

**Acumulación de Prestaciones e Indemnizaciones en el Derecho
Colombiano**

**Tesis presentada para optar al título de
Abogada**

**Cristina Duque Londoño
Juliana León Novoa**

**Pontificia Universidad Javeriana
Facultad de Ciencias Jurídicas
Derecho
Bogotá D.C.
2010**

Acumulación de Prestaciones e Indemnizaciones en el Derecho Colombiano

**Tesis presentada para optar al título de
Abogada**

Cristina Duque Londoño

Juliana León Novoa

Director

Juan Manuel Diaz-Granados Ortiz

Pontificia Universidad Javeriana

Facultad de Ciencias Jurídicas

Derecho

Bogotá D.C.

2010

NOTA DE ADVERTENCIA

Artículo 23 de la Resolución No. 13 de Julio de 1946

“ La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada en contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia.”

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I: MECANISMOS DE PROTECCIÓN, RESARCIMIENTO Y COMPENSACIÓN

1. Responsabilidad Civil.....	1
1.1 Concepto.....	2
1.2 Evolución.....	3
1.3 Relaciones y diferencias entre responsabilidad civil y responsabilidad penal	6
1.4 Responsabilidad civil contractual y extracontractual.....	9
1.5 Acumulación de responsabilidad civil contractual y extracontractual....	16
1.6 Elementos de la responsabilidad civil.....	20
1.6.1 El daño.....	21
1.6.1.1 Concepto.....	21
1.6.1.2 Requisitos para que el daño sea indemnizable.....	22
1.6.1.2.1 El daño debe ser cierto.....	23
1.6.1.2.2 El daño debe ser personal respecto de quien solicita la reclamación.....	25
1.6.1.2.2.1 Daño por contragolpe.....	26
1.6.1.2.3 El daño debe lesionar intereses legítimos....	28
1.6.1.2.4 El daño no debe haber sido reparado.....	29
1.6.1.3 Daños patrimoniales y extrapatrimoniales.....	29
1.6.1.3.1 Daños patrimoniales.....	29
1.6.1.3.1.1 Daño emergente.....	30
1.6.1.3.1.2 Lucro cesante.....	31
1.6.1.3.1.3 Liquidación del perjuicio y medida del daño.....	32
1.6.1.3.2 Daños extrapatrimoniales.....	35
1.6.1.3.2.1 Daño moral.....	35
1.6.1.3.2.2 Daño a la vida en relación.....	37
1.6.1.4 Reparación integral.....	39
1.6.1.4.1 Concepto.....	40
1.6.1.4.2 Formas de reparar.....	45
1.6.1.4.3 Otros principios del resarcimiento de daños y perjuicios.....	47
1.6.2 La conducta del sujeto.....	48
1.6.2.1 La culpa.....	48
1.6.2.2 Teoría del riesgo.....	51
1.6.3 Nexo de causalidad.....	52
1.6.3.1 Teoría de la equivalencia de condiciones.....	53
1.6.3.2 Teoría de la causa inmediata o causa próxima.....	54
1.6.3.3 Teoría de la causa eficiente.....	54
1.6.3.4 Teoría de la causalidad adecuada.....	55
1.7. La antijuridicidad como fundamento de la responsabilidad civil.....	55
1.8. Causales de exoneración de responsabilidad.....	56
1.8.1 Fuerza mayor o caso fortuito.....	57

