sentido y, por ende, trascendencia al vivir. El proyecto de vida no es concebible sin una vivencia axiológica de parte del sujeto.

Una vez que, por ser libres y tener la capacidad de valorar, decidimos o elegimos un proyecto de vida, tratamos por todos los medios o instrumentos a nuestro alcance de cumplirlo, de concretarlo, de ejecutarlo durante el curso de nuestra vida, salvo que, en algún momento de nuestro existir, cambiemos o modifiquemos, en alguna medida, el proyecto existencial. Al mencionar “medios” nos referimos, en general, a todo aquello de que se vale nuestro ser para realizarse, para convertir en acciones o conductas el proyecto existencial. Entre estos instrumentos contamos con nuestro cuerpo o soma, nuestra psique, los “otros”, las cosas del mundo. Todo ello, en una u otra medida o manera, contribuye ya sea a la realización exitosa del proyecto de vida o a su fracaso, a su destrucción, a su frustración. La vida, bien lo sabemos por experiencia, está llena de gratificantes realizaciones pero, también, de traumáticas frustraciones.

La libertad, en sí misma, se juega entera en la decisión del proyecto. Su actuación, en cambio, significa su expresión fenoménica, cuya realización o frustración depende de las posibilidades de cada cual, condicionadas por los medios o instrumentos con que cuenta para conseguir este fin.

Para lograr la efectiva realización de nuestro proyecto de vida se requiere contar con posibilidades, empeño, perseverancia, energía, constancia, coraje. De esto somos conscientes, porque son muchos y muy variados los obstáculos que debemos vencer o ante los cuales habremos de sucumbir en la persecución de este propósito. Por eso, como lo recalca Mounier, es del caso recordar que la vida es una guerra civil consigo mismo. La realización del proyecto es una conquista. Es el resultado de una lucha permanente y cotidiana contra los condicionamientos que agobian a la persona. Como expresa Mounier, “hay en mi libertad un peso

47 JASPERS, Karl. *La fe filosófica*. Pág. 60

múltiple, el que viene de mí mismo, de mi ser particular que la limita, y el que le llega del mundo, de las necesidades que la constriñen y de los valores que la urgen”.<sup>48</sup> Es decir, como señala el propio Mounier “la libertad se gana contra los determinismos naturales, se conquista sobre ellos, pero con ellos”.<sup>49</sup>

Pues bien, después de lo expuesto cabe preguntarse, una vez más, si existe un “proyecto de vida”. Por nuestra parte, desde antiguo, estamos convencidos de ello porque, fundamentalmente, tenemos experiencia en nuestra libertad y de nuestra temporalidad, de la vivencia de valores y, por consiguiente, de la formulación de proyectos. Es decir, somos conscientes, de acuerdo con nuestra inclinación vocacional, de lo que hemos elegido realizar en la vida para otorgarle a ésta un sentido, para dignificarla, para encontrar una razón al vivir. Lo que no es poco, si apreciamos en todo su valor y significación el precioso don de la vida.

Somos también generalmente conscientes de nuestras realizaciones, de su ocasional plenitud o de todas sus frecuentes limitaciones. Pero también se hacen patentes nuestras frustraciones, nuestros fracasos. Tratamos, a menudo, de indagar por los condicionamientos, endógenos o exógenos, que han gravitado en nuestros éxitos y, con mayor razón, por aquellos que determinaron nuestras frustraciones.

Después de lo hasta aquí expresado es lícito preguntarse si será posible causar un daño de tal magnitud que frustre nada menos que el radical proyecto de vida de la persona. El mayor conocimiento que en la actualidad se tiene de lo que significa el ser humano, de lo que constituye su estructura, así como de lo que surge de la experiencia del puro vivir, hacen posible una respuesta afirmativa. De ello estamos plenamente convencidos y deseáramos, por consiguiente, contribuir con estas modestas y embrionarias reflexiones a fin de que quienes aún no comparten estas experiencias nos acompañen, en algún momento, en la tarea de precisar los alcances y la importancia de una protección plena e integral del ser humano en todo lo que él significa y representa.

### **b. El proyecto y los proyectos**

Cabe distinguir entre el “proyecto de vida”, en singular, los “proyectos de vida”, en plural. Si bien el hombre vive proyectándose es dable distinguir entre los múltiples proyectos que el ser humano diseña en su vida, al menos uno de en-

48 MOUNIER, Emmanuel. Ob. Cit. Pág. 36

49 *Ibíd.*

tre ellos que tiene la característica de su fundamentalidad para la existencia, que es radical, que compromete todo su ser. Que es aquel en el que se juega su destino y el que otorga sentido a su vida. Nos referimos, en este caso, al “proyecto de vida” que es, por lo demás, el que nos interesa y al cual venimos refiriéndonos en el presente trabajo. Obviamente, es posible que al lado de este proyecto de vida pueda existir otro que también adquiere para el ser humano una especial trascendencia.

El daño al proyecto de vida se acarrea como consecuencia un colapso psicósomático de tal magnitud para el sujeto – para cierto sujeto – que afecta su libertad, que lo frustra. El impacto psicósomático debe ser de una envergadura tal que el sujeto experimente un “vacío existencial”. En esta situación, el ser humano se enfrenta a la nada al perder su vida, su rumbo axiológico. Recogiendo una expresión de Milmaiene, “el desconuelo invade a un hombre que pierde la fuente de gratificación y el campo de despliegue de su apuesta vital”. Como el autor lo expresa con precisión, en el daño al proyecto de vida el impacto psicósomático es tan fuerte que ataca “el núcleo existencial del sujeto, sin el cual nada tiene sentido”.<sup>50</sup> El vacío existencial es el resultado de la pérdida de sentido que sufre la existencia humana como consecuencia de un daño a su proyecto de vida.

El daño al proyecto de vida, que bloquea la libertad, es la consecuencia de un daño psicósomático, ya que no es posible dañar “directamente” aquello de lo que se tiene “experiencia” pero que carece de “ubicación” en tanto se trata del ser mismo del hombre. Si el colapso es de una magnitud tal que sume al sujeto en un estado de pérdida de consciencia, que metafóricamente se suele describir y conocer como “vegetativo”, es decir, de imposibilidad de comunicación, si bien no se aniquila la libertad en sí misma – lo que sólo sería posible con la muerte, se está, de hecho, anulando su capacidad de decisión. Si el daño, en cambio, es de un grado inferior en lo que se refiere a sus consecuencias, si bien no se anula la capacidad de decisión, se infiere al sujeto un daño que incide decisivamente en su posibilidad de “realizar” una decisión libre, de actuar un proyecto de vida. En este sentido el daño al proyecto de vida compromete, seria y fundamentalmente, la libertad del sujeto a ser “él mismo” y no “otro”, afectándolo en aquello que hemos denominado su identidad dinámica, es decir, el despliegue de su personalidad.<sup>51</sup>

50 MILMAIENE, José. *El daño psíquico. En Los nuevos daños*, pág. 71. Es conveniente aclarar, sin embargo, que el autor no distingue el daño al proyecto de vida, a pesar que lo describe con acierto, del daño psíquico al cual hace específica referencia.

51 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la identidad personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 113 y



Al lado del mencionado “proyecto de vida”, el ser humano está constantemente elaborando una pluralidad de proyectos sobre su cotidiano existir. Estos no comprometen el destino mismo del ser humano, ni el sentido de su vida. Ellos carecen de la trascendencia del singular “proyecto de vida” en cuanto, de frustrarse, no afectan el núcleo existencial del sujeto. En estas situaciones no se producen, por consiguiente, los devastadores efectos del daño al singular “proyecto de vida”, los que sí truncan, de raíz, el periplo vital del sujeto. Sus consecuencias signan para siempre la vida de la persona. Los daños que pueden producir estas frustraciones ante decisiones libres que no comprometen el núcleo existencial del sujeto, pueden traducirse en consecuencias psíquicas de diversa medida y magnitud.

Es de advertir, por lo demás, que muchos proyectos que tienen que ver con la actividad cotidiana del sujeto, son repeticiones de alguno que en cierto momento fue original. Responden, por ello, a la habitualidad, por lo que el sujeto, muchas veces, no tiene conciencia de su libre decisión. El daño al proyecto de vida, que tiene como causa u origen un daño psicossomático, bloque, como apunta Milmaiene, “el logro de ansiadas metas u objetivos vitales, relacionados con fuertes ideales...”. Lo que importa en este caso, como señala el autor, es “un hecho traumático en situación, relacionado con los valores, las metas y los ideales de un sujeto particular”.<sup>52</sup> Es decir, un daño que incide en el ámbito axiológico, que tiene como consecuencia una pérdida del sentido de la vida. En síntesis, se trata de lo que designamos como un daño al “proyecto de vida”.

### **c. Daño al proyecto de vida y daño psíquico**

Milmaiene no llega a distinguir, sin embargo, entre la lesión psicossomática, en sí misma, y aquella que, por su magnitud, puede originar en última instancia, en un caso límite, un daño al proyecto de vida. Es así que, a pesar de la exactitud de su descripción de las consecuencias que acarrea el daño a la persona no logra identificarlo como tal. En efecto, considera que existe una lesión psíquica que, en sus propias palabras afecta “el núcleo existencial” mismo del sujeto. Es decir, se trata de un daño de tal magnitud que compromete no sólo la estructura psicossomática de la persona sino, como lo indica el propio autor, incide sobre el núcleo existencial. No se trata, por consiguiente, de una alteración o modificación patológica cualquiera del aparato psíquico. El dolo a la persona es aquella lesión

---

ss.

52 MILMAIENE, José. Ob. Cit. pp. 70 y 71.

que trastoca el sentido existencial de la persona, que compromete su propio ser. En otros términos, lo que nosotros denominamos como “el daño al proyecto de vida”, resulta ser para Milmaiene tan solo un daño psíquico de la “mayor importancia” o un “serio daño psíquico”.<sup>53</sup>

El autor parece no haber percibido, a pesar de que su descripción de las consecuencias del daño al proyecto de vida son exactas, la diferencia de grado que existe entre el “daño psíquico”, cualquiera sea su magnitud y que es siempre el antecedente del “daño al proyecto de vida”, de este último, las consecuencias que cada uno de tales daños generan en la vida del sujeto, tal como se advierte, son distintas. En un caso, como se ha subrayado, se produce tan sólo una alteración o modificación patológica del aparato psíquico, mientras que en el daño al proyecto de vida se trunca, de raíz, el sentido valioso de la vida.

En síntesis, no podemos confundir un daño a la estructura psicosomática del sujeto, que acarrea consecuencias biológicas – lesiones de todo tipo – y efectos en su salud – es decir, en el bienestar integral –, con el daño a la libertad misma del sujeto, el que se traduce en la frustración de su “proyecto de vida”.

#### **d. Sintomatología del daño al proyecto de vida**

El daño al proyecto de vida, como está dicho, incide sobre la libertad del sujeto a realizarse según su propia libre decisión. Como lo hemos reiterado, es un daño de tal magnitud que afecta, por tanto, la manera en que el sujeto ha decidido vivir, que trunca el destino de la persona, que le hace perder el sentido mismo de su existencia. Es, por ello, un daño continuado, que generalmente acompaña al sujeto durante todo su existir en tanto compromete, de modo radical, su peculiar y única “manera de ser”. No es una incapacidad, cualquiera, ni transitoria ni permanente, sino se trata de un daño cuyas consecuencias inciden sobre algo aún más importante para el sujeto como son sus propios fines vitales, los que le otorgan razón y sentido a su vida. El daño al proyecto de vida es un daño futuro y cierto, generalmente continuado o sucesivo, ya que sus consecuencias acompañan al sujeto, como está dicho, durante su transcurrir vital. Como anota De Cupis, el daño futuro es “aquel que si bien hasta entonces no ha nacido, es cierto que aparece en el futuro”.<sup>54</sup> En este mismo sentido Zannoni considera que daño

53 MILMAIENE, José. Ob. Cit. Pág. 70

54 DE CUPIS, Adriano. *El daño*. Bosch, Barcelona, 1975, pp. 320 y 324.

futuro “es aquel que todavía no ha existido, pero que ciertamente ha de existir, luego de la sentencia”.<sup>55</sup>

El daño futuro suele presentarse bajo dos modalidades. En una primera hipótesis se advierten consecuencias dañosas de un evento que ya ocurrió – es decir, de un daño actual – que no ha dejado de ponerse de manifiesto, de evidenciarse. De conformidad con el curso de los acontecimientos estas consecuencias se prolongarán en el tiempo, pudiendo aun agravarse. Se trata de un daño continuado o sucesivo.

En el segundo caso, el daño futuro no se presenta como la prolongación de un daño actual, sino que las consecuencias se han de evidenciar después de la sentencia judicial.

En ambas situaciones se trata de un daño futuro – cierto que debe ser reparado en tanto que su materialización sea verosímil, “que brinde una seguridad fundada en la razonable probabilidad objetiva de concretarse el perjuicio”.<sup>56</sup>

El daño al proyecto de vida no implica certeza, en sentido estricto. Pero, no cabe duda que por su importancia existencial, es previsible que, una vez producido, sus consecuencias se prolonguen en el tiempo según las circunstancias del caso y la experiencia de vida. Es obvio que la vida de un ser humano afectado en su libertad, en su núcleo existencial, no será la misma en el futuro. Corresponderá al juez, con fina sensibilidad, con una recreación valiosa del caso, percibir la existencia y magnitud del daño al proyecto de vida.

La frustración del proyecto de vida puede generar consecuencias devastadoras en tanto incide en el sentido mismo de la vida del ser humano, en aquello que lo hace vivir a plenitud, que colma sus sueños, sus aspiraciones, que es el correlato de ese llamado interior en que consiste la vocación personal. Cada ser humano vive “según” y “para” su proyecto existencial. Trata de realizarlo, de concretarlo, de convertirlo en una “manera de vivir”, en su cardinal modo de existir.

Es esta la trascendencia, aun indebidamente valorada, que acarrea el daño al proyecto de vida. Sólo en tiempos recientes, por acción del personalismo, se ha logrado conocer mejor y, por ende, revalorizar al ser humano. Por ello, es que también sólo en estos tiempos sea posible empezar a comprender el tremendo significado que para la persona adquiere el daño al proyecto de vida. Seguir igno-

55 ZANNONI, Eduardo. *Responsabilidad por daños*. Astrea, Buenos Aires, 1982, pág. 43.

56 STIGLITZ, Rubén y STIGLITZ, Gabriel. *Seguro contra la responsabilidad civil*. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1991, pág. 233

rándolo significaría desconocer, o aparentar desconocer, la compleja realidad del ser humano, en cuanto a ser libre y temporal, a la que hemos aludido en precedencia y, por consiguiente, representaría una actitud tendiente a empequeñecer el “valor de la vida humana”.

### **e. Consecuencias del daño al proyecto de vida**

Solemos utilizar un ejemplo, del cual hemos echado mano en otra oportunidad, para explicar cómo es posible un daño al proyecto de vida. Es decir, a la expresión fenoménica de mi libertad hecha acto. Se trata del caso de un pianista por vocación, profesional, entregado por entero a su arte, cuya vida adquiere sentido vivenciando intensamente valores estéticos, cuya concreción se aprecia a través de la ejecución musical. Este pianista, a raíz de un accidente automovilístico, pierde algunos dedos de ambas manos.

Cualquier observador podrá comprobar que se ha producido un daño a un ser humano. Advierte también que este daño a la persona tiene múltiples consecuencias, una personales o no patrimoniales y otras no personales o patrimoniales. Se trata, sin duda, de un grave infortunio. Por lo expuesto, podemos afirmar, sin ningún titubeo, que nos encontramos frente a un daño a la persona. El pianista no es una “cosa”. Su peculiar naturaleza es la de un ser humano “pianista”, libre y temporal.

Si analizamos los daños producidos en el caso del ejemplo propuesto encontramos, en primer lugar, que el pianista se le ha causado un evidente daño emergente que hay que indemnizar. La víctima ha sido internada en un centro hospitalario. Se deben, por consiguiente, cubrir los gastos derivados de su internamiento, los honorarios médicos, el costo de las medicinas empleadas, entre otras consecuencias. Pero, también, debe atenderse el lucro cesante, ya que el pianista acredita que tenía pendientes de ejecutar cinco conciertos, lo que supone una significativa suma de dinero que dejaría ciertamente de percibir. Estas serían algunas de las consecuencias patrimoniales o no personales del daño a la persona, fáciles de comprobar e indemnizar.

Pero, simultáneamente, el daño a la persona ha generado daños personales o no patrimoniales como es el caso del daño biológico, consistente en las lesiones causadas, consideradas en sí mismas y que serán valorizadas por los médicos legistas a la luz de los baremos o tablas de infortunios, si los hubiere, o atendiendo a la equidad, inspirada en la jurisprudencia. Se trata de lesiones físicas y, además,

de alteraciones psíquicas. Y, al lado de este daño biológico, de carácter psicósomático, se ha producido un inevitable daño a la salud que compromete, en algún grado, el bienestar integral del sujeto, el mismo que debe ser también apreciado equitativamente por el juez a la luz de los informes de los médicos legistas.

Pero, además de los daños no patrimoniales antes referidos, se ha inferido a la persona un daño radical, que incide en el sentido mismo de su vida. Se ha frustrado su proyecto de vida, que consistía, única y exclusivamente, en “ser” pianista. El ser pianista otorgaba razón a su vida, sentido a su existencia, lo identificaba en la vida social a tal punto que cuando la gente lo ubicaba en un lugar público señalaba que se trataba de “un pianista”.

No se puede reducir conceptualmente el daño al proyecto de vida con un daño a la estructura psicósomática del sujeto. Es obvio que para que exista un daño que incida en la libertad es necesario que se produzca, necesariamente un daño biológico y un daño a la salud. Es decir, tenemos que hallarnos frente a lesiones o heridas producidas en el soma o cuerpo y en el aparato psíquico. Pero el daño al proyecto de vida, cuando aparece, trasciende este daño psicósomático para comprometer, como se ha insistido, el sentido mismo de la vida del sujeto. En el caso propuesto el daño biológico, está dado por la lesión consistente en la pérdida de algunos dedos de la mano. Pero esta lesión en el caso del pianista, compromete su futuro, le sustrae el sentido de su existencia, lo afecta en su núcleo existencial. Es decir, encontrarse en el futuro impedido de ser lo que era: “un pianista”.

La pérdida de los dedos de la mano de un pianista o de un cirujano, la pérdida de las piernas de un deportista o un vendedor ambulante, o la desfiguración del rostro de un artista o de una modelo, no acarrea tan solo un daño psicósomático. El daño reviste, en estos casos, una significación más profunda, una trascendental importancia. Como apunta Milmaiene, en estos casos “se anula todo proyecto de futuro”, por lo que “nada de lo que se propone como compensación puede restituir la autoestima herida”, debida a la “pérdida de placer vital que genera el impedimento laboral, artístico o profesional”.<sup>57</sup> No podemos olvidar que el trabajo, en cualquiera de sus múltiples manifestaciones, no sólo es el modo como el ser humano se inserta en la comunidad y presta un servicio, sino que, además, el trabajo libremente escogido supone su realización existencial.

¿Qué hará el pianista con su vida una vez que ella perdió sentido? ¿Logrará superar tan enorme frustración? ¿Tendrá la fuerza suficiente, la necesaria y no

57 MILMAIENE, José. Ob. Cit. Pág. 71

común reserva moral, para encontrar una nueva razón para continuar viviendo? ¿Sucumbirá ante el devastador daño, o por el contrario, se sobrepondrá a su catástrofe personal? ¿Será capaz de llenar su vacío existencial, que es la mayor consecuencia de la frustración de su proyecto personal? Estos son algunos de los múltiples interrogantes que pueden formularse al contemplar el abatimiento existencial de un ser humano que se enfrenta a la frustración de su proyecto de vida generado por un daño a su persona. De una frustración que es de tal magnitud que le sustrae, nada menos, el sentido valioso de su vida.

Milmaiene se pregunta, con razón, frente al grave infortunio que significa el daño al proyecto de vida generado por la pérdida de los dedos de la mano para un cirujano o para un artista, sobre cuál puede ser el destino de un actor que no puede seguir actuando, o la de un cirujano que no puede continuar operando, cuando cada uno de ellos había encontrado en su práctica profesional un sentido para vivir, haciendo de ella una causa.<sup>58</sup> Es un caso en el cual, a partir de un daño psicosomático, el daño es más profundo, lo sobrepuja, ataca el núcleo existencial del ser humano, por lo que ya no se puede seguir refiriéndose a un daño psíquico, sino que, por su devastadora magnitud, por el colapso existencial que significa, debemos aludir a un daño al “proyecto de vida”.

La frustración puede adquirir considerable magnitud, mientras que la reserva moral y humana del sujeto víctima del daño al proyecto de vida puede ser, por contraste, deficitaria, endeble, pobre. De ser así, la pérdida de los valores que daban sentido a la vida puede ocasionar un vacío existencial, de tales proporciones, que resulta imposible o difícil de llenar. Frente a este vacío existencial, enfrentado a la nada, el sujeto puede optar, en un caso límite, por el suicidio. Se trata de un drama existencial que no podemos soslayar.

En otra hipótesis, la víctima del daño al proyecto de vida puede buscar la manera de evadirse de una realidad que ya no le es propicia, en la que no ha estado acostumbrado a convivir, en la que ha perdido, en gran medida, su propia identidad, en la que ya no puede seguir vivenciando los valores que respondían a su personal vocación. Esta evasión podrá conducir a la persona a refugiarse en alguna grave adicción, como serían las drogas o el alcohol. Ello significa el derrumbe de su personalidad, su degradación como persona.

Debe señalarse que la frustración del proyecto de vida del sujeto es siempre proporcional al interés e intensidad con que cada sujeto asume una posición

---

58 Ibídem. Pág. 71

existencial. Así, como acota Milmaiene, “para algunos todo lo que afecta el plano laboral puede ser determinante, así como para otros sólo cuentan los fracasos económicos, o bien para terceros lo esencial es la preservación de la integridad del plano afectivo”.<sup>59</sup>

En la mejor de las hipótesis, las consecuencias del daño al proyecto de vida lograrán sobrellevarse de algún modo si el sujeto tiene otros valores, de parecida, igual o mayor importancia, cuya vivencia le otorguen a su vida un nuevo sentido, que podría, de alguna manera, sustituir al que parecía haber perdido. Podría ser el caso de un ser humano de extraordinaria fortaleza moral, de coraje, de un impresionante deseo de vivir, de una honda vocación de servicio a los demás. Tal vez en el servicio al prójimo, si el sujeto es solidario, podría, de superar su trauma existencial, encontrar la nueva razón de su vida.

No puede descartarse, sin embargo, el que existan situaciones en las que se atenúan y hasta casi pueden no presentarse consecuencias de magnitud en lo que concierne a un daño al proyecto de vida. Nos referimos a casos en los cuales las personas carecen de un proyecto de vida suficientemente definido, bien delineado, vigoroso. Es decir, de un proyecto que no emerge de decisiones firmes, de profundas convicciones personales, de intensas vocaciones. Se trataría, en esta hipótesis, de un sujeto desorientado, inseguro, que no posee un proyecto marcado por una connotación personal, de perfiles poco nítidos, donde no se advierten con claridad los valores que el sujeto ha decidido vivenciar y que, de hecho, vivencia.

En el caso mencionado en el párrafo anterior estamos frente a un sujeto que no vivencia, con intensidad y convicción, casi con pasión, un determinado proyecto de vida. Ello no significa, en última instancia que el sujeto carezca en absoluto de un proyecto de vida, ya que ello no sería posible dada su naturaleza de ser libre y temporal. Se trataría de personas vocacionalmente desorientadas, que no perciben con nitidez sus propios fines por lo que no se han propuesto un definido un proyecto de vida. El proyecto puede aparecer incierto, cambiante, carente de fuerza vital. es evidente que en estas particulares circunstancias, que generalmente son fácilmente perceptibles por el juez y, con mayor razón, por los expertos, las consecuencias derivadas del daño al proyecto de vida son irrelevantes o de escasa magnitud.

---

59 MILMAIENE, José. Ob. Cit. Pág. 71.

Podemos asistir a otra situación en la que el sujeto tiene un proyecto de vida, libremente elegido, pero que no ha sido capaz o no ha podido realizarlo. El proyecto existe, pero no se ha cumplido. Quedó a nivel de decisión. En esta hipótesis no podríamos referirnos válidamente a la presencia de un daño al proyecto de vida en la medida que él no es visible, que no se ha convertido en actividades cotidianas del sujeto. Sin embargo, cabe argumentar que esta persona puede intentar, nuevamente, llevar adelante su proyecto de vida, por lo que el daño producido trunca cualquier expectativa futura realización personal. Es decir, que si bien no existe un proyecto en plena realización, nos hallamos ante una incumplida libre decisión personal, pero abierta al futuro.

Es dable plantear un hecho que frecuentemente no resulta suficientemente claro. Nos referimos al caso de las incapacidades permanentes de carácter somático, las mismas que no siempre y necesariamente traen como consecuencia la frustración del proyecto de vida, sino sólo acarrear ostensibles y perjudiciales limitaciones en relación con otras actividades que no corresponden o no afectan el núcleo de su proyecto de vida. Podría ser el caso de un pianista que pierde alguna parte o función de su cuerpo, lo que no le impide continuar con su proyecto existencial no obstante causarle serias y graves limitaciones en la realización normal de su vida.

Somos conscientes de las dificultades por las que podría atravesar el juez para determinar la magnitud de un daño al proyecto de vida de la persona, de cada persona en particular, así como las que se presentan en el momento de fijar una adecuada reparación. Este constituye probablemente un problema imposible de resolver con exactitud matemática, situación que se agrava dado tanto las características propias de cada ser humano como la importancia que para él comporta su proyecto de vida. Sin embargo, la indudable existencia de estas facultades no puede conducir a soslayar o a ignorar la importancia y las graves repercusiones que genera el daño al proyecto de vida y a negar, por consiguiente, su reparación.

Por el contrario, conscientes del valor de la vida humana y de su connatural dignidad estimamos que, cuando sea posible y evidente, se repare de modo equitativo, de acuerdo con las circunstancias y frente al caso concreto, las consecuencias del daño al proyecto de vida. Las dificultades para su reparación, que pueden presentarse ya sea en el diagnóstico de la existencia de un daño a la persona o a través de los obstáculos que pueden surgir cuando se pretenda precisar sus alcances y consecuencias en la vida de un determinado ser humano, no pueden justificar, en ningún caso, que la víctima no reciba la equitativa reparación por



el daño realmente sufrido. Ello, en última instancia depende de la sensibilidad y preparación del juez para captar, con la finura de análisis que se requiere, este específico daño y sus consecuencias en cada uno de los casos que sean sometidos a su conocimiento.

En síntesis, para la apreciación del daño y sus consecuencias tanto en el caso del daño al proyecto de vida como también en el daño psíquico, “las generalizaciones o universalizaciones no tienen cabida, dado que un hecho que puede resultar catastrófico para una persona, no tiene ningún valor para otra y viceversa”.<sup>60</sup> Esta situación corrobora la particular dignidad del ser humano, que se sustenta en que cada uno, por ser libre, tiene su propia identidad, lo que hace que sobre una base de igualdad del género humano, cada persona esté dotada de una especial personalidad, de una particular sensibilidad para vivenciar valores. El ser humano es único, singular, irreplicable, no estandarizado, impredecible, dinámico, histórico. Todas estas connotaciones obligan al juez, dejando de un lado las técnicas para la apreciación y cuantificación de los daños patrimoniales, trata cada caso de daño al proyecto de vida como “el caso” y no como “un caso más”. Esta característica del ser humano complica la apreciación y las consecuencias del daño al proyecto de vida.

#### **f. Daño al proyecto de vida y daño moral**

Por todo lo expuesto, no es posible confundir el llamado “daño moral” que, como lo hemos expresado, incide sobre la esfera afectiva del sujeto, del trascendente “daño al proyecto de vida” que afecta el sentido mismo de la existencia, tal como lo hemos intentado describir en precedencia.

Las consecuencias del daño moral, que hieren los sentimientos y los afectos de la persona, por hondos que puedan ser, no suelen acompañar al sujeto, al menos con la intensidad inicial, durante su transcurrir vital. La tendencia general es que dichas consecuencias, los dolores o sufrimientos, suelen disiparse, disminuir o atenuarse con el pasar del tiempo. Así, un profundo y explicable dolor experimentado por la muerte de un ser querido es muy intenso en primer momento pero, poco a poco, va diluyéndose, transformándose en otros sentimientos y afectos. Muchas veces el dolor inicial se convierte, en el transcurso del tiempo, en un sentimiento duradero de orgullo por la calidad humana del que ya no nos acompaña en la ruta de la vida, o en uno de gratitud para con el ser querido que

60 MILMAIENE, José. Ob. Cit. Pág. 71

dejó de existir por lo mucho que de él recibimos mientras estuvo con nosotros. Más que con dolor, muchas veces evocamos con ternura, nostalgia y afecto la memoria de quien nos abandonó. Con frecuencia, el sufrimiento que experimentamos en el pasado se transforma en una remembranza de sus cualidades personales y, al considerarlo como un paradigma, tratamos de seguir su ejemplo.

En cambio, en el supuesto del daño al proyecto de vida la situación es diferente. Se trata de un daño cuyas consecuencias, que comprometen la existencia misma del sujeto, suelen perdurar. Ellas difícilmente logran ser superadas con el transcurso del tiempo. El daño causado es de tal magnitud que frecuentemente acompañan a la persona por toda la vida, por lo que compromete su futuro. La víctima ha perdido, en gran medida, su propia identidad. Dejó de ser lo que libremente se propuso ser. Dejó de realizarse a plenitud. Es, pues, imposible confundir las consecuencias, a menudo, devastadoras del daño al proyecto de vida, con aquellas otras, de naturaleza afectiva, que son constitutivas del daño moral.

### **5. Protección jurídica del proyecto de vida**

Como bien se prescribe en el artículo 1549 del Proyecto de Reforma del Código Civil argentino, formulado por la Comisión designada por el Poder Ejecutivo, “la violación del deber de no dañar” genera la obligación de reparar el daño causado conforme a las disposiciones del Código. Constituye, a nuestro entender, un acierto legislativo recordar que todo ser humano no sólo posee derechos, como supone el individualismo exacerbado, sino que tiene, aparte de una infinitud de deberes que derivan de cada uno de sus derechos, un deber genérico consistente en “no dañar”. Bastaría este simple enunciado para que, a partir de él, los jueces tutelaran cualquier tipo de daños que pudiera sufrir el sujeto en su persona o en sus bienes o en los de la comunidad. El deber de no dañar, por lo demás, da cuenta de la dimensión coexistencial o intersubjetiva del Derecho.

El principio del *non laedere* cubre, por consiguiente al ser humano entendido como una unidad existencial y lo protege, por ende, de modo integral y preventivo. No es necesario mencionar o inventariar o hacer un catálogo de todos los múltiples derechos e intereses del ser humano que merecen específica tutela jurídica. Como algunos autores sostienen fundándose en esta realidad, existe un solo derecho de la persona que se sustenta en su propia dignidad de ser libre y temporal y en el consiguiente deber de los demás de respetar esta peculiar condición.

Esta posición va adquiriendo paulatina importancia en nuestros días, ya que se tiende a variar los tradicionales alcances del “derecho subjetivo” a fin de sustraerle toda connotación absolutista. Ello ha dado lugar, atendiendo a la realidad del sujeto como un ente libre pero al mismo tiempo coexistencial, que todo derecho supone un correlativo deber y que, a su vez, todo deber conlleva un derecho. Es decir, se ha logrado superar el concepto tradicional de derecho subjetivo sustituyéndolo por el de “situación jurídica subjetiva”, el mismo que denota esta nueva noción de amplios alcances.<sup>61</sup> La “situación jurídica subjetiva” da cuenta de la realidad coexistencial del Derecho.

Pero, además y como es lógico, las modernas constituciones y ciertos códigos civiles incluyen normas que protegen la libertad del ser humano o su “libre desarrollo” o el “libre desenvolvimiento de su personalidad”.

Así, la Constitución Política del Perú de 1993 prescribe en el inciso 1 de su artículo 2º que toda persona tiene derecho a “su libre desarrollo”. Es decir, se tutela la actuación fenoménica de la libertad, cuya máxima expresión, qué duda cabe, es el singular “proyecto de vida”. Este derecho encuentra también su amparo en el Código Civil de 1984, en el cual el artículo 5º tutela expresamente “la libertad” del ser humano. Es decir, la libertad que sustenta su actuación proyectiva.

Por su parte, el artículo 2º de la Constitución italiana de 1947 protege “los derechos inviolables del hombre”, mientras que la Constitución española de 1978 es más explícita cuando, en su artículo 10º, considera que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y los derechos de los demás son fundamento de orden político y de la paz social”.

El artículo 5º de la Constitución colombiana de 1991 establece que “el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona” y, en su artículo 16º, prescribe que “todas las personas tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”.

Como se desprende de los casos emblemáticos antes citados, los ordenamientos jurídicos protegen genéricamente los derechos inviolables del hombre, inherentes a su propio ser o expresamente, tutelan la libertad o su libre desarrollo o el libre desenvolvimiento de la personalidad. Es decir, bajo diversas fórmulas,

61 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Abuso del derecho*. Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 54 y ss.

se protege la libertad, en sí misma, y su actuación o expresión fenoménica, cuyo máximo exponente es el **proyecto de vida**.

## 6. Corolario

Al concluir esta propuesta, este manajo de reflexiones y sugerencias que fluyen de la observación de la vida misma y de nuestra experiencia existencial, deseáramos reafirmar, una vez más, que todo ello ha sido posible a partir de los hallazgos y aportes del personalismo jurídico que, en tiempos recientes, ha reivindicado para el derecho el valor de la vida humana. De igual manera, quisiéramos recordar, con Busnelli, que la laboriosa y controvertida elaboración de una controvertida elaboración de una noción comprensiva del daño a la persona, que incluye los matices que hemos señalado y que resultan de la compleja y rica estructura psicosomática del ser humano, tiene profundo significado en la medida que representa una triple conquista del derecho contemporáneo.<sup>62</sup>

La primera de ellas, de enorme trascendencia, es el que tanto la doctrina como la jurisprudencia comparadas han abandonado en la última década el criterio que tenía exclusivamente en consideración el aspecto económico de la vida humana para los efectos de la reparación del daño a la persona. Esta miope actitud había arrastrado al derecho a un tratamiento decididamente materialista de la vida humana. Haber superado esta posición resulta ser una evidente conquista. Se ha dejado atrás la concepción del *homo faber*, del hombre productor de renta, para sustituirla por otra en la que el ser humano, cualquier ser humano, al tener pareja, dignidad, merece, por consiguiente, la plena protección del Derecho.

No podrá seguir considerándose en el futuro que existen seres humanos de primera categoría, privilegiados sólo por producir riqueza, con menoscabo de aquellos otros, tenidos como de segunda categoría, por el simple hecho que, por circunstancias generalmente ajenas a su voluntad, no cumplían este específico rol social. No es posible que, bajo un estrecho criterio economicista, se marginase y se desamparase a los niños, a los ancianos, a los desocupados, a las amas de casa, a los incapacitados. Según esta óptica materialista, no cabía reparar los daños que se causasen a estos sujetos, tenidos como verdaderos parias del Derecho.

62 BUSNELLI, Francesco D. *Considerazioni conclusive sulla Prima Giornata*. En *Giornate di studio sul danno alla salute*. Cedam, Padova, 1990, pág. 325 y ss.

Una segunda conquista, al decir del propio Busnelli, es aquella de haber logrado diseñar una noción de daño a la persona, lo suficientemente amplia, que pueda cubrir una infinidad de posibles daños y obtener su casi general reconocimiento jurisprudencial y doctrinario, lo que no ha sido nada fácil si se tiene en cuenta la evolución conceptual del daño a la persona. Conquista que ha llegado a plasmarse, inclusive, en algún código civil contemporáneo, nativo de nuestro subcontinente latinoamericano, donde se acoge el deber de reparar el daño a la persona sin limitación alguna.

Finalmente, una tercera conquista es la de haber comprometido en el estudio y diseño del daño a la persona y de su consiguiente reparación no sólo a juristas sino a médicos legistas, economicistas, psicólogos, aseguradores, expertos en cálculos actuariales, entre otros. Es decir, en el análisis del daño a la persona ha convocado a equipos interdisciplinarios, lo que permite un mejor, más amplio y más fino tratamiento del tema que nos preocupa.

No está dicha aún, la última palabra en lo que concierne el daño a la persona y, en especial, en lo que atañe al novísimo daño al proyecto de vida. De otro lado, no se ha esclarecido aún, de modo definitivo, para un sector de la doctrina, los linderos conceptuales entre el genérico daño a la persona y el específico daño moral. Se requiere todavía de un período de sedimentación de las ideas expuestas en su debida evaluación.