1.8.2 Hecho de un tercero.....	60
1.8.3 Hecho de la víctima o culpa de la víctima.....	62
1.9. Causales de justificación del daño.....	63
1.9.1 Legítima defensa.....	63
1.9.2 Estado de necesidad.....	66
1.9.3 El ejercicio legítimo de un derecho y el cumplimiento de un deber.....	67
1.9.4 Obediencia debida.....	67
1.9.5 Consentimiento del perjudicado.....	68
1.10. Naturaleza del pago.....	69
2. El Seguro.....	70
2.1 Concepto.....	70
2.2 Elementos esenciales.....	72
2.3 Clasificación de los seguros.....	74
2.4 Sujetos que intervienen en el contrato de seguro.....	76
2.5 Deberes de los sujetos intervinientes.....	78
2.6 Principio indemnizatorio.....	82
2.6.1 En el seguro de daños.....	84
2.6.2 En el seguro de personas.....	84
2.6.3 Límites a la indemnización.....	85
2.7 Subrogación.....	87
2.8 Requisitos para el pago de la indemnización y entidades administradoras que hacen el pago.....	89
2.9 Indemnizaciones provenientes de varias aseguradoras – Coexistencia de seguros.....	90
2.10 Naturaleza del pago.....	92
3. Seguridad Social.....	94
3.1 Concepto.....	94
3.2 Elementos constitucionales.....	95
3.2.1 Como derecho.....	96
3.2.2 Como derecho fundamental.....	96
3.2.3 Como servicio público.....	97
3.3 Principios.....	98
3.3.1 Universalidad.....	98
3.3.2 Solidaridad.....	98
3.3.3 Eficiencia.....	99
3.4 Naturaleza jurídica de los recursos.....	99
3.5 Conformación del sistema.....	100
3.5.1 El sistema general de pensiones.....	100
3.5.1.1 Régimen pensional de vejez.....	101
3.5.1.1.1 Régimen de prima media.....	101
3.5.1.1.2 Régimen de ahorro individual.....	102
3.5.1.2 Régimen pensional de sobrevivientes.....	103
3.5.1.3 Régimen pensional de invalidez.....	104
3.5.2 El sistema de seguridad social en salud.....	105
3.5.2.1 Plan obligatorio de salud.....	106
3.5.2.2 Planes adicionales de salud.....	106
3.5.2.3 Fondo de solidaridad y garantía – Subcuenta ECAT...	106

3.5.3 El sistema de riesgos profesionales.....	116
3.5.3.1 Accidente de trabajo y enfermedad profesional.....	117
3.5.3.2 Afiliación y cotizaciones a riesgos profesionales.....	118
3.5.3.3 La reparación tarifada a cargo de la ARP	
– Responsabilidad objetiva.....	119
3.5.3.4 La reparación plena de perjuicios por culpa patronal	
– Responsabilidad subjetiva.....	120
3.5.4 Subsidio familiar.....	121
3.5.5 Servicios sociales complementarios.....	122
3.6 Naturaleza del pago.....	122

CAPÍTULO II: ¿ACUMULACIÓN O NO ACUMULACIÓN?

1. Planteamiento del problema jurídico.....	125
2. Controversia.....	129
3. Requisitos para que tenga lugar la acumulación.....	131
4. Criterios aplicables.....	132
4.1 Causa jurídica u origen de la prestación.....	133
4.2 Naturaleza del pago.....	135
4.3 Ley.....	136
4.4 Subrogación.....	137
5. Situación jurídica de las partes en conflicto.....	139
5.1 Del causante del daño.....	139
5.2 Del tercero que paga.....	140
5.3 Del asegurado o sus beneficiarios.....	142
6. Solución en casos especiales de acumulación.....	143
6.1 Acumulación de seguros privados con la responsabilidad civil.....	143
6.2 Acumulación de seguros privados con seguridad social.....	148
6.3 Acumulación de seguridad social con responsabilidad civil.....	150
6.3.1 En relación con las prestaciones realizadas por el instituto de los seguros sociales.....	153
6.3.2 Ley 100 de 1993.....	154
6.3.2.1 Riesgos profesionales.....	154
6.3.2.1.1 Análisis jurisprudencial.....	155
6.3.2.1.1.1 Corte Suprema de Justicia..	155
6.3.2.1.1.2 Consejo de Estado.....	167
6.3.2.2 Salud.....	184
6.3.2.3 Pensiones.....	185
6.4 Acumulación de responsabilidad civil, seguros privados y seguridad social.....	195
6.5 En los actos de mera gratuidad o benevolencia.....	196
7. Pactos prohibitivos.....	196

CONCLUSIONES

Anexos

- Referente internacional

INTRODUCCIÓN

A lo largo del tiempo, la acumulación de prestaciones e indemnizaciones ha generado diversas posiciones doctrinales y jurisprudenciales, pues en determinados casos se ha sostenido que una misma persona no tiene la facultad de acumular la reparación proveniente de la responsabilidad civil con las prestaciones derivadas de la seguridad social o de un contrato de seguros, dada la naturaleza indemnizatoria que pueden llegar a tener algunos de estos pagos. En otros eventos se ha afirmado que si es viable dicha acumulación pues lo pagado por la seguridad social o la compañía aseguradora tiene una causa jurídica diferente de la que genera la obligación indemnizatoria del tercero causante del daño.