Todo lo expuesto nos permite comprobar que todavía nos hallamos inmersos en un proceso de afinamiento y profundización constante de dichas nociones, sobre todo en lo que se refiere a la debida valorización y liquidación del daño a la persona en cualquiera de sus aspectos. Demostrativo de este proceso es, sin duda, el importante desarrollo que se observa, en cuanto al daño a la persona, en los más recientes pronunciamientos judiciales, así como los numerosos congresos internacionales que se ocupan del tema y la cada vez más abundante literatura jurídica que enriquece nuestro conocimiento de la materia. Se ha logrado, así, un relativo avance como es el de sensibilizar a los hombres de derecho en torno a la gravitación jurídica del daño a la persona y, en especial, del daño al proyecto de vida, así como sobre la exigencia en cuanto a su justa reparación. Resta, sin embargo, que un todavía significativo sector de la doctrina logre compenetrarse con estos nuevos planteamientos de inspiración humanista. Estamos convencidos que ello sucederá en los próximos años como natural producto de la madura reflexión de las ideas propuestas por el personalismo jurídico. En esta dirección, nos obstante los múltiples tropiezos que se advierten, se mueve la historia.

# **LA RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES ESTATALES EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS MÉDICOS Y LAS PARTICULARIDADES QUE PUEDE PRESENTAR ESTE RÉGIMEN EN EL CAMPO DE LA GINECOLOGÍA Y LA OBSTETRICIA**

**Daniel Suárez Hernández**

## **CONTENIDO:**

- La responsabilidad estatal se compromete cuando se demuestra que la entidad pública ha causado a la víctima un daño antijurídico
- El daño antijurídico puede ser en general subjetivo (con falla) u objetivo (sin falla)
- La responsabilidad médica está ubicada en el daño antijurídico subjetivo o por falla
- Sin embargo tratándose de una responsabilidad por falla, dicha falla se presume
- La falla presunta es una solución procesal probatoria, que exime al demandante de probar la falla de la entidad demandada, pero que sigue considerando la obligación de la entidad como una obligación de medios, lo que permite exonerarse demostrando diligencia
- No se trata de una presunción de responsabilidad si no de una presunción de falla
- Razones por las cuales se establece esta presunción de falla a favor de las víctimas
- La anormalidad del daño en los casos de daños ocurridos como conse-

cuencia de intervenciones en el área de ginecología y obstetricia

- La circunstancia de que lo normal en los partos sea el nacimiento del niño y la buena salud de la madre, ha hecho que alguna parte de la doctrina y de jurisprudencia extranjera, consideren que la responsabilidad en estos casos es el resultado
- La noción de obligación de resultado en estas intervenciones no ha sido acogida por el consejo de estado. Esta referencia sirve fundamentalmente para ratificar que en estos casos como lo que se considera normal es el nacimiento del niño y la salud de la madre, los riesgos que conlleva la misma deben ser acreditados por la entidad prestadora del servicio
- Casos en que las obligaciones médicas si pueden considerarse como obligaciones de resultado

## **FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. EL ARTÍCULO 90 DE LA C.P.**

*“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*

*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”.*

Esta disposición constitucional enuncia claramente dos tipos de responsabilidad, con características y presupuestos distintos: en su primera parte, se refiere a la responsabilidad del Estado frente a los particulares y la segunda parte a la de los agentes estatales frente al Estado.

Aplicado el anterior principio constitucional a la responsabilidad médica, debe entonces entenderse que son distintos los requisitos para dar por establecida la responsabilidad de la entidad estatal que prestó el servicio médico, de los necesarios para comprometer la del profesional o profesionales de la medicina que intervinieron en la prestación de dicho servicio.

Si bien puede afirmarse entonces que la responsabilidad del ente estatal en la prestación del servicio médico se compromete desde que se demuestra la existencia de un daño antijurídico imputable a la entidad; por el contrario, para comprometer la responsabilidad del agente que con su conducta ocasionó dicho daño, debe acreditarse su obrar con dolo o culpa grave.

## **LA RESPONSABILIDAD ESTATAL SE COMPROMETE CUANDO SE DEMUESTRA QUE LA ENTIDAD PÚBLICA HA CAUSADO A LA VÍCTIMA UN DAÑO ANTIJURÍDICO**

Los daños que debe reparar el Estado en este campo, son los que los particulares reciban como consecuencia de la prestación de un servicio médico y quienes tengan el carácter de antijurídicos; y aunque la noción de daño antijurídico no puede darse por totalmente establecida en la jurisprudencia, un buen acercamiento a su espíritu, consiste en afirmar que daño antijurídico es aquel que el particular no se encuentra obligado a soportar.

## **EL DAÑO ANTIJURÍDICO PUEDE SER EN GENERAL SUBJETIVO (CON FALLA) U OBJETIVO (SIN FALLA)**

En esa noción de daño antijurídico, caben los daños que recibe el particular, bien sea porque han sido causados por una falla de la administración, o porque no obstante haber obrado ésta adecuadamente o sin falla en el servicio, debe resarcirlos porque el particular, no debe soportarlos sólo en su patrimonio.

Así, con fundamento en el artículo 90 de la Carta la responsabilidad estatal puede clasificarse en dos tipos, uno en el que estará presente la noción de falla del servicio y otro en el que la responsabilidad es objetiva o sin falla:

a) En el primer caso, el daño causado por un comportamiento irregular de la administración (irregularidad o falla que se puede dar por acción o por omisión). En esta hipótesis se dará la responsabilidad estatal por falla del servicio. Aquí el daño sigue siendo antijurídico y objetivo en la medida en que el particular no está obligado a soportarlo; él no debe soportar un perjuicio producido por una conducta irregular de la administración. Pero, en lo que tiene que ver con la conducta de la administración, puede hablarse de antijuricidad subjetiva.

b) El daño causado por conductas de la administración que, aunque puedan calificarse como regulares o lícitas, producen un daño que el afectado no estaba



obligado a sufrir. En este caso la antijuricidad del daño ya no surge de la conducta administrativa sino del mismo daño en los términos en que atrás quedó definido.

## **LA RESPONSABILIDAD MÉDICA ESTÁ UBICADA EN EL DAÑO ANTIJURÍDICO SUBJETIVO O POR FALLA**

La responsabilidad del Estado por los servicios médicos, es, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, una responsabilidad por FALLA DEL SERVICIO, sin que haya admitido que ella puede tratarse de una responsabilidad objetiva en la cual sin demostrarse la falla, pueda el Estado ser condenado a pagar perjuicios. No se admite que un ciudadano a quien se le ha prestado adecuadamente el servicio médico y, sin embargo sufra un daño como consecuencia del mismo, tenga la posibilidad de reclamar indemnización de dicho daño, pues dicho daño, en forma alguna podría considerarse como antijurídico, ni puede admitirse que en tal caso la consecuencia del daño deba ser asumida por la comunidad (léase el Estado), en tal caso él estaría obligado a soportar dicho daño, por ser producto del riesgo que conlleva una intervención hecha a favor del mejoramiento de su estado de salud.

## **SIN EMBARGO TRATÁNDOSE DE UNA RESPONSABILIDAD POR FALLA, DICHA FALLA SE PRESUME**

Sin embargo, tal como se advierte frente a dicha responsabilidad se ha formulado la teoría de la FALLA PRESUNTA, en la cual el particular está eximido de demostrar la conducta irregular de la administración.

El régimen de la falla presunta se menciona en la sentencia de 30 de julio de 1992 y se precisa en la del 13 de agosto del mismo año, ambas con ponencia del Doctor Daniel Suárez Hernández.

Dicha presunción se enunció así:

*“Ahora bien, por norma general le corresponde al actor la demostración de los hechos y cargas relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales o institucionales etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables, para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a que por imprudencia, negligencia o impericia formula en el ejercicio de una*

*determinada acción judicial contra una Institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios”.*

*“Sin duda, resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general, resolver esta clase de conflictos, si en lugar de someter al paciente, normalmente el actor o sus familiares, a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueran éstos, los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan”.*

*“Podrán así los médicos exonerarse de responsabilidad y con ello los centros clínicos oficiales que sirven al paciente, mediante la comprobación, que para ellos, se repite, es más fácil y práctica, de haber actuado con la eficiencia, prudencia e idoneidad requeridas por las circunstancias propias al caso concreto, permitiéndole al juzgador un mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento”.*

*“Esta, por demás es la orientación moderna de algunas legislaciones, que pretenden en los casos de los profesionales liberales atribuir a éstos la carga de la prueba de haber cumplido una conducta carente de culpa”.<sup>1</sup>*

*Y, en la sentencia de 13 agosto de 1992, se agregó:*

*En este orden de ideas, cabe hacer algunas precisiones. Ya se advirtieron algunos interrogantes que surgen sobre la conducta del ente demandado frente a la actora y a su fallecida hija. Todos son de carácter profesional, técnico especializado, a los que el común de las personas no tiene acceso por falta de conocimiento. Es por ello por lo que la Sala entiende que en estos eventos la carga de la prueba se traslada del paciente común y corriente, lego e ignorante en la ciencia médica y quienes son expertos en la misma y sobre todo a quienes han llevado la parte activa en el comportamiento profesional censurado, todo esto, desde luego, sin desconocer en momento alguno que también la ciencia médica, tiene sus limitaciones, que en el tratamiento clínico o quirúrgico de las enfermedades se hallará siempre un campo extraño al cálculo más riguroso a las previsiones más prudentes, que conducen a enfocar la responsabilidad médica recordando que es una obligación de medio y no de resultado.*

*“Bajo el anterior entendimiento al actor le corresponde probar de una parte, que hubo una intervención quirúrgica y un tratamiento médico y, de otra, que se produjo un daño, presumiéndose entonces que este último lo ocasionó el servicio médico. Frente a esta presunción, probatoriamente la conducta del ente oficial a través de sus profesionales no será otra que la de acreditar que hubo diligencia y cuidado en la prestación del servicio, como*

<sup>1</sup> Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 julio de 1992, expediente 6897, actor: Gustavo Eduardo Ramírez, Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández.

*demostración en contra de las manifestaciones que conllevan los cargos formulados en la demanda y que su naturaleza se tornan difíciles de probar. En las anteriores condiciones le es dable a la administración exonerarse de responsabilidad con la sola demostración de haber prestado el servicio con la diligencia y cuidados necesarios para que la salud o vida del paciente no sufran menoscabo o falleciera. Frente a este tipo de conducta administrativa, le incumbe al demandado proveer al fallador de las pruebas, con lo cual se desvirtúa la presunción de falla establecida. Precisa la Sala que se trata en este caso de una falla en el servicio, que le permita al demandado desvirtuarla con la demostración de la diligencia y cuidado”.*

### **LA FALLA PRESUNTA ES UNA SOLUCIÓN PROCESAL PROBATORIA, QUE EXIME AL DEMANDANTE DE PROBAR LA FALLA DE LA ENTIDAD DEMANDADA, PERO QUE SIGUE CONSIDERANDO LA OBLIGACIÓN DE LA ENTIDAD COMO UNA OBLIGACIÓN DE MEDIOS, LO QUE PERMITE EXONERARSE DEMOSTRANDO DILIGENCIA**

La solución acogida por la jurisprudencia del Consejo de Estado, es de eminente contenido procesal y probatorio. Ella continúa considerando la obligación médica como obligación de medios, lo cual tiene importantes consecuencias que más adelante se especificarán.

En este punto se ha dicho:

*“La determinación de la carga de la prueba a cargo de la entidad demandada, precisa la Sala, en forma alguna desconoce la naturaleza de la obligación de medio que tienen los que ejercen la medicina, ni la torna objetiva; ni tampoco desconoce que los pacientes pueden, no obstante haber sido tratados adecuadamente, sufrir ciertas consecuencias dañosas no previstas o esperadas.*

*“Por el contrario, es en razón de dicha naturaleza que, acreditados el daño sufrido por la víctima y la relación de causalidad con la actuación de la entidad, pueda ésta demostrar que cumplió adecuadamente con su obligación, esto es, que obró diligentemente poniendo los medios a su alcance para la curación del paciente”.*<sup>2</sup>

*“En este momento del discurso judicial el ad quem desea dejar en claro que la responsabilidad médica sigue siendo tratada, en la jurisprudencia de la Corporación, como de medios o sea de PRUDENCIA Y DILIGENCIA, lo que obliga al profesional de la medicina y a los centros de atención a proporcionar al enfermo todos aquellos cuidados que conforme a los conocimientos científicos y a la práctica del arte de curar, son conducentes para tratar de lograr el FIN deseado, siendo igualmente cierto que no se puede ni debe asegurar la obten-*

<sup>2</sup> Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 julio de 1995, expediente N° 9848, actor: Ramiro Gómez Suárez, Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

*ción del mismo. Esta verdad jurídica impone que, de acuerdo con los principios generales que rigen la carga de la prueba, le incumbe al actor la demostración de los hechos en que funda su pretensión y al demandado la prueba de los hechos que excusan su conducta. En esta materia la Sala sólo reivindica la presunción jurisprudencial que hizo en la sentencia del 30 de julio de 1992, con ponencia del Dr. Daniel Suárez Hernández, cuyo universo conceptual no compromete, en el caso en comento, al centro de imputación jurídica demandado, que como en antes se dijo, atendió a la paciente en firma razonable”.<sup>3</sup>*

## **NO SE TRATA DE UNA PRESUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD SI NO DE UNA PRESUNCIÓN DE FALLA**

Al seguir considerándose que la obligación de mejorar el estado de salud del paciente es de medios y no de resultado, se precisan dos aspectos fundamentales para no interpretar inadecuadamente la jurisprudencia:

a) Verificada la existencia del daño y su relación de causalidad con el servicio médico, no se presume la responsabilidad (como acontece con los daños ocasionados en desarrollo de actividades peligrosas) sino que se presume es la falla del servicio (la culpa), que puede desvirtuarse probando un comportamiento adecuado o diligente, a diferencia de lo que ocurre cuando se presume la responsabilidad, caso en el cual ella sólo puede ser desvirtuada acreditando la existencia de una causa extraña como circunstancia causante del daño.

b) El médico o la institución demandada, le basta acreditar su comportamiento adecuado o diligente para desvirtuar la presunción establecida en su contra.

Él ha adquirido una obligación de medios porque no puede garantizar el resultado, pues el resultado que persigue (la curación o mejoría del paciente) es aleatorio; el resultado no ha sido obtenido, lo que hace presumir, en principio que no ha cumplido su obligación de medios; y demostrando entonces que cumplió con dichos medios estará acreditando que el riesgo que hace que su obligación sea de esta naturaleza efectivamente se presentó y el daño no puede imputarse al incumplimiento de sus deberes médicos o, lo que es lo mismo, a su culpa.

La jurisprudencia precisó este punto así:

“Mientras en el evento de la responsabilidad por falla del servicio médico oficial se presume dicha falla, es decir, se presume uno de los supuestos de esa

<sup>3</sup> Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 abril de 1994, actor: Gonzalo Antonio Acevedo Franco, Consejero Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta.

responsabilidad (los otros dos, como se sabe son el daño y la relación de causalidad), en el evento de los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, ya no juega la falla o la conducta irregular de la administración, sino sólo el daño antijurídico (art. 90 de la C.N.) produciéndose así más que una presunción de falta de responsabilidad”.

“Esta distinción permite entender que en los casos de falla presunta dicha presunción, por admitir prueba encontrarlo, permite a la parte que se le atribuye el daño demostrar la diligencia y cuidado en su actuación, es decir, que actuó dentro de los cánones de la mayor eficiencia posible, sin culpa. En otros términos, cuando se habla de falla presunta se entiende que la responsabilidad sigue organizada sobre la noción de falla o falta del servicio ordinario, con la única diferencia de que el actor no tendrá que demostrar la conducta omisiva o irregular de la administración porque ésta se presupone”.

“En cambio cuando se habla de responsabilidad por las cosas o actividades peligrosas en las que no se juega ya la noción de falla, ni la probada ni la presunta, le incumbe a la demandada demostrar, para exculparse, la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho, también exclusivo y determinante de un tercero. Y por eso mismo se entiende que en estos casos no se pueda exonerar a la administración demostrando la diligencia y cuidado. En otras palabras, estos eventos encuentran ahora en el derecho colombiano respaldo inequívoco en el artículo 90 de la Constitución”.

“La exoneración de la carga de la prueba que implica la noción de falla presunta es apenas relativa, porque al actor le incumbe en tales casos probar como mínimo los supuestos que permiten la operancia de la presunción. Así, en el caso de que alguien alegare que resultó lesionado por una intervención quirúrgica inadecuada, deberá probar, en términos generales, que se le prestó el servicio en tal fecha y que sufrió el daño cuya indemnización pretende”.

“En este sentido, probados los supuestos o antecedentes de hecho que permiten la operancia de la presunción, el actor sacará adelante sus pretensiones si la demanda no logra demostrar que actuó con toda la diligencia y el cuidado que la ciencia médica recomendaba para el caso, dentro de las mejores condiciones posibles que el servicio permitía razonablemente. En cambio, 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, únicamen-

te 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 esta diferencia de trato entre la falla presunta en los servicios médicos y la que puede desprenderse de las actividades peligrosas, porque si bien el ejercicio de la medicina en sí no puede calificarse como una actitud peligrosa, si 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 condiciones de evidenciar las fallas que puedan presentarse durante el proceso operatorio”.<sup>4</sup>

## **RAZONES POR LAS CUALES SE ESTABLECE ESTA PRESUNCIÓN DE FALLA A FAVOR DE LAS VÍCTIMAS**

### **1. LA POSICIÓN DE LAS PARTES RESPECTO DE LA PRUEBA:**

El Doctor Antonio Rocha sobre el punto expresa:

*“Quien está al corriente de la manera como las cosas han ocurrido es el deudor, pendiente el cumplimiento que deba dar. El curso de los sucesos, la línea de conducta, el eslabón de los hechos, el deudor lo sabe, quedando por tanto a él la prueba más factible”.*

Veámoslo de otra manera: si verificado que el daño se ocasionó por el servicio médico y quienes lo prestaron no demuestran en el proceso que lo hicieron diligente o adecuadamente, esto es, no acreditan que cumplieron con su obligación de medio, estando en capacidad de hacerlo, ¿no resulta lógico que el juez infiera que fue precisamente su comportamiento negligente el que causó el daño?

La no demostración de diligencia, estando en capacidad de hacerlo, constituye entonces la *gran sospecha* o la presunción de que fue precisamente la negligencia la que produjo el daño.

### **2. LA EQUIDAD**

*“Acabar con ese mito que se estaba tornando injusto y subrayo este término, de exigirle, de imponerle a la actora, la víctima del accidente, la víctima de la desatención de la prestación del servicio público de salud; además de su sufrimiento, además de su nostalgia,*

4 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 24 de agosto de 1992. Expediente N° 6754, actor: Henry Saltafín Monroy. Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

*además de su disminución patrimonial por el hecho, cargarle con una nueva carga que era la carga de la prueba”.<sup>5</sup>*

### 3. LA ANORMALIDAD DEL DAÑO:

Lo que se ha afirmado en este punto es que aunque la obligación del médico sea una obligación de medios, lo NORMALMENTE ESPERADO, es que la curación del paciente y que un daño es un resultado ANORMAL, razón por la cual al médico le corresponde demostrar que dicho resultado no fue producto de su negligencia.

“De acuerdo con esta tesis, se impone la carga a quien alega el hecho anormal porque el normal se presume. Gorphe dice que en general no existe necesidad de probar aquello que se conforma con el estado normal y habitual de las cosas”.

Existen eventos en que el hecho dañoso es absolutamente elocuente para dar por demostrada la culpa; para citar ejemplo, la doctrina argentina menciona un caso en el cual se presentó una equivocación de paciente y se intervino quirúrgicamente a alguien que no debía ser sometido a una operación de tal naturaleza. Se citan también casos de objetos olvidados en el paciente luego de una cirugía; dañasen una parte remota del área de tratamiento, o en una parte saludable; remoción equivocada de una parte del cuerpo cuando otra fue la intencionada; dientes que se dejan caer por la tráquea; quemaduras con lámparas; infecciones resultantes de instrumentos sin esterilizar; negativa de tomar radiografías para diagnosticar fracturas, etc.

En dicho supuestos puede afirmarse que la sola prueba del daño demuestra en forma elocuente e incontestable la ocurrencia de la culpa o falla; en estos casos, para usar la terminología de la doctrina española, nos encontramos ante **“hechos anormales difícilmente explicables de haber obrado en médico con corrección”**; o para utilizar la fórmula inglesa **“La culpa surge cantada de los hechos probados”**.

Pero de igual manera, en otros eventos, “La índole de la enfermedad exteriorizará a las claras que la consecuencia es ajena a la intervención médica; que el desenlace era inevitable por la ciencia médica” Como cuando quien ha sido víctima de múltiples heridas en órganos vitales es intervenido quirúrgicamente para

5 Intervención del Dr. Suárez en el encuentro “Un compromiso de todos con la salud y la justicia”, recogida en el libro Responsabilidad Civil Médica en los Servicios de Salud, primera edición, Biblioteca Jurídica Diké, pág. 305

tratar de salvar su vida y muere en la operación. En estos casos, ante lo riesgoso de la intervención, lo NORMAL no es la curación del paciente, razón por la cual la FALLA PRESUNTA no se puede utilizar en estos eventos.

Ahora bien, existirán casos en los cuales la circunstancia de que el daño no sea una consecuencia anormal de la intervención será evidente y en ellas el juez no recurrirá a la FALLA PRESUNTA, si no que deberá exigir la presencia de una FALLA EN EL SERVICIO para que surja la responsabilidad de la entidad, como en excitado caso del paciente que llega con múltiples heridas de alta gravedad y que muere en el quirófano. Pero en otros casos, esa circunstancia no será evidente y entonces deberá ser probada por la entidad demandada para exonerarse de responsabilidad.

En esta dirección la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho en un caso en que murió un soldado que había contraído graves infecciones:

*“4 – El análisis en conjunto de las pruebas antes relacionadas, hacen deducir a la Sala que la enfermedad presentada por la víctima era de tal gravedad, que la muerte que a ella sobrevino era una consecuencia natural y previsible en el desarrollo normal de la misma, lo cual desvirtúa la presunción de falla en su contra”.*

*“Esta presunción, que surge contra la entidad con la demostración del daño y la relación de causalidad por parte de la demandante, se fundamenta en que, evidenciado el resultado negativo de la intervención, que no es el normalmente esperado de la misma, se presume que este fue producto de una falla del servicio, correspondiéndole a la entidad prestadora del mismo, que dispone de los medios más idóneos, para ello, acreditar la ausencia de falla”.*

*“Pero demostrado por la demandada que la consecuencia dañosa no era anormal ante la naturaleza de la enfermedad que originó la intervención médica, la presunción de falla se desvirtúa. Y se insiste aquí en que esta circunstancia debe ser acreditada por la parte pasiva, pues a no ser que brote evidentemente de la naturaleza de los hechos, como en el evento del paciente que presenta múltiples heridas en órganos vitales y muere luego de la intervención, se trata de una circunstancia de carácter científico que escapa al conocimiento del administrador de justicia”.<sup>6</sup>*

## **LA ANORMALIDAD DEL DAÑO EN LOS CASOS DE DAÑOS OCURRIDOS COMO CONSECUENCIA DE INTERVENCIONES EN EL ÁREA DE GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA**

6 Colombia. Sentencia de 10 de abril de 1997. Expediente N° 10861, actora: Mariela Amaya de Buenahora. Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo



En varios casos relativos a este tipo de daño, el Consejo de Estado ha sostenido que opera la teoría de FALLA PRESUNTA, en la medida en que no se reputan como NORMALES los daños que han sufrido las víctimas. Y, que si estos daños debieran considerarse como NORMALES por representar riesgos connaturales a este tipo de intervenciones, tal circunstancia debía ser acreditada por la entidad demandada:

a. Sentencia de 3 de febrero de 1995

En este caso se condenó al Estado al pago de los perjuicios causados a una madre que por una infección sufrida luego de una cesárea debió ser operada y como consecuencia de ella no pudo tener más hijos.

La entidad demandada manifestó que este tipo de infecciones no eran previsibles ni con la mejor asepsia. Pero, no demostró dicha afirmación.

El Consejo de Estado dijo:

“5 - Ahora bien, la Sala no puede aceptar el argumento del apelante, que señala que la infección post-cesárea presentada por la paciente constituye un riesgo inherente en este tipo de intervenciones, a pesar de las óptimas condiciones de asepsia del lugar donde ella se practicó, **porque dicho argumento carece de respaldo probatorio en el proceso, ya la parte demandada ni siquiera aportó algún elemento probatorio que permitiera deducir que la cesárea se había practicado en las condiciones afirmadas por el recurrente.**”<sup>7</sup>

b. Sentencia de 18 de julio de 1997:

En este caso se trató de la muerte de una paciente sobrevenida con posterioridad a una cesárea. Se estimó que dicha intervención no puede NORMALMENTE conducir a tal resultado y al no probarse diligencia se condenó a la entidad demandada.

El Consejo de Estado señaló:

*“2. Probado lo anterior, esto es demostrado que la paciente fue atendida tanto en la cesárea como en la complicación posterior en el Hospital Regional de Sincelejo y que allí se produjo su deceso, consecuencia que judicialmente no puede considerarse como normal, le correspondía a la entidad demandada acreditar, o bien la existencia de una causa extraña o bien demostrar la ausencia de falla para exonerarse de responsabilidad, de acuerdo con*

<sup>7</sup> Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de febrero de 1995. actora: Virginia Durán Rizo. Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

la jurisprudencia de la Sala, sentada a partir del 30 de julio de 1992 (expediente N° 6897, actor, Gustavo Eduardo Ramírez Morales, ponente Dr. Daniel Suárez Hernández)”.

“...4. Las pruebas anteriores, apreciadas en su conjunto, no permiten a la Sala deducir que el tratamiento dado a la paciente era el adecuado; no le permiten concluir que la entidad demandada y los médicos, que se encontraban a su servicio colocaron todos los medios adecuados, aconsejables y oportunos a su alcance, de acuerdo con el avance de la ciencia en dicho momento, para procurar la curación del paciente”.

“De dichas pruebas, no queda claro si el hallazgo de restos de placenta luego de la cesárea constituye un suceso normal en estos casos, o por el contrario implica que dicha intervención fue indebida; no queda claro si ante los síntomas de la paciente lo oportuno era ordenarle un legrado – biopsia y si dicha medida era o no una medida urgente a tomar; por último no queda claro si cuando en efecto se empezó a practicar el legrado, la paciente se encontraba en condiciones adecuadas para ella o si en dicho momento debió optarse por practicar la histerectomía que fue la última medida que pretendió adoptarse”.

“Era a la entidad demandada en quien correspondía responder adecuadamente dichos interrogantes; era a ella a quien le incumbía aportar las explicaciones técnicas o solicitar los dictámenes conducentes a demostrar que su conducta fue adecuada, que el diagnóstico fue el apropiado, que la intervención fue oportuna y que por tanto el daño no podía imputársele; su comportamiento omisivo en materia de pruebas que permitieran precisar dichos puntos, es lo que permite afirmar que la falta presunta establecida en su contra no fue desvirtuada y por ende debe responder de los perjuicios causados...”<sup>8</sup>

#### Sentencia de 24 de junio de 1997:

Y en el caso de una intervención ginecológica que dejó efectos secundarios (cistitis) para la PACIENTE, el Consejo de Estado, dijo: Aunque la entidad demandada señaló que dicha consecuencia era NORMAL, en este tipo de intervenciones, al no ser probada dicha circunstancia, fue condenada al pago de perjuicios.

#### En este fallo se señaló:

“A juicio de la Sala, el razonamiento hecho por el Tribunal en este punto es adecuado con el material probatorio que obra en el proceso y con el régimen de la falla presunta expuesto por la Sala a partir de las sentencias del 30 de julio de 1992 y del de agosto del mismo año, ambas con ponencia del Doctor Daniel Suárez Hernández”.

8 Colombia. Sentencia de 18 de julio de 1997. Expediente N° 10824. Demandante, Luis Santiago Cuello Mercado, Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

*“En efecto, con el resumen de la historia clínica allegada al expediente (f. 10 c. 2), está demostrado que luego de la intervención quirúrgica practicada a la paciente (histerectomía abdominal, salpingooferectomía izquierda) ésta presentó una fístula vesicovaginal que le trajo como consecuencia incontinencia urinaria y que determinó la práctica de una segunda intervención”.*

*“Probado lo anterior, eso es que la paciente sufrió un daño como consecuencia de la primera intervención, el cual judicialmente no puede considerarse como normal, la carga de probar la ausencia de culpa, o la causa extraña exoneratoria de responsabilidad, se trasladaba a la demandada, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala antes citada”.*

“El Tribunal en este punto dijo:

Todo lo anterior comprueba que la incontinencia urinaria se presentó, efectivamente, en razón del conducto anormal ulcerado que se abrió en la vejiga de la paciente, **daño que se presume secundario a la intervención quirúrgica que primeramente se le practicara** (histerectomía abdominal), y cuyas consecuencias e incomodidades en efecto sufrió la demandante durante los tres meses siguientes, hasta que finalmente le fuera corregida mediante fistlorrafia, segunda intervención quirúrgica que arrojó resultados positivos...” (fl. 138 c. 1).

*“3. Esta presunción, que surge contra la entidad con la demostración del daño y la relación de causalidad por parte de la demandante, se fundamenta en que evidenciado el resultado negativo de la intervención, que no es el normalmente esperado de la misma, se presume que éste fue producto de una falla del servicio, correspondiéndole a la entidad prestadora del mismo, que dispone de los medios más idóneos para ello, acreditar la ausencia de falla”.*

*“Y si la entidad demandada considera que el daño sufrido por la propia víctima fue la consecuencia normal de la enfermedad que sufría o del tipo de intervención que le fue practicada y por lo tanto el daño no es imputable a su conducta, como lo afirma en este caso la entidad en sus alegatos de segunda instancia, es a ella a quien corresponde la acreditación de esta circunstancia”.*<sup>9</sup>

En síntesis, si la intervención es de tal riesgo que su resultado dañoso, puede preverse como NORMAL, no es aplicable la figura de la FALLA PRESUNTA. Pero sí dicha circunstancia no es evidente, le corresponde a la entidad demandada demostrarla.

<sup>9</sup> Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente N° 10928, Demandante: Nancy Ramírez. Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

## **LA CIRCUNSTANCIA DE QUE LO NORMAL EN LOS PARTOS SEA EL NACIMIENTO DEL NIÑO Y LA BUENA SALUD DE LA MADRE, HA HECHO QUE ALGUNA PARTE DE LA DOCTRINA Y DE JURISPRUDENCIA EXTRANJERA, CONSIDEREN QUE LA RESPONSABILIDAD EN ESTOS CASOS ES EL RESULTADO**

A esta teoría se hace referencia en el fallo de 19 de febrero de 1998. Ella es explicada por Venini, de la siguiente manera:

*“He tenido ocasión de expresar como juez, 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. Si ofrecen dificultades, cuando 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 la causa, las características con las que se presentaba el parto debido al estado general de la mujer o de la criatura, a los efectos de demostrar que lo único exigible eran los medios y no los resultados”.<sup>10</sup>*

## **LA NOCIÓN DE OBLIGACIÓN DE RESULTADO EN ESTAS INTERVENCIONES NO HA SIDO ACOGIDA POR EL CONSEJO DE ESTADO. ESTA REFERENCIA SIRVE FUNDAMENTALMENTE PARA RATIFICAR QUE EN ESTOS CASOS COMO LO QUE SE CONSIDERA NORMAL ES EL NACIMIENTO DEL NIÑO Y LA SALUD DE LA MADRE, LOS RIESGOS QUE CONLLEVE LA MISMA DEBEN SER ACREDITADOS POR LA ENTIDAD PRESTADORA DEL SERVICIO**

Es evidente que en la sentencia de 19 de febrero del Consejo de Estado, proferida en el expediente N° 11.802, no se adopta esta posición, como quiera que en ella con claridad se señala que la entidad demandada puede exonerarse demostrando DILIGENCIA en la intervención.

Allí se dijo textualmente:

*“Recuérdese que el campo de la obstetricia ha dado lugar a discusiones dentro de la doctrina a propósito de si las obligaciones que surgen para los médicos tratantes en este*

10 VENINI, Juan Carlos. Responsabilidad por daños, contractual y extracontractual. Ed. Juiris Rosario, 1989.

*campo de la medicina son de medio o de resultado y que al margen de la postura que 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, puedan exonerarlo en el caso concreto de la responsabilidad que se le endilga”.*

Lo que se hace en esta sentencia no es otra cosa que RATIFICAR lo que en el punto de la falla presunta ha venido señalando el CONSEJO DE ESTADO.

Esto es, que si la entidad médica afirma que en la intervención que se realiza el resultado exitoso no era lo NORMAL, sino que ella comportaba graves riesgos, por ser un pinto exclusivamente científico sobre el cual el juez no tiene conocimiento, a la entidad demandada le corresponde demostrarlo.

## **CASOS EN QUE LAS OBLIGACIONES MÉDICAS SI PUEDEN CONSIDERARSE COMO OBLIGACIONES DE RESULTADO**

No obstante lo anterior, lo que sí vale la pena señalar es que tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que no todas las obligaciones del médico son obligaciones de medios.

No todas ellas comportan el alea que permita considerarlas como obligaciones de resultado. La obligación que fundamentalmente se considera como de medios es la de intentar un resultado exitoso, pero cuando dicho resultado, por estar sujeto a un ALEA, no puede asegurarse.

Así, pueden considerarse como de resultado:

### **1. LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL DE REALIZAR LA INTERVENCIÓN MÉDICA:**

Sí un médico se compromete contractualmente con un paciente a realizarle una intervención en una fecha determinada y simplemente no asiste a la clínica o no la realiza, dicho médico será deudor de perjuicios de los cuales solo podrá exonerarse demostrando una causa extraña.

En este caso la simple diligencia no será recibida como causal exoneratoria de responsabilidad, como ocurre con el caso del transportador que no cumple con su obligación contractual.

## 2. LOS DAÑOS CAUSADOS CON COSAS PELIGROSIDAD, CUANDO SU UTILIZACIÓN NO FORMA PARTE DEL ACTO MÉDICO:

Un buen ejemplo de este tipo de eventos es el de la sentencia de 14 de octubre de 1959, en la cual la Corte Suprema de Justicia aplicó el artículo 2356 del C.C., de acuerdo con el cual, causado el daño debe presumirse la responsabilidad de su autor, el que sólo podrá exonerarse demostrando la existencia de una causa extraña.

Dijo la Corte en dicha oportunidad:

*“Circunscrita la demanda a la responsabilidad extracontractual, como lo dijo la Corte en anterior ocasión, y admitido por la parte demandada en la contestación de varias demandas, que realmente se produjeron lesiones a la señora Mariño por motivos de las bolsas de agua caliente colocadas en el pie respectivo, que determinaron un tratamiento especial y la prolongación de su permanencia en Marly, es aplicable el artículo 2356 del Código Civil por tratarse de actividades peligrosas. Debe indagarse por lo tanto si el demandado ha logrado exonerarse de la presunción de culpa que milita contra él, frente a quienes aparecen como terceros al contrato de hospitalización, es decir a la mencionada señora y sus hijos”.<sup>11</sup>*

Esta sentencia ha recibido muchas críticas de la doctrina, pero ellas no han tenido en cuenta que en el caso concreto en el cual ella fue adoptada, los daños cuya reparación se pretendía no fueron causados en un acto médico sino que fueron ocasionados por un objeto peligroso indebidamente utilizado, toda vez que se trató de daños causados a una paciente dormida por la acción de un narcótico, con bolsas de agua caliente colocadas en sus pies por una enfermera.

Visto así el asunto, la aplicación del artículo 2356 que en nuestra legislación regula la responsabilidad causada por las cosas o actividades peligrosas no resulta tan desproporcionado como lo ha señalado la doctrina. La jurisprudencia argentina en casos similares y en tratándose de responsabilidad extracontractual ha aplicado el artículo 1113 de su Código Civil que regula la responsabilidad por daños causados con o por las cosas inanimadas.<sup>12</sup>

11 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 14 de octubre de 1959, Magistrado ponente: Dr. Hernando Morales M., Gaceta Judicial, N° 2217, 2219, T. 91, pág. 758.

12 Argentina. El artículo 1113 del Código Civil de la República de Argentina dispone: “La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado. 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

Roberto Vásquez Ferreyra, se refiere a este punto así:

“Por nuestra parte también recurrimos a la obligación de seguridad, pero haciendo la siguiente distinción. Cuando el daño ocasionado con o por la causa tiene relación con el acto médico puro, tal obligación de seguridad es de medios. En cambio, cuando el daño nada tiene que ver con el acto médico, sino que es consecuencia por ejemplo del vicio de la cosa, o por la utilización de cosas ajenas a la práctica estrictamente médica, la obligación de seguridad será de resultado”.

“Como ejemplo del primer supuesto puede mencionarse un corte hecho con el bisturí. Como ejemplo del segundo caso, una descarga eléctrica producida por un bisturí eléctrico en malas condiciones”.<sup>13</sup>

### **3. LOS DAÑOS CAUSADOS EN OPERACIONES DE CIRUGÍA ESTÉTICA CUANDO EL MÉDICO SE HA COMPROMETIDO CON DETERMINADO RESULTADO**

La Corte sobre este punto ha dicho:

*“Por lo que a la cirugía estética se refiere, o sea cuando el fin buscado con la intervención es la corrección de un defecto físico, pueden darse situaciones diversas que así mismo tendrán consecuencias distintas respecto de la responsabilidad del cirujano”.*

*“Así las cosas, deberá establecerse cuál fue la obligación que contrajo el cirujano con su paciente, para deducir si el fracaso de su operación le hace o no responsable. Cuando el contrato hubiese asegurado un determinado resultado, si no lo obtiene será culpable y tendrá que indemnizar a la víctima, salvo que se den los casos de exoneración previamente mencionados de fuerza mayor o culpa de la perjudicada”.*<sup>14</sup>

En estos casos, tal como lo señala la CORTE, si hay un compromiso con un resultado, el médico no podrá exonerarse probando simplemente la AUSENCIA DE CULPA.

El tema es discutible en la medida en que se ha advertido que este tipo de operaciones también comprenden riesgos importantes. Y, en general, aunque se afirme que la estética hace parte de la salud, la doctrina ha tenido la tendencia a tratar con mayor rigurosidad estos casos, precisamente por la naturaleza de la intervención:

---

cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable.

13 VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto. La prueba de la culpa médica. 1ª edición colombiana. Editorial Diké, Bogotá, 1995.

14 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 26 de noviembre de 1986. Ponente: Dr. Héctor Gómez Uribe.

*“Como particularidad de esta especialidad, se ha señalado que en estos casos la intervención del especialista nunca es urgente, al punto de que quien no se somete a este tipo de cirugía por lo general no arriesga su vida ni su integridad física”.*

*Este razonamiento predispone a los juristas a ser más exigentes en el juzgamiento de la responsabilidad de los cirujanos plásticos. Así, sostiene Ataz López, que ‘cuando la vida del paciente corre peligro, el médico tiene un gran margen de actuación queda seriamente disminuido’. Es de nuevo la ya citada proporción razonable entre riesgos asumidos y beneficios esperados la que debe tenerse en cuenta, concretada en estos casos en que los beneficios esperados no permiten arriesgar al paciente mediante un tratamiento dudoso y/o poco probarlo”.<sup>15</sup>*

#### **4. DAÑOS CAUSADOS POR EXÁMENES DIAGNÓSTICOS EQUIVOCADOS**

Cuando teniendo en cuenta el estado de avance de la medicina, en un examen diagnóstico no cabe el alea, sino que se puede considerar como razonablemente seguro, la doctrina actual tiende a considerar que en estos casos hay una obligación de resultado. Así un paciente a quien no obstante practicársele un examen de sangre no se le detecta una enfermedad grave (piénsese una Sida), parece claro que podría reclamar perjuicios sin que el laboratorio sea recibido a demostrar simplemente una ausencia de culpa.

Para Jordano Fraga, “cuando se trata de un análisis de técnica rutinaria y consolidada, cuyos resultados sean además automáticos y directos, sin plantear mayores problemas de interpretación, estamos frente a una obligación de resultado.

Igual opinión tiene Fernández Costales, para quien cuando se trata de análisis clínicos, bioquímicos y radiodiagnóstico, se está frente a un contrato de locación de obra generándose una obligación de resultado”.

Llamas Pombo, por su parte señala que los “análisis clínicos constituyen sin duda alguna otro supuesto claro de obligación de resultado puesto que en su realización no tiene ningún tipo de alea”.

#### **5. RÉGIMENES DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA, SEÑALADOS LEGISLATIVAMENTE EN EL DERECHO FRANCÉS**

En Francia, la propia ley ha determinado como regímenes objetivos de responsabilidad los siguientes:

<sup>15</sup> VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto. Daños y Perjuicios en el ejercicio de la Medicina. Biblioteca Jurídica Diké, pág. 176.



El régimen de indemnización para los donantes en materia de transfusión sanguínea.

La indemnización resultante de vacunas obligatorias.

La indemnización de daños resultantes de investigaciones bio – médicas.

## Responsabilidad Civil y del Estado N°7

# Responsabilidad Civil y del Estado

No. 7  
Noviembre de 1999

- REFLEXIONES RESPECTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD

*Mateo Peláez García*

- GARANTÍAS LEGALES:  
UNA APROXIMACIÓN AL ANÁLISIS ECONÓMICO COMPARATIVO DE LA INSTITUCIÓN EN EL MARCO DE LA INTEGRACIÓN REGIONAL

*Hugo A. Acciarri*

- EL VALOR ECONÓMICO DE LA CONFIANZA PARA EMPRESAS Y CONSUMIDORES

*Celia Weingarten*

- BALANCE JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO DE ESTADO EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD, A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

*Ricardo Hoyos Duque*



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

- LLAMAMIENTO PARA UNA TREGUA CIVIL EN ARGELIA

*Conferencia pronunciada  
en Argel,  
el 22 de Enero de 1956*

- POR UN LLAMAMIENTO DE SENCILLA HUMANIDAD

*Rocío Gómez Gallego*



# REFLEXIONES RESPECTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD

**Mateo Peláez García**

## **CONTENIDO:**

1. Objeto del estudio
2. Sistema general de seguridad social en salud
3. Naturaleza jurídica de la relación existente entre afiliados y entidades promotoras de salud
4. Responsabilidad civil de las entidades promotoras de salud
5. Problemática suscitada con ocasión de la expedición de la ley 326 de 1997

## **1. OBJETO DEL ESTUDIO:**

Mediante este trabajo se pretenden plantear algunas reflexiones respecto de la responsabilidad civil en que pueden incurrir las entidades promotoras de salud al organizar y garantizar la prestación del Plan Obligatorio de Salud.

Como es conocido por todos, dichas entidades son de reciente aparición en el ordenamiento jurídico colombiano, toda vez que fueron creadas por la ley 100 de 1993, ley ésta por medio de la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictaron otras disposiciones.

Con el fin de lograr un mejor desarrollo del objeto planteado, consideramos oportuno referirnos, en primer lugar, al nuevo Sistema General de Seguridad Social en Salud, creado por la ley antes citada y el papel que en dicho sistema desarrollan las entidades promotoras de salud; posteriormente procederemos a analizar la naturaleza jurídica de la relación constituida entre afiliados y entidad promotora de salud, para realizar, posteriormente, algunos planteamientos en torno a la responsabilidad civil de las mencionadas entidades al organizar y ga-

rantizar la prestación del Plan Obligatorio de Salud. Por último, nos referiremos, brevemente, a la problemática suscitada con ocasión de la expedición de la ley 326 de 1997.

## **2. SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD:**

### **2.1. ORÍGENES, FUNDAMENTO E INTEGRANTES DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD:**

Las raíces inmediatas del Sistema General de Seguridad Social en Salud creado a través de la ley 100 de 1993, las encontramos en la Constitución Política colombiana y más exactamente en los artículos 48 y 49.

El artículo 48 de la Constitución Política de Colombia estableció la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Así mismo, se estableció la posibilidad de que la seguridad social fuera prestada por entidades públicas o privadas de conformidad con lo consagrado en la ley para tales efectos.

A renglón seguido, el artículo 49 estableció la atención en salud, como servicio público a cargo del Estado correspondiéndole a éste, de una parte, organizar, dirigir y reglamentar la prestación de tales servicios, bajo los mismos principios antes anotados y, de otra, la definición de políticas para la participación de los particulares en la prestación de los mismos y su vigilancia y control.

En desarrollo de lo anterior, el Congreso de la República promulgó la ley 100 de 1993, por medio de la cual, como antes se indicó, se creó el Sistema de Seguridad Social Integral compuesto por los regímenes generales de pensiones, salud y riesgos profesionales.

El libro segundo de la ley en comento regula el Sistema General de Seguridad Social en Salud reuniendo en un solo cuerpo normativo la seguridad social y la salud como servicios públicos.

Dicho sistema tiene por objeto proveer gradualmente servicios de salud de igual calidad a todos los habitantes del territorio nacional, con independencia de su capacidad de pago. Así mismo, dentro de los fundamentos del sistema que in-

teresan al objeto de este trabajo encontramos: La obligatoriedad de la afiliación, la libre escogencia, la autonomía de las instituciones y la calidad.

De conformidad con el artículo 153 de la ley 100 de 1993 la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los habitantes en Colombia, correspondiéndole en consecuencia a todo empleador la afiliación de sus trabajadores a dicho sistema y al Estado facilitar la afiliación a quienes carezcan de vínculo con algún empleador o de capacidad de pago.

Por otra parte, el Sistema que se comenta debe permitir la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo la regulación y vigilancia del Estado. Asegurando a los usuarios la libertad de elección entre las entidades promotoras de salud, de acuerdo con las condiciones de oferta existentes, y también la libertad de escogencia de las instituciones prestadoras de servicios de salud dentro de las opciones ofrecidas por aquellas.

En cuanto a la autonomía, se establece que las instituciones prestadoras de servicios de salud tendrán, a partir del tamaño y complejidad que reglamente el Gobierno, personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

Por último, en lo que a los fundamentos se refiere, se prescribe que el sistema establecerá mecanismos de control a los servicios para garantizar a los usuarios la calidad de la atención oportuna, personal, humana, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional.

Como se ve, pues, a través del libro segundo de la ley 100 de 1993 se concibió todo un sistema de seguridad social en salud integrado por una serie de actores con papeles o responsabilidades independientes pero ordenadamente relacionados entre sí para contribuir a la realización de un objeto determinado, esto es, la seguridad social en salud.

En tal sentido podemos entender el artículo 155 de la ley citada cuando establece quiénes son los integrantes del sistema de salud, siendo de resaltar, para el objeto de este trabajo, la clasificación que hace de las entidades promotoras de salud como organismos de administración y financiación del sistema, mientras que a las instituciones prestadoras de servicios de salud, públicas, mixtas o privadas, las clasifica por aparte.

## **2. 2. LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD DENTRO DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD:**

En primer lugar, se hace necesario determinar qué son las entidades promotoras de salud. En tal sentido el artículo 177 de la ley en comento define o mejor describe las responsabilidades de tales entidades. Así las cosas, son las entidades responsables de la afiliación, el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA). Su función básica es organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan Obligatorio de Salud a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes unidades de pago por capitación al FOSYGA.

Dentro de sus funciones están las de ser delegatarias del FOSYGA para la captación o recaudo de las cotizaciones de los afiliados al Sistema, organizar la forma y los mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud, definiendo procedimientos para garantizar el libre acceso de aquellos a las instituciones prestadoras de servicios de salud con las cuales hayan establecido contratos en su área de influencia y establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las mencionadas instituciones.

La ley 100 de 1993 establece que para garantizar la prestación del Plan Obligatorio de Salud a sus afiliados, las entidades promotoras pueden, o bien prestar los servicios directamente, o bien contratar los servicios de salud con las instituciones prestadoras y los profesionales de la salud.

Así mismo, se establece que las entidades deberán ofrecer a sus afiliados varias alternativas de instituciones prestadoras, salvo cuando la restricción de oferta lo impida, de conformidad con el reglamento que para el efecto expida el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

## **3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN EXISTENTE ENTRE AFILIADOS Y ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD:**

En esta parte del estudio se busca responder una pregunta fundamental para el desarrollo del mismo: ¿Qué clase de relación jurídica se establece entre las entidades promotoras de salud y sus afiliados?

No es nuestra pretensión, obviamente, dirimir la discusión que se ha presentado en el país a este respecto, en el sentido de determinar si la relación entre los afiliados y las entidades promotoras de salud es contractual o extracontractual o si merece otra clasificación, pero sí consideramos oportuno fijar algunos planteamientos al respecto que además nos parecen necesarios para el desarrollo del tema que aquí se trata.

No nos parece posible hablar de un vínculo extracontractual entre afiliado y entidad promotora, lo cual además parece un contrasentido, especialmente para efectos de analizar la responsabilidad civil de éstas, en especial porque entre aquel y ésta se establece, a nuestro modo de ver el tema, un vínculo jurídico concreto lo que hace que se clasifique como una relación contractual o que al menos se le apliquen las reglas de dicha relación. En este orden de ideas, descartamos la posibilidad de hablar de tal relación como extracontractual.

En tal sentido consideramos, en principio, que la relación jurídica existente entre el afiliado y la entidad promotora de salud se debe clasificar como una relación de naturaleza contractual en la medida en que concurren las voluntades de la persona que manifiesta su deseo de afiliarse a determinada entidad promotora de salud y la de ésta que acepta dicha afiliación, encajando así en la definición del artículo 1494 del Código Civil.

Así mismo, la entidad promotora de salud se obliga para con el afiliado a organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud del Plan Obligatorio de Salud, mientras que éste se obliga para con aquella, en caso de ser trabajador independiente, pensionado o jubilado a pagar el valor total de la cotización, a efectuar los pagos compartidos, cuando corresponda, y a cumplir las demás obligaciones establecidas de manera especial por el artículo 160 de la ley 100 de 1993, por su parte los trabajadores dependientes, si bien no se obligan directamente al pago de la cotización a la EPS, pues esta obligación le corresponde a su empleador, sí se obligan a realizar el aporte que a ellos les corresponde, y a cumplir con las demás obligaciones antes señaladas.

Por otra parte, para que se perfeccione la relación entre el futuro afiliado y la entidad promotora, se requiere del cumplimiento de una formalidad, cual es el diligenciamiento y presentación ante ésta del formulario de afiliación debidamente diligenciado, es pues, un requisito necesario para la existencia misma de la afiliación a la entidad promotora de salud.



Además, podríamos encontrar una causa del acto jurídico consistente en la afiliación y en tal medida dicha causa estaría dada, para el afiliado, por la necesidad de un amparo respecto de las contingencias que puedan afectar su estado de salud, y para la entidad por el objetivo de obtener una ganancia.

No obstante lo anterior no se puede dejar de reconocer que el Sistema General de Seguridad Social en Salud es un servicio público a cargo del Estado, el cual debe organizar, dirigir y reglamentar tal servicio, y la participación de los particulares en su prestación, lo cual trae como consecuencia inexorable una gran limitación a la autonomía de la voluntad privada en dicho sistema, pero no sólo por parte de las Entidades promotoras de salud sino también por parte de los afiliados, todo lo cual nos lleva a preguntarnos sobre si la relación de la cual venimos tratando es contractual, o si por el contrario se debe hablar de ella como una relación legal o, como la llaman algunos, institucional.

Sin duda alguna dicha relación se nutre de elementos del derecho privado, pero también de otros que se derivan del hecho de ser una relación enmarcada dentro de la prestación de un servicio público. Veamos:

En primer lugar la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los habitantes del territorio nacional, y dentro de dichos habitantes todos aquellos que se encuentren vinculados mediante un contrato de trabajo o como servidores públicos u ostenten la calidad de pensionados o jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago deben afiliarse al sistema mediante el régimen contributivo (art. 157, literal a, numeral 1), lo cual se hace mediante la selección y afiliación a la entidad promotora de salud que elijan.

Este primer punto nos permite afirmar que si bien existe la libertad de elegir la entidad promotora de salud por parte del afiliado, dicha libertad hace parte de la obligatoriedad que tienen las personas antes señaladas de afiliarse al sistema.

En segundo lugar, y como respuesta obvia al principio de la obligatoriedad de afiliación al sistema y en el caso que nos ocupa, de afiliación al régimen contributivo a través de una EPS, el artículo 183 antes citado establece, como obligación de dichas entidades, la de aceptar la afiliación a quien desee ingresar, siempre que garantice el pago de la cotización y cumpla con los requisitos legales y reglamentarios establecidos para el efecto.

En tal medida se elimina así la posibilidad de que las EPS puedan decidir si aceptan o no celebrar el contrato de afiliación, con lo cual la autonomía de la

voluntad de estas se ve limitada a verificar si los futuros afiliados cumplen o no con los requisitos legales establecidos para la afiliación.

Por otra parte téngase presente que en la relación que se establece entre afiliado y entidad administradora, es el Estado el que define el monto de la cotización obligatoria (ver artículo 204) y es el mismo Estado el que define los contenidos y prestaciones del Plan Obligatorio de Salud (ver artículo 172 numerales 1 y 6).

En últimas, pues, es una actividad totalmente reglamentada por el Estado, en la cual los particulares participan dentro de las estrictas reglas que aquel les fija.

De lo que no nos cabe duda es que entre el afiliado y la entidad promotora de salud se establece una relación jurídica concreta, la cual nos permite analizar la responsabilidad civil de las Entidades promotoras de salud como un problema de naturaleza contractual.

#### **4. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD:**

Para desentrañar este problema consideramos que en primer lugar es menester definir cuáles son las obligaciones de las Entidades promotoras de salud frente a los afiliados, para luego determinar en qué casos se puede predicar el incumplimiento de dichas obligaciones con su consecuente responsabilidad.

Creemos que es importante diferenciar las funciones y obligaciones que contraen como entidades promotoras, de las funciones y obligaciones que ejercen y adquieren como entidades prestadoras de servicios de salud a fin de establecer en qué casos se presenta incumplimiento de las mismas para así determinar cuándo les es imputable una responsabilidad civil.

En tal sentido, procederemos en primer lugar (4.1.) a analizar las obligaciones de las Entidades promotoras de salud en cuanto a la organización y garantía de la prestación del Plan Obligatorio de Salud, para establecer cuándo se presenta incumplimiento de dichas obligaciones, y en segundo lugar (4.2.) analizaremos la responsabilidad civil de las mencionadas entidades por la prestación defectuosa de los servicios de salud contenidos en el plan tantas veces mencionado, cuando dichos servicios son prestados directamente por aquellas y cuando para la prestación de los mismos contrata IPS y profesionales de la salud.

#### **4.1. OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD EN RELACIÓN CON EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD:**

La ley 100 de 1993 establece como principal obligación, y que es la que realmente nos interesa para los efectos de este análisis, la de organizar y garantizar la prestación del Plan Obligatorio de Salud. No es obligación de las EPS la prestación directa de tales servicios; en tal sentido la ley le permite a las EPS prestar directamente el servicio, caso en el cual ya no actuaran como entidades promotoras sino como entidades prestadoras de servicios de salud, o contratar la prestación de tales servicios con instituciones prestadoras de servicios de salud o con profesionales de la salud. No son entonces las EPS entidades prestadoras de servicios de salud por definición.

También son obligaciones que importan a los fines de este trabajo, pero que realmente en nuestro concepto no son más que manifestaciones de la anterior, las de definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las instituciones prestadoras de servicios de salud con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia<sup>1</sup> y establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las instituciones prestadoras de servicios de salud, por otra.

Consideramos que es en estas obligaciones en las cuales se debe centrar el análisis de la responsabilidad civil de las premencionadas entidades.

##### **4.1.1. CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN DE ORGANIZAR Y GARANTIZAR LA PRESTACIÓN DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD:**

Consideramos oportuno para efectos de determinar cuál es la prestación debida por la EPS, definir qué se entiende por organizar y garantizar.

---

1 En verdad esto último nos parece contradictorio con otros artículos de la ley y con el desarrollo reglamentario que a la misma se ha dado, toda vez que el artículo 168 de la misma establece que la atención inicial de urgencias debe ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud, a todas las personas con independencia de su capacidad de pago, además su prestación no requiere contrato ni orden previa; así mismo la resolución 5261 de 1994, establece que en caso de urgencias las IPS atenderán al paciente y le cobrarán a la EPS el valor de dichos servicios, lo cual en nuestro concepto corresponde a la verdadera filosofía de la ley pues es un imposible que la EPS organice la prestación de servicios en todo el territorio nacional, máxime si no tienen presencia nacional.

Por organizar, conforme al diccionario de la Real Academia Española, se entiende: “Establecer o reformar algo para lograr un fin, coordinando los medios y las personas adecuados. Disponer y preparar un conjunto de personas, con los medios adecuados, para lograr un fin determinado”, y por garantizar, se entiende “dar garantía”, lo cual consideramos puede ser entendido dentro del contexto legal como dar garantía de que ese fin de prestar el Plan Obligatorio de Salud se cumplirá, es decir, se prestará efectivamente.

Lo anterior, en nuestro concepto, se debe relacionar con lo que mencionábamos páginas atrás (numeral 2.1.) en el sentido de que la ley 100 de 1993 creó un “sistema” de Seguridad Social en Salud integrado por una serie de actores con papeles o responsabilidades independientes pero ordenadamente relacionados entre sí para contribuir a la realización de un objeto determinado, que en el caso que nos ocupa sería la prestación del Plan Obligatorio de Salud.

Tenemos así que la obligación de la EPS es la de disponer y preparar un conjunto de personas (Instituciones prestadoras de servicios de salud y profesionales de la salud) calificadas y con los medios adecuados para lograr un fin determinado que es, como se dijo, la prestación del Plan Obligatorio de Salud. Además dar garantía de que los servicios objeto de dicho plan se presten efectivamente a todos aquellos afiliados que los requieren, de acuerdo con los criterios científicos de las instituciones y médicos tratantes.

La responsabilidad de la EPS no es prestar el servicio de salud, pues no son entidades dedicadas a la prestación de dichos servicios por definición, sino coordinar la prestación de los mismos, y por excepción pueden prestar servicios de salud, caso en el cual adquirirán a más de su obligación como entidad administradora, una obligación como entidad prestadora de servicios de salud.

En nuestro sentir esta obligación de organizar y garantizar es suficiente para explicar sus demás obligaciones consistentes en definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las instituciones prestadoras de servicios de salud con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia y la de establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las instituciones prestadoras de servicios de salud, pues como es apenas lógico, la prestación del Plan Obligatorio de Salud no es una obligación de ejecución instantánea sino de ejecución sucesiva y en tal medida se hace necesario que las EPS dispongan en todo momento de las instituciones prestadoras de servicios de

salud y profesionales de la salud calificados y con los medios adecuados para la prestación del servicio.

En últimas la obligación que contrae la EPS para con el afiliado es una obligación de hacer, toda vez que aquella se obliga a organizar la prestación del Plan Obligatorio de Salud.

#### **4.1.2. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ORGANIZAR Y GARANTIZAR EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD:**

Para efectos de un mejor desarrollo de este punto podríamos dividir el campo de análisis en tres aspectos, a saber: Incumplimiento puro y simple, cumplimiento retardado y cumplimiento defectuoso de la obligación.

##### **4.1.2.1. INCUMPLIMIENTO PURO Y SIMPLE:**

Estaríamos aquí ante el evento de que la EPS simplemente no organice la prestación del Plan Obligatorio de Salud, bien porque no disponga de las instituciones prestadoras de servicios de salud o de los profesionales de la salud correspondientes, o porque, teniéndolos, impida el acceso de los afiliados a los servicios de salud contenidos en el plan mencionado, teniendo derecho y necesidad de ellos.

En tal caso, la entidad administradora naturalmente será responsable de indemnizar los perjuicios que su incumplimiento cause al afiliado.

En este punto es de gran interés el análisis del problema que se podría presentar respecto de la relación de causalidad existente entre la conducta de una determinada entidad promotora de salud que no organiza la prestación de un servicio de urgencias requerido por el afiliado e incluido en el Plan Obligatorio de Salud y el fallecimiento de este como consecuencia de la ausencia de atención oportuna, pues, la atención inicial de urgencias debe ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas o privadas que presten servicios de salud, a todas las personas, con independencia de la capacidad de pago, así mismo, su prestación no requiere contrato ni orden previa.

Cosa diferente es que el costo de estos servicios deba ser pagado por la entidad administradora de salud a la cual se encuentre afiliado el paciente, salvo en casos de atención de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito, en los cuales la responsabilidad por el pago de los servicios prestados es del Fondo de Solidaridad y Garantía.

Creemos, en principio, que el caso señalado en los párrafos anteriores no habría un nexo de causalidad entre la conducta de la EPS y el resultado muerte o la consecuencia irreversible para el estado de salud del paciente. Obviamente que la casuística es prácticamente infinita y en cada caso concreto las soluciones no siempre serán iguales por similares que sean los casos.

#### **4.1.2.2. CUMPLIMIENTO RETARDADO DE LA OBLIGACIÓN:**

En este caso, si bien se organiza la prestación de los servicios de salud contenidos en el Plan Obligatorio de Salud por parte de la entidad administradora, no se hace con la oportunidad que el estado de salud del paciente demanda.

Piénsese por ejemplo, en la siguiente situación: Un médico especialista suscribe un contrato de carácter privado con la EPS para la prestación de sus servicios profesionales a los afiliados de ésta y ordena la práctica de un examen especializado a un determinado afiliado, examen incluido en el Plan Obligatorio de Salud, el cual debe ser realizado en un centro de diagnóstico que cuente con la infraestructura para ello y dentro de un término que es señalado por el mismo especialista.

El paciente acude a la EPS a fin de que ésta organice lo necesario para que aquel pueda acceder a los servicios del mencionado centro, y en la EPS el empleado encargado de hacer el trámite respectivo lo hace pero no de manera oportuna, de forma tal que el afiliado se ve obligado a hacerse realizar el examen por su propia cuenta incurriendo en los costos que el mismo demande.

En este evento por encontrarnos ante el cumplimiento retardado de la obligación por parte de la EPS, debe ésta indemnizar los perjuicios moratorios y compensatorios sufridos por el afiliado como consecuencia de tal incumplimiento.

#### **4.1.2.3. CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO DE LA OBLIGACIÓN:**

Para determinar el cumplimiento defectuoso de la obligación de organizar y garantizar el Plan Obligatorio de Salud debemos realizar una comparación de carácter cualitativo entre la prestación debida por la EPS y lo hecho por ésta con el fin de cumplirla.

Para tales efectos, nos parece esencial retomar las definiciones antes señaladas en cuanto al concepto de organizar, entendido como la disposición y preparación que hace la EPS de un conjunto de personas competentes profesionalmente

y con los medios necesarios, para la prestación de los servicios de salud del Plan Obligatorio de Salud.

Así se predicaría un cumplimiento defectuoso si la EPS contrata la prestación de los servicios de salud del plan mencionado con profesionales que no tengan la competencia profesional para la prestación de un determinado servicio de salud si, *verbi gratia*, contrata la prestación de un determinado servicio de salud con un médico general cuando en realidad de conformidad con la ciencia médica se requiere de un médico especialista, o contrata una IPS que no cuenta con la capacidad técnica y científica que se necesita para la prestación de determinado servicio, y en uno u otro caso al prestar el servicio se le causa un daño al paciente como consecuencia de la incompetencia profesional o técnica, según corresponda. Siendo, en nuestro concepto, solidariamente responsable la entidad promotora de salud por los perjuicios que se causen al afiliado por el médico o la IPS que presta directamente el servicio de salud. Aquí la responsabilidad civil de la entidad promotora de salud sería una responsabilidad civil directa.

#### **4.2. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD POR LA PRESTACIÓN DEFECTUOSA DE LOS SERVICIOS DE SALUD DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD:**

Como expusimos anteriormente, las Entidades promotoras de salud no son, por definición, entidades prestadoras de servicios de salud, ni es esa su obligación principal. No obstante, la ley les permite prestar dichos servicios directamente o contratar instituciones prestadoras de servicios de salud o profesionales de la salud, para tales efectos.

Por lo anterior, es oportuno analizar la responsabilidad civil en que estas entidades pueden incurrir por la defectuosa prestación de servicios de salud, bien cuando tales servicios son prestados directamente por las EPS, a través de profesionales de la salud vinculados laboralmente o a través de IPS de su propiedad o que se encuentren bajo su tenencia, o bien cuando tales servicios se presten a través de profesionales de la salud e IPS con los cuales se contrate la prestación de servicios profesionales y de salud, sin que exista de por medio un vínculo como los señalados anteriormente, es decir, los profesionales de la salud e IPS que podríamos llamar “adscritos”.

#### **4.2.1. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD POR LA PRESTACIÓN DIRECTA DE SERVICIOS DE SALUD:**

Dado el caso que la EPS decida prestar directamente los servicios de salud contenidos en el Plan Obligatorio de Salud a través de profesionales de la salud vinculados laboralmente o a través de instituciones prestadoras de servicios de salud de su propiedad o respecto de las cuales tenga su administración y dirección y en la prestación de tales servicios se cause un daño al paciente, imputable a una culpa del profesional de la salud, la EPS incurrirá en una responsabilidad civil directa frente al paciente. Lo anterior, máxime si se tiene en cuenta que las EPS siempre son personas jurídicas al tenor de lo establecido en el artículo 181 de la ley 100 de 1993.

En este caso consideramos que la responsabilidad en que incurre la entidad promotora no deviene de su condición de tal sino de su condición de prestador de servicios de salud.

Obviamente no es el objeto de este trabajo hacer un análisis de la responsabilidad civil médica ni de la responsabilidad civil en que pueden incurrir las entidades hospitalarias por la prestación de servicios de salud.

#### **4.2.2. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD POR LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD A TRAVÉS DE PROFESIONALES DE LA SALUD E INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD ADSCRITOS:**

Sin duda alguna este punto es el que se presenta a mayor controversia hoy día en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Se busca establecer si la entidad promotora de salud es civilmente responsable por los perjuicios causados a sus afiliados por la prestación de servicios de salud por profesionales de la salud e IPS adscritos.

Ya en parte señalamos nuestra opinión a este respecto al analizar el cumplimiento defectuoso de la obligación de organizar y garantizar el Plan Obligatorio de Salud por parte de las entidades promotoras de salud. En dicho caso nos encontrábamos ante una EPS que contrata la prestación de los servicios de salud del mencionado plan con profesionales e instituciones de salud que no cuentan con la competencia profesional o técnica, según corresponda, para la prestación de un determinado servicio de salud y a causa de ello se causa un daño al paciente.



En tal caso, en nuestro parecer, la EPS será solidariamente responsable con el médico o la institución de salud por el daño causado por estos. El fundamento para esta responsabilidad estaría dado por una culpa de la entidad promotora de salud al elegir los profesionales e instituciones de salud tratantes, lo cual, como se señaló, implicaría un cumplimiento defectuoso de su obligación como entidad administradora.

Ahora bien, si la entidad administradora contrata la prestación de los servicios de salud con profesionales e instituciones de salud que si cuentan con la competencia profesional y técnica para la prestación del servicio, y no obstante esa situación al prestar el servicio de salud el profesional o la institución causa un daño al paciente imputable a una culpa de aquel o ésta, la pregunta a responder es si en tal caso la EPS será solidariamente responsable para efectos de indemnizar el perjuicio causado al paciente.

En tal evento consideramos que la EPS no es civilmente responsable de dicho daño ante la víctima, ni de manera directa ni de manera indirecta, por el hecho del profesional o la institución médica que causa el daño.

La anterior conclusión la fundamentamos en los siguientes argumentos:

- En primer lugar, respecto de la entidad administradora no se puede predicar incumplimiento de sus obligaciones de organizar y garantizar la prestación del Plan Obligatorio de Salud tal como las desarrollamos en el numeral 4.1. de este trabajo.
- En segundo lugar entre la EPS y los profesionales e instituciones de salud adscritos existe y debe existir autonomía e independencia profesional y técnica que debe ser ejercida por estos últimos y así mismo debe ser respetada por aquella, estableciéndose de esa manera un principio de confianza entre ambas partes que le permite a la EPS, como el principio lo indica, confiar en que los profesionales e IPS actuarán diligentemente en el ejercicio de sus funciones, por lo que mientras dicho principio no se rompa (por ejemplo mediante la evaluación sistemática que la EPS efectúe de la calidad de los servicios ofrecidos por aquellas) por las conductas de estos últimos, aquella debe respetar su autonomía.
- En tercer lugar entre la EPS y los profesionales e IPS adscritos no se es-

tablece una relación de subordinación o dependencia que haga responsable civilmente a aquella por los actos de estos ante la víctima.

- En cuarto lugar, en el caso que nos ocupa no se puede afirmar que la EPS se esté haciendo sustituir por un tercero en el cumplimiento de sus obligaciones legales o contractuales, toda vez que, como lo señalamos anteriormente, la obligación legal de la EPS no es prestar servicios de salud sino organizar la prestación de los mismos a través de los profesionales y las IPS competentes para el efecto y, entre la EPS y el afiliado, no se celebra un contrato de prestación de servicios de salud, sino un aseguramiento respecto de las contingencias que puedan afectar la salud del éste, a fin de que la EPS ampare los gastos que se puedan causar por las patologías que afecten la salud de aquel.

No obstante lo anterior, un importante sector doctrinario, considera que siempre que se presente un daño por la prestación de servicios de salud habrá una responsabilidad solidaria entre la Entidad Promotora de Salud y la Institución Prestadora de Servicios de Salud, respecto del afiliado, responsabilidad que incluiría al profesional de la salud que presta el servicio, salvo que el daño se deba a problemas de la institución y no del profesional, que comprometerían la responsabilidad de aquella pero no de éste.

## **5. PROBLEMÁTICA SUSCITADA CON OCASIÓN DE LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 326 DE 1997:**

El artículo 1 de la ley 326 de 1997, por medio del cual se modificó el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo, estableció, en lo que a la seguridad social se refiere, lo siguiente:

*“Artículo 1. Asuntos de que conoce esta jurisdicción. La jurisdicción del trabajo está instituida para decidir los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo.*

*También conocerá... de las diferencias que surjan entre las entidades públicas y privadas, del régimen de seguridad social integral y sus afiliados...*

*También conocerá de la ejecución de actos administrativos y resoluciones, emanadas por (sic) las entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social Integral que reconozcan pensiones de jubilación, vejez, invalidez sustitución o sobrevivientes; señalen reajustes o reliquidaciones de dichas pensiones y ordenan (sic) pagos sobre indemnizaciones, auxilios e incapacidades”. (El resaltado es nuestro).*

De la norma anterior, no pareciera surgir discusión alguna en el sentido de que los jueces laborales son los competentes para conocer de todas las controversias que se susciten entre las Entidades Promotoras de Salud y sus afiliados, respecto de prestaciones asistenciales y económicas.

La discusión se presente en nuestro medio en relación con la competencia para dirimir los procesos de responsabilidad civil por la prestación de servicios de salud, que se entablan en contra de las Entidades Promotoras de Salud, bien por los afiliados, o bien por familiares de estos.

Hasta donde llega nuestro conocimiento, en la ciudad de Medellín, la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín y algunos jueces parecieran inclinarse hacia la posición de que el conocimiento de tales asuntos es competencia de los jueces laborales; no obstante lo anterior, hoy se tramitan asuntos de esta naturaleza tanto por parte de los jueces civiles como de los jueces laborales, lo que sin duda hace necesario, una unificación de la jurisprudencia al respecto.

Personalmente consideramos que los jueces laborales deben conocer, únicamente, de las diferencias entre las Entidades Promotoras de Salud y sus afiliados, cuando tales diferencias se refieran al reconocimiento de prestaciones asistenciales y económicas. No obstante, la ley 326 de 1997, no pareciera señalar este camino.

Ahora bien, el hecho de que los jueces laborales conozcan de las demandas que por procesos de responsabilidad civil por la prestación de servicios de salud se formulen en contra de las Entidades Promotoras de Salud, abre paso, tal como hasta ahora se ha venido presentando, a la admisión de la figura del llamamiento en garantía en la jurisdicción laboral.

Así por ejemplo sucedería en el caso de que se formule una demanda en contra de una Entidad Promotora de Salud, por la prestación de servicios de salud por parte de una determinada Institución Prestadora de Servicios de Salud o de un profesional de la salud, caso en el cual la entidad promotora estaría en total derecho de llamar en garantía a la institución o profesional que prestó el servicio y por virtud de la cual se le demanda. En tales casos no se ve razón alguna para no admitir el llamamiento que se formule.

Incluso se puede presentar el caso de que la demanda por responsabilidad civil se formule en contra tanto de la Entidad Promotora de Salud que organizó y garantizó la prestación del servicio, como de la Institución Prestadora de Servi-

cios de Salud que prestó el mismo y, aun así aquella decida formular el llamamiento en garantía en contra de ésta, con el fin de que, en caso de que se llegue a condenar a la entidad promotora como consecuencia de los servicios prestados por la institución, se resuelva, por medio del llamamiento, la relación entre ambas.

Es de anotar que, en términos generales, los llamamientos en garantía en casos como los aquí señalados se han venido aceptando, tanto por los jueces civiles como por los laborales.

Pretendemos con este trabajo, como su nombre lo indica, plantear algunas reflexiones personales sobre el tema, el cual sin duda alguna es y será de gran trascendencia nacional, en el ámbito jurisprudencial y doctrinario.



# **GARANTÍAS LEGALES: UNA APROXIMACIÓN AL ANÁLISIS ECONÓMICO COMPARATIVO DE LA INSTITUCIÓN EN EL MARCO DE LA INTEGRACIÓN REGIONAL<sup>1</sup>**

**Hugo A. Acciarri<sup>2</sup>**

## **CONTENIDO:**

1. Introducción
2. El contexto teórico
3. Pautas preliminares para un estudio institucional comparativo. El caso de las garantías legales o implícitas
4. Garantías legales versus deber de información. Garantía tradicional por vicios redhibitorios, y responsabilidad civil por productos
5. Reflexiones finales

## **1. INTRODUCCIÓN**

La normativa orientada a la defensa del consumidor y, mucho más, el análisis económico de dichas regulaciones legales, son materias de tardía aparición en el ámbito regional latinoamericano, con escasas excepciones. Diversos factores determinaron este retraso con relación a los países centrales. Se ha señalado la existencia de causas políticas generales,<sup>3</sup> como asimismo de política económica que contribuyeron a esta demora.