El problema subsiste cuando existiendo varios mecanismos de protección a la víctima se quiere determinar cuál de estos es el que tiene que soportar económicamente el pago de la prestación, pues se hace necesario establecer unos principios rectores que determinen la solución que se le puede dar a cada caso.

En este orden de ideas se desarrollará lo correspondiente a los mecanismos de protección, resarcimiento y compensación, tratando así la responsabilidad civil, el seguro privado y la seguridad social con el fin de comprender cada una de estas instituciones jurídicas y proceder al estudio de los eventos en que se puede presentar la acumulación entre las mismas.

En segundo lugar se estudiará el problema jurídico referente a la acumulación de prestaciones e indemnizaciones, la controversia que esto suscita y los requisitos para que tenga lugar la acumulación teniendo en cuenta diferentes posiciones doctrinales.

A renglón seguido se analizarán los posibles criterios aplicables para la solución de los eventos que generan la activación de los diferentes mecanismos y también se hará referencia a la situación jurídica de los sujetos

que hacen parte del conflicto así como la repetición de lo pagado entre los diferentes mecanismos de protección y resarcimiento.

Finalmente se abordaran los casos especiales en que se presenta la acumulación, estudiando las posibles combinaciones que se dan entre estos mecanismos y la jurisprudencia referente al tema. Esto acompañado de unas conclusiones en las que se establecerán unos principios generales aplicables a las diferentes situaciones para proponer una posición uniforme en la resolución practica de las mismas.

CAPITULO I: MECANISMOS DE PROTECCIÓN, RESARCIMIENTO Y COMPENSACIÓN

Para dar inicio al estudio es de gran importancia desarrollar y explicar el funcionamiento de algunas instituciones jurídicas como la responsabilidad civil, el seguro y la seguridad social. Pues es entre estos mecanismos en que se puede presentar el fenómeno de la acumulación.

Cada uno de estos instrumentos están dirigidos a otorgar a los individuos de la sociedad diferentes prestaciones o indemnizaciones a las cuales tienen derecho, bien sea por estar consagradas en la ley o por la ocurrencia de un hecho que genera su adquisición.

1. Responsabilidad civil

Se empieza el análisis de los mecanismos de protección, resarcimiento y compensación del daño por la responsabilidad civil. Para lo cual es relevante mostrar la posición que frente a esta tiene parte de la doctrina según la cual “En el terreno de la indemnización, la responsabilidad civil no presenta ninguna superioridad de principio en relación con otras instituciones consideradas, y es aún nítidamente inferior a éstas desde numerosos puntos de vista. Sin duda su mantenimiento se revela indispensable en tanto que los mecanismos de seguridad social o de seguro directo no procuren a las víctimas prestaciones suficientes para compensar realmente los daños más graves, pero no es menos cierto que la extensión de la protección social disminuye la utilidad de la responsabilidad civil en función indemnizatoria”¹

¹ VINEY, Geneviève. Tratado de derecho civil introducción a la responsabilidad. Traductor Fernando Montoya Mateus. 1a ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 87

Se iniciará el estudio de la responsabilidad civil partiendo de su concepto y evolución, a lo que le sigue un análisis de la antijuridicidad como fundamento de la responsabilidad civil. Posteriormente se destacarán las diferencias entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal y entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual. Y adicionalmente se tratará la acumulación de la responsabilidad civil contractual y la extracontractual.

En seguida se mencionarán los elementos de la responsabilidad civil, seguidos de los factores de exoneración y de justificación de la responsabilidad, para finalizar con la determinación de la naturaleza del pago que se realiza con base en la responsabilidad civil.

1.1 Concepto

Las definiciones que se le han dado a la responsabilidad civil son de diversa naturaleza, pasando de complejas apreciaciones a concepciones más simplistas del tema

En el primer tomo del Tratado de la Responsabilidad Civil, Javier Tamayo Jaramillo expone esta institución como aquella que “engloba todos los comportamientos ilícitos que por generar daño a terceros hacen recaer en cabeza de quien lo causó, la obligación de indemnizar”². Y continua diciendo “la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a terceros. Como se ha dicho, ese comportamiento ilícito consiste en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasicontractuales, el delito, el cuasidelito, o la violación del deber

² TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de la responsabilidad civil. Vol 1. Teoría general de la responsabilidad civil; De la responsabilidad civil contractual; De la responsabilidad civil extracontractual. 2ª ed. Bogotá; México: Legis Editores, 2007. p. 8

general de prudencia. En conclusión la responsabilidad civil, como fuente de las obligaciones, encuentra sus raíces jurídicas en los hechos ilícitos”³

Para Gilberto Martínez Ravé, la responsabilidad civil se considera como la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales, económicas, derivadas de un hecho, conducta o acto que ha ocasionado un lesionamiento a un patrimonio ajeno⁴.