---

1 Autorizada su publicación y cualquier modo de reproducción en las publicaciones y material correspondiente a la V Conferencia Anual de la Asociación Latinoamericana de Derecho y Economía (Bogotá, Colombia, junio de 199) organizadas por la Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho Económico. Reservados todos los derechos correspondientes a su publicación por otros medios, como asimismo los relativos a sus traducciones y versiones ulteriores.

2 Universidad Nacional del Sur. Bahía Blanca, Argentina.

3 STIGLITZ, G. La protección del consumidor y las prácticas abusivas (realidad y perspectiva en la Argentina). En revista Derecho del Consumidor. 3. pág. 45.

Si bien los problemas que motivaron el surgimiento de la regulación en defensa de los consumidores no son nuevos, en las últimas décadas la realidad económica se modificó y lo sigue haciendo, en un sentido definido que acentúa la magnitud y frecuencia de las situaciones que usualmente se consideran suficientes para justificar una regulación especial.

Desde el punto de vista macroeconómico, dos tendencias son clara y reiteradamente advertibles en los últimos tiempos y se dan conjuntamente. Suele denominárselas *globalización e integración regional*.<sup>4</sup> La primera, en su reflejo económico no es más que una creciente interconexión entre mercados nacionales y regionales, que se incrementa vertiginosamente. La integración económica, por otra parte, hace referencia a procesos mediante los cuales los países van eliminando características diferenciales; se trata de procesos parciales, en cuanto involucran a un número acotado de países (a diferencia de la llamada globalización) y que generalmente afectan a estados de un mismo ámbito geográfico, en cuyo caso se habla también de *regionalización*.<sup>5</sup>

El efecto más evidente de la integración económica, en cualquiera de sus formas, lo constituye el aumento de los flujos comerciales y la ampliación sustancial del mercado, lo que importa un cambio esencial en las reglas del juego para los agentes económicos (consumidores y empresas). Así, los beneficios de la integración comercial proceden de la intensificación del comercio y pueden resumirse en una mayor competencia, mayor aprovechamiento de las economías de escala en el marco de mercados más amplios y mejor satisfacción de las preferencias heterogéneas de los consumidores a causa de una superior diversificación en la oferta de artículos, que permite acceder a variedades no sólo nacionales sino también a las provenientes de los socios comerciales. En cuanto a los aspectos negativos de la integración, se suele incluir entre los principales a las consecuencias distributivas derivadas de la desigual incidencia entre sectores y grupos, así como de los costosos ajustes que el reordenamiento del aparato productivo puede originar en cada caso.

En el área de la defensa del consumidor, se observa básicamente que la mayor oferta y heterogeneidad de bienes, sumada a la lejanía entre productores y con-

4 ARTANA, D. Defensa del consumidor. Documento de trabajo, núm. 43 FIEL, Diciembre de 1994, pág. 2

5 La literatura al respecto es amplísima y suficientemente conocida. Se acostumbra distinguir varias modalidades de integración económica atendiendo a la clase de diferencias que se van eliminando a lo largo del proceso. En un esquema gradualmente creciente, se suele aludir sucesivamente a acuerdos de libre comercio, uniones económicas y monetarias, como estación final de un trayecto, que en sus manifestaciones históricas no tiene por qué cumplirse íntegramente, ni del mismo modo.

sumidores (y, en muchos casos, escasa información de los últimos, acerca de los primeros), al incremento de sujetos en la cadena de venta, y a las nuevas formas de comercialización entre otros fenómenos, plantean un escenario que impone la necesidad de nuevas respuestas.

Dentro de un espacio regional integrado, el aumento del comercio genera interdependencias entre las economías de muy diversa índole, y por vías a veces muy sutiles. En lo concerniente a políticas de regulación, o de protección sectorial – comprendida la protección a los consumidores – es suficientemente claro que las acciones regulatorias emprendidas por un país generan efectos en otros y que esto constituye la razón básica para la cooperación y coordinación de políticas, buscando en algunos casos una cierta armonización mínima y en el extremo, acciones perfectamente unificadas.

En ese sentido parece razonable intentar conseguir en al menos un grupo reducido de pautas que permitan analizar la conveniencia de las distintas herramientas institucionales disponibles, y evaluar, a la luz de esas reglas, algunas instituciones que puedan adoptarse con la tal finalidad de coordinación normativa. En este trabajo, procuraré una breve aproximación inicial al marco económico implicado, para pasar luego al tratamiento de una institución en particular, constituida por las garantías legales, llamadas también “implícitas”, “presuntas” u “obligatorias”. Finalmente tomando en cuenta las pautas a las que haré referencia, intentaré establecer algunos puntos de comparación entre esta institución y otras alternativas, que permitan orientar un estudio acerca de su viabilidad.<sup>6</sup>

---

6 El estudio de la incorporación de las garantías legales al campo de una normativa de integración tiene interés práctico y actualidad concreta en cuanto en las discusiones del Comité Técnico N° 7 (COMITÉ DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR), del “proyecto de Reglamento del Mercosur para la Defensa del Consumidor”, se incluyó la cuestión de la garantía legal dentro de las llamadas “Cuestiones Pendientes en Temas ya Abordados”. (Acta N° 07/97 – ciudad de Montevideo, República Oriental de Uruguay, celebrado entre los días 29 y 31 de octubre de 1997). Resta en consecuencia adoptar una decisión definitiva sobre el punto.



## 2. EL CONTEXTO TEÓRICO

Desde el punto de vista económico, la política de defensa del consumidor no guarda consistencia con los postulados del modelo competitivo neoclásico “puro”. Y esto simplemente por virtud del conjunto de presupuestos teóricos adoptados por el establecimiento del modelo y la teoría de referencia.<sup>7</sup>

En este esquema, si se supone que todo intercambio voluntario implica una mejora para ambas partes, y que éstas – por hipótesis – contaron con información perfecta sobre la transacción, sobre todos los precios, y sobre toda circunstancia relevante para la decisión adoptada, resulta absolutamente contradictorio fijar normas tales como las atinentes a estándares mínimos de calidad de las mercaderías, control de condiciones contractuales y ni siquiera sobre responsabilidades del fabricante y del vendedor. Llevando al extremo la lógica del sistema, el consumidor que adquiere un producto defectuoso lo haría sabiendo – esa es una de las derivaciones de suponer información perfecta – y el precio que está dispuesto a pagar incluiría tal circunstancia, por lo cual no correspondería condenar al vendedor a ninguna indemnización a favor del comprador.

Es claro que la hipótesis del modelo de referencia no son *afirmaciones de hecho* sino meros *supuestos metodológicos*. Esto significa, por ejemplo, que no se pretende que *en los hechos* los agentes económicos cuenten efectivamente con

7 El supuesto que constituye el primer rasgo básico de la teoría es la racionalidad ilimitada de los agentes. En este contexto, una conducta se calificará como *racional* cuando sea consistente con un conjunto estable de preferencias y tenga por finalidad alcanzar *la opción más preferida* y que, por ende, proporcione el resultado más beneficioso para el agente económico. Como resultado de suponer una *racionalidad ilimitada* en lo que concierne a la coordinación surge la noción de equilibrio o de mutua compatibilidad de las decisiones. Las únicas interrelaciones que se contemplan son las de intercambio en mercados donde los precios están dados y no pueden ser alterados por la actuación individual (comportamiento – precios – aceptante). Adicionalmente se supone que los bienes son homogéneos y la información es perfecta y accesible a todos los agentes sin costo alguno. La homogeneidad de los bienes implica que los consumidores no perciben diferencias entre marcas, modelos y gamas, y por ende la sustituibilidad entre bienes que satisfacen una misma necesidad es perfecta. De esta manera las decisiones de consumo se toman teniendo en cuenta una única dimensión (el precio) a diferencia de lo que ocurre cuando los bienes son diferenciados, en cuyo caso lo que se considera es un conjunto de atributos. En cuanto a la información debe considerarse que si la misma no es perfecta, no podrían reconocerse las mejores alternativas y no se podrían realizar intercambios que potencialmente resulten ventajosas. En síntesis, toda la información pertinente para fundamentar una elección está contenida en el sistema de precios, evitándose el problema de tener que comparar calidades, características y atributos físicos en los que puedan diferir los productos y tener que tomar una decisión al respecto. Una síntesis de la defensa y alcance de los supuestos conductuales neoclásicos es referida por NORTH, D., en “*Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico*”, México, 1993, pág. 33, siguiendo a WINTER, S.G., “*Coments on Arrow and on Lucas*”, en HOGARTH, R. y REDER, M. (eds.) “*The Behavioural Fundations of Economic Theory*”, suplemento de “*Journal of Bussines*”, 59 (1986) págs. 427 a 433.

información perfecta, sino que se construye un modelo *suponiendo que la poseen* por estimar que un sistema conceptual tal, elaborado sobre esas bases (entre otras), resulta adecuado para predecir conductas y que es de algún modo, mejor que otras construcciones teóricas alternativas.<sup>8</sup>

No obstante, se aprecia con facilidad que la realidad está bastante alejada de tales postulados teóricos y ello ha determinado que se ponga en jaque su subsistencia al menos de modo absoluto, o con el alcance originario. Si bien esa brecha se verificó en todas las épocas, cambios en la teoría y en la realidad económica la hacen en la actualidad más evidente. La realidad latinoamericana, particularmente, muestra especiales características de imperfección o fallas en sus mercados que agraven problemas que en otras economías suelen ser atenuados por efecto autónomo de la competencia.

Asimismo con relación al primero de los aspectos apuntados, en las últimas décadas se observa una revolución en la teoría microeconómica generada por diversas corrientes que intentan, por vías distintas y a veces parcialmente convergentes, acercar las hipótesis de la teoría a los hechos, con la pretensión de refinar la calidad del análisis y mejorar sus resultados.

Toda directiva teórica, toda propuesta normativa de política económica, relacionada con la defensa del consumidor parte, en consecuencia, de alguna heterodoxia respecto del modelo de competencia perfecta neoclásico y procura ajustarse de algún modo – sin duda, de diversos modos – a la realidad empírica. Se intenta al respecto, incluir *más* elementos en el análisis que las sencillas bases arriba reseñadas. Se trabaja en un ambiente de mayor complejidad conceptual y se pretende estar en condiciones de hacerlo adecuadamente.

En este nuevo marco las soluciones no son unitarias, ni absolutas, y presentan problemas teóricos de diversa índole aún – en lo que podría parecer más sencillo y probablemente no lo sean tanto – en el campo meramente terminológico. La identificación de distintos problemas y soluciones, depende en buen aparte de la adscripción a una línea teórica, resulta muchas veces difícil ponerse de acuerdo no ya en conclusiones, sino en puntos de partida.

---

8 Es conocida en la ciencia económica la opinión de Milton Friedman, en cuanto a que la veracidad de los supuestos y su correlación con la realidad es irrelevante a los efectos de la teoría. Entiende que pueden estar muy alejados de la realidad, siempre que las predicciones que de ellos se deriven, resulten útiles. Al respecto entre otros textos FRIEDMAN, M., *“Essays in Positive Economics”*, Chicago, University of Chicago, Press, 1953.

En el área que nos ocupa, la política jurídica y económica operó sin duda mucho antes que la teoría económica definiera sus líneas al respecto. Si bien el derecho del Consumidor, como rama jurídica autónoma – aún con la relativa autonomía que puede predicarse de toda rama del derecho, apareció en los Estados Unidos en los 50 y se extendió con rapidez en los 60, distintas soluciones regulatorias puntuales y muchas veces inorgánicas (controles de precios, de contratos, sobre tasas de interés, sobre publicidad, de calidad de los productos, etc.), aparecieron ya en la más remota antigüedad y se sucedieron a lo largo de toda la historia.

Lo cierto es que el estudio teórico de la política económica de defensa del consumidor comenzó por identificar los problemas a atacar en dos grandes grupos, que podrían resumirse, por un lado, en los derivados de la imperfecta información con que cuenta el consumidor, (y la asimetría que se verifica en su perjuicio, con relación a las empresas proveedoras de los bienes y servicios), y por otra parte, en aquellos generados por el poder de mercado de las empresas. En este último aspecto, el poder monopolístico (en su más amplia expresión) de algunas empresas, determinaría consecuencias disvaliosas para los consumidores, fundamentalmente reflejadas en el nivel de precios. En el primero, la carencia de información por parte del consumidor, y más concretamente, la simetría informativa en su perjuicio, llevaría a que, en los hechos, éste sea incapaz de maximizar su bienestar a través de sus decisiones, en cuanto estas no reflejarían sus expectativas.

De un modo algo simplista se podría razonar con relación a estos postulados intentando corregir mediante la acción pública directa ambos géneros de fenómenos, “*en sí*” y directamente. Los problemas de competitividad, en consecuencia, desaparecerían con una correcta ley de defensa de la competencia y la asimetría de la información, simplemente obligando a la parte que la posee – en general en cantidad suficiente – a revelarla a su contraparte. De este modo, mediante la obligación de incluir prospectos, instrucciones de uso, y otras manifestaciones de lo que en el derecho de contratos se conoce como *deber de información*, se lograría, “*equilibrar el desequilibrio*” informativo. Con esta hipótesis de la competencia neoclásica y la mayoría de los problemas desaparecerían.<sup>9</sup>

9 Cuando la realidad se acerca a los supuestos de modelo neoclásico, autores claramente enrolados en posiciones institucionalistas suelen conceder la eficacia del mismo para abordar su análisis (y no así en las situaciones alejadas de esas premisas). Véase un ejemplo expreso en NORTH, D., Ob. Cit. Pág. 34. Lo que sostengo en el texto es que lograr esa aproximación fáctica a los supuestos teóricos, para lograr la correcta operatividad del modelo, sería inadecuadamente costoso o, en su extremo, imposible.

No obstante una visión más refinada y sin duda más moderna de las cuestiones implicadas, demuestra que no pueden abordarse ni resolverse por medios sencillos ni unívocos.

El *poder del mercado* es visto, actualmente, por muchos autores, como algo distinto del mero monopolio tradicional y que incluye factores bastante difusos y de difícil aprehensión, con un núcleo central estrechamente relacionado entre otros elementos relevantes, con la información. El rol de las cuestiones informacionales en el asunto es como se ve, extendido, multiforme y central. Y no admite soluciones simplistas.

En cuanto a la posibilidad de facilitar el acceso a la información, esta clase de políticas, como toda acción pública – como toda acción humana – tiene costos, que son diferentes para cada herramienta institucional que se intente implementar. Alcanzar, en consecuencia un nivel de información completo a través de la transmisión de datos y conocimientos de una parte de la transacción a otra, o también del Estado hacia la parte desinformada – el consumidor –, resulta imposible que su extremo, y muchas veces, prohibitivamente costoso en niveles sólo aceptablemente cercanos a esa meta. El problema de la información se reconoce en la actualidad como un fenómeno de mayor complejidad que la contenida en el sencillo esquema expuesto precedentemente y cuyas ramificaciones se proyectan a toda la estructura del mercado.<sup>10</sup>

Algunas corrientes intentan abordar el problema promoviendo la competitividad de “*mercado de la información*”, al que analizan como un mercado más. Esto es, conceptúan a la información como un producto que se “*compra* (aunque no siempre con dinero, sino a veces, pagando costos de otra índole, como por ejemplo la inversión de tiempo en la búsqueda del precio más bajo) y se “*vende*”, como cualquier otro bien. Evidentemente, un individuo puede querer información sólo “por sí misma”, pero aquí se hace referencia a la situación en la cual se la desea “para algo más” en lo concreto, para comprar, del modo más beneficioso posible, un producto. Un consumidor, en consecuencia, no querrá invertir en *obtener toda la información posible* sino que dejará de “comprarla” cuando el costo de obtener una unidad adicional de información iguale al beneficio de la misma le producirá con relación a sus fines, que en la situación expuesta, se correlacionarán instrumentalmente con la adquisición de un producto.

10 HADFIELD, G.K., Howse, R. y TREBILCOK, M.J., “*Information – Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy*”, en *Journal of Consumer Policy*, Vol. 21, pág. 131 y ss.

La versión extrema de esta posición llevaría a concluir no sólo que el Estado debe abstenerse de dichas regulaciones (estándares, control de cláusulas, prohibición de circulación de productos), sino que ni siquiera debe “forzar” en general, que incremente la información disponible para consumidor ya que como cualquier otro bien, circulará óptimamente conforme a reglas de mercado. Que sólo debe intervenir cuando el mercado (incluido el mercado de la información) muestre signos de no competitividad, y únicamente para conseguirla. La mira, en este entender, debería ponerse más bien en los mercados que en los individuos concretos, ya que si existe equilibrio competitivo, los consumidores, aún los no informados, se verán suficientemente protegido sin necesidad de distorsiones ni restricciones derivadas de acciones públicas.<sup>11</sup>

Un tratamiento simple sobre las bases expuestas resulta seriamente controvertible, por muy variadas razones. La información presenta un cierto sentido – al menos, la derivada de ciertas fuentes de provisión –, algunas características de los llamados “bienes públicos”. Dos elementos caracterizan básicamente esta clase de bienes: la *no rivalidad* en el consumo, que permite que el bien sea consumido por varios individuos simultáneamente sin que esto afecte la cantidad y calidad que cada uno de ellos reciba del bien en cuestión, y la *imposibilidad de excluir* del consumo del mismo a quienes no paguen por él, lo que favorece la aparición de comportamientos de los denominados de “free rider”.<sup>12</sup>

Así mismo, el problema de la débil definición de los derechos de propiedad sobre el bien desincentiva la producción privada del mismo, en cuanto no permite la apropiación de alguno de los beneficios derivados de dicha actividad productiva. En el caso de la información estas características se verifican con frecuencia: puede resultar muy costoso producir una información particular (v.g. sobre los

11 SCHWARTZ, A. y WILDE, L. “Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: a Legal and Economic Analysis, University of Pennsylvania Law Review, vol. 127 (1979), pág. 630 y ss.

12 La exposición de estos problemas en la teoría económica es suficientemente conocida. Entre los ejemplos de bienes públicos más citados por los manuales de microeconomía es del servicio de señalización que proporciona un faro costero. Una vez construido, todos los navegantes se benefician del mismo con independencia de que hayan contribuido a pagarlo o no y no existe posibilidad de excluir a nadie de los beneficios que proporciona su uso. Esto admite que se presente la tentación por parte de algunos agentes de seguir un comportamiento oportunista de *free rider* (traducido en ocasiones como el comportamiento del viajero clandestino gratuito o polizone o “gorrista”), como cada individuo sabe que una vez que el bien está disponible no se lo podrá excluir de sus beneficios, puede que intente eludir toda contribución a su financiamiento, dado que una vez construido (y financiado por otros), igualmente aprovechará sus beneficios. Constituyen otros ejemplos de bien público la T.V. por aire, la defensa nacional, el alumbrado público, etc. La analogía entre estos bienes públicos tradicionales y algunos aspectos de la información, *considerada como bien*, es bastante evidente.

efectos de un medicamento), pero una vez “vendida” a un comprador, este puede difundirla muy fácilmente, sin que esto reporte ningún beneficio para el productor de la información. Todos estos elementos conducen a la inexistencia de un mercado convencional donde los precios guíen la asignación, acarreado las ineficiencias propias de esta clase de situaciones y suficientemente conocidas. En estos casos, es sabido, la teoría económica suele justificar fuertemente la introducción de otros mecanismos de coordinación alternativos al sistema de precios.

Asimismo, se han sugerido problemas intrínsecos quizás todavía más sutiles, que obstaculizarían la posibilidad de identificar la información como un bien ordinario que admitiera su transmisión a través de un mercado igualmente genérico.<sup>13</sup> Estas características particulares de la información en cuanto se la considere un *bien*, hacen que no pueda pensarse que todos los problemas concernientes a la misma se resuelvan a través del funcionamiento autónomo de su particular *mercado*.

Adicionalmente, este género de propuestas – las que sugieren trabajar sobre un mercado de la información – presentan, en su esencia, una cierta característica de *retorno al infinito* si la información relacionada con la adquisición de un bien (b), y se supone que quienes lo desean está perfectamente informados – en lo concerniente a las circunstancias relevantes para adquirirlo – esta asunción agrega un paso innecesario al razonamiento. ¿Por qué suponer que un individuo está perfectamente informado para *comprar* el bien b, (información) pero no para adquirir bien b? Parece más sencillo suponer (tomada la decisión de recurrir a supuestos), que el consumidor esté informado directamente para comprar b, ahorrando la introducción de un problema y un paso más en el modelo. Si, por el contrario, se descarta de plano la idea de *suponer* la existencia de información, *pero para adquirir esa información es necesaria información*, y así sucesivamente, generando un modelo infinito de mercados concernientes a niveles de información sucesivos.

Descartando, en consecuencia, que el problema de la información pueda recibir una solución fácil o automática a través de los mecanismos tradicionales del mercado – puros o con pequeños ajustes – cabe asumir su necesaria esencia problemática y persistente, e intentar analizar sus efectos y posibles acciones correlativas. En este sentido, la literatura moderna identifica, con distintas deno-

13 BERZEL, Y., revisa un aspecto del tratamiento pionero de la información: como commodity que efectuaron Stigler (1961) y Alchian (1970) en “*Transaction Costs: Are they just cost*”, en *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 141 (1985), pág. 7 y ss. Donde se pronuncia por la naturaleza disipativas de algunos costos de transacción, entre los cuales incluye los relacionados con la obtención de información.

minaciones, una variada gama de problemas subsecuentes. Sin pretender agotarlos y sin que sea el objetivo de este trabajo una prolija revisión de los modernos desarrollos microeconómicos convergentes sobre el tema, conviene al menos mencionar algunos de los puntos más relevantes.

No intentaré exponer las diversas doctrinas económicas en su generalidad (ni siquiera resumidamente), sino por el contrario, simplemente mencionar algunos de los principales puntos puestos de manifiesto por estas corrientes de pensamiento, - rotulados con denominaciones distintas, y a veces parcialmente superpuestos o coincidentes <sup>14</sup>- y que inciden sobre el área de defensa del consumidor.

Dentro de este género de problemas, se hace referencia tradicionalmente al fenómeno conocido como *selección adversa*. La primera contribución importante al respecto fue realizada por George Akerlof,<sup>15</sup> al plantear la cuestión utilizando como ejemplo el mercado de los coches de segunda mano. Al comprar autos usados es difícil distinguir la calidad de los mismos. Como los vendedores conocen su procedencia y probablemente han podido probarlos, tiene más información sobre el estado del coche que el comprador. Esto plantea la existencia de una situación de intercambio con asimetría de información. Los compradores, conscientes del riesgo de comprar un auto malo (un “limón”, en el lenguaje coloquial estadounidense), ofrecerán por cualquier vehículo un precio inferior al que estarían dispuestos a ofrecer por uno bueno, con un descuento proporcional al riesgo que estimen exponerse, determinado por la frecuencia de aparición de autos malos. Los vendedores de autos *buenos*, luego, no estarán dispuestos a vender sus automóviles a esos precios reducidos, y los retirarán del mercado, en el que permanecerán los *malos*, pero ahora ocuparán una cuota superior. Esa mayor incidencia relativa de “limones”, determinará un incremento en el riesgo y una consiguiente disminución de los precios ofrecidos, lo cual hará salir del mercado otra tanda de buenos productos, y así sucesivamente. Este problema conduce a que sólo permanezcan en el mercado los coches de más baja calidad, y

14 Con respecto a estos conceptos y a las conductas y situaciones que se pretenden definir a través de los mismos, es interesante considerar la tajante opinión de Kreps, D., que sostiene: “*La terminología de la economía de la información con expresiones como riesgo moral, selección adversa, acción oculta, información oculta, transmisión de señales, cribaje, etc., se utiliza a veces de forma distinta entre los especialistas del tema... No pretendo sujetarles a una semántica precisa, máxime cuando problemas muy interesantes combinan más de una versión... En su calidad de consumidores de literatura económica, deberían prestar menos atención a estas etiquetas y más a las reglas del juego que el autor especifica...*”, (Aut. Cit. En “*Curso de Teoría Microeconómica*” Ed. Mac Graw Hill, Madrid, 1995, pág. 522).

15 AKERLOF, G., “*The Market of Lemons: Quantitative Uncertainty and the Market Mechanism*” *Quarterly Journal of Economics*, 84, 1970, pág. 488 - 500

desplacen del mismo a los que se encuentran en buenas condiciones. Los bienes que se intercambian, entonces, no constituyen una selección representativa de la variedad de calidades existentes, sino que la selección está sesgada a favor de los de más baja calidad.<sup>16</sup>

Desde otro punto de vista, y con un buen lenguaje pigouviano, se ha observado que las condiciones del intercambio de bienes de consumo masivo pueden dar lugar a la generación de *externalidades*, en un sentido particular. Si el proveedor de bienes conoce los riesgos que se pueden derivar del consumo y el comprador los ignora – y por lo tanto, no los toma en cuenta al momento de efectuar su decisión – puede ocurrir que el primero no internalice todos los costos y transfiera parte de los mismo al consumidor o a otros agentes que no participaron de la transacción por una vía ajena al mercado.<sup>17</sup> Como es conocido, en la teoría económica la externalidad conducirá a un nivel de intercambio ineficientemente alto y provocará más daño que el deseable.

16 Los mecanismos más difundidos para enfrentar el problema de la selección adversa consisten en la transmisión de señales en el mercado, a través de las cuales la parte poseedora de información superior identifica aquello que conoce y considera relevante para sus objetivos. En general las señales ayudan a mejorar el funcionamiento del mercado, si bien existen casos en que las mismas pueden empeorar la situación, porque no modifican la cantidad intercambiada y despilfarran recursos.

17 En estas condiciones de intercambio pueden presentarse dos tipos separables de externalidades en el primer género, el vendedor no descuenta el precio del producto sus riesgos, y el comprador, no los tiene en cuenta al pagarlo – por hipótesis – pero los asume necesaria e involuntariamente cuando se verifican. Hay una traslación patrimonial, que se traduce en un beneficio para un agente y un costo para otro (la diferencia entre el precio efectivamente pagado y el que se hubiera pagado de tener en cuenta adecuadamente los riesgos), que no fue considerado al momento de tomar las decisiones y no se transmitió a través del mercado. El comprador no decidió soportar ese costo, sino que le fue “impuesto” por las condiciones empíricas planteadas. Los efectos de los riesgos específicamente amparados por las garantías legales (que el producto sea inepto para su destino, o bien que presente riesgo de duración inferior a la esperada), ingresan en esta categoría. El segundo tipo de externalidades comprende costos que se proyectan hacia terceros, ajenos a la relación contractual, es el caso de productos que pueden dañar a alguien más que al comprador, ya sea que se trate de sujetos claramente identificables (la familia o vecinos del comprador, en el caso de una explosión) o no (como en el caso de daños ambientales). Ante una hipótesis de perfecta estimación de riesgos, no se producirán externalidades del primer tipo, en cuanto, por definición, el comprador conocería los riesgos y descontaría del precio a pagar su incidencia. Sin embargo, podrían persistir las del segundo, un comprador podría decidir adquirir un producto contaminado (v.g., un automóvil), que le resulte más barato que otro que no lo sea, en cuanto solo soportará una mínima fracción del total de costos resultantes de su empleo. Por esto es que cuando me refiero a las externalidades en el problema de información, lo hago únicamente en el primero de los sentidos. Aunque es evidente que pueden coexistir estas dos clases de externalidades, en distinta medida. Para un tratamiento general del tema de externalidades y su correlación con el derecho de daños, ver ACCIARRI, H. y CASTELLANO A., “*Recursos naturales, ambiente y externalidades: análisis jurídico de un concepto económico*”, Jurisprudencia Argentina, Nº 6006, octubre de 1996, donde se concluye que el concepto económico de externalidades no se superpone con el jurídico positivo de “daño resarcible”.



Extendiendo el análisis aún con perfecta información, todavía podrían generarse problemas derivados de una tendencia psicológica a la *subestimación de riesgos*, o desde otro ángulo, una *inclinación al subaseguramiento* por parte del consumidor. Este punto ha sido tratado frecuentemente en el análisis económico del derecho de daños y no es más que la expresión de una inclinación, empíricamente advertible, a subestimar, aun ante el perfecto conocimiento del riesgo de males futuros (que podrían acaecer a consecuencia de decisiones presentes), la posibilidad concreta de sufrirlos personalmente o en la magnitud correspondiente.<sup>18</sup> Esta actitud se acentúa si el contexto es de información imperfecta, provocando un ámbito propicio para que se produzcan con mayor frecuencia y grado, externalidades del tipo de las referidas.

También se ha entendido<sup>19</sup> que los consumidores se enfrentan a situaciones de “*moral hazard*” por parte de las empresas, debido a que no son capaces de discernir la calidad del producto antes de concretar la transacción. Si bien el “*moral hazard*” es una apreciación de la conducta referida generalmente (o al menos originariamente) al ámbito de los seguros, una interpretación amplia de su estructura permite a algunos autores extender esta denominación a situaciones en las que el vendedor no posee incentivos para cuidar que las prestaciones de un producto se sitúen dentro de cierto rango, debido a que los consumidores no pueden evaluar las diferencias de calidad.<sup>20</sup>

18 Al respecto ver CALABRESI, G., “*The costs of accidents. A legal and economic analysis*” Yale University Press 1970, pág. 56 y ss. Y 206; y SHAVELL, S., “*Economic analysis of accident law*”, Harvard University Press, 1987, pág. 61 y ss.

19 Esta interpretación del problema es considerada entre otros, en MANN D., y WISSKINK, J., “*Money – Back Warranties vs. A simple comparison*” AEA Papers and proceedings, vol. 80, nº 2, mayo 1990. En esta misma línea se considera el diseño óptimo de garantías en el intercambio como una solución parcial a un problema de doble “*moral Hazard*” cuando a la interpretación referida se agrega el hecho de que los vendedores no pueden observar el cuidado con que los consumidores hacen uso del bien en cuestión. Ver COOPER, R., y T., “*An Intertemporal model of warranties*”, Canadian Journal of Economics, XXI, Nº 1, Feb. 1988.

20 La solución habitualmente planteada por la teoría a este respecto, apunta al diseño de incentivos, estructurando la transacción de manera que la parte que emprende las acciones movido por su propio interés lleve a cabo acciones que la otra parte preferiría. En este caso los incentivos deberían hacer que el vendedor o productor respete ciertos estándares de calidad.

Ambos fenómenos (*selección adversa y moral Hazard*) han sido englobados por otras corrientes dentro del denominado *oportunismo*.<sup>21</sup> A diferencia de la economía neoclásica, investigaciones más recientes y básicamente la llamada “*Economía de los costos de transacción*”, conceptúan a los agentes económicos como *maximizadores oportunistas*. Al decir que los individuos son oportunistas se pretende indicar que persiguen su propio interés con astucia, en el sentido que serían capaces de faltar a su palabra o engañar si se dieran las circunstancias apropiadas. Un agente oportunista incumplirá algunas de sus obligaciones si eso conviene a sus intereses. Williamson<sup>22</sup> destaca la importancia del estudio de las instituciones económicas frente al problema de la información limitada y la existencia de conductas oportunistas. Los incentivos que se utilicen para llevar a cabo una acción determinada o para transmitir una señal en concreto, deben tomar en cuenta la habilidad de los individuos para mentir, hacer trampas y robar, si ello les resulta provechoso.

En el área de estudio, constituye un problema fácil de advertir la posible existencia de firmas que actúen de acuerdo a esos criterios. Puede hablarse entonces de *firmas oportunistas* para identificar a aquellas que entran a un mercado por un período de tiempo corto y que, ante la ausencia de incentivos para sostener una oferta durante un plazo prolongado, brindan una calidad inferior a la esperada. En algunas situaciones la preocupación por la reputación de la empresa puede ser un freno a esas conductas que las disuade de proveer una calidad diferente de la esperada. En un mundo con información imperfecta la confianza es crucial a la hora de realizar transacciones y para una firma de alto prestigio puede resultar inconveniente lanzar al mercado productos de mala calidad, sobre todo si la frecuencia de compra de los mismos es importante. Pero si se trata de bienes que se

21 WILLIAMSON, O., en “*Las instituciones económicas del capitalismo*”. México, 1989, pág. 57, señala: “... *El oportunismo ex ante y el ex post se reconocen en la literatura de los seguros bajo los rubros de la selección adversa y el azar moral, respectivamente*”. Aquí recurren los problemas terminológicos ya expuestos. La conducta del productor o el vendedor en cuanto al cuidado respecto del producto vendido se verifica *ex ante*, con relación a la conclusión del contrato – aunque produzca efectos *ex post* – sin embargo, los autores citados en la nota 13, hablan de *moral Hazard* Williamson, o, en otros sectores de la obra citada, se extiende en consideraciones sobre las relaciones entre los términos “*moral Hazard*” y “*oportunismo*”, su alcance, y la conveniencia de su empleo (p. ej. En pág. 60, nota 8 y pág. 73 y ss. En la misma obra responde a las críticas concernientes a emplear separadamente los términos “*racionalidad limitada*” y “*oportunismo*”, efectuadas por aquellos que entienden que supuesta la primera, ésta engloba al segundo (sería suficiente para decir que un agente no tiene información perfecta, para abarcar entre otros supuestos, aquel configurado por el engaño o comportamiento doloso de su contraparte no considerado al momento de decidir).

22 WILLIAMSON, O., Ob. Cit.

compran en forma espaciada, y las restantes condiciones concretad del mercado no “*castigan*” estas conductas, podría aumentar el incentivo para el oportunismo.

### 3. PAUTAS PRELIMINARES PARA UN ESTUDIO INSTITUCIONAL COMPARATIVO. EL CASO DE LAS GARANTÍAS LEGALES O IMPLÍCITAS

El marco teórico vigente impone nuevas consideraciones a la hora de responder la cuestión relativa a *cuándo y cómo regular*, en lo concerniente al campo de la defensa de los consumidores.

Con abstracción de las cuestiones distributivas (tema no menor, pero que excede el alcance de este trabajo – no mi preocupación –), la decisión ordinariamente se concentra en algunas pautas de sencilla enunciación: si el problema no encuentra solución en el funcionamiento autónomo del mercado, y puede de algún modo mejorarse por una decisión pública que no introduzca superiores distorsiones que las que procura corregir, parece indudable la conveniencia de actuar en tal sentido.

Asumida la conveniencia de la regulación, la cuestión se traslada a la herramienta o mecanismo a utilizar. En este estadio la pregunta sería *cómo* regular. Y la elección y diseño del instrumento es crucial, dado que si se dispone de una gama de posibilidades institucionales, algunas seguramente no serán directamente adecuadas – sea porque no corrigen lo que se pretende o porque introducen distorsiones superiores – y de las restantes, algunas serán mejores que otras.

Estas pautas son tan generales que corren el riesgo de parecer vacías, o insusceptibles de constituirse en guías para la acción. Para su operatividad exigen ser complementadas por una secuela de particularizaciones y una adecuada ponderación de situaciones y datos empíricos.

En lo concerniente a las consecuencias de la muy imperfecta información de los consumidores acerca de los atributos de los bienes que pueden adquirir, la solución no es muy sencilla y – además del control directo de calidad por una agencia pública – varias herramientas “de derecho privado” parecen competir para regular la cuestión. Estas son, en concreto, la responsabilidad civil por defectos de los productos, la imposición estricta del deber de información hacia el fabricante o vendedor, la tradicional garantía por vicios redhibitorios u ocultos, y las garantías legales, obligatorias, implícitas o presuntas.<sup>23</sup>

23 La ley argentina 24.999 de 1998, introdujo una modificación en el art. 11 de la ley 24.240, (Ley de Defensa del Consumidor), por la cual, en su parte sustancial quedó redactada como sigue: “*Garantías*.”

Esta última institución consiste, resumidamente, en una garantía, en general de reposición (por oposición a garantías de devolución de dinero) que se impone coercitivamente – por vía legal – al fabricante y/o vendedor de productos durables, por un período de tiempo que suele oscilar entre los tres y seis meses. La garantía se resume en la obligación de reparar el bien o sustituirlo por otro que funcione de acuerdo a las prestaciones esperables, para un artículo de la clase del que se trate, a cargo del obligado y no puede ser renunciada por convenio de partes.

A continuación intentaré identificar algunas pautas relativas al estudio económico del efecto de esta clase de garantías en el marco expuesto y con las finalidades antes apuntadas.

### 3.1 HETEROGENEIDAD E INFORMACIÓN

De modo inicial, parece claro que la imposición coactiva de una garantía legal tiende a aliviar los problemas que acarrea la heterogeneidad de los bienes, pero de modo limitado y con características particulares.

Comparando un mercado en el cual no existen garantías obligatorias ni ninguna otra restricción institucional asimilable, con otro en que estas sí estén vigentes, parece razonable concluir que el segmento de bienes de *peor* calidad del

---

*Quando se comercialicen cosas muebles no consumibles, artículo 2325 del Código Civil, el consumidor y los sucesivos adquirentes gozarán de garantía legal por los defectos o vicios de cualquier índole, aunque hayan sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato, cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado y su correcto funcionamiento. La garantía legal tendrá vigencia por tres (3) meses a partir de la entrega, pudiendo las partes convenir un plazo mayor...* Brasil, en su Código (art. 18 y concs.), cuenta con un dispositivo asimilable, aunque con una regulación más amplia y detallada. Se instituyeron mecanismos análogos en la Ley Ecuatoriana de 1990 (art. 11 concs.), con vigencia de la garantía durante “...un tiempo razonable...”, la ley Federal Mexicana (art. 79 y concs.) aunque con remisión a otras disposiciones, el decreto 3466 de 1982 de Colombia (art. 11, y concs.) en este caso haciendo referencia a las condiciones señaladas en el registro o licencia, o las normas técnicas oficiales. Entre las normativas más recientes proveen garantías de esta clase la Ley Chilena número 19.496 (art. 19 y concs.) y fuera del ámbito regional la reciente Ley 11 del 5 de diciembre de 1998, para la defensa de los Consumidores y Usuarios de Castilla y León (España), en su artículo octavo. En el derecho Norteamericano, el Uniform Commercial Code provee una “warranty of merchantability” a veces también denominada “warranty of fitness”, tendiente a que el producto pueda comercializarse sin objeciones y sea apto para su uso ordinario. El Código permite desentenderse de esa garantía a los vendedores por pacto expreso, pero dicha posibilidad (“disclaimer”) está prohibida por ley en varios estados y la exclusión es declarada inválida por muchos pronunciamientos judiciales. Al respecto PRIEST, G., “A theory of the consumer product warranty”, The Tale Law Journal, Vol. 90, N° 6, mayo de 1981, pág. 1343 y ss. Se ocupan también del tema HOLDYCH, T., y MANN, B., en “The Basis of the Bargain Requirement a Market and Economic Base Analysis of Express Warranties – Getting What You Pay For and Paying for What You Get”, en Depaul Law Review, vol. 45 (1996), pág. 781 y ss.

primero mostrará una gran heterogeneidad en cuanto a sus atributos y específicamente, a su durabilidad y aptitud funcional. Existirán productos que directamente serán inaptos para la función que aparentemente ostentan, otros que durarán un día, otros dos, etc. En el segundo término de la alternativa –mercado con garantías legalmente impuestas– el productor se verá incentivado a producir artículos con un estándar mínimo: aptitud para el uso aparente y duración por el plazo de la garantía. En consecuencia, podrá advertirse una tendencia hacia la homogeneidad particular del “*piso*” del mercado, cercano o por encima al estándar de duración y aptitud determinado por la garantía.

Mientras en el primero la durabilidad y funcionalidad de los “*peores entre los peores*” productos tenderá a cero, en el segundo, tenderá a situarse en el mínimo previsto por la garantía.<sup>24</sup>

Cuando nos referimos a la homogeneidad, podemos hacerlo en un doble sentido. Se puede hablar de homogeneidad de los bienes de un mercado, ofrecidos por distintos vendedores o también de homogeneidad en el seno de una clase de bienes ofrecidos como idénticos entre sí por un mismo vendedor. Como se vio más arriba, la homogeneidad, en este último sentido, resulta ser un atributo valioso para ambas partes del intercambio,<sup>25</sup> y guarda una relación íntima con la información, en cuanto a la segunda es función de la primera. Si bien es analíticamente imaginable un esquema en el cual se ofrezcan bienes absolutamente homogéneos y la información de los compradores fuera absolutamente nula, es una aserción empírica, pero difícilmente refutable que un incremento en la homogeneidad tiende a producir un incremento en la información disponible. Un comprador que sabe que un artículo es idéntico a un grupo de unidades del mismo género, tiene la posibilidad temporal de haber comprado ya otro que le haya proporcionado información sobre sus atributos<sup>26</sup> y pudo haber conocido sus ventajas, defectos y riesgos, que se repetirán en idéntica cantidad y calidad en el

24 Puede alegarse que también existirán bienes de durabilidad *cero*. Pero si la obligación legal es sustituirlos, la compra de uno de esos bienes no será una transacción concluida, sino hasta que la reposición o reparación esté cumplida, y los bienes de tal calidad, en consecuencia, serán desplazados del mercado. La transacción, definida así, culminaría siempre con un bien de la calidad mínima consistente con la prescrita por la garantía.

25 BARZEL, Y., Ob. Cit. Pág. 7 y ss.

26 Ver HADFIELD, G.K., y HOWSE, R., y TREBILCOK, M.J., Ob. Cit. pág. 155. Sin embargo, es necesario destacar que la repetitividad o frecuencia de adquisiciones, en un mercado real, no es conjugable a modo de una variable discreta, que pueda darse o no *in integrum*, sino que distintos grados de frecuencia en la adquisición, en combinación con otros factores (v.g. dispersión de calidades), pueden dar por resultado conclusiones muy diversas sobre su valor y función.

nuevo bien que ahora decida comprar. Su conocimiento puede también provenir de la experiencia ajena: los sucesivos empleos del bien adquirido que hagan otros consumidores y la información que transmiten por vías informales, al potencial comprador, incrementará su caudal de conocimientos sobre los atributos del bien a comprar.

Por oposición, la heterogeneidad limita estas dos fuentes informativas. Nada o poco aportará la frecuencia de compra de productos de la clase del deseado, en cuanto “*ex hipótesis*” persistirá la incertidumbre con relación a los atributos concretos que pueda presentar la nueva unidad a adquirir. La información derivada de las sucesivas adquisiciones (propias o ajenas) se limitará en el mejor de los casos a revelar probabilidades estadísticas (de partición de productos aptos, inaptos y poseedores de tal o cual atributo) cuya relevancia decrecerá cuanto más heterogéneos sean los bienes considerados. Y, en un entorno de alta heterogeneidad, el relevamiento, que pueda realizar el consumidor (forzado y a su costa), producto de adquisiciones sucesivas o comentarios informales, nunca abarcará una muestra suficientemente relevante como para producir resultados estadísticos aceptables.

La comparación entre un mercado con garantías legales y otro sin ellas, en definitiva, parece concluir en una alternativa que presenta en un extremo una limitación entre la gama de opciones de calidad inferior, pero con información poco costosa y abundante acerca de la calidad mínima de los productos incluidos en ese peor segmento y otro con una cantidad y dispersión mayor de opciones de diferente calidad, pero con información de muy alto costo para los consumidores como para poder discriminar consistentemente tales posibilidades.

La combinación ideal (gran variedad de productos de inferior calidad y abundante información de bajo costo que permita seleccionarlos de acuerdo a esas bases) no parece posible. La tensión se produce, en consecuencia entre la *duración esperada* del producto y la *duración real* del mismo, dando por resultado una brecha entre expectativas y resultados de las decisiones. Si el plazo de las garantías no excede en general el plazo mínimo de duración esperable por los consumidores (en ausencia de imposición de garantías) pareciera que su introducción no será mayormente distorsiva y si, por el contrario, beneficiosa en punto de

incremento de información disponible a bajo costo sobre el aspecto en estudio<sup>27</sup> y la consiguiente aproximación entre las expectativas mínimas – que fundaron la decisión de los consumidores – y la calidad efectivamente obtenida.

### 3.2 GARANTÍAS Y OPORTUNISMO

En un sentido próximo, pero estrictamente superpuesto, puede estudiarse la función de las garantías con relación al oportunismo. Señala Posner,<sup>28</sup> que la principal función del derecho de contratos – a su entender y desde Hobbes – es disuadir a las personas de comportarse de modo oportunista hacia sus co – contratantes, para incentivar el rápido desenvolvimiento de la actividad económica y para obviar costosas medidas de autoprotección. Y que además posee otra función íntimamente relacionada con la primera, que es completar el contrato, interpolando entre sus cláusulas condiciones implícitas.<sup>29</sup> Excede notoriamente el propósito de este trabajo un tratamiento detallado del análisis económico del derecho de contratos en general.

En lo que nos ocupa, simplemente, cabe observar que la compraventa estandarizada de productos de consumo masivo, resulta siempre un contrato altamente incompleto. Una parte paga y recibe el bien, y la otra, cobra y lo entrega. No existe un acuerdo explícito, en el cual cada uno de los agentes haya previsto todas las contingencias posibles, lo cual no es malo en sí mismo. Sería impensablemente costosa una venta negociada de cada artículo, que requiriera la redacción de un instrumento particular previendo todas las contingencias que pudieran afectar las obligaciones asumidas. Esta circunstancia es la obvia base de la contratación según modelos uniformes que impera obligaciones asumidas. Esta circunstancia es la obvia base de la contratación según modelos uniformes que imperan en el mercado de los bienes de consumo masivo.

27 Podría pensarse que la solución óptima sería un plazo de garantía diferente para cada producto. O todavía, uno diferente para cada consumidor, que hiciera coincidir las expectativas que motivaron su decisión, con la duración y funcionalidad que efectivamente se garanticen. Ello determinaría una gama casi infinita de subcategorizaciones dentro del campo de los bienes abarcados por las garantías. Pero, como es evidente, esa subcategorización tendría un costo prohibitivo (no solo por la información que debería obtener y la actividad a desarrollar por el decisor público, sino por el margen de la ineficacia derivado de la imposibilidad, para los consumidores, de conocer toda la regulación, a costo razonable, que les impediría ajustar sus expectativas mínimas a los plazos legales). La mejor solución practicable, en consecuencia pareciera ser establecer sólo una o unos pocos plazos, aun cuando esta solución sea inadecuada para algunos casos particulares.

28 POSNER, R., "Economic Analysis of Law", cuarta edición. Boston – Toronto – London, 1992, pág. 91.

29 POSNER, R., Ob. Cit. pág. 93

Si nos centramos en una relación particular, en consecuencia, veremos que alguien aparece comprando y alguien vendiendo. Pero esa transacción se integra por otras cláusulas implícitas.<sup>30</sup> En lo concreto, cuando se compra una licuadora queda implícito que se está intercambiando un aparato que sirve para licuar ciertos alimentos, repetidamente – en más de una oportunidad – y de acuerdo a ciertas modalidades socialmente difundidas, a cambio de una suma de dinero. Si el vendedor entrega un producto que no cumple con tales circunstancias (que nunca sirvió para licuar o que sólo funcionó por un período inferior al esperable) “*de buena fe*”, y retiene para sí el dinero recibido, no hace más que observar un comportamiento oportunista, promete algo que no entrega y recibe el mismo beneficio que si lo hubiera entregado.

En esta hipótesis, si las condiciones de competencia del mercado no “*castigan*” su comportamiento, la ausencia de garantía será un incentivo a favor del oportunismo, si un agente incumple sus compromisos sin consecuencias y con el mismo beneficio que cumpliendo (por hipótesis), se verá alentado a no cumplir.

Podría, sin embargo, introducirse un nuevo elemento en el análisis. Sería posible entender que el comprador, que sabe que el producto carece de garantía, compra una licuadora que sirve para sus fines aparentes, pero asumiendo una cuota de riesgo de que no sirva, y que consintiendo esas condiciones, está dispuesto a pagar el precio que paga. En esta interpretación, el vendedor no incumpliría en modo alguno el contrato por el hecho de que el producto no funcionara o dejara de hacerlo, dado que esa contingencia, no sería más que la actualización del riesgo asumido por el comprador y “*descontado*” del precio. Pero esta afirmación sería verdadera en tanto y en cuanto el riesgo asumido por el comprador coincidiera con el riesgo real del producto. Al menos dos factores inciden en la consideración práctica de este aspecto, en combinación o integradas a las cuestiones de información ya apuntadas.

En primer lugar, en el segmento de mercado de calidad inferior, el valor de esos productos se verá incrementado (como antes lo esboqué), por una *externalidad positiva* generada por la existencia en el mercado de bienes de calidad superior. El valor aparente de los peores productos, en términos generales, será superior al real, por esa derivación. En segundo término, persiste todavía la posibilidad de

30 *Ibíd.* pág. P1. En cuanto al contenido jurídico de los contratos, su completitud y la interpretación de sus disposiciones implícitas y explícitas hice referencia al punto en ACCIARRI, H., “*Negocios atípicos predispuestos. La integración y calificación del contrato*”. La ley, tomo 1994 – E, pág. 433 y ss. Y “*Contratos clásicos y predispuestos al contrato como estatuto*”. La Ley, tomo 1995 –E, pág. 280 y ss.



la tendencia psicológica a la *subestimación de riesgos* comentada precedentemente, que, por hipótesis, se plantea significativamente en los artículos de calidad inferior.

En consecuencia, en esta versión refinada, si el riesgo real es superior al riesgo asumido (y asumible) por el comprador – por los motivos apuntados – el vendedor incumplirá los términos *esperables* del contrato. Y si ese incumplimiento no le acarrea consecuencias (de mercado o de derecho), se verá incentivado a tal oportunismo. En este sentido, parece razonable entender que una garantía legal, constituirá un desincentivo a ese género de conductas oportunistas, en cuanto tienda a hacer coincidir lo implícitamente ofrecido, con lo efectivamente vendido.

### 3.3 LOS PROBLEMAS DE SELECCIÓN ADVERSA. GARANTÍAS Y SEÑALIZACIÓN

En un mercado con bienes de calidad diversa, los productores o vendedores de productos de calidad superior pueden decidir no enviar señales ofreciendo garantías voluntarias, a fin de distinguir sus productos y evitar la selección adversa. Tal función señalizadora, constituye la explicación del ofrecimiento de garantías voluntarias, según una importante corriente. Esas garantías pueden ser tenidas en cuenta por el consumidor al tomar sus decisiones y si fuera así, contribuirán a que la empresa que las provea aumente su participación en el mercado. Sin embargo, si se presenta el fenómeno de desinformación y subestimación de riesgos ya aludidos, el grado relevante, los consumidores no reaccionarán de la forma esperada frente a la señal y por lo tanto, las empresas carecerán de incentivos suficientes para ofrecerlas y tomar medidas tendientes a evitar fallas de calidad.<sup>31</sup>

Frente a este problema y en relación con la posibilidad de señalar el mercado, pareciera claro que la garantía legal, en tanto alcanza a todos los bienes, no cumple un rol señalizador idéntico al que cumplirían las garantías voluntarias; proporciona señales sobre atributos generales de los bienes (funcionamiento de acuerdo a su naturaleza, por el plazo establecido), pero no diferencia un producto de otro. No obstante, tampoco restringe en demasía la posibilidad de señalización voluntaria, en cuanto admite cualquier ofrecimiento facultativo por encima del “ *piso* ”.

En supuestos como el descrito, la garantía obligatoria no solucionará por sí el problema de selección adversa. Sin embargo, parece razonable afirmar que

31 SHAVELL, S., Ob. Cit. Pág. 60

inducirá una suba del “*piso*” de calidad de los bienes intercambiados, que limitará el sesgo que – en las condiciones analizadas – se produciría hacia los bienes de calidad inferior, en cuanto la institución tiende a eliminarlos del mercado.

Contra la corriente que intenta explicar el funcionamiento de las garantías a través de su función de señalización, surge la posición que entiende que las mismas deben entenderse a la luz de otras premisas. Así, las garantías (voluntarias) se explicarían consistentemente a través de la *inversión* que las partes del contrato (vendedor y consumidor) deben efectuar en aseguramiento o para lograr la óptima durabilidad del producto.<sup>32</sup>

Resumidamente se razona del modo que sigue: en el primer aspecto, asegurar contra un riesgo, es realizar una redistribución temporal entre períodos en los cuales no se verifica el riesgo y otros en los que efectivamente ocurre. Esto llevaría a pagar una prima para cubrir el riesgo previsto. Esa prima la puede pagar el vendedor, como de hecho lo hace en el sector cubierto por la garantía. Podría también el consumidor decidir pagarla por sí mismo. Pero ocurre que (en ciertas condiciones) los costos de transacción que deba asumir este último, serán relativamente muy superiores a los que deba soportar el vendedor para esos mismos fines. Apreciada la misma cuestión desde el restante punto de vista, se observa que para lograr la durabilidad óptima de un bien se requerirán inversiones en reparación, precauciones y cuidado. Algunas de ellas serán más baratas para el consumidor, que para el vendedor, como ocurre con el caso de las precauciones necesarias para no usar un bien en empleos irrazonables. En otros muchos casos, la situación será exactamente la contraria y será más barato reparar los desperfectos para el vendedor. Una garantía óptimamente diseñada, en consecuencia, cumpliría la función de distribuir las responsabilidades entre las partes, de modo que cada una de ellas soporte aquellas contingencias que le demanden una inversión relativamente menor. La discriminación de dichas contingencias comprende limitaciones temporales (durante un período de la vida útil – el de la garantía – las soporta el vendedor y luego el comprador) y concernientes a riesgos particulares (v.g. los relativos al uso previsible son para el vendedor y los generados por usos que atiendan a fines particulares, pero que no pueden preverse de modo barato para el vendedor serán a cargo del consumidor). En estas condiciones, el comprador apreciará adquirir un producto con un atributo adicional (esa especie particular de seguro) que *se le ofrecerá a menor costo que el que le representaría afrontar directamente los riesgos correspondientes*. De este modo se intenta explicar por qué

---

32 PRIEST, G., Ob. Cit.

se ofrece garantía por un período reducido, cuando en realidad la duración media de los bienes es superior, y por qué la garantía abarca determinadas situaciones y no otras (reparaciones intentadas por el consumidor, uso ajeno al normal, etc.). Esta posición parte de algunas suposiciones relativas a la suficiente información en poder de las partes, que influyen de modo importante en las conclusiones a las que arriba.

Analizadas desde ese punto de vista en combinación con un entorno de información imperfecta, las garantías legales (un período relativamente corto y con ciertas particularidades) serían una solución conveniente. Esto es así, porque en un escenario de información perfecta, los vendedores ofrecerían voluntariamente garantías, en todos los casos: al menos para algunos riesgos y por algún tiempo, en general, podrían necesitar invertir menos para mantener la durabilidad del bien que los compradores. Los compradores a su vez sabrían que si ellos asumieran esa clase de riesgos, deberían invertir más que el vendedor para subsanar sus efectos, y por lo tanto, estimarían la garantía como un atributivo valioso. Pero nuevamente (como se insinuó precedentemente) si los compradores a causa de las deficiencias de información no pudieran apreciar la concesión de garantías como un tributo valioso, los vendedores carecerían de incentivos para otorgarlas, arribándose a una solución sub – óptima: no se distribuirían los riesgos a aquellos que pudieran cargar con ellos del modo más barato, sino que *se asignarían todos a una sola parte (el consumidor) para quien el efecto de muchos de ellos será relativamente muy costoso*. Es claro que todos los bienes difieren en riesgos y en particularidades y que un diseño óptimo de garantías exigiría contar con una muy extensa subcategorización.<sup>33</sup> Pero dados los costos implicados la solución unitaria y breve podría ser la alternativa empíricamente más aceptable.

### 3.4 IMPOSICIÓN DE GARANTÍAS LEGALES Y ALZA DE PRECIOS

Un argumento fácilmente esgrimible contra este tipo de instituciones, estaría centrado en la suba de precios que la regulación implicaría. Se suele discurrir como sigue: si un vendedor está dispuesto a un vender un precio  $p_1$  un producto, si debe además agregarle otro atributo – que le implique un costo – como es la garantía, sólo estará ahora dispuesto a venderlo a un precio  $p_2$ , superior a  $p_1$ . Ese precio superior restará posibilidades a algunos consumidores (los más pobres) de acceder al producto; podrán pagarlo al precio  $p_1$ , pero no a ese nuevo – y artificialmente incrementado – precio  $p_2$ .

<sup>33</sup> Ver al respecto lo expuesto en nota 23.

La comparación, no obstante, no es tan simple y debe efectuarse no únicamente teniendo en consideración *precios explícitos*, sino *costos totales*. La opción por el producto sin garantía y de un precio aparentemente más bajo podría incluir como costo oculto, un nivel de riesgo que asumirían los compradores (necesariamente), pero que podría no haber sido tomado en cuenta al momento de decidir la compra, produciéndose un ineficiente nivel de adquisición de tales productos de inferior calidad.<sup>34</sup> Resulta demasiado simplista pensar que un producto que se ofreció a \$10, con garantía *cuesta* siempre más al comprador que otro que se le ofrezca a \$7, pero sin garantía. La inclusión en el cálculo del riesgo del segundo podrá dar por resultado un costo “*real*” total, inferior, igual o superior al primero, dependiendo de la magnitud del riesgo, construida por la frecuencia de aparición de las disfunciones y la gravedad de las mismas.<sup>35</sup> Si ese factor integrante del costo no es ponderado adecuadamente por los compradores, igualmente deberán “*pagarlo*”, pero no habrá influido en su decisión de compra. De allí la verificación de un nivel ineficiente de compras de esos productos y una distorsión competitiva con relación a sus sustitutos más seguros o de calidad superior.

Una inadecuada evaluación de las situaciones esbozadas induce a errores tales como creer que los consumidores están beneficiándose por compra productos “*más baratos*” (cuando, como se vio, pueden no serlo). “*deciden*” asumir riesgos (lo que puede no verificarse), o que se trata de fallas de mercado que se corregirán espontáneamente por efecto de la competencia (lo que, ante algunas circunstancias de hecho, no será posible). Asumiendo estas bases, cualquier análisis que intente decidir acerca de la bondad de la institución y su correcto diseño, deberá ponderar todos los factores expuestos, y contrastar los efectos que puedan esperarse de su imposición, con las consecuencias previsibles de otras instituciones alternativas.

#### **4. GARANTÍAS LEGALES VERSUS DEBER DE INFORMACIÓN. GARANTÍA TRADICIONAL POR VICIOS REDHIBITORIOS, Y RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS**

El efecto de las garantías legales en el marco de análisis expuesto puede compararse con el de las otras instituciones. Excluyendo, como lo propone inicialmente, la posibilidad de controles directos de calidad de los bienes durables,

34 POSNER, R., efectúa interesantes consideraciones en varios capítulos. Ver Ob. Cit. Pág. 175 y ss.

35 Para un análisis del punto, ver SCHMID, A., “*Property, Power and Public Choice an Inquiry into Law and Economics*”, 2<sup>nd</sup>. Ed. 1987, pág. 104.

por vía administrativa (y de autorización o prohibición de circulación por meras cuestiones de calidad), quedan en pie todavía varias instituciones tradicionalmente integrantes del derecho privado, que podrían competir con la institución.

Trataré a continuación, brevemente, algunas de esas posibilidades.

#### 4.1 GARANTÍAS LEGALES Y DEBER DE INFORMACIÓN

Podría pensarse, inicialmente, que la imposición suficientemente rigurosa del deber de información, por vía legal o por interpretación judicial, supliría con ventaja las funciones informativas de la homogeneidad. Si los consumidores contaran con información perfecta sobre cada producto, la homogeneidad no sería un atributo deseable, ya que podrían elegir perfectamente entre bienes distintos, ofreciendo distintos precios. No se cercenaría la variedad de productos en el segmento inferior del mercado y además, se contaría con información suficiente.

Ocurre que la posibilidad analizada, como ya lo insinuara, llevada a los hechos, y empleada como único remedio resultaría enormemente más costosa que la aludida homogeneidad. Ello parece muy evidente apenas se intente esbozar una situación práctica de esa clase. Antes de cada venta debería proveerse un prospecto con informaciones sobre cada producto (no sólo sobre el que se desea vender, sino sobre todos los competidores y sustitutos) o impartirse un pequeño curso que explicara todas sus características, y revelara toda cualidad o atributo que pudiera resultar valioso o disvalioso para un comprador, incluyendo hasta los datos más extremos sobre comportamientos futuros esperables, rendimientos comparativos, etc. Y todavía, semejante caudal de información debería poder ser adquirido por el comprador a un costo aceptable. En este sentido, además de la obvia incidencia del tiempo en la captación de conocimiento, que importa, por sí, un costo, restaría también otro problema, que es la necesaria posesión de conocimientos previos que permitieran *asimilar* la información específica. Este punto (el *procesamiento* de la información) constituye una de las causas de asimetría informativa – que se da entre los productores profesionales de bienes o servicios con relación a los consumidores profanos – de más difícil superación.

Cada información requiere un cúmulo de *conocimientos previos* básicos, sin los cuales carece de utilidad.<sup>36</sup> Lo expuesto, puede ejemplificarse, tomando como

36 En un texto humorístico, Umberto Eco, con ironía, extrema las posibilidades de esta característica del proceso de aprehensión de información y denota el cúmulo de informaciones implícitas que se requieren para transmitir y entender aun las más simples. Ver: Eco, U., "Cómo presentar en televisión", en "Segundo Diario Mínimo", Lumen, Barcelona, 1994, pág. 163.

referencia el mercado automotriz, en el cual es frecuente que se publiciten tales como el sometimiento a proceso de cataforesis o el empleo de doble árbol de levas, transmisión de esos datos aislados proporciona un caudal distinto de información a un consumidor medio que a un especialista. Esa información puede ser fácil de transmitir (poco costosa), pero su comprensión cabal requeriría un proceso previo de costo probablemente prohibitivo. Y finalizando con una revisión ligera, quedará vigente aún la cuestión relativa a la *confianza* en esa información transmitida por el vendedor al comprador. Es claro que se trata de partes con intereses encontrados; y que la información transmitida no va ser creída sin costo, de modo inicial y en todos los casos.

En comparación, la información implícita en esa homogeneidad particular que provee una garantía legal, es abarcativa de fácil aprehensión y, de alguna manera “*garantizada*”. Al decir que un producto será apto para su uso durante un lapso mínimo se afirman implícitamente infinitas circunstancias negativas y positivas que pueden incidir en ese resultado que no es necesario informar en detalle ni conocer y que resultan confiables.

La misma comparación – salvo, quizás en lo relativo a la confiabilidad y parcialidad de la información, lo cual también es dudoso – puede efectuarse entre la garantía legal y la información que pueda proporcionar una agencia gubernamental destinada a ese fin.

## **4.2 GARANTÍAS LEGALES Y VICIOS REDHIBITORIOS**

La institución de vicios ocultos o redhibitorios es de raíz romana y se encuentra en todas las legislaciones modernas que siguen esa tradición. Se llaman *vicios redhibitorios* (o simplemente “vicios ocultos”) los defectos ocultos de la cosa existente al tiempo de su adquisición que le hagan impropia para su destino, o que incidan en la aptitud de la misma para su uso, de tal modo que el adquirente no la habría adquirido o habría pagado menos por ella de haberlos conocido. Ante su aparición, se le otorga al comprador dos posibilidades: puede pedir la reducción del precio – restituyéndosele parcialmente lo pagado – o bien, dejar sin efecto el contrato, entregando la cosa y solicitando se le restituya totalmente lo que pagó. El plazo de ejercicio de las acciones es, en general, breve.

Este régimen tiene diferencias en cuanto a lo que hoy entendemos como una garantía legal de la clase que nos ocupa. En su reclamación judicial se admite el debate acerca de si los vicios eran ocultos, si su magnitud es suficiente o no

determinar la resolución del contrato de compraventa y se debe decidir a cuanto (si no se consideran tan importantes como para habilitar la solución precedente) debe ascender la rebaja. Puede también renunciarse a la responsabilidad que se derive de la existencia de los mismos por convenio, situación que motiva el conocido espectro de posibilidades acerca de la interpretación y eficacia de la renuncia.

No obstante su complejidad, su ausencia de una regulación específica esta institución ha sido esgrimida de modo innovativo para integrarse al campo de la defensa del consumidor. En Francia por ejemplo, los principales autores en la materia directamente denominan “*garantía legal*” a la protección civil por vicios ocultos.<sup>37</sup> Lo más interesante sobre este punto es estudiar la evolución de la jurisprudencia sobre las normas del Código Francés del siglo XIX,<sup>38</sup> aún vigente. En general, se ha producido un claro afinamiento de la responsabilidad de los vendedores derivada de esta clase de vicios. Las vías han sido aligerar la carga probatoria del comprador, dilatar el campo de lo que se considera vicios ocultos, nulificar los pactos por los cuales los vendedores se eximían de esta responsabilidad. etc. Se llegó en consecuencia a construir por todas estas vías indirectas, una institución de características muy similares a la que se propone.

Esto da pie a otra observación. ¿Para qué sirve, entonces, dictar una norma especial? La respuesta es, sencillamente, *para disminuir los costos de transacción*. No merece mayores reflexiones la afirmación de que los costos de transacción decrecen cuando decrece la incertidumbre.<sup>39</sup> En esta materia el rango de incertidumbre de contar únicamente con la legislación civil tradicional interpretada de modo *aggiornado* no deja de ser elevado. El costo operativo y la incertidumbre derivadas del proceso civil respectivo antes reseñadas, tornan generalmente ineficaz esa posibilidad. Esa misma incertidumbre, constituye también un problema de información previo a la propia decisión de comprar. Las partes no sólo tendrán

37 No es unánime la opinión respecto del modo y época de su aparición en el derecho primitivo. Cicerón (*De Offic. III – 16*) habla de la extensión jurisprudencial de una disposición de la Ley de las XII Tablas. Lo cierto es que con claridad en la época clásica existieron las acciones *redhibitorias* y *quam minorio*.

38 CALLAIS – Autoy J., y STEINMETZ, F., de la *Consonnation Dalloz* 1996 (4ª ed.) pág. 220.

39 Evidentemente nos referimos a los costos de transacción relacionados con la transacción que se tome como referencia del análisis. Acerca de la relatividad de toda determinación de costos de transacción, ACCIARRI, H., y CASTELLANO, A., “*Costos de Transacción: un análisis sobre el alcance del concepto y sus consecuencias*”, ponencia presentada ante la “IV Conferencia Anual de la Asociación Latinoamericana de Derecho y Economía”, que se llevó a cabo en Quito, Ecuador, del 15 al 17 de junio de 1998. Sobre los modernos criterios de definición de costos de transacción pueden verse con provecho en BARZEL, Y., Ob. Cit., y ALLEN, D., “*What are Transactions Costs*”, en *Research in Law and Economic*, vol. 14 (1991), pág. 1 y ss.

dudas sobre el resultado de un juicio planteado, sino que carecerán de suficientes datos disponibles acerca del alcance de los costos que asumen al momento de comprar y vender, ante la incertidumbre relativa a la resolución final que podría recaer sobre cada uno de los puntos señalados.

Es por estas circunstancias que una norma clara, sencilla, y fácilmente difundible como la imposición de garantías legales, parece preferible - más barata, en la relación de costos y beneficios sociales - a dejar el tema sometido al campo del derecho general y la interpretación más o menos generosa de los Tribunales. A la misma conclusión acerca de su preferibilidad arriban algunos autores franceses, aunque empleando una lógica distinta. Así, se aboga por la conveniencia de una norma clara, como la propuesta por la Comisión de Reformas de 1990.<sup>40</sup> Sólo cabría agregar, desde el punto de vista económico, que en los mercados europeos muchos de los problemas planteados encuentran su solución en la competencia y en las relaciones no coercitivas establecidas entre las empresas y las organizaciones de consumidores, por lo cual posiblemente, la relevancia de las cuestiones implicadas es bastante mayor en los países en desarrollo.

### 4.3 GARANTÍAS LEGALES Y RESPONSABILIDAD CIVIL

El tema de los defectos de las cosas vendidas puede ser abordado también desde el punto de vista de la responsabilidad civil. Técnicamente observado, de acuerdo a pautas jurídicas tradicionales, el problema puede reducirse a una cuestión de esta índole. Si lo que se entrega no es lo que (explícita o implícitamente) se prometió, se dará un incumplimiento contractual, generador de responsabilidad. Así el consumidor - comprador se verá como víctima de un *daño*: las consecuencias que puede sufrir a causa de la ineptitud de cosa comprada para su destino, su incorrecto funcionamiento, o su duración inferior a lo esperable, ingresan en el concepto jurídico de daño. Este daño, de fuente contractual, no difiere, en sí, de los que le produciría, por ejemplo, una explosión del producto, que lo lesionará físicamente. En ambos casos, a causa de la cosa adquirida (por hipótesis) m sufrirá un detrimento, un perjuicio en su patrimonio.<sup>41</sup> El comprador que entendió, e implícitamente pactó, que compraba un artículo que funcionaría correctamente durante al menos un tiempo será "*menos rico*" tanto si pierde un ojo por la explosión - disminuyéndose su capacidad productiva - como si su aparato deja de funcionar prematuramente. En ambos casos, experimentará una

40 CALLAIS - AUTOY J., y STEINMETZ, F., Ob. Cit. Pág. 223, nota 3.

41 Para simplificar el tratamiento intento obviar toda referencia a daños extrapatrimoniales.



disminución patrimonial con relación a lo esperable, causada por el producto. En algunas jurisprudencias – por ejemplo, en la española – se ha concedido la posibilidad de acumular una acción por responsabilidad contractual a la de vicios ocultos, buscando escapar del corto plazo de esta última. Otras, como la argentina, son más reacias a estas soluciones.

Planteado en estos términos, sé con claridad que la superposición posible de instituciones no es total, sino parcial. Las garantías legales a la manera de las de arriba definidas, no compiten *in toto* con la responsabilidad civil, en cuanto no inciden sobre el mismo campo de daños. Nadie pensaría en ofrecerle al consumidor que pierde un ojo por la explosión de un artefacto, otro producto que funcione correctamente. Es claro que la responsabilidad civil, en cuanto a su subsistencia general no se ve afectada por la imposición de garantías de esta clase.<sup>42</sup>

La superposición, por el contrario, se produce sólo en un sector particular, y restringido, determinado por la diferencia entre la calidad esperable al decidir y la obtenida al comprar, pero con abstracción de otro daño que dicha calidad menguada hubiera podido producir (a la salud del consumidor o terceros, a otros bienes, etc.).<sup>43</sup> El daño, aquí, se limita al sufrido con relación al propio bien comprado y si tuviera que estimarse se valoraría tomando en consideración la diferencia entre el precio del bien efectivamente adquirido y otro idéntico de la calidad media esperable. La responsabilidad civil seguirá ocupándose únicamente de los sectores excluidos en esa superposición mientras que las garantías simplemente operarían en el campo limitado a las diferencias de bienestar que implique para el consumidor comprar una cafetera que funcione ordinariamente durante un tiempo mínimo previsible y otra que no cumpla tal expectativa.

En ese pequeño sector, la responsabilidad civil muestra problemas similares a los expuestos con relación a la regulación de vicios redhibitorios: reclamación por vía judicial, apertura de costosos debates, incertidumbre, etc. Parece, por las mismas razones, preferible la alternativa del reemplazo o reparación del producto, superadora, al menos de algunos de esos problemas.<sup>44</sup>

42 No es tema de este trabajo debatir la conveniencia ni modalidades de la responsabilidad civil en general ni en el sector productos. De allí la información acerca de la subsistencia general de esa institución.

43 Dada la dispersión terminológica existente al respecto, no emplearé para definir la situación, rótulos “daño intrínseco” o “daño directo” que podrían inducir a confusión.

44 Efectúan una comparación entre garantías de restitución de dinero y de reemplazo MANN D., y WISSINK, J., en Ob. Cit. La cuestión merece alguna consideración ulterior a la de datos empíricos. Algunas legislaciones conceden la opción entre ambas posibilidades del consumidor.

## 5. REFLEXIONES FINALES

El desarrollo precedente intentó poner de manifiesto algunas pautas generales que concurren a la justificación teoría de la regulación de defensa de los consumidores. Dentro de este marco se expusieron – también de modo somero – los efectos económicos de una institución pasible de servir como instrumento para ciertas finalidades específicas, comparándosela con otras herramientas legales disponibles para objetivos asimilables o próximos. Todo esto, a fin de procurar una evaluación comparativa de la institución en cuanto a su aptitud para ser incluida entre las alternativas utilizables dentro de una política de armonización de legislaciones internas o de coordinación constitucional cuya conveniencia ante las tendencias mundiales vigentes parece indudable.

Las afirmaciones que se vertieron son en todos los casos meramente aproximativas, dada su generalidad, y controvertibles o superables, como toda proposición de las ciencias fácticas, entre las cuales se incluyen las concernientes al comportamiento humano y a la sociedad. Sin embargo pareciera aconsejable, como punto de partida de cualquier línea de política integrada que se intente, adoptar algunas premisas rectoras. En ese sentido, resulta insoslayable el estudio *consecuencial* de las instituciones a implementar, ponderando sus costos y beneficios sociales. Esta evaluación es válida tanto en lo concerniente a la opción entre regulación y no regulación como dentro de la primera posibilidad – cuando se estime superior – observando el funcionamiento real y concreto de los dispositivos a adoptar y su consistencia con los objetivos previstos (inmediatos y finales), dentro del particular marco social e institucional en el cual deberán operar.