No cabe duda entonces que, la responsabilidad hoy tiene una clara función indemnizatoria.

1.2 Evolución

La responsabilidad civil se ha presentado de diferentes formas a través del tiempo y se ha depurado hasta llegar a ser como se conoce hoy en día. La evolución que tuvo en el derecho romano proporciona una muestra del proceso que sufrió esta institución⁵.

La ley romana partía de un concepto de responsabilidad objetiva⁶. La culpa no se tenía en cuenta, no era un elemento preponderante dentro de la responsabilidad. Se exigían requisitos como que el daño fuera causado por otra persona en su fortuna, o en un bien que le produjera una utilidad.

³ Ibíd. p. 8

⁴ MARTINEZ RAVE, Gilberto y MARTINEZ TAMAYO, Catalina. Responsabilidad civil extracontractual. 11ª ed. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A, 2003 p. 10

⁵ Empezó como una venganza del perjudicado hacia el victimario y pasó a ser un poco más proporcional al instaurarse la Ley del Talión. Luego, con el fin de reducir un poco la violencia, se implantó la compensación patrimonial por el daño causado. En el derecho romano clásico aparece la Ley de las XII Tablas y con ella la Ley Aquilia que regulaba tres aspectos. El primero de ellos buscaba que se reparara el daño en aquellos casos en que un individuo causara la muerte de un esclavo o de un animal de otra persona. Se reconocía el valor más alto que la persona hubiera tenido en ese año. En los eventos de pérdida de cosas inmateriales sería el tercero causante el que respondería por la suma correspondiente. Y tratándose del daño a cosas materiales se realizaba una compensación respecto del deterioro o destrucción de los mismos.

⁶ SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Instituciones de responsabilidad civil. Vol.1. 2ª ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2006.

Era necesario que el daño fuera producido corpore in corpore, es decir, que se tratara de una responsabilidad por acción, dejando de lado la responsabilidad que se pudiera derivar de la omisión. Y Particularmente se exigía que al agente no tuviera derecho a causar el daño. El propietario del bien era el titular de la reclamación, es decir, el único que podía pedirla⁷.

Con la entrada del Derecho Justiniano o Bizantino se modifica el tema de la responsabilidad por abstención, reconociendo el tema de la omisión; extiende la responsabilidad de reparación a quienes no eran propietarios y se excluye la responsabilidad objetiva, introduciendo el concepto de culpa.

Durante el periodo comprendido entre los siglos XIII y XVIII cuando imperaban el derecho germánico, canónico, el estatutario, el derecho de los príncipes; la responsabilidad civil adquirió una serie de caracteres específicos.

El estamento religioso separó el concepto de pena y reparación. Entonces, al tocar el tema de reparación no se está hablando de una pena en el sentido punitivo. El derecho canónico se encargó de separar la responsabilidad civil de la responsabilidad penal.

Se implanta la transmisibilidad de la obligación de resarcimiento por pasiva, al establecerse la posibilidad de que por la muerte del causante del daño los herederos continúen con su responsabilidad. Adicionalmente, se habla de la reparación desde el punto de vista de la restitución, buscando, en lo posible, poner las cosas en el estado en que se encontraban antes del evento dañoso.

Con la llegada del Derecho Natural, nace la teoría de la causa. Se estructura la teoría del acto ilícito, siendo este aquel que no solo contraviene la ley, sino también la equidad y las buenas costumbres.

⁷Ibid., p. 23

Durante la etapa de la codificación⁸, se mantienen vigentes las ideas iusnaturalistas; La culpa constituía el fundamento de la responsabilidad civil y dominaba toda la institución.

Al final del siglo XIX y comienzos del siglo XX, la figura de la culpa entra en crisis. Esta fue la época de la industrialización, donde la mecanización implicaba un aumento en las situaciones riesgosas con la potencialidad de producir acontecimientos dañosos de distintas proporciones y de diferente naturaleza⁹. En la medida en que se desarrollaran actividades peligrosas la responsabilidad pasa a ser objetiva. Se dejan de lado elementos como la prudencia y la diligencia pues en muchos casos estas impedían establecer un vínculo causal, lo que dificultaba la obtención de una reparación para la víctima.