# EL VALOR ECONÓMICO DE LA CONFIANZA PARA EMPRESAS Y CONSUMIDORES

**Celia Weingarten<sup>1</sup>**

## **CONTENIDO:**

1. Introducción
2. El sistema social y la confianza
3. La confianza como superación de la incertidumbre y prevención de riesgos
4. Las conductas empresariales y la confianza de los consumidores
5. La confianza como modelo de operatividad en los negocios y la contratación con consumidores
6. La empresa y la ética hacia el consumidor
7. La defensa de la competencia y el cumplimiento de la ley de defensa del consumidor como modelos empresariales éticos y confiables
8. El valor económico de la confianza y la importancia como activo de la empresa
9. La protección jurídica de la confianza referenciada desde el consumidor. 10. La responsabilidad del Estado frente a los consumidores y usuarios por omisión del control en la generación de “falsa confianza”
10. Propuesta de formulación de valuación del daño a la confianza para consumidores

---

<sup>1</sup> Abogada y Doctora en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, codirectora de Carrera de Posgrado UBA. Coordinadora de carrera de Posgrado de la Universidad de Comahue. Profesora Adjunto por Concurso de Contratos Cíviles y Comerciales de la Universidad de Buenos Aires y Universidad de Belgrano. Subdirectora del Proyecto UBAC y T en Investigación Pedagógica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Conferencista Nacional e Internacional,

## 1. Introducción

La idea central de esta investigación es reflexionar sobre la **confianza**, como **valor económico** para empresas y consumidores, haciendo especialmente hincapié en la defensa de los derechos del consumidor.

Desde la década de los sesenta y especialmente desde el inicio de la posmodernidad, el **sistema** de producción de bienes y servicios de las **empresas** en particular invierten cuantiosas sumas de dinero en **estrategias de confiabilidad**, para abordar un posicionamiento en el mercado, que luego sirva para lanzar líneas de bienes y servicios complementarios o diferenciados de los que habitualmente producen o comercializan, incluso pensando también en revitalizar estas.

Por un lado se trata de darle **confiabilidad al sistema económico** en sí mismo como soporte del bienestar y otro individualmente; las empresas apuntan a que aquella confiabilidad se deslice hacia sus productos relacionándolos con la calidad de vida.

Esta generación de confianza, con herramientas específicas como la publicidad y el *marketing*, hacen que los consumidores y usuarios busquen determinadas marcas de bienes y servicios, así como empresas que comercializan determinadas líneas, en la idea que en tales circunstancias ahorran costos de información, mercadeo, etc.

Las empresas entonces de esta forma consolidan su posición prevalente en el mercado y amplían su clientela, sin embargo a veces estas estrategias solo se hacen con fines de captura de clientela y los productos o servicios no reúnen ni la calidad, eficiencia y sobre todo seguridad que se induce, por lo cual resultan damnificados. Creemos entonces que esta primera aproximación al tema abrirá las puertas a un nuevo daño y su consiguiente reparación.

## 2. El sistema social y la confianza

Desde distintos campos del conocimiento, autores como Niklas Luhmann,<sup>2</sup> y Francis Fukuyama,<sup>3</sup> se han preocupado de la importancia que la confianza juega en cualquier sistema social. Estos autores, cuyas líneas fundamentales de pensamiento he seguido, muestran como la confianza sirve para **aumentar el potencial**

2 LUHMANN, Niklas. "Confianza". Ed. Anthropos, México, 1996.

3 FUKUYAMA, Francis. "Confianza (Trust) Las virtudes sociales y la capacidad de generar prosperidad". Ed. Atlántida, Buenos Aires: 1996.

de cualquier orden social, institución, organización o empresa de cualquier índole, por ejemplo, empresas comerciales.<sup>4</sup>

Si bien ha sido una cuestión de la que tradicionalmente se ha ocupado la Sociología, pretendemos revalorizarlo desde el ángulo del derecho económico y especialmente el análisis económico del derecho y la reparación de daños.

El pensamiento jurídico se enriquece en este marco interdisciplinario, sacándolo de sus estrechos límites del mero formalismo dogmático y encontrar nuevos fundamentos, así como caminos alternativos para el análisis de distintas problemáticas que han desbordado aquella ciencia, ampliando de esta forma su universo de cognición.<sup>5</sup>

La **confianza** presenta en la actualidad significativas proyecciones en distintos campos. Como en la Economía, cuyos nuevos enfoques enseñan como la **eficiencia económica** depende en gran medida de aquella.

En la esfera del derecho, constituye una ventana por la cual el **elemento ético**<sup>6</sup> ingresa en el mundo jurídico, ya sea como **principio básico de la vida social** sin la cual sería imposible concebir la convivencia en sociedad o también, creando **deberes específicos de conducta** conforme a las expectativas de conductas razonables por parte de los sujetos portantes.

El hombre actúa por motivaciones y la primordial es la expectativa de confianza que supera la incertidumbre en cualquier orden especialmente en el ámbito jurídico económico para romper con los riesgos del mercado creando un marco de expectativa favorable a su acceso, evitando daños innecesarios.<sup>7</sup>

4 HAYEC, Friedroch, A. "la desnacionalización del dinero". Pág. 95, Ed. Pancla, Barcelona.

5 PATTARO, Enrico. "Elementos para una teoría del derecho". Ed. Debate, Madrid, 1991. pág. 87. "Resulta decepcionante que Kelsen, a pesar de considerar al derecho como técnica de control social, mantenga que el teórico del derecho no debe dirigirse a indagar los motivos por los que las normas jurídicas son obedecidas y la función efectivamente desarrollada por la amenaza organizada de sancionar en una sociedad. Afirma que de ello debe ocuparse el sociólogo. Semejante presunta pureza no produce rigor metodológico porque ni la ciencia del derecho ni la teoría general del derecho iuspositivistas son disciplinas seguras; la pureza no justifica, por consiguiente la abstinencia cognoscitiva..."

6 APEL, K., Cortina A., DE ZAN, y MICHELINI, D. "Ética comunicativa y democracia", Ed. Crítica, Barcelona, 1991, pág. 118: "... Muy pocos niegan la tarea capital de la ética normativa consiste en la fundamentación de proposiciones prescriptivas o evaluativas o – como también se puede decir de un modo más fuerte – en la demostración de que hay determinadas obligaciones válidas para todos".

7 DOUGLAS, Mary. La aceptabilidad del riesgo según las ciencias sociales. Pág. 73. Ed. Paidós, Barcelona, 1996.

La **expectativa de confianza** nace fundamentalmente a partir de la credibilidad objetivizada, que es la que **orienta el comportamiento y guía las decisiones** del individuo y sus intencionalidades, especialmente a los consumidores.

### 3. La confianza como superación de la incertidumbre y prevención de riesgos

El significado de la palabra **confianza**, según lo define el Diccionario de la Real Academia Española, indica precisamente que es la **esperanza firme** que se tiene de una persona, institución, organización o situación concreta y definida.

Quien confía en una empresa, en una determinada situación, producción y/o comercialización de bienes y servicios<sup>8</sup> es porque espera que ella se comporte en forma **predecible** conforme a las expectativas que ella misma generó como antecedente, verbigracia, por la publicidad masiva. Generar confianza entonces implica otorgar **certeza** sobre algún acontecimiento futuro; verbigracia, la eficiencia y seguridad del bien o servicio; es hacer desaparecer la incertidumbre, es poder anticiparse a la misma y comportarse como si ese futuro fuera cierto y minimizando las situaciones de riesgo.

De esta forma, entre la **confianza** y el **futuro**, hay una **relación de previsibilidad** en el comportamiento empresarial y cuanto mayor sea la confianza: mayor será el grado de certidumbre acerca de un comportamiento o hecho futuro de los consumidores.<sup>9</sup>

El sociólogo y economista F. Fukuyama la define como "... la **expectativa** que surge dentro de una comunidad de comportamiento normal, honesto y cooperativo, basadas en normas comunes, compartidas por todos los miembros de dicha comunidad..."<sup>10</sup>

En sentido similar, para el sociólogo alemán Luhmann "la confianza emerge gradualmente en las **expectativas de continuidad** que se forman como principios firmes con los que podemos conducir nuestras vidas cotidianas.

8 DAVIS, K., y BLOMSTROM R., "Responsabilidad de la nueva empresa", pág. 50 Ed. Marymar S.A. Buenos Aires, 1996.

9 VERGARA, Leandro. La obligación de seguridad; el fundamento del deber de reparar basado en el principio de la protección de la confianza. Jurisprudencia Argentina, ej. Del 21/6/1995.

10 FUKUYAMA, Francis. Ob. Cit.

La idea central de estos autores reside en la expectativa del comportamiento,<sup>11</sup> pero no cualquier expectativa, sino aquella que sea razonable y objetivamente justificada en los antecedentes generados por factores introducidos por la empresa, así por ejemplo conformando una red de cajeros de productos o servicios y presentándolos como eficientes, y por parte del sistema, la estructura conformada por la empresa como un todo sistemático de su posicionamiento en el mercado.<sup>12</sup>

Este tipo de confianza se conforma más allá de los motivos individuales del consumidor que confía (faz subjetiva), y sólo es posible en un **consenso social estructurado** sobre pautas culturales y valores morales transmisibles generacionalmente en un ámbito de normalidad o de inducción, es entonces allí donde la **confianza se objetiviza** y se acumula a modo de **capital** económico para las empresas.

De esta forma, la confianza determina bajo qué condiciones un consumidor realizará el intercambio económico con la empresa precisamente porque la confianza crea expectativas y garantiza el cumplimiento de las obligaciones, convirtiéndose en **fuerza de seguridad** (económica y jurídica).

En este sentido, la **marca o nombre comercial** de un producto o servicio de una empresa garantiza que este será confiable,<sup>13</sup> y que el consumidor no sufrirá daño alguno.

Como vemos, aparece así un elemento que la empresa incorpora y que se ensambla en el sistema socioeconómico, jurídico y cultural, de tal forma que esa seguridad está **“puesta”** en la sociedad, más allá de los propios consumidores individualmente.

11 KRAWIERTZ, Wrener. El concepto sociológico del Derecho y otros ensayos. Pág. 26. ed. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México, 1994. "... Los elementos estructurales decisivos de la norma jurídica no son ni el reconocimiento ni la coacción ni la sanción, sino las expectativas jurídicas desarrolladas a través de las normas del Derecho respectivamente vigente. Consecuentemente pasan al centro de la investigación teórica, jurídica y sociológica jurídica de las expectativas normativas de comportamiento que subyacen a todas las formas vitales jurídicas de la formación de la comunidad humana.

12 HABERMAS, J. La lógica de las ciencias sociales. Pág. 21 y ss. Ed. Tecnos, Madrid.

13 BARBER, Jack. Franchising in South Africa. Pág. 28, Ed. Struik Business Library.



#### 4. Las conductas empresariales y la confianza de los consumidores

Según la lógica que estamos siguiendo, hay cierto tipo de actividades que convocan una mayor confianza, como aquellas que se apoyan en una **posición económica**. En general, se confía más en aquellas actividades o empresas que implican una mayor especialización, o que se supone que al producto estándar se le adiciona una cuota de seriedad y profesionalismo empresarial.<sup>14</sup>

En esta línea de pensamiento, las **decisiones empresariales** se forman con base en la **confiabilidad** generada y su **expectativa de cumplimiento** por la masa de consumidores.

Es necesario destacar un aspecto importante, crucial en la **mecánica de operabilidad de los consumidores**, pues se halla directamente relacionado con su **nivel de culturización** (entendiéndose este como conjunto de elementos socioeconómicos, escolarización, etc.) de tal forma que ante un menor nivel de estratificación,<sup>15</sup> mayor será la incertidumbre, la cual disminuye ante empresas que se presentan como confiables.

La **credibilidad** entonces se **escalona** conforme a una determinada pertenencia social y lleva a que el empresario deba desplegar toda esa estructura estratégica para generar la confianza, sin embargo como a menor estrato social, menor confiabilidad desde la empresa, estas necesitan reglamentar en los contratos todas las contingencias que pueden presentarse y protegerse contra posibles riesgos futuros, verbigracia incumplimientos.

La lógica de la confianza, como vemos, opera de **distinto modo** en ambos sentidos, desde el **consumidor individual** con diversidad de pertenencia social desde abajo (donde desde más incultura, menos confiabilidad) y hacia arriba (donde más cultura, menos confiabilidad) porque se requiere más información, y desde estos hacia la empresa también funciona en igual sentido, un consumidor solvente, (verbigracia con pertenencia a la clase alta), hace que su capacidad económica genere en sí mismo certeza de cumplimiento; la solvencia entonces sustituye aquí a la confianza, en su equivalente funcional.<sup>16</sup>

14 GHERSI, Carlos et al. Responsabilidades profesionales. Vol. I, pág. 135. De Astrea, Buenos Aires, 1995.

15 RUSSELL J.W. y NÚÑEZ GARCÍA, S. Clase y Sociedad en Estados Unidos, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, pág. 23.

16 DOYAL, L., y GOUCH, I. Teoría de las necesidades humanas. Pág. 39: "...Es decir, las preferencias de los dominados se rebajan de grado considerándolos inferiores a sus necesidades reales, tal como quedan definidas por quienes tienen el poder..." Ed. Icaria, Barcelona, 1994.

La confianza en el sistema económico de un marco legal también influye en las **planificaciones empresariales** y en las **expectativas de los consumidores**. En ese marco el contrato tiene lugar bajo condiciones específicas dadas por elementos externos del mercado o macroeconómicas del sistema en la cual se inserta y queda condicionado.<sup>17</sup>

Nuestro derecho tradicional presuponía al contrato en un sistema económico estable, donde el poder adquisitivo de la moneda parecía no variar, de contratos instantáneos y no de relaciones duraderas e inestables como las que hemos vivido en estas últimas décadas del siglo XX.

El panorama en esta posmodernidad ha cambiado y el contratante no sólo se enfrenta a una **tensión interna de intereses opuestos** con el otro contratante, sino que además tiene que ordenar y adaptar el contrato a aquellas condiciones externas, hoy globalizadas y con alto grado de interdependencia.

En lo que Luhmann refiere como **acoplamientos estructurales del sistema** respecto de las condiciones del entorno, del que surgen condicionamientos que pueden ser de distinta complejidad e intensidad.<sup>18</sup>

El derecho dogmático presenta al contrato en un ámbito (el jurídico) autónomo y abstracto, es decir, como un sistema cerrado sin un contacto operativo directo con su entorno, sin embargo ello no es posible y no puede excluirse por una normatividad, la relación causal entre sistema y entorno. (Véase la reforma de 1968, la incorporación de la lesión subjetiva objetiva cuando alude a precios de mercado en los arts. 954 y 1198 del Código Civil en la lesión subjetiva objetiva y en la teoría de imprevisión, etc.).

Toda operación jurídica se encuentra ligada al **entorno del sistema económico**, porque el contrato antes de ser una institución jurídica es un **negocio económico**, por lo tanto, las incertidumbres de la economía pueden, y de seguro lo hacen, afectar al contrato.<sup>19</sup>

Si la **macroeconomía** o entorno de un contrato es cambiante e inestable, esto implica riesgos para el contrato, quitando seguridad o confianza en los sujetos portantes y en el intercambio en sí mismo.

17 GHERSI, Carlos, et al. Contratos Civiles y Comerciales. Parte general y especial. Empresa, Negocio y Consumidores. 4ª edición, Vol. 1, pág. 36 y ss. Ed. Astrea, 1997.

18 LUHMANN, Niklas. La Ciencia y la Sociedad. Pág. 210. Ed. Universidad Iberoamericana. México, 1996.

19 BECK, Ulrich. ¿Qué es la globalización? Falacia del globalismo, respuestas a la globalización. Pág. 57. Ed. Paidós, Barcelona, 1998.

Es decir, aumenta la **incertidumbre**, que es lo **contrario** a la **confiabilidad**.

En un **estado de incertidumbre y pérdida de confiabilidad**, se hace difícil la anticipación (en los sujetos portantes) de los acontecimientos económicos, estos se hacen menos predecibles, y hace más difícil el **gobierno negociado** de un contrato y de los negocios. Aquí es donde la confianza nuevamente juega un papel esencial, pues permite **controlar o reducir** esa inestabilidad del contrato.

La **confianza** entonces facilita la **governabilidad del contrato**, permite que se eviten o atenúen las incertidumbres y los riesgos devenidos de aquellos, o simplemente situaciones conflictivas a los que el contrato está siempre expuesto y que pueden producir situaciones dañosas. Sin perjuicio que, de aparecer, puedan ser superados en enmarco de esa gobernabilidad, es decir poder manejarlo en términos de renegociación o cumplimiento y no como finalización o ruptura de la relación contractual.

## **5. La confianza como modelo de operatividad en los negocios y la contratación con consumidores**

La actividad económica exige la confianza de las empresas en su interaccionar con los consumidores.

El **papel de la confianza** en los negocios es tan importante como cualquier otro capital físico, fábricas, máquinas, así como las inversiones, etc.<sup>20</sup>

La **confianza** conforma lo que también el sociólogo James Coleman<sup>21</sup> denomina **capital social**, que resulta vital para el bienestar económico y la competitividad de las empresas en el mercado; una sociedad con ausencia de confianza produce rendimientos económicos deficientes, quebrantamientos empresariales y constantes daños a consumidores.

Este nuevo concepto trasladado de la sociología al derecho económico enseña que la **racionalidad empresarial** en una economía de mercado depende de la confianza y puede mostrarla como un capital incorporado.<sup>22</sup>

La **confianza**, en estos términos, puede **incrementar la eficiencia** en las relaciones económicas interempresariales y con los consumidores.

20 FUKUYAMA, Francis. Ob. Cit.

21 COLEMAN, James, S. Social Capital in the Creation of Human Capital. American Journal of Sociology, 1988.

22 Consult. CALSAMIGLIA, Albert. Racionalidad y eficiencia del Derecho. Ed. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México, 1997.

En las relaciones interempresariales, la existencia de confianza entre las empresas facilita el intercambio y brinda un potencial de desarrollo que permite que se establezcan lazos de cooperación continua que hace posible la obtención de objetivos y beneficios comunes, superiores a los que podrían resultar de actuar en forma individual, sin la base de la confianza.<sup>23</sup>

Los miembros de la red empresarial pueden integrar una relación más duradera, encarar emprendimientos más riesgosos, o realizar inversiones a largo plazo. Representa así un ahorro en los costos de transacción contratar con un integrante del grupo no implica los mismos costos de información y negociación que se producen cuando se compra a un extraño.

Un buen ejemplo lo conforman las empresas en red japonesas que se concentran alrededor de un gran banco u otra institución financiera que reúne en promedio a 31 empresas. Las características centrales de esta red de empresas es lo que los miembros no se hallan unidos por lazos legales, a pesar de que a menudo están relacionados entre sí por un sistema de tenencia cruzada de acciones, la segunda característica importante es que suelen dar preferencia a los miembros en la concreción de transacciones, sobre cualquier otro proveedor aunque deban pagar precios más altos porque a la larga obtendrán más beneficios.

Países como Alemania o Estados Unidos, presentan modelos similares.

En suma, la confianza interempresarial, beneficia también indirectamente a los consumidores de aquellos.

## **6. La empresa y la ética hacia el consumidor.**

Un segundo aspecto tiene que ver con la **imagen externa** que deben exhibir las empresas hacia el consumidor para lograr un buen posicionamiento en el mercado con el objetivo de atraer a la masa de consumidores, incluso incrementarla.

El tema de esta última década y del próximo milenio es la ética en los negocios, como elemento de la confianza.

Tradicionalmente la ética era ajena a los negocios, que eran considerados sólo como una cuestión de eficiencia económica. Este modelo ha sido hoy reinterpretado

23 El ejemplo más claro y estudiado es el dilema del prisionero en términos de la teoría de los juegos que demuestra que el individuo racional y egoísta que persigue sus propios intereses consigue resultados peores que ni siquiera los intereses colectivos a través de una actitud cooperativa. KREPS David, M. Teoría de juegos y modelación económica. Ed. Fondo de Cultura Económica, México. 1994.

tado conforme a principios diferentes que entienden que la ética no se contrapone con los intereses económicos, y muy por el contrario, contribuye a formar una imagen empresarial de confiabilidad necesaria para poder imponerse en los mercados sumamente competitivos.

El sociólogo francés Gilles Lipovetsky, en una conferencia que sobre la ética y los negocios ha dictado en nuestro país, ha destacado la **dimensión utilitarista de la ética**, afirmando que un comportamiento ético es más beneficioso para los intereses individuales y/o empresariales, pues no hay mejor negocio para una organización que proyectar una imagen social políticamente prolija, y esto forma también parte de la lógica del capitalismo. Es acá donde ética y confianza se interconectan para conformar el capital social.

Lo peor que puede ocurrir a una empresa es caer en el descrédito, porque allí se pierde confianza y sabido es que las crisis empresariales de hoy día son, en el fondo, crisis de confianza.

La desregularización de la economía y el proceso de globalización, han marcado esta voluntad empresarial de cambiar la imagen, y de hecho es puesto en práctica en países como Estados Unidos, que lleva invertido cuantiosas sumas de dinero en ello, (especialmente en campañas anticorrupción).

El **posicionamiento ético** se vincula con la reputación en el mercado de una empresa, su trayectoria y línea de conducta, la honestidad y transparencia en su historia o lo que representa su nombre, la preocupación por el público, etc., factores estos que activan e integran la confianza y marcan una diferencia para las elecciones de los consumidores.<sup>24</sup>

La **imagen de una empresa** se une a un nombre o una **marca comercial**, cuya finalidad esencial es **distinguir** al empresario sobre sus competidores, y sirve, a través de esta función diferenciadora, para acrecentar y consolidar la clientela obtenida.

La **imagen y marca**, confieren un status mercatorio al tiempo que suponen una constancia en el nivel de calidad, eficiencia, seguridad y otros atributos, generando una mayor confiabilidad y certeza de que siempre podrá encontrarse esas mismas cualidades que caracterizan a ese producto o servicio.

La dinámica actual de la economía hace que las empresas apelen a estas estrategias de consolidación de mercadeo mostrando una imagen sólida y ética.

24 CRICHLEY, S. y otros. Desconstrucción y pragmatismo. Ed. Paidós, Barcelona, 1998.

La **publicidad** es una herramienta esencial en este proceso, en tanto es un **vehículo de comunicación** entre empresas y consumidores que trasmite esa imagen y sirve como elemento de **persuasión** y **estímulo** a los potenciales clientes o a permanecer siendo leales a una misma marca o firma, es decir, la publicidad es un instrumento que **crea** y **mantiene** una apariencia de confianza y de ética que debe comprometer jurídicamente en esa misma medida.<sup>25</sup>

Pero en esta etapa de hipercompetitividad la publicidad suele traspasar los límites que marca la ética, ya que con el fin de promover el máximo consumo, el mensaje publicitario es desnaturalizado, ocultándose información, acudiéndose al engaño y apelando a herramientas y técnicas subliminales que manipulan al consumidor modelando sus hábitos con la finalidad de lograr la colocación del “objeto publicitado”.<sup>26</sup>

La libre elección del consumidor se ve restringida por esta manipulación, condicionando e induciendo su decisión.<sup>27</sup>

Esto provoca que los mercados se caractericen por su opacidad para los consumidores, que no suelen disponer de toda la información y los conocimientos necesarios.

La obligatoriedad de una adecuada información (imprescindible para la transparencia) y su control por el Estado es cada vez más necesaria frente a una diversidad de ofertas y de presión psicológica sobre el eventual adquiriente.

Buena información significa que el consumidor pueda conocer con mayor libertad diferentes opciones y que le sea posible comprar entre productos y servicios que lealmente describa sus características (la optimización de la información conduce a la maximización en la libertad de elección).<sup>28</sup>

Por ello es importante lograr la mayor transparencia posible, que permita la existencia de una competencia real que beneficie a los consumidores.

25 En que la confianza gira en torno a toda interacción, y a la forma que alguien se presenta es el medio por el cual se logran las decisiones acerca de él. Además del lenguaje, que normalmente garantiza la comprensión intersubjetiva, así también los medios de comunicación tienen una función de incentivo, porque incitan la aceptación de las selecciones de otras personas, y por lo general, hacen de esa aceptación el objeto de expectativas. LUHMANN Niklas, Poder. Pág. 11. Ed. Antrophos, México, 1995.

26 CANCLINI, Néstor García. Cultura híbrida. Estrategia para entrar y salir de la Modernidad. De Grijalbo, México, 1989.

27 SEPIURKA, Mariana. Diseño y Packaging en la captación del consumidor, en GHERSI Carlos (Dir.) La responsabilidad de las empresas y la tutela del consumidor de alimentos. Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1998

28 LUHMANN, N. El poder. Ed. Antrophos.

## 7. La defensa de la competencia y el cumplimiento de la ley de defensa del consumidor como modelos empresariales éticos y confiables.

En una economía de mercado, el principio general es la **libertad de ejercicio de la actividad económica en libertad de competencia.**

Desde el punto de vista empresarial, la libre competencia es una garantía de libertad de los operadores económicos para concurrir en el mercado, y de allí su protección constitucional, que reconoce el derecho a la libertad de competencia y la libre iniciativa privada.

Pero paralelamente, la libertad de competencia exige que **no haya obstáculos** para los competidores, que a veces por distintos medios y procedimientos, falsean el libre juego de la competencia, provocando perjuicios a los patrimonios de otras empresas.<sup>29</sup>

Cualquier empresa puede acceder a la libre competencia, pero a la vez esta libertad tiene reglas que cada agente económico que concurre en el mercado debe respetar para mantener una competencia leal entre las empresas y un mercado transparente.

La ley de defensa de la competencia contiene al respecto previsiones prohibitivas y sancionadoras, de manera que este libre juego de la competencia tampoco está exento de reglas y valores y es necesario una **conducta** que no infrinja la buena fe, de que todos respeten una conducta leal, ética, que introduzca la noción de confianza en la economía como regla de conducta para las relaciones de las empresas que concurren en el mercado con sus bienes y servicios, respetando frente a los demás una experiencia de mínima corrección o de juego limpio, (el llamado *fair play* en la teoría de los juegos).<sup>30</sup>

Así, por ejemplo, la violación de la Ley de Defensa del Consumidor, si bien es una situación que implica un incumplimiento contractual, afecta simultáneamente al sistema de competencia porque coloca a una empresa en situación de desventaja frente a otras, como puede ser el hecho de publicitar inadecuadamente los servicios con inexactitudes u ocultamientos para captar a la clientela, o no

29 Consult. BROSETA PONT, Manuel. Manual de Derecho Mercantil, décima edición. Ed. Tecnos, Madrid, 1994.

30 KREPS, David, M. Teoría de los juegos y modulación económica. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

brindar información necesaria, que hace que los productos se vendan por las falsas expectativas que generan y no por sus propias características, etc.

De este modo, las empresas que cumplen con las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor se ven perjudicadas por las que no cumplen, y logran así posicionarse en el mercado con un costo menor.

Al operar deslealmente, la única posibilidad de permanecer en el mercado consiste en bajar la calidad de los productos, es decir aquellos que ofrezcan una calidad más alta se ven obligados a reducirlo para ser más competitivos, esto distorsiona a tal extremo los mercados que puede hacer que en estos prevalezcan los intercambios de baja calidad, es decir, la calidad media se vuelve inferior, con lo cual los malos productos empujan fuera del mercado a los buenos.

Tales prácticas resultan lesivas para la competencia y para el normal funcionamiento del mercado, crean una **situación imperfecta** de mercado y una **situación de desigualdad** entre empresas que se dedican a la misma actividad económica, que no compiten en condiciones igualitarias y no obtienen los mismos beneficios y en definitiva afectan al consumidor en su calidad de vida.<sup>31</sup>

Las mismas consideraciones pueden hacerse respecto de empleo de condiciones generales abusivas de contratación,<sup>32</sup> (en los contratos de adhesión) ya que su utilización (simplificación de la negociación y ahorro de costes), proporcionan una adecuada seguridad para el predisponente abusivo, a través de ella se desplazan riesgos y responsabilidades hacia los adherentes.

Pero esta **función** de proporcionar seguridad jurídica a través de cláusulas abusivas es ya inadecuada porque la doctrina y la jurisprudencia y la propia Ley del Consumidor las considera nulas.<sup>33</sup>

No sólo los competidores resultan perjudicados con estas prácticas, sino también los de los propios consumidores. Porque es de destacar que la normativa relacionada con la competencia desleal, si bien en sus inicios fue formulada para proteger a los intereses de los empresarios que resultaban perjudicados por este tipo de actos desleales, indirectamente resguarda los intereses colectivos de los

31 TOURAINE, Alan. Igualdad y diversidad. Las nuevas tareas de la democracia. Pág. 53. Ed. F.C.E., Buenos Aires, 1998.

32 ALFARO ÁGUILA REAL, J., Y. Las condiciones generales de la contratación. Pág. 28, Ed. Civitas S.A., Madrid.

33 Consult. CROTEAU, Nathalie. Le contrat D. Anaissance. Ed. W. Y H. Quebec, 1996



consumidores cuya protección está indisolublemente unida al modo en que se organiza el mercado.

## 8. El valor económico de la confianza y la importancia como activo de la empresa.

Hemos visto ya como en este nuevo escenario de apertura económica y de mayor competitividad, coadyuvada por la integración y globalización de los mercados, la explotación de cualquier actividad hace que las empresas deban recurrir fuertemente a la ética y a la confianza.

De ello se deduce que la **confianza tiene un valor económico** importante, y es también la explicación del porqué de la necesidad de **proteger** la confianza que un contratante deposita en la lealtad del otro, si quien se sirve de ella luego la defrauda, y establecer la reparación del daño.

De estos dos aspectos nos ocuparemos seguidamente.

El **valor de la confianza** como derecho económico se conecta con los aspectos antes desarrollados, es decir con la **imagen** que proyecta la empresa en el mercado, y con la cual se **posiciona** en forma más ventajosa para competir y generar clientela, la que conforma un **elemento integrante** de la empresa de **alto valor económico**, incluso de comercialización autónoma, verbigracia, la sponsorización de camisetas de diversas actividades deportivas, etc.<sup>34</sup>

En este otro extremo, cuando el consumidor deposita su confianza en la empresa adquiriendo productos o servicios en función de la confianza en la marca, que le representa a la empresa un ahorro de gastos importante, ya que la reputación y la confianza que ha generado le permite introducir un producto o servicio diverso, o complementario en el mercado, o seguir ofreciéndolo sin tener la necesidad de reafirmar permanentemente su calidad.

Cuando un usuario comprueba que el servicio siempre es el mismo, puede suponer que en el futuro seguirá siendo igual (como aplicación de la teoría de los actos propios).

La **confiabilidad** de la marca y la empresa posibilita diseñar otro tipo de estrategias optimizando el beneficio económico; una empresa podrá por ejemplo ampliar y diversificar sus productos o servicios de manera mucho más sencilla,

34 STIGLER, George. El economista como predicador y otros ensayos. Vol. II, pág. 113, Ed. Folio, Barcelona, 1996.

porque a través de la calidad de un producto, el consumidor presumirá la calidad de otros (la expansión de la confiabilidad se representa en otros productos con la misma marca).

La **confianza** es entonces un **recurso económico – jurídico productivo** que se acumula como cualquier otro capital. Representa para las empresas uno de los **activos** más valiosos que tienen, que en muchos casos van más allá de muchas empresas conocidas mundialmente, concentran gran parte de su inversión en la creación y mantenimiento de una marca o empresa, como valor negocial exclusivo.

Si un consumidor no confía, debe conseguir toda la información necesaria acerca del producto, servicio y el contrato que desea realizar, la solvencia matrimonial, seguridad, etc., pero esta información no es de fácil acceso, ya sea porque puede ser costosa, o porque se necesitan conocimientos profesionales para evaluarla o porque su obtención se hace difícil desde la situación socioeconómica que ocupa el contratante, quien no siempre dispone de las mismas posibilidades de informarse. En estas situaciones de fuerte asimetría de información, el comprador queda obligado a confiar en lo que adquiere (porque ya lo ha adquirido antes y confía en que sus características no variarían, o por lo que la marca le simboliza o representa). Es decir, sustituye los altos costos de información por confianza, que es su equivalente funcional.<sup>35</sup>

La **confianza** constituye entonces un **recurso** económico para reducir la necesidad de información y ahorra los costes que esta implica para el consumidor.

Pero también es posible que se **abuse** de esta confianza mediante comportamientos oportunistas, esto es conductas con que alguien despierta la confianza de otro pero que luego la defrauda y le causa un daño económicamente apreciable.

Cuando resulta quebrada la confiabilidad que el usuario apostó en una empresa o en una marca, el **derecho privado** debe hacer funcionar los mecanismos de anticipación, si es posible, verbigracia, quitando todo un producto engañoso del mercado, o por el control judicial, fundamentalmente a través de la **revisión** de los contratos de adhesión y de la **reparación del daño**, que actúen como motivadores de conductas leales posteriores en las empresas y combatir los comportamientos oportunistas.

35 HANS Bernard Schafer, CLAUS Ott. Manual de análisis económico del derecho Civil. Ed. Tecnos, Madrid, 1991

## 9. la protección jurídica de la confianza referenciada desde el consumidor.

Nuestro ordenamiento jurídico,<sup>36</sup> si bien no se refiere expresamente a la confianza dispone de un amplio espectro de normas e instituciones a partir de los cuales la mentada protección se desprende implícitamente.

La Constitución Nacional de 1853, ha adoptado el sistema económico de libre empresa, lo que constituye una definición de política económica para permitir a los agentes económicos interactuar para precisamente hacerlo en un marco de competencia leal y de prácticas de buena fe.

En un segundo nivel normativo, el Código Civil instituye a la **buena fe** (art. 1198 C.C.), como principio rector que involucra la idea de cooperación, información y cuidado con el patrimonio y la persona del contratante en todas las etapas de la relación negocial, desde la fase pre – contractual, haciendo fe a la confianza despertada por la otra parte, hasta el cumplimiento. Incluso las garantías por cumplimiento (Ley 24999).

**Buena fe** implica proteger la confianza generada para el consumidor en cuanto a la **eficiencia y seguridad** del producto o servicio adquirido, que **constituyen la legítima y razonable expectativa del contratante débil**, conforme lo que las partes verosímilmente entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión (art. 1198 C.C.)

**Eficiencia**, en cuanto a que estos deben adecuarse a las razonables expectativas que de estos se esperan, a los principios de identidad e integridad del cumplimiento, (art. 740 y 742 C.C.), a las informaciones generadas por cualquier medio que despiertan la confianza del consumidor y lo inducen a contratar, así como a cumplir con los publicitado, etc.

**Seguridad**, en cuanto debe preservar la esfera personal y patrimonial del contratante a través de la denominada **obligación tácita de indemnidad**,<sup>37</sup> que implica la adopción de deberes adicionales de protección para garantizar que como consecuencia del desarrollo o cumplimiento de la prestación, ningún daño sufrirá el consumidor en bienes distintos afectados al contrato.

<sup>36</sup> N. del E. La autora hace referencia a la legislación argentina.

<sup>37</sup> WEINGARTEN, Celia. La obligación tácita de indemnidad. En Gherzi Carlos. Contratos civiles y comerciales. Pág. 427, 4ª edición. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998.

El nivel de eficiencia y seguridad, debe ser acorde con la confianza y expectativa “creada” por las empresas y cuanto mayor sea ésta, mayores serán las obligaciones del empresario. La buena fe fue objetivada de la Constitución Nacional del art. 1198 del Código Civil y de la Ley de Defensa del Consumidor, permite este relacionamiento a nivel normativo y fundan la reparación del daño ocasionado.<sup>38</sup>

En otro sentido, existen disposiciones que sirven a la protección de la confianza, así por ejemplo el **derecho a la información** (art. 4 LCD), que con posteridad tuviera recepción constitucional, y que sienta las bases para una relación de consumo transparente y de real confianza, que favorece no solo el ahorro de recursos, sino lo que resulta más importante, posibilita al consumidor prever los riesgos y por ende evitar daños.

Las informaciones suministradas por los proveedores, vendedores o las contenidas en los mensajes publicitarios crean en el receptor legítimas expectativas porque ha creído en la veracidad de esa información, y compromete y vincula a quien lo emite en esa misma medida. La omisión o tergiversación de datos relevantes implica la ruptura del valor confiabilidad, defrauda la expectativa de que la prestación se cumplirá del modo prometido o sugerido, de igual manera en que lo hace una publicidad engañosa, deficiente, incompleta o ambigua.

El art. 8 de la Ley de Defensa del Consumidor por ello integra la publicidad al contrato, lo que hace es conferir implícitamente una tutela a la confianza, que determina la exigibilidad obligacional de las expectativas económica jurídicamente razonables suscitadas por la publicidad en el consumidor. Su incumplimiento afecta la indemnidad patrimonial, porque quien apuesta a una marca o a una publicidad con determinados atributos, **invierte en confianza**, es decir, paga un plus por tales calidades ofrecidas y no satisfechas, implicando un **desplazamiento económico** que no tiene su adecuado correlato en la prestación de la empresa.

Dicha normativa establece que solo las precisiones formuladas en la publicidad, como medio de comunicación, siempre algo expresa o sugiere, aún fuera de las precisiones, generando en el receptor determinadas representaciones mentales, que conforma, como lo señala la doctrina alemana el marco funcional del contrato.

38 Colombia. La ley 24 – 240 en su art. 5 (45) consagra expresamente el deber de seguridad; también el art. 42 C.N. al consagrar los derechos a la protección, a la salud, a la seguridad... en todas las relaciones de consumo.

Estas situaciones en que la **apariencia prevalece por sobre la realidad** y actúa como fuente jurígena, de esta forma quien **sugiera** una determinada apariencia queda obligada a cumplirla en la medida en que la otra parte razonablemente fue inducida a confiar en ella.

Las **razonables expectativas** generadas por la confianza, se constituyen entonces en **fuerza autónoma de obligaciones**, tanto en el plano extracontractual, pre contractual y post contractual, cuyo quebrantamiento determina por sí, la reparación del daño causado.

La confianza es así un nuevo criterio autónomo para que nazcan obligaciones cuyo fundamento es precisamente la confianza, (objetivamente razonable) que con base en una declaración, comportamiento o apariencia, dé lugar a desplazamientos económicos del consumidor y de causar daños, el quebrantamiento de la confianza constituirá un factor de responsabilidad objetivo.

## **10. La responsabilidad del Estado frente a los consumidores y usuarios por omisión del control en la generación de “falsa confianza”.**

Como es sabido, es **función** del Estado ejercer el poder de policía, en el ámbito mercatorio, con las consiguientes atribuciones de fiscalización sobre las empresas que operan en el mercado. Sin embargo, este control estatal se ha ido debilitando en los últimos años, especialmente con la filosofía neoliberal de esta posmodernidad, y esto ha llevado a que se produjeran distintos hechos traumáticos que han sacudido al sistema económico en general, verbigracia, productos alimenticios en mal estado, intoxicaciones, etc.

Cuando una persona confía en una empresa, lo hace con la **confianza** de que el Estado monitorea y controla lo que ocurre en el mercado y que las empresas cumplan con todos los requisitos que impone la ley, desde la forma de manufacturar un producto (fármacos, alimentos, etc.), hasta su comercialización adecuada, etc.

Ante la falta de otros indicadores y alertas, el consumidor en general que no tiene la información necesaria sobre la situación del *modus operandi* de las empresas, ni la capacidad de análisis de la misma, supone (confía) que el Estado le permite operar y que además controla su funcionamiento.

El sistema económico privado confiere confianza y seguridad al consumidor, porque la **seguridad** del sistema está garantizada estructuralmente desde el Estado mismo a través de las más variadas funciones.

El consumidor como sujeto pasivo del sistema económico no conoce con precisión los datos de las empresas, porque éstas, que tienen obligación de proporcionarlos no lo hacen, o bien porque la información induce a confusión, situación que castiga al consumidor, y no sólo por las consecuencias de la desinformación sino también porque la incertidumbre se transforma en riesgos que implican una falta de supervisión del Estado en el proceso económico.

Un sistema económico empresarial privado que opera fundamentalmente con base en la confianza, requiere de una **vigilancia** estricta a los efectos de crear y mantener la confianza en las empresas, ello con una doble función por un lado, para dotar de una mejor **protección a los intereses de los usuarios** y por el otro, para proteger a todo el sistema, porque el incumplimiento de una empresa de las obligaciones con sus consumidores puede llevar a una desconfianza generalizada respecto de otras entidades del sistema, es decir la crisis de una empresa puede arrastrar al sistema a una crisis o desconfianza generalizada.

La estructura de comercialización que crean las empresas, en concreto, en una relación jurídica en particular, introducen elementos que refuerzan esta confianza como la publicidad, la apariencia de solvencia en concreto, que constituyen fuentes motivadoras de mayor credibilidad y seguridad jurídica como ya hemos visto.

Todos estos factores generados por las empresas llevan a “causar” en el consumidor o usuario la **creencia** de un **adecuado funcionamiento** de todo el sistema económico de forma eficiente y segura, así como en particular para cada sector de la economía y cada empresa en particular.

Quiere esto decir, que el Estado, como ejecutor del poder de policía, debe ser garante de la seguridad del sistema, situándose en una posición de aval frente a los consumidores en general, quienes confían en estos dispositivos de seguridad atribuidos constitucionalmente al Estado.

El **control** del sistema económico es entonces generador de confianza y ello **legitima la responsabilidad del Estado**, que se conexas con esa posición de garantía derivada de su régimen jurídico constitucional.

La realidad cotidiana nos demuestra que las funciones a cargo del ente rector del sistema, el Estado, es deficiente, y en un sin número de casos, omisivo.

Esta falta de control convierte al sistema en absolutamente inseguro, y esto implica mayores riesgos para los consumidores y usuarios; es así que los consumi-

dores deben soportar frecuentemente los perjuicios derivados de la mala información proporcionada por las empresas, (v.g. no informando los riesgos en que se incurre en determinados productos o servicios, o que no gozan de garantía legal, etc.), también soportan los perjuicios derivados de contratos engañosos que fija elevadas tasas de interés y diversos tipos de cargos y comisiones por los servicios que consumen. Estas situaciones se repiten constantemente y constituye una importante **causa** de daños económicos y extra económicos a los consumidores.

Si quien tiene a su cargo la obligación de proporcionar seguridad (el Estado) no lo hace, porque no controla la eficiencia y seguridad de los bienes y servicios, no contribuye a la mejora de la información, no controla el contenido de los contratos, no monitorea el cumplimiento de las normas por parte de las empresas, no aplica las sanciones que corresponden en caso de irregularidades, etc., es evidente que estamos frente a una situación de **traslado de riesgos hacia los usuarios y consumidores y usuarios**, que la Constitución Nacional no prevé.

La **confianza** entonces otorga efectos especiales a determinadas situaciones económico – jurídicas, haciendo nacer a quien sugiera determinada apariencia (las empresas) obligaciones específicas, conforme las expectativas creadas que causen daños y deben ser reparados.

El Estado también debe ser responsable por la **causalidad por omisión** en el cumplimiento de sus obligaciones específicas.

La **confianza** supone entonces una **seguridad** especial a las expectativas de los consumidores y hace **reparable su quebrantamiento**.

Su **frustración** produce una lesión a una situación jurídicamente protegida que violenta la obligación tácita de indemnidad.

De esta manera, y acorde con nuestra lógica de investigación y propuesta, la protección a la confianza constituye un **centro de atribución autónomo y objetivo de responsabilidad**, que tiene operatividad y autonomía propia. Su quebrantamiento constituye fundamento suficiente para el nacimiento de la reparación, sin que deba requerirse la presencia de otro factor de atribución, abriendo así un camino más en los factores de atribución e incorporándose a la sistemática que proponemos de la Teoría General de Reparación de Daños.

Tanto el Estado como las empresas son **solidariamente responsables** por la reparación del daño, conforme lo establecido por la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, artículo 40, reformado por la Ley 24.999, en cuanto establece

la responsabilidad objetiva y solidaria de todos los integrantes de la cadena de fabricación y comercialización de los bienes y servicios.

## **11. Propuesta de formulación de valuación del daño a la confianza para consumidores.**

Las empresas invierten cuantiosas sumas en la generación de confianza y estadísticamente esto se renueva año a año y/o períodos similares, dependiendo de cada producto o servicio en particular.

La generación de confianza tiene como objetivo incorporar nuevas líneas de productos o servicios o nuevos consumidores, de tal forma que se puede medir la incidencia de la inversión por los beneficios de aquellos primeros o en el aumento de ingresos por los segundos.

Esta incidencia es, o se puede medir, en un porcentual de beneficios y relacionarse con la cantidad de nuevos consumidores, con lo cual podemos acceder a un “monto unitario promedio” por consumidor. Es decir, cuanto se invirtió por consumidor y cuanto se obtuvo de beneficio por cada consumidor, en promedio.

En cuantificación de daños, no todo daño puede ser medido desde él, sino que debe ser cuantificado desde su contradictorio, así sucede por ejemplo con el daño moral, que se mide por la cantidad de satisfacción que se necesita para equilibrar nuevamente la faz espiritual o sentimental del sujeto dañado.

En el caso de la confianza pasa lo mismo, ésta no se puede medir cuando se daña al consumidor, pero sí podemos cuantificar el contradictorio, es decir, cuánto invirtió la empresa para conseguir la confianza promedio de los consumidores.

De esta forma se repara el daño a la confianza con una suma igual al invertido en promedio, incluso si avanzamos más en un sistema de ponderaciones por sectores o mercados, se podría llegar a una medición más exacta.

Debemos distinguir esto de los daños punitivos, pues éstos son sancionatorios y nuestra propuesta es reparatoria.





# BALANCE JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO DE ESTADO EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

Ricardo Hoyos Duque<sup>1</sup>

## CONTENIDO:

XIII. Introducción

XIV. El daño antijurídico como fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado

XV. La doctrina de la presunción de falla de servicio

XVI. La responsabilidad del Estado por la actividad judicial

XVII. Resumen y conclusiones

873

## Introducción

1. No resulta fácil presentar un balance de la jurisprudencia de la Sección Tercera en los últimos 8 años para precisar cuál ha sido el impacto de la expedición de la nueva carta política de 1991, por varias razones:
2. A esta sección le compete principalmente el manejo de los asuntos relativos a la responsabilidad y los contratos de la administración, aspectos que condensan en gran medida la actividad administrativa.
3. Además de la jurisprudencia de la sección, en relación con estos temas existe la jurisprudencia de la Sala Plena, no menos importante, a la cual eventualmente llegan aquellas controversias en razón

---

<sup>1</sup> Texto de la ponencia presentada en el VII Encuentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, llevado a cabo en Medellín entre los días 12 y 15 de mayo de 1999.

del desaparecido recurso extraordinario de súplica por violación de la jurisprudencia de la Sala Plena o aquellos asuntos remitidos por la sección por su importancia jurídica o trascendencia social.

4. Durante este período la Constitución contempló una nueva formulación de la responsabilidad de los entes públicos, cuyo alcance ha definido no sólo el Consejo de Estado, sino también a la Corte Constitucional.
5. Por último, en esta etapa se expidió un nuevo estatuto general de contratación de la Administración Pública, la ley 80 de 1993, que trajo algunas modificaciones sustanciales en materia de contratos estatales, respecto del cual la sección tercera ha señalado importantes precisiones jurisprudenciales.

Frente a este panorama existen 2 alternativas:

- Enunciar todos los nuevos aspectos planteados por la jurisprudencia de la sección, o
- Tomar uno de los 2 grandes temas asignados a la misma y examinar con un cierto grado de profundidad sus desarrollos.

He optado por esta última alternativa para ocuparme de la responsabilidad del Estado y en particular, la incidencia que en la evolución de la misma ha tenido el nuevo texto constitucional, en razón de la importancia que la jurisprudencia tiene en este campo ante la ausencia de un régimen legal o positivo que regule en forma detallada y precisa el tema y que lo convierte en un derecho eminentemente pretoriano.

Adicionalmente como lo señalaba el profesor HAURIOU,

*“Las dos principales teorías del derecho administrativo son las del recurso contencioso administrativo contra las decisiones ejecutorias de la administración y las de las responsabilidades pecuniarias en que incurra la administración en el ejercicio de su actividad. Hay dos correctivos de la prerrogativa de la administración reclamados por el instinto popular cuyo sentimiento respecto del poder público pueden formularse en estos dos brocardos: “Que haga, pero que obedezca la ley, que haga pero que pague el perjuicio”.<sup>2</sup>*

---

2 Citado por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA en su prólogo a la obra de Jesús LEGUINA VILLA. La Responsabilidad Civil en la Administración Pública. Edit. Tecnos, 1983, 2ª ed. Pág. 21.

Al efecto me ocuparé de los siguientes aspectos:

1. El daño jurídico como fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado.
2. La doctrina de la presunción de falla de servicio.
3. La responsabilidad por la actividad judicial.
4. Por último, presentaré un resumen y las conclusiones.

## **I. El daño antijurídico como fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado.<sup>3</sup>**

El punto de partida de nuestro análisis necesariamente tiene que serlo el concepto de daño antijurídico porque de acuerdo con la fórmula adoptada por el art. 90 de la Constitución Política de 1991, es ese el centro de gravedad alrededor del cual debe girar toda la institución de la responsabilidad estatal. No me detendré en el origen de esa fórmula, y simplemente recuerdo que fue elaborada por la doctrina española, en particular por el profesor Eduardo GARCÍA ENTERRÍA desde el año 1954, a propósito de la expedición de la ley de expropiación forzosa, que utilizaba el concepto de lesión como lo hace hoy el art. 106.2 de la Constitución Española.<sup>4</sup>

Idénticas motivaciones llevaron a los constituyentes a adoptar la fórmula de daño antijurídico, para recoger en ella las diversas modalidades de responsabilidad del Estado y desligarla por completo de la conducta individual del agente o de criterios subjetivos de imputación del daño como el dolo y la culpa, los cuales

3 Un examen detallado de los criterios jurisprudenciales para la tasación de perjuicios puede verse en la obra de Juan Carlos HENAO, *el daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés*. Santa Fe de Bogotá, D.C. Universidad Externado de Colombia, 1998.

4 En la exposición de motivos de aquella ley se dijo que debía aprovecharse la oportunidad “y que no debía malograrse de poner remedio a una de las más grandes deficiencias de nuestro régimen jurídico administrativo cual es la ausencia de una pauta legal idónea que permita hacer efectiva la responsabilidad por daños causados por la administración bajo el imperio de criterios jurídico – administrativos que habían caducado ya cuando fueron adoptados por nuestro ordenamiento. Los límites técnicos dentro de los cuales se desenvuelve entre nosotros la responsabilidad por dalos de la administración resultan hoy tan angostos, por no decir prácticamente prohibitivos, que los resultados de la actividad administrativa, que llevan consigo una inevitable secuela accidental de daños residuales y una constante creación de riesgos, revierten al azar sobre el patrimonio particular en verdaderas injusticias amparadas por un verdadero privilegio de exoneración. Se ha estimado que esta es una ocasión ideal para abrir al menos una brecha en la rígida base legal que, perjudicando el interés general no puede proteger intereses de la administración insolidarios con aquel”. Citado por LEGUINA VILLA, *Ob. Cit.* Pág. 165.

tienen relevancia jurídica al momento de definir responsabilidad personal del funcionario.

Así se dejó consignado expresamente en las diferentes ponencias presentadas en la Asamblea Nacional Constituyente en relación con el artículo 90 de la Constitución. En la plenaria de la asamblea, se dijo:

*“Por otra parte, conviene señalar que el régimen que se propone en materia de responsabilidad patrimonial del Estado no se limita a su mera consagración expresa a nivel constitucional, sino que, además incorpora los más modernos criterios sobre la materia, consistentes en radicar el fundamentos de esa responsabilidad en el daño antijurídico y en su imputabilidad al órgano estatal. De esta manera se resuelve el problema que hoy ya plantea la evidente insuficiencia de la llamada “falla del servicio público”, dentro del cual no caben todas las actuales formas y casos de responsabilidad patrimonial, tales como el de la “responsabilidad por daño especial”.*

*En otras palabras, se desplaza el soporte de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuricidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuricidad del daño producido por ella. Esta antijuricidad habrá de predicarse cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social.*

*Por lo que hace a la imputabilidad, se trata de resaltar la circunstancia de que para que proceda la responsabilidad en cuestión, no basta con la mera relación de causalidad entre el daño y la acción de una autoridad pública, sino que es necesario, además, que pueda atribuirse al órgano o al Estado el deber jurídico de indemnizarlo. La determinación de las condiciones necesarias para el efecto, quedará naturalmente, en manos de la ley y la jurisprudencia.<sup>5</sup>*

**En la ponencia para segundo debate sobre este mismo punto se afirmó:**

*“En materia de responsabilidad patrimonial del Estado, se elevan a la categoría constitucional dos conceptos ya incorporados en nuestro orden jurídico: el uno, por la doctrina y la jurisprudencia, cual es el de la responsabilidad del Estado por los daños que le sean imputables; y el otro, por la ley, la responsabilidad de los funcionarios.*

*La noción de daño en este caso, parte de la base de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo.*

*La responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación del agente de la administración causante material del daño, es decir, se basa en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta del actor del daño, que es el presupuesto de*

5 Gaceta Constitucional N° 56, abril 22 de 1991, pág. 15

*la responsabilidad entre particulares. Esta figura tal como está consagrada en la norma propuesta, comprende las teorías desarrolladas por el Consejo de Estado sobre responsabilidad extracontractual por falta o falla del servicio, daño especial y riesgo”.*<sup>6</sup>

En palabras del profesor español LEGUINA VILLA, esta manera de plantear el problema de la responsabilidad del Estado, constituye un verdadero “giro copernicano” para significar que ésta debe replantearse a fin de considerar como sujeto básico de ella, no *al* autor material del daño sino a la víctima que lo ha soportado.<sup>7</sup>

A pesar de algunas vacilaciones iniciales, finalmente la jurisprudencia del Consejo de Estado concluyó que los criterios lentamente construidos por la jurisprudencia en materia de responsabilidad del Estado recibieron una expresión constitucional firme en el artículo 90, en cuanto consagración de un principio constitucional constitutivo (sic) de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado tanto la de naturaleza contractual como la extracontractual”.<sup>8</sup> En otras palabras el artículo 90 “es el tronco en el que encuentra fundamento la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, trátase de la responsabilidad contractual o de la extracontractual”.<sup>9</sup>

Estos criterios fueron acogidos por la Corte Constitucional en la sentencia C – 333 del 1 de agosto de 1993 al declarar la exequibilidad condicionada en el artículo 50 de la ley 80 de 1993, en cuanto señala que las entidades públicas responderán por las actuaciones, que le sean imputables y que causen perjuicio a sus contratistas. La Corte decidió que:

*“la expresión acusada no vulnera por sí misma la Constitución, siempre y cuando se entienda que ella no excluye la aplicación directa del artículo 90 de la Carta al ámbito contractual. En cambio, la disposición impugnada puede generar situaciones inconstitucionales si se concluye que el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 es el único fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado en materia contractual por cuanto ello implicaría una legítima restricción del alcance del artículo 90 que, como se ha visto, consagra una cláusula general de responsabilidad que engloba los distintos regímenes en la materia. Por ello la Corte declarará la citada expresión exequible, pero de manera condicionada, pues*

6 Gaceta Constitucional Nº 56. Ob. Cit. Nº 112, 3 de julio de 1991, págs. 7 y 8.

7 Ibídem. Pág. 121. Similar a la expresión utilizada por KANT – salto copernicano – para referirse a las consecuencias epistemológicas que se derivan de enfocar el problema del conocimiento a partir del sujeto o hacia el objeto, contrariamente a lo sostenido en aquella época y que vino a significar toda una revolución en la filosofía. La expresión, pues, describe en forma dicente la transformación ocurrida con la nueva teoría.

8 Colombia. Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencia del 8 de mayo de 1995, Exp. Nº 8118.

9 Colombia. Sección Tercera, sentencia del 13 de julio de 1993, Exp. Nº 8163.

*precisará que el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 no constituye fundamento único de la responsabilidad patrimonial del Estado en el campo contractual, por lo cual el artículo 90 de la Constitución es directamente aplicable en este campo”.*

Debe advertirse, que la Corte Constitucional en la sentencia C – 037 de 1996 al examinar el artículo 65 del proyecto de lo que es hoy la ley estatutaria de la administración de justicia, el cual señala que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables por la acción u omisión de sus agentes judiciales, sostuvo que si bien tal precepto solo haría “alusión a la responsabilidad del Estado – a través de sus agentes judiciales – por falla en el servicio, ello no excluye, ni podría excluir, la aplicación del artículo 90 superior en los casos de la administración de justicia”.

Lo cual demuestra que en este punto, aún subsisten algunas confusiones derivadas del concepto tradicional de falla del servicio, como criterio de imputación principal de responsabilidad al Estado por los daños derivados de sus acciones u omisiones.

No puede desconocerse, sin embargo, que la consagración del daño antijurídico como fundamento constitucional de la responsabilidad estatal, ha permitido que la jurisprudencia del Consejo de Estado la declare en eventos que antes parecían insospechados. Así, a pesar de que no se definió con claridad que sería deseable el título de imputación jurídica, en sentencias del 25 de agosto y septiembre 8 de 1998 (Exps. IJ – 001, IJ – 002), la Sala Plena declaró la responsabilidad del Estado Colombiano por los daños ocasionados por agentes diplomáticos extranjeros, en razón de la imposibilidad jurídica en que se hallaba la víctima de tales daños para perseguir su resarcimiento ante la justicia ordinaria, como consecuencia de la inmunidad diplomática que contempla la Convención de Viena sobre agentes diplomáticos (Ley 6 de 1972).<sup>10</sup>

## **II. La doctrina de la presunción de falla de servicio.**

La doctrina de la presunción de falla del servicio puede ser examinada en la jurisprudencia bien de la Corte Suprema de Justicia (1), de la Sección Tercera del Consejo de Estado (2) o de la Sala Plena Contenciosa de este último (3).

<sup>10</sup> Colombia. También la Sala de Casación Civil, en auto del 8 de marzo de 1993, (Exp. N° 4284) había señalado que “En últimas el Estado Colombiano otorga la garantía de responder por los daños antijurídicos que sufran los habitantes de Colombia cuando resultan causados por el hecho imputable de haber concedido la inmunidad jurisdiccional correspondiente (Art. 90, inciso 1 de la Carta)”

## 1. En la Corte Suprema de Justicia.

Resulta paradójico advertir como la tesis de la presunción de falla del servicio fue elaborada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la célebre sentencia de junio de 1962, con ponencia del magistrado José J. Gómez, al precisar el carácter directo de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas.

En esta providencia, sin embargo, así se haya invocado el art. 16 de la Constitución anterior (hoy art. 2º) como fundamento positivo de la responsabilidad del Estado, se mantiene así mismo el concepto de culpa que sirve de pilar al artículo 2341 del C.C., el cual establece la obligación general de reparar los daños causados en relación con todo tipo de personas (naturales, jurídicas, privadas o públicas).

Allí se dijo:

*“La noción de la culpa subsiste, pero se desplaza de un sujeto individual al Estado, por razón del deber referido, de suerte que donde quiera que tales prestaciones fallen con la consecuencia de daño, la administración habrá dejado de cumplir sus “deberes sociales” e incurrido, por consiguiente, en responsabilidad. Y en mérito de la gravedad y trascendencia de dichos suministros, puesto que de ellos depende la convivencia social y la posesión de los bienes espirituales, morales y materiales que permitan al hombre el alcance de sus aspiraciones y fines, se impone la presunción de culpa en el Estado, como sucede, por ejemplo, en la responsabilidad indirecta por los “hechos ajenos” (arts. 2347 y 2349), o en la que caracteriza las actividades peligrosas (art. 2356). Tal presunción no puede desvirtuarse, en consecuencia, sino probando el caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa de la víctima. Todo lo cual enseña que no se trata de una responsabilidad “objetiva”. La responsabilidad estatal a estos aspectos tiende a generalizarse a manera de seguro permanente o con respaldo en la teoría del “riesgo creado” a favor de los particulares, por los quebrantos que sufren con ocasión de las irregularidades de los servicios públicos, comprendidos naturalmente los fortuitos, los hechos de terceros y aún la culpa del damnificado excluido el dolo. Más, la jurisprudencia nacional, no cuenta con el germen legal que le permita llevar a estos confines el horizonte de la responsabilidad extracontractual de la administración. La Corte tiene descartada la teoría del “riesgo creado”, como la forma de solución de los conflictos tocantes a la responsabilidad originada en actividades peligrosas, como dan testimonio los fallos de diciembre 9 de 1936 (XLIV, 1918, 412), noviembre 18 de 1940 (L. 11964, 4399, febrero 14 de 1941 (l. 1966, 739), mayo 3 de 1941 (li. 1973, 527, abril 20 de 1944, LVII, 2006 a 2009148) y abril 30 de 1994 (LXII, 2048, 338)”.*

Cabe señalar que no obstante que allí se afirma que lo que se presume es la culpa del Estado, en el fondo lo que se presume es la responsabilidad toda vez



que no se le confieren efectos exonerativos a la prueba de la ausencia de culpa o falla del servicio, ya que para exonerarse de responsabilidad el Estado debe probar un elemento extraño que rompa el nexo de causalidad. Sobre este punto se volverá más adelante, al examinar la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

## **2. En la Sección Tercera del Consejo de Estado.**

Si bien el Consejo de Estado al asumir la competencia plena por efecto del decreto ley 528 de 1964 para conocer de todos los asuntos relativos a la responsabilidad del Estado,<sup>11</sup> en algunas ocasiones habló de presunción de culpa frente a la actividad peligrosa de conducción de vehículos automotores (Sección Tercera, sentencia de 24 de octubre de 1975, expediente N° 1631) o la utilización de armas de fuego (Sección Tercera, sentencia de noviembre 6 del mismo año, expediente N° 1246), tal posición no se logró consolidar en forma definitiva ya que en otras ocasiones se dijo que la falla del servicio no se presume sino que debe demostrarse (Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre de 1976).

Es a partir del año 1989 cuando se consolida en forma definitiva y como principio la presunción de falla de servicio en relación con las siguientes actividades:

a) Daños causados a personas sometidas a la prestación de servicio militar obligatorio: sentencia del 3 de marzo de 1989 (Exp. N° 5290); sentencia del 28 de abril de 1989 (Exp. N° 3852), sentencia del 25 de octubre de 1991 (Exp. N° 6465).

b) Daños causados con armas de fuego: sentencia del 31 de julio de 1989 (Exp. N° 2852 252).

c) Daños causados con vehículos automotores: sentencia del 19 de diciembre de 1989 (Exp. N° 4484).

d) Muertes y lesiones de personas detenidas en las cárceles: sentencia del 5 de marzo de 1991 (Exp. N° 6691).

11 Debe aclararse que los procesos de responsabilidad por ocupación permanente de la propiedad fueron de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, como consecuencia de la inexecutable de los arts. 261 a 268 de la ley 167 de 1941, mediante sentencia del 20 de junio de 1955 (*Gaceta Judicial LXXX*, 259). Tales asuntos sólo volvieron a ser de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa con la expedición del decreto ley 01 de 1984, el cual en el art. 86 se refirió expresamente a ellos como una modalidad de la acción de reparación directa.

e) Daños derivados de la prestación de servicios médicos y hospitalarios: sentencias del 24 de octubre de 1990 (Exp. N° 5902) y 30 de julio de 1992 (Exp. N° 6897).

*Se trata de presunciones de hombre o judiciales pues como lo señala el profesor PERELMAN, “al lado de los hechos y verdades, a veces partimos de presunciones que, aunque no se presentan seguras como aquellos, sin embargo, suministran bases suficientes para forjar una convicción razonable. Las presunciones se asocian frecuentemente con lo que se produce normalmente y con lo que es razonable tomar como punto de partida... se trataría ya, en este caso, de una tentativa por invertir una presunción que favorece la tesis del adversario.*

*Es este el efecto más inmediato de una presunción: ella impone la carga de la prueba a quien quiere oponerse a su aplicación”.*<sup>12</sup>

En los casos de armas de fuego y vehículos automotores, la jurisprudencia inicialmente sostuvo que la administración se exoneraba de responsabilidad frente a la prueba de ausencia de falla, lo cual implicaba que lo que se presumía era la falla del servicio y no la responsabilidad. Posteriormente la Sección Tercera en la sentencia del 24 de agosto de 1992 (Exp. N 6754) precisó que mientras en relación con estas actividades por su carácter peligroso se presumía la responsabilidad y por lo tanto no exonera la ausencia de la ausencia de falla,<sup>13</sup> en relación con los daños derivados de la prestación de los servicios médicos asistenciales

12 *El imperio retórico. Retórica y argumentación.* Santa Fe de Bogotá, D.C., Grupo Editorial Norma, 1997, págs. 47 y 48. El artículo 176 del Código de Procedimiento Civil establece que el hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice. Esa misma regla debe resultar aplicable a las presunciones judiciales o de hombre. En el apartado 2 de la proposición de Directiva de la Comisión de 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”. Cfr. Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño).* Madrid, Ed. Civitas S.A., 1995, pág. 42. Esta inversión de la carga de la prueba parte también en la comunidad 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. 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. Marcel SOUSSE. *La notion réparation de Domages en Droit Administratif Francais.* París, L.G.D.J., 1994, pág. 447.

13 Colombia. La Sección Tercera en sentencia del 16 de junio de 1997 (Exp. N° 10.024) en relación con la conducción de vehículos automotores sostuvo que el trastorno súbito y grave de la salud del conductor no se considera fuerza mayor y por consiguiente, no exime de responsabilidad, en cuanto no es de origen externo.

en cuanto lo que se presume es dicha falla, la demostración de la ausencia de la misma si exonera.

Allí se dijo:

*“Como se observa, la nueva jurisprudencia, que implica un trascendental avance en este campo, consagra en forma más técnica la noción de la falla presunta. Y aunque esta especie del género falla del servicio se asemeja en cierta forma a la noción que se ha venido aplicando como tal con esa misma denominación (en los eventos de lesiones o muertes causadas por armas de dotación oficial o por vehículos automotores o líneas de conducción de energía), estima la Sala que debe hacer algunas precisiones, porque entre una y otra existen matices diferenciales. Así:*

*Mientras en el evento de la responsabilidad por falla del servicio médico oficial se presume dicha falla, es decir se presume uno de los tres supuestos de esa responsabilidad (los otros, como se sabe, son el daño y la relación de causalidad), en el evento de los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, ya no juega la falla o la conducta irregular de la administración, sino sólo el daño antijurídico (artículo 90 de la C.N.), produciéndose así más que una presunción de falta, una responsabilidad.*

*Esta distinción permite entender que en los casos de falla presunta dicha presunción, por admitir prueba en contrario, permite a la parte que se atribuye el daño demostrar la diligencia y cuidado en su actuación, es decir, que actuó dentro de los cánones de la mayor eficacia posible, sin culpa. En otros términos, cuando se habla de falla presunta se entiende que la responsabilidad sigue organizada sobre la noción de falla o falta del servicio como en el evento de la falla de servicio ordinaria, con la única diferencia de que el actor no tendrá que demostrar la conducta omisiva o irregular de la administración porque ésta se presume.*

*En cambio, cuando se habla de la responsabilidad por los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, en las que no juega ya la noción de la falla, ni la probada ni la presunta, le incumbe a la demandada demostrar, para exculparse, la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de tercero, también exclusivo y determinante. Y por eso mismo se entiende que en estos casos no se puede exonerar la administración demostrando la diligencia y cuidado. En otras palabras, estos eventos encuentran ahora en el derecho colombiano respaldo inequívoco en el artículo 90 de la Constitución”.*

### **3. En la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.**

La técnica de la presunción en materia de responsabilidad no ha corrido con buena suerte en la Sala Plena de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado. Así, la tesis de la presunción de responsabilidad en contra del Estado en

relación con los daños sufridos por quienes se encuentran sometidos a la prestación del servicio militar obligatorio (art. 216 inciso 2, Constitución Política) fue sustentado por la Sección Tercera en la sentencia del 28 de abril de 1989 (Exp. 3852) en los siguientes términos:

*“Si bien es cierto el enfoque de la demanda y su prueba no permiten la prosperidad de la misma, la Sala considera, con apoyo en el principio iura novit curia, que la interpretación racional de los hechos permite hacer un enfoque diferente para concluir que si se comprometió la responsabilidad de la nación por la presunción de responsabilidad que se le puede imputar a ésta por el hecho de los conscriptos sometidos a instrucción militar; actividad de especial peligrosidad, no solo por los peligros que ella implica para los que la reciben, sino por la manipulación de equipos y armas de extraordinario riesgo.*

*“Si se da en el campo del derecho privado igual presunción en contra de los directores de escuelas y colegios, los que deben responder por el hecho de sus discípulos mientras están bajo su cuidado (artículo 2347 del C.C.), en actividad que se cumple evidentemente con menos riesgos, no se ve razón alguna para que no pueda aplicarse igual regla a una actividad como la que se cumple durante la instrucción militar, con riesgos tan graves que no permiten siquiera comparación con aquella.*

*Con esto la Sala no privatiza la responsabilidad del estado, sino que, por el contrario, publicita un principio del derecho privado liberándolo de la nota de responsabilidad indirecta que se le asigna en éste y que no puede darse, en principio, en el campo de la responsabilidad administrativa donde no cabe hablar de la responsabilidad por el hecho ajeno de otro.*

*Esa publicación puede lograrse porque los sometidos a conscripción o reclutamiento si bien entre ellos están sometidos a una carga igual, frente a las demás personas y para la seguridad y tranquilidad de éstas, en definitiva, están gravados con una carga excepcional que impone que los perjuicios anormales que sufren les sean resarcidos por la comunidad que se beneficia del servicio que prestan.*

*Puede decirse, entonces, que cuando una persona ingresa al servicio militar en buenas condiciones de salud, debe dejar el servicio en condiciones similares. Si no sucede tal cosa, y muere o sufre daños por fuera de los riesgos normales propios de la instrucción militar, como sucedió aquí, el patrimonio estatal deberá responder por tal resarcimiento”.*

*Tal decisión, sin embargo, fue revocada por la Sala Plena mediante sentencia del 20 de noviembre de 1991 (Exp. N° S – 108) por considerarla violatoria de la jurisprudencia de la Sala Plena, al fundamentar la responsabilidad del Estado “en los principios consagrados en los arts. 2347 y 2356 del Código Civil, que son de carácter netamente privatista pues como que (sic) consagran la responsabilidad indirecta por el hecho ajeno y la por (sic) actividades*

*peligrosas, nociones que de tiempo atrás la jurisprudencia contencioso administrativa ha desechado, acogiendo la responsabilidad directa*".<sup>14</sup>

Lo discutible de esta decisión de la Sala Plena, es que se trataba de la muerte de un soldado a manos de otro soldado en una base militar y con arma oficial. Es decir que en el hecho concurrían tres nexos perceptibles con el servicio, atendiendo a los criterios propuestos por la sentencia de la Sección Tercera del 17 de julio de 1990 (Exp. N° 5980):

Nexo temporal: El perjuicio ocurrió en horas del servicio.

Nexo espacial: El perjuicio ocurrió en el lugar del servicio.

Nexo instrumental: El perjuicio se causó con un instrumento del servicio.

También la sentencia del 31 de julio de 1989, que constituye la sentencia de principio (*stare decisis*, en la terminología del derecho anglosajón), en materia de presunción de falla del servicio en relación con los daños causados por la utilización de armas de fuego por los agentes del Estado, fue revocada por la Sala Plena en sentencia del 14 de febrero de 1995 (Exp. S – 123).<sup>15</sup>

Allí se dijo:

*"... de la comparación de la providencia recurrida con las sentencias invocadas en la sustentación del recurso se concluye que la Sección Tercera modificó la jurisprudencia adoptada por la Sala Plena Contenciosa de la Corporación, en cuanto hace derivar la falla presunta del concepto de actividad peligrosa o elemento peligroso de las armas de dotación oficial, lo que no se puede desligar del concepto de responsabilidad por culpa in vigilando, propio del derecho civil, cuando la jurisprudencia imperante de acuerdo con las sentencias transcritas fundamenta la responsabilidad del Estado en normas, principios y teorías propias del derecho público; por lo anterior puede afirmarse que la concepción de la falla presunta se deriva de un enfoque jus privatista de la responsabilidad extracontractual que es claramente contrario a lo sostenido por la Sala Plena Contenciosa en esta materia".*

No es exacto que se afirme que la responsabilidad por actividades peligrosas que la jurisprudencia civil ha derivado del art. 2356 del C.C., está ligada a la culpa *in vigilando* por cuanto esta sirve de fundamento a la responsabilidad por el hecho ajeno a la que se refiere el art. 2347 del C.C., cuando señala que "toda persona es

14 El recurso fue interpuesto por la fiscal (hoy Procuradora) delegada ante la sección. La decisión fue aprobada por 11 votos a favor y 7 en contra.

15 Curiosamente también en este caso la votación fue de 11 votos a favor y 7 en contra, a pesar de que la composición del Consejo de Estado había variado.

responsable no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado”. (Se subraya).

No obstante que en la sentencia de la Sala Plena se admite la aplicación del principio *iura novit curia* en los procesos de reparación directa, esto es, que “el juez puede interpretar, precisar el derecho aplicable y si es del caso modificar, de acuerdo con los hechos expuestos en la demanda, los fundamentos del derecho invocados por el demandante”, también se dijo:

*“La teoría de la falla presunta, cuyos planteamientos básicos se hicieron en la sentencia recurrida, con precisión de conceptos ya adoptados por la Sección Tercera de la Corporación, podrá fundamentar la responsabilidad del Estado en casos diferentes al que ahora ocupa la atención de la Sala, cuando el perjudicado la invoque como sustento de su pretensión de indemnización o en aquellos eventos en los cuales, de acuerdo con los hechos o causa petendi de la demanda sea posible su aplicación, por darse los elementos y condiciones que de acuerdo con la ley permitan presumir su responsabilidad”.*<sup>16</sup>

El caso que se debatía en aquella oportunidad no ofrecía mayores dudas, como lo pusieron de presente los consejeros que salvaron su voto, y manejado con la teoría de la falla probada habría conducido a declarar la responsabilidad del Estado. Un agente de la policía maliciosamente no entrega una de las dos armas de dotación oficial que le fueron asignadas para la prestación del servicio, a pesar de lo cual obtiene el salvoconducto que el reglamento exige para disfrutar de sus vacaciones, como una manera de ejercer un control eficaz en relación con la indebida utilización de las armas por los agentes, por fuera del servicio.

Cuando se encontraba disfrutando de sus vacaciones, lesiona con el arma de dotación oficial que sustrajo subrepticamente a un ciudadano. Aquí la falla del servicio salta a la vista y se desprende de la simple enunciación de los supuestos fácticos del caso. Los hechos hablaban por sí solos (*Res ipsa loquitur*).

16 Michel PAILLET señala que el juez administrativo es “el maestro de la administración de la prueba”, pero que en ocasiones esa función va más allá “cuando fabrica verdaderas reglas de prueba sobre la forma de presunciones de falta”. El Consejo de Estado Francés prácticamente jamás utiliza la expresión *presunción de falta*. “La exteriorización del juego de la presunción de falta opera por lo general en las decisiones del juez administrativo a través de la utilización del verbo *révéler* (tal hecho revela la existencia de una falta), aunque su uso no sea una garantía de certeza absoluta” Cfr. *La responsabilité administrative*. París, Dalloz, 1996, pág. 103. Para Louis de GASTINES, por el contrario, “el término ‘presunción de falta’ es completamente impropio para designar la presunción de hecho que el juez administrativo aplica para establecer en ciertos casos, las faltas de los agentes. La presunción de hecho es un acto material del juez, que utiliza el procedimiento lógico de la presunción – inducción. El régimen de la presunción de hecho es el mismo en derecho administrativo que en derecho privado”. *Les présomptions en droit administratif*, París, L.G.D.J., 1991, pág. 63

En su salvamento de voto uno de los consejeros disidentes sintetizó en forma certera esa falla del servicio:

*“... acudiendo a la lógica de lo razonable, sobre la Fuerzas Armadas pesa una obligación de extrema prudencia y diligencia en relación con el porte y uso de armas, que se traduce en unas exigencias mínimas, como son: el inventario de ellas, que el personal las tiene a su cargo, y que solamente pueden portarlas por razones y durante la prestación del servicio”.*

*El hecho claro y debidamente probado que (sic) el agente de policía... causante del daño a que se contrae este proceso portara el arma estando en vacaciones, pone en evidencia una grave omisión del funcionario de la policía encargado del armerillo, o de la guarda de la misma, esto es, una falta de diligencia y cuidado en el cumplimiento de sus funciones, al no tener presente que dicho agente tenía a su cargo no sólo la escopeta sino el revólver de marras, y no había devuelto éste al salir a gozar del citado beneficio laboral. Tal omisión debió aparejar la responsabilidad de la Nación y la consiguiente indemnización de perjuicios a favor del actor”<sup>17</sup>.*

Si bien en la providencia de la Sección Tercera no se invocó para nada el art. 2356 del C.C., el cual ha servido para estructurar la presunción de responsabilidad por actividades peligrosas como la conducción de vehículos automotores en la jurisprudencia civil, carece de toda lógica que por el simple prurito de mantener la pretendida autonomía del derecho administrativo en relación con el derecho privado, el juez administrativo deba ignorar ese precepto legal que justamente enuncia como una actividad de esa naturaleza la utilización de armas de fuego,<sup>18</sup> simplemente porque se trata de una norma incorporada en el Código Civil. ¿No se tratará de una frontera artificial entre el derecho público y el derecho privado, que ya es hora de derrumbar para darle plena aplicación a unos principios generales y comunes de carácter universal?

Cabe anotar, que la Sección Tercera ha persistido en su posición sobre la presunción de falla en materia de servicios médicos asistenciales,<sup>19</sup> y presunción

17 Ya el Consejo de Estado francés en el fallo *Lemonnier* del 26 de junio de 1918, a partir de las conclusiones del comisario de gobierno León BLUM había señalado que cuando la falta personal no haya podido ser cometida por el agente sino por medio de instrumentos o de poderes puestos a su disposición por el servicio, “la falta se separará quizás del servicio, pero el servicio no se separará de la falla”. Cfr. RIVERO, *Derecho administrativo*. Caracas, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1984, pág. 319.

18 “Son naturalmente todos los servicios de la defensa nacional, los que en razón de su potente organización y de los medios excepcionales de que disponen, los que causan a los particulares los daños sino los más considerables, al menos los más frecuentes”. TEISSIER (1906) citado por Jean Marie BECET en *La Responsabilité de la Puissance Publique*, París, L.G.D.J., 1969, pág. 8

19 En sentencia de 19 de febrero de 1998 (Exp. N° 11.802) se dijo por la Sección que “en los casos de maternidad, en principio ha de suponerse según las normas generales de la experiencia, que esta ha de

de responsabilidad en relación con aquellas actividades que comportan riesgo o peligro como la utilización de armas de fuego, conducción de vehículos y redes de energía.<sup>20</sup>

Es posible que el asunto pueda ser llevado nuevamente a conocimiento de la Sala Plena en razón de los recursos extraordinarios de súplica por violación de jurisprudencia, interpuestos antes de su derogatoria por la ley 446 de 1998.

No parece, en cambio, que el asunto pueda conocerse por razón del nuevo recurso extraordinario de súplica, toda vez que este sólo procede por violación directa de normas sustanciales (art. 194 C.C.A.) y al no existir un régimen legal positivo que regule de manera precisa y detallada el tema de la responsabilidad del Estado, esta ha sido construida en forma pretoriana por el Consejo de Estado.

### **III. La responsabilidad del Estado por la actividad judicial.**

En relación con la responsabilidad del Estado por la actividad judicial en Colombia, se pueden distinguir claramente dos períodos: antes de la Constitución Política de 1991 (1) y con posterioridad a ella (2). En esta segunda etapa ha habido una clara intervención del legislador, en particular en el Código de procedimiento Penal (2.1.), el cual reguló dos supuestos específicos de esa responsabilidad: como consecuencia de la decisión que exonera de responsabilidad penal una vez que prospera la acción de revisión, esto es, frente a un error judicial (2.1.1) y frente a los casos de privación injusta de la libertad (2.1.2). También la ley estatutaria de la administración de justicia (2.2) se refirió a la responsabilidad del Estado por el error jurisdiccional (2.2.1) y la privación injusta de la libertad (2.2.2).

---

culminar satisfactoriamente, y que es al médico a quien le incumbe demostrar que los eventuales riesgos que puede comportar la atención de la parturienta pueden exonerarlo en el caso concreto de la responsabilidad que se le endilga”.

20 La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido renuente a utilizar el concepto de actividad peligrosa para hablar más bien de riesgo en relación con las actividades, como una manera de aparentar su pretendida autonomía. Sin embargo, en sentencia del 10 de septiembre de 1998 (Exp. N° 10.820) se dijo: “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 solo 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)”.



## 1. Antecedentes

Paradójicamente la jurisprudencia del Consejo de Estado que siempre se había mostrado audaz en materia de responsabilidad, tratándose de la actividad judicial en forma persistente se negó a admitirla con fundamento en el principio de la cosa juzgada y por considerar que “El error judicial no compromete la responsabilidad del Estado; es un riesgo a cargo del administrado, es una carga pública a cargo de todos los asociados”.<sup>21</sup> En este campo solo tiene aplicación la responsabilidad personal del juez, siempre y cuando se trate de un error inexcusable (art. 40 C. de P.C.).

Esta posición legislativa y jurisprudencial fue duramente combatida por el profesor Carlos H. PAREJA desde el año de 1939, quien consideraba que la lógica y la equidad indican que la indemnización por el defectuoso funcionamiento del aparato de justicia debe reclamarse del Estado, como gerente que es del servicio público de justicia, sin necesidad de recurrir a subterfugios metafísicos como el de la *culpa in vigilando* en relación con los agentes judiciales.

Cabe recordar que existía un apoyo legislativo lo suficientemente sólido como para haber fundamentado la responsabilidad del Estado con ocasión de los perjuicios que hubiere causado en ejercicio de su actividad jurisdiccional.

En efecto, la ley 74 de 1968 que ratificó los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el protocolo facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas con el voto unánime de sus asociados en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966, en el art. 9 numeral establece que “toda persona que haya sido injustamente detenida o presa, tendrá derecho efectivo a obtener reparación”.

A su vez, el art. 14, numeral 6 señala que “cuando una sentencia condenatoria haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido posteriormente indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia, deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido”.<sup>22</sup>

21 Colombia. Sección Tercera, sentencia del 14 de febrero de 1980 (Exp. N° 2367); auto del 26 de noviembre de 1980 (Exp. N° 3062).

22 En el mismo sentido la Convención Americana sobre derechos humanos, más conocida como Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por Colombia mediante la ley 16 de 1972, en el art. 10 preceptúa: “*De-recho a la indemnización.* Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber

No obstante que allí no se dijo a cargo de quien corre la indemnización, cuando la Tercera Asamblea General de las Naciones Unidas se ocupó del tema, para la mayoría de los miembros quedó claro en las discusiones que se llevaron a cabo que “ese derecho puede ser invocado tanto contra el Estado, como contra los particulares”.<sup>23</sup>

Por tratarse de leyes aprobatorias de tratados públicos, estas disposiciones tienen un carácter supralegal de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, ya que no pueden ser desconocidas por las leyes ordinarias. Esa prevalencia en el orden interno de los tratados en materia de derechos humanos así como su carácter de pauta hermenéutica para la interpretación de los derechos y deberes que consagra la Carta Política, se contempla hoy en el art. 93.

Resulta un tanto ilógico e inexplicable que el decreto – ley 522 de 1971, que adicionó el Código Nacional de Policía decreto – ley 1355 de 1970, sí hubiera consagrado de manera expresa la responsabilidad del Estado por sus actuaciones jurisdiccionales.

En efecto: según el inc. 4º del art. 103 del mencionado decreto, cuando prosperaba el recurso de revisión en relación con las sanciones impuestas por las contravenciones especiales que allí se señalaban, “y la pena hubiere sido de pérdida de la libertad, se ordenará pagar al injustamente condenado, a *título de compensación por falla de servicio de justicia*,<sup>24</sup> la suma de cincuenta pesos por cada día de la privación de la libertad”.<sup>25</sup>

---

sido condenada en sentencia en firme por error judicial”.

- 23 Cfr. Hernando LONDOÑO JIMÉNEZ. *De la captura a la excarcelación*. Bogotá, Editorial Temis, 1974, pág. 200. En el año de 1989 durante la administración del presidente Virgilio Barco se presentó un proyecto de reforma constitucional que en el art. 52 incorporaba los derechos humanos consagrados en el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas así como la Convención de San José de Costa Rica. En la ponencia para el primer debate presentada por el senador Federico ESTRADA VÉLEZ, se criticó esta iniciativa por consagrar en forma “ligera e inconsulta” la obligación del Estado de indemnizar los perjuicios a las personas que hubieren sido detenidas injustamente, “sin hacer discriminaciones acerca de si a esa situación de injusticia se llegó dolosamente, culposamente, o simplemente en virtud de la libre apreciación de fenómenos fácticos”. Cfr. *Reforma Constitucional*. Publicación del Ministerio de Gobierno, 1989, pág. 48.
- 24 Colombia. Hoy el artículo 115 de la Constitución Política de 1991 permite que la ley atribuya funciones jurisdiccionales a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no se les permite adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos. La ley 228 de 1995, en desarrollo de esta disposición y del art. 28 transitorio trasladó a las autoridades judiciales el conocimiento de los hechos punibles que se sancionaban con pena de arresto por las autoridades de policía.
- 25 “Esta compensación la deberá el tesoro nacional y serán competentes los jueces del trabajo para conocer de la acción de cobro, si a ello hubiere lugar”. Atribuir a la justicia laboral la competencia para conocer de estos asuntos, aparece como algo insólito puesto que el debate será algo extraño a su especialidad.

No se explica por qué en el Estatuto de las contravenciones y delitos menores se hacía tal previsión<sup>26</sup> y no sucedía lo mismo en el caso de prosperar la revisión en un proceso penal, donde las penas privativas de la libertad que pueden imponerse son más elevadas y, por consiguiente, las posibilidades de ocasionar un daño mayor son más frecuentes. Una simple lógica nos dirá con mayor razón. Argumento a *fortiori*, tales reparaciones debieron ser reconocidas por vía legislativa o jurisdiccional en estos procesos.

## 2. La Constitución Política de 1991.

Durante los debates que se llevaron a cabo en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente Jaime Fajardo Urdaneta y Darío Mejía Agudelo, voceros del movimiento guerrillero Ejército Popular de Liberación (EPL) presentaron una propuesta específica que buscaba regular la responsabilidad del Estado derivada de la actividad judicial, la cual en el fondo recogía los supuestos previstos por el art. 121 de la Constitución española del error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia.

La fórmula que finalmente se aprobó y que contempla el actual art. 90 de la Constitución se refiere de manera genérica a la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, sin que se hubiera hecho alusión en particular a la actividad judicial.

La exposición de motivos expresa que:

*“Tal como se ha redactado el artículo, cabe perfectamente la posibilidad, hacia la cual claramente se está inclinando el derecho moderno, de extender el régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado a aquella que se deriva de los yerros de la administración de justicia y eventualmente en un futuro, también a la que pueda derivarse de la función*

---

Creemos que esta previsión estuvo inspirada en sentimientos de justicia, ya que en esta jurisdicción tiene mayores efectos el principio de oralidad en la actuación, que teóricamente influye en la celeridad del proceso. Una solución similar fue propuesta en México por Héctor SOLÍS O. Cfr. Revista Criminalia, México, 1958. XXIV, pág. 179.

26 El art. 17 de la ley 23 de 1991 derogó expresamente el art. 103 del decreto ley 522 de 1971. La disposición que comentamos muy seguramente tuvo poca o ninguna aplicación si se tiene en cuenta que quienes eran sujeto de los procesos penales de policía generalmente eran personas de escasos recursos que estaban asistidas por estudiantes de derecho. Valdría la pena corroborar esta afirmación con una investigación de campo a nivel nacional. A pesar del muy plausible propósito que inspiraba la norma en comento, su constitucionalidad era muy discutible si se tiene en cuenta que fue expedida por el Ejecutivo con fundamento en el art. 20 núm. 13 de la ley 16 de 1968 que le otorgó facultades extraordinarias sólo para expedir normas sobre policía.

*legislativa. La instauración concreta de una y otra quedaría, como corresponde, en manos de la ley y la jurisprudencia”.*<sup>27</sup>

## **2.1. El Código de Procedimiento Penal.**

Muy seguramente haciendo eco de las propuestas que se plantearon en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, donde quedó claro que el legislador debía ocuparse de la responsabilidad del Estado por la actividad judicial, el Presidente la República en ejercicio de las facultades que le confiere el art. 5 transitorio, literal a de la Carta Política, previa consideración y no improbación de la Comisión Especial Legislativa, al expedir el nuevo Código de procedimiento Penal – Decreto ley 2700 de 1991 – aprovechó la ocasión para regular parcialmente dicho asunto en el proceso penal.

A diferencia de lo que había sucedido en general en materia de responsabilidad, en relación con la actividad judicial debió intervenir primero el legislador, para que a partir de diferentes textos legales con posterioridad la jurisprudencia se encargara de precisar su alcance.

El Código de Procedimiento Penal reguló dos supuestos de responsabilidad del Estado por la actividad judicial:

- La derivada del error judicial como consecuencia de la decisión que exonera de responsabilidad penal en el proceso de revisión (art. 242) y
- La indemnización por privación injusta de la libertad (art. 414).

### **2.1.1 El error judicial.**

El art. 242 del C. de P.P. preceptúa:

*“Consecuencias de la decisión que exonera de responsabilidad. Si la decisión que se dictare en la actuación fuere cesación de procedimiento o sentencia absolutoria, el sindicado o sus herederos podrán demandar la restitución de lo pagado, sin perjuicio de las demás acciones que se deriven del acto injusto. Habrá lugar a solicitar responsabilidad del Estado”.*

Esta disposición debe armonizarse con el art. 36 del mismo Código que contempla las causales de preclusión de investigación o cesación de procedimiento:

- Cuando aparece plenamente comprobado que el hecho no ha existido.

<sup>27</sup> *Gaceta Constitucional*. Nº 56, abril 22 de 1991, pág. 14. En el mismo sentido puede verse también *Interpretación y Génesis de la Constitución de Colombia*. LLERAS DE LA FUENTE, Carlos y otros. S.E., Santa Fe de Bogotá, 1992, pág. 198

- Que el sindicado no lo ha cometido.
- Que la conducta es atípica.<sup>28</sup>
- Que está plenamente demostrada una causal excluyente de antijuridicidad.<sup>29</sup>
- Se demuestra alguna de las causales de exclusión de la culpabilidad.<sup>30</sup>
- La actuación no podía iniciarse o proseguirse.<sup>31</sup>

### **2.1.2 La privación injusta de la libertad.**

El art. 414 del C. de P.P. establece que “quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave”.

De la descripción antes transcrita se desprende que la privación injusta de la libertad puede ponerse de manifiesto no sólo cuando se dicta sentencia abso-

28 De acuerdo con el art. 1º del C. de P.P. que consagra el principio de legalidad, nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió...”

29 El art. 29 del Código Penal establece que el hecho se justifica cuando se comete: “1. En estricto cumplimiento de un deber legal. 2. En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales. 3. En legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público. 4. Por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcional a la agresión. Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencia inmediatas, cualquiera sea el daño que le ocasione. 5. Por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar”.

30 Colombia. El art. 40 del Código Penal contempla las siguientes causales de inculpabilidad: No es culpable: “1. Quien realice la acción u omisión por caso fortuito o fuerza mayor. 2. Quien obre bajo insuperable coacción ajena. 3. Quien realice el hecho con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación. 4. Quien obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal. Si el error proviene de culpa, el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo”.

31 Esta causal de cesación de procedimiento está referida a los delitos que requieren querrela o petición de parte para iniciar la acción penal que prevé el art. 33 del C. de P.P. Debe tenerse en cuenta además el término de caducidad de la querrela que es un año, contado a partir del momento de la comisión del hecho punible (art. 32 ibídem). Así mismo, se refiere al término de prescripción de la acción penal regulado en los artículos 79 y ss. del Código Penal.

lutoria sino cuando se dicte preclusión de la investigación (art. 443) o auto de cesación de procedimiento (art. 36), por cualquiera de las tres causales que la norma prevé.

La jurisprudencia de la Sección tercera ha considerado que en los tres supuestos previstos por el art. 414 del C. de P.P., la ley presume que se configura la privación injusta de la libertad y por consiguiente:

*“Resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez o magistrado para tratar de definir si por parte de él hubo dolo o culpa”.*

*“En la legislación colombiana éste es uno de los pocos casos en que el legislador ha resuelto, por ley, la situación fáctica, no dejando al juez ninguna alternativa distinta de valoración jurídica. En otras palabras, a él no le está permitido manejar la faceta relativa que tiene la falla del servicio, ora para indagar lo que podía demandarse de éste, ora para analizar las circunstancias variables en que ella se puede presentar, ora para hablar de responsabilidad patrimonial, desde una concreta realidad, como lo enseña el profesor Tomás Ramón Fernández.*

*Para la Sala la orden legal de indemnizar los perjuicios es una respuesta adecuada al facilismo con el cual los jueces suelen disponer de la libertad del hombre, con olvido de que ella es la cualidad fundamental del ser espiritual, esto es, la que le permite la realización de su propia vocación. No se puede seguir jugando con la honra de las personas con la orientación dañina que `predica que una medida de aseguramiento, como la detención preventiva, no se le niega a nadie.*

*“La responsabilidad de la administración, dentro del ámbito que se estudia, no opera sólo en los casos contemplados en el art. 414 del Código de Procedimiento penal, pues la Constitución Nacional ordena reparar el daño que se genere por una conducta antijurídica de ella. Con esto se quiere significar que el error judicial se debe reparar, no sólo en los casos de una injusta privación de la libertad, sino en todos los eventos en que se demuestre, con fuerza de convicción, la existencia de una manifiesta equivocación”.*<sup>32</sup>

Cuando se pretende la declaratoria de responsabilidad del Estado por fuera de los casos previstos en el art. 414 del C. de P.P., en algunas ocasiones la jurisprudencia de la Sección sostuvo que se exigía “una decisión abiertamente ilegal”,<sup>33</sup> “actuaciones u omisiones escandalosamente injurídicas” o el comportamiento “ostensible y manifiestamente errado del juez”,<sup>34</sup> todo lo cual ponía de manifiesto una interpretación restrictiva frente a la admisión por la ley de la responsabilidad del Estado derivada de la actividad judicial.

32 Colombia. Sección Tercera, sentencia del 15 de septiembre de 1994, proceso N° 9391

33 Colombia. Sección Tercera, sentencia del 17 de noviembre de 1995, proceso N° 10.056

34 Colombia. Sección Tercera, sentencia del 1 de octubre de 1992, proceso N° 7058

## 2.2. La ley estatutaria de la administración de justicia.

La ley 270 de 1996 o estatutaria de la administración de justicia también reguló la responsabilidad del Estado derivada de la actividad judicial, siguiendo de cerca lo dispuesto por la ley orgánica del poder judicial en España, aunque allí tales previsiones son propias de la ley ordinaria y no de la ley orgánica.<sup>35</sup>

En esta ley se regulan tres supuestos de responsabilidad por la actividad judicial: el error jurisdiccional, la privación injusta de la libertad y el funcionamiento defectuoso de la administración de justicia. Examinaremos la posición de la jurisprudencia en relación con los dos primeros, ya que la responsabilidad del Estado por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia no ha sido objeto de discusión y se ha admitido en forma pacífica de tiempo atrás.<sup>36</sup>

### 2.2.1 Error jurisdiccional.

La sentencia C – 037 del 5 de febrero de 1996 proferida por la Corte Constitucional en relación con el proyecto de ley estatutaria (hoy ley 270 de 1996) y en desarrollo del control automático de constitucionalidad que tienen tales proyectos (art. 153 inc. 2 Constitución Política), estableció significativas restricciones al alcance del error judicial tal como fue previsto en la ley.

En primer lugar sostuvo la Corte que:

*“la comisión del error jurisdiccional debe enmarcarse dentro de una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso, que demuestre, sin ningún asomo de duda, que se ha desconocido el principio de que al juez le corresponde pronunciarse judicialmente de acuerdo con la naturaleza misma del proceso y las pruebas aportadas – según los criterios que establezca la ley – y no de conformidad con su propio arbitrio. En otras palabras, considera esta Corporación que el error jurisdiccional debe*

<sup>35</sup> Al respecto pueden verse los artículos 81 y 121 de la Constitución Española.

<sup>36</sup> La responsabilidad por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia no se ha puesto en duda por cuanto allí no existe el obstáculo de la cosa juzgada, Cfr. León DUGUT, *Las transformaciones del derecho público*. Buenos Aires, Edit. Heliastra S.R.L., 1975 pág. 149 y ss. La Sección Tercera del Consejo de Estado Colombiano en sentencia del 10 de noviembre de 1967 (Exp. 867), señaló. “una cosa es la intangibilidad de la cosa juzgada, presupuesto fundamental de la sociedad y también dogma político, y otra cosa son ciertos actos que cumplen los jueces en orden de (sic) definir cada proceso, los que no requieren de más que de la prudencia administrativa. Por eso cuando con esos actos se causan daños, haciéndose patente como en el caso en estudio, el mal funcionamiento del servicio público, es ineludible que surja la responsabilidad ... no es este el primer caso en que la Nación es condenada al pago de los perjuicios por hechos de esta naturaleza, provenientes unas veces por (sic) la inseguridad en que mantiene los despachos judiciales y otras por negligencia de sus empleados”

*enmarcarse dentro de los mismos presupuestos de la jurisprudencia, a propósito de la revisión de las acciones de tutela, ha definido como una “vía de hecho”.*

Este criterio restrictivo que inicialmente había sido acogido por la Sección Tercera, fue rectificado con posterioridad en varias de sus decisiones.

Así, en sentencia del 18 de septiembre de 1997, (Exp. N° 12.686), se declaró la responsabilidad del Estado por error judicial sin aludir para nada a la conducta o comportamiento del juez, por el error judicial configurado en un proceso ejecutivo instaurado con fundamento en una sentencia de nulidad y restablecimiento del derecho proferida por la jurisdicción contencioso administrativa, en cuanto el juez laboral desconoció el mandato contenido en el inciso 5 del art. 177 del C.C.A. que señalaba los intereses que causan en relación con la sentencia condenatoria a partir de la ejecutoria, sujetando en forma equivocada su aplicación al transcurso de 18 meses que la misma norma establece para que estas condenas puedan ejecutarse ante la justicia ordinaria.

También en sentencia del 28 de enero de 1999 (Exp. N° 14.399), la Sección sostuvo que el error judicial:

*“debe analizarse desde una perspectiva objetiva, toda vez que se trata de un desarrollo de la cláusula general de responsabilidad contenida en el art. 90, campo este en el cual se prescinde del juicio de desvalor de la conducta, para centrar la atención en el daño antijurídico padecido por la víctima; a lo cual debe agregarse que el legal contenido en el art. 66 de la ley estatutaria de la administración de justicia de la noción de error judicial, también excluyó la consideración del aspecto subjetivo, como que tal error es el que se materializa en una providencia contraria a la ley, sin más exigencias.*

*Debe anotarse, igualmente, que el art. 66 no introdujo el ingrediente normativo de providencia “manifiestamente contraria a la ley”, lo cual evidencia que la configuración del error a efectos de la responsabilidad directa del Estado, difiere sustancialmente del que reclama el régimen de responsabilidad personal del agente judicial”.*

Otra limitación impuesta por la Corte Constitucional tiene que ver con la impropiedad del error judicial respecto de las decisiones de las altas corporaciones de justicia.

*“Sobre el particular, entiende la Corte que la Constitución ha determinado un órgano límite o una autoridad máxima dentro de cada jurisdicción, así, para la jurisdicción constitucional se ha previsto la Corte Constitucional (art. 241 C.P.), para la ordinaria a la Corte Suprema (art. 234 C.P.), para la contencioso administrativa al Consejo de Estado (art. 237 C.P.) y para la jurisdicción disciplinaria a la correspondiente Sala del Consejo Superior de la Judicatura (art. 257 C.P.). Dentro de las atribuciones que la Carta le confiere a cada una*



*de esas corporaciones, quizás la característica más importante es que sus providencias, a través de las cuales se resuelve en última instancia el asunto bajo examen, se unifica la jurisprudencia y se definen los criterios jurídicos aplicables frente a casos similares.*

*En otras palabras, dichas decisiones, una vez agotados todos los procedimientos y recursos que la ley contempla para cada proceso judicial, se tornan en autónomas, independientes, definitivas, determinantes y, además, se convierten en el último pronunciamiento dentro de la respectiva jurisdicción. Lo anterior, por lo demás, no obedece a razón distinta que la de garantizar la seguridad jurídica a los asociados mediante la certeza de que los procesos judiciales han llegado a su etapa final y no pueden ser revividos jurídicamente por cualquier otra autoridad de la rama judicial o de otra rama del poder público”.*

**La Sección Tercera, en sentencia del 4 de septiembre de 1997 (Exp. N° 10.285) desconoció esa restricción y declaró la responsabilidad de la Nación por un error judicial atribuible a la Sala jurisdiccional disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Allí se dijo:**

*“Si así se entendiera el error judicial como la “actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso” que obedece a las motivaciones internas del juez que actúa sin fundamento objetivo y razonable, se estaría desconociendo la fuente constitucional de la responsabilidad del Estado consagrada en el art. 90 de la Carta, según el cual éste debe indemnizar todo daño antijurídico que ocasione, con prescindencia de la eventual falta personal del agente que lo causa.*

*Precisamente como desarrollo legal de la disposición constitucional, el art. 66 de la ley 270 de 1996 define el error judicial como el “cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley”, sin incluir como ingrediente de la definición de culpabilidad del funcionario que lo realiza.*

*Que la responsabilidad patrimonial del Estado sea de origen constitucional, de una parte, y que el art. 90 no excluya ninguna autoridad pública como agente del daño, de otra, permite derivar importantes consecuencias frente al pronunciamiento de la Corte Constitucional en cuanto, desbordando el texto fundamental, le suprimiría el derecho a la indemnización a todas las víctimas de hechos imputables a los magistrados de las altas corporaciones de justicia.*

*En efecto, el inciso 1° del art. 90 de la Carta dispone que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas”; calidad que, según la propia Corte Constitucional, ostentan los magistrados de las altas corporaciones de justicia “en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares*

y también para el Estado<sup>37</sup> y, por lo tanto, los daños antijurídicos que ocasionen no están excluidos de la fuente constitucional de responsabilidad estatal prevista en esta norma.

Repárese, además, en la argumentación que la Corte ofrece en el último párrafo de la sentencia que se reprodujo en el numeral 1 de este capítulo, cuando a propósito de la defensa de la acción de tutela admite que se pueden revisar las providencias proferidas por cualquier autoridad judicial siempre que se advierta la existencia de una vía de hecho, lo cual puede hacerse según la Corte: 1) Porque se trata de una facultad de origen constitucional; 2) Porque no implica la resolución de fondo del conflicto jurídico y 3) Porque no se enmarca dentro del análisis de la responsabilidad patrimonial del Estado.

También la determinación de la responsabilidad patrimonial del Estado, como se vio, es una facultad que deriva directamente de la Constitución Política; declarar la existencia del error judicial tampoco implica la interferencia del juez contencioso administrativo en las decisiones judiciales, como que la providencia que contiene el error conserva la intangibilidad de cosa juzgada; y no es cierto que la concesión de la tutela no pueda eventualmente tener consecuencias patrimoniales, por cuanto (así) lo sostuvo la misma Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del artículo 25 del decreto 2591 de 1991...<sup>38</sup>

## 2.2.2 Privación injusta de la libertad.

El artículo 68 de la ley estatutaria de la administración de justicia se limita a señalar que “quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”.

Ni la ley, ni la Corte Constitucional en su sentencia C – 037 de 1996 despejan el interrogante que suscita la regulación de este punto en una ley estatutaria, frente a los supuestos tasados de detención injusta que trae el art. 414 del C. de P.P. Lógicamente habría que suponer que al declarar la exequibilidad de las previsiones de la ley estatutaria sobre la materia, es porque el asunto debe hacer parte de una ley de esa índole (art. 152 literal b) Corte Constitucional y por consiguiente, habría quedado insubsistente el citado artículo 414.<sup>39</sup>

Cabe preguntar, así se entienda derogada esta previsión, ¿si la jurisprudencia de la Sección tercera no debería mantener los tres supuestos previstos en el art. 414 del C. de P.P. como eventos de responsabilidad automática del estado por detención injusta?

37 Colombia. Sentencia T – 501 del 21 de agosto de 1992.

38 Colombia. Sentencia T – 543 del 1º de octubre de 1992.

39 Cabe precisar que el proyecto de ley N° 42 de 1998 – Senado presentado por el Fiscal General de la Nación y que reforma el código de procedimiento penal, elimina toda referencia a la responsabilidad del Estado. Cfr. *Gaceta del Congreso* N° 141, 6 de agosto de 1998.

No menos afortunado fue el condicionamiento establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C – 037 de 1996 para que se configure la privación injusta de la libertad y por ende, se puede formular un juicio de responsabilidad en contra del Estado:

*“Con todo, conviene aclarar que el término “injustamente” se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada, ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados”.*

Dos reparos no merecen las razones aducidas por la Corte para exigir que la privación de la libertad que pueda comprometer la responsabilidad del Estado tenga que ser “abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales”:

La primera es que desconoce en forma flagrante que la Constitución Política presume la buena fe de los particulares, en todas las actuaciones que estos adelantan ante las autoridades públicas dentro de las cuales, obviamente, estarían las autoridades judiciales (art. 83).

En segundo lugar, la Carta Política le confía a la Corte la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, “en los estrictos y precisos términos” que señala el art. 241, dentro de los cuales no se encuentra propiamente el de ser guardián de los caudales de los caudales públicos.

A este respecto, conviene recordar lo que decía SOURDAT en 1872, hace más de cien años y que a mi juicio define correctamente el problema:

No es admisible invocar el peligro del tesoro público; este peligro no es real. Si las decisiones de los tribunales que declaran responsable a la administración son tan numerosas que suponen una seria amenaza para el tesoro público, significa que existe algo anormal en el funcionamiento de los servicios públicos. Contra esta anomalía no hay nada más que un remedio: “obligar a la administración, mediante una aplicación justa y severa por parte de los jueces de los principios de responsabilidad, a escoger mejor a sus funcionarios y a obligarlos a respetar las leyes y el interés público”.<sup>40</sup>

40 Citado por MARTÍN REBOLLO, Luis. *Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las administra-*

También en este punto la jurisprudencia de la Sección tercera del Consejo de Estado se ha distanciado de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y declaró la responsabilidad por privación injusta de la libertad en un proceso penal en el que se absolvió a una persona privada de la libertad, con fundamento en el principio *in dubio pro reo*, sin hacer consideraciones de ninguna índole sobre la conducta subjetiva del juez que ordenó la privación de la libertad.

Así, en sentencia del 18 de septiembre de 1997, (Exp. N° 11.754) señaló:

*“La responsabilidad patrimonial del Estado se encuentra acreditada, con la prueba del daño, para el caso, privación de la libertad del demandante, y de la causalidad, circunstancia que se infiere de la prueba allegada, toda vez que el demandante estuvo a órdenes de los jueces penales que lo investigaron por virtud de los cuales se le privó de la libertad.*

*Bastan estos dos elementos estructurales para configurar la responsabilidad a la luz de las exigencias del art. 414 del C.P.P., pues téngase presente que, acreditada como está, la absolución del sindicado mediante sentencia en firme, operaría sin más razonamientos, el derecho a la reparación, pus así lo dispone claramente la parte final del mencionado dispositivo legal”.*

#### IV. Resumen y conclusiones.

1º. El daño antijurídico es un concepto genérico en el cual se engloban todos los supuestos que permiten declarar la responsabilidad del Estado (contractual y extracontractual) y en el que a su vez, se incluyen los diferentes criterios de imputación del daño particulares elaborados en su larga evolución por la jurisprudencia del Consejo de Estado (falla del servicio, presunción de falla del servicio, presunción de responsabilidad en actividades riesgosas y peligrosas, daño especial, etc.)

En este orden de ideas, la responsabilidad del Estado se desliga de criterios subjetivos como el dolo y la culpa, los cuales solo juegan a la momento de definir la responsabilidad personal del funcionario (art. 90 inc. 2 Constitución Política, art. 77 C.C.A, art. 54 ley 80 de 1993).

2º. La jurisprudencia reiterada de la Sección Tercera del Consejo de Estado considera que en relación con los daños derivados de la prestación de los servicios médicos asistenciales se presume la falla del servicio, la cual puede desvirtuarse por la entidad demandada con la prueba de la diligencia y cuidado (ausen-

---

*ciones públicas en: Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Madrid, Ed. Civitas, 1991, T. III, pág. 2824*

cia de falla en el servicio) o la existencia de un elemento extraño que rompa el nexo de causalidad (hecho exclusivo de un tercero, culpa exclusiva de la víctima, fuerza mayor).

Por el contrario, en relación con actividades peligrosas o riesgosas (utilización de armas de fuego, conducción de vehículos automotores y redes de energía) la prueba de la diligencia y cuidado no exonera de responsabilidad. Solo cabe por tanto alegar y probar la existencia de un elemento extraño.

3º. La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha distanciado de los criterios restrictivos señalados por la Corte Constitucional para la procedencia de responsabilidad del Estado por actividad judicial, en cuanto para la configuración del error judicial o la privación injusta de la libertad no examina la conducta subjetiva del agente causante del daño. También el Consejo de Estado a diferencia de la Corte Constitucional ha encontrado procedente declarar la responsabilidad del Estado por las diferentes actuaciones de las altas Cortes.

En estas condiciones, el principio de irresponsabilidad del Estado por la actividad judicial en colombiano que no estaba escrito en ninguna parte y que conducía a soluciones que chocaban con el buen sentido y con la equidad, hoy en día es solo un recuerdo histórico.

4º. Por último, como lo expresara el profesor RIVERO, la posibilidad para los ciudadanos de obtener reparación de los daños imputables a la potestad pública es una pieza esencial del estado liberal, y “más allá de su valor práctico, toda teoría de la responsabilidad refleja una cierta forma de civilización”,<sup>41</sup> en Colombia esto ha sido posible, en una buena medida, gracias a la paciente labor jurisprudencial del Consejo de Estado como garante a lo largo de su historia de los derechos del ciudadano frente al Estado.

---

41 Rivero. Ob. Cit. Pág. 291.