Santos Ballesteros explica este proceso diciendo “se alzó la teoría de la responsabilidad objetiva o teoría del riesgo, una de sus vertientes que simplemente prescinde del problema de la imputabilidad subjetiva para establecer que la obligación indemnizatoria surge cuando se produce un daño y este puede ser reconducido materialmente a un sujeto de derecho sin más consideraciones. Esta apreciación objetiva de responsabilidad y las investigaciones jurídicas que le dieron soporte lograron un auge inusitado a comienzos y mediados del siglo XX”¹⁰

Como reacción a la responsabilidad objetiva, aquellos que apoyaban el concepto de culpa consideraron que se estaba amenazando la base moral de la responsabilidad civil. Por lo tanto esta nueva posición buscaba encontrar un criterio con una flexibilidad que le permitiera regular todas las situaciones de responsabilidad civil susceptibles de presentarse¹¹.

⁸Siglo XVIII

⁹SANTOS. Op. Cit., p. 21

¹⁰Ibid., p. 27

¹¹Ibid., p. 31

Consecuentemente se empezaron a plantear algunos casos en los que se establecen presunciones y de esta forma se invierte la carga de la prueba, como para los eventos en que la responsabilidad tiene como fuente, como se verá más adelante, el hecho de un tercero y el hecho de las cosas, o en la responsabilidad contractual, en las obligaciones de resultado.

1.3 Relaciones y Diferencias entre Responsabilidad Civil y Responsabilidad Penal

La finalidad de la sanción jurídica se presenta como un aspecto en el cual divergen la responsabilidad civil y la penal, pues en la primera se tiene una concepción clásica en donde la sanción es meramente reparatoria y el objetivo es poner a la persona, en cuanto sea posible, en la situación que tendría de no haber mediado el acontecimiento dañoso. Se busca restablecer el equilibrio patrimonial roto con el acto ilícito (Finalidad resarcitoria). Parte de la doctrina opina que la función reparatoria no implica el desconocimiento de la función sancionatoria, pues la indemnización tiene este carácter. A través del daño moral el juez puede ir más allá de lo que se permite en el daño patrimonial y establecer una sanción. En la segunda es evidente la finalidad sancionatoria y el carácter punitivo que tiene la pena¹²

En cuanto a la tipicidad se hace necesario remitirse a las normas civiles y penales que regulan el tema. Por un lado el Código Civil en sus artículos 2341 y siguientes indica que basta con que un daño se reconozca e impute a un sujeto y se le tenga como autor para que el ordenamiento jurídico lo sancione y haga surgir la responsabilidad, es decir, basta con que se configuren los requisitos para la responsabilidad. No se requiere un catálogo de daños. Mientras que en la responsabilidad penal el tema de la tipicidad tiene un manejo diferente dado que, tal como lo expone el artículo 10 del Código Penal, sólo los eventos expresamente

¹² Artículo 4. Código Penal

indicados en la ley dan lugar a la acción penal y a su consecuente responsabilidad. Además, nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al hecho que se le imputa.¹³

Respecto de la antijuridicidad, para que se configure la responsabilidad civil se requiere que se violen intereses jurídicamente tutelados por la ley y que se genere un daño antijurídico o perjuicio frente a ellos¹⁴. Por su parte para que surja la responsabilidad penal se requiere que se lesione o se ponga en peligro el bien jurídicamente tutelado. No se necesita una lesión efectiva, basta con la puesta en peligro, es decir, se admite la tentativa¹⁵.

La responsabilidad civil está basada en la culpa o el riesgo. Entonces, si se sustenta en la imprudencia, impericia o negligencia se tiene una responsabilidad subjetiva, mientras que si se prescinde de estos elementos se estaría frente a una responsabilidad objetiva. En este último caso el fundamento es el daño antijurídico, no se revisa la conducta. Algunos ejemplos son el contrato de transporte y la actividad bancaria. El tratamiento que se le da a la culpabilidad en el ámbito de la responsabilidad penal como respuesta a lo dispuesto en el artículo 12 del Código Penal implica que solo se imponen penas a conductas realizadas con culpabilidad. La esencia es la culpa, pues según indica dicha norma queda eliminada toda forma de responsabilidad objetiva.

En relación con la medida de la responsabilidad se tienen diferentes perspectivas:

La responsabilidad civil se refiere a la función resarcitoria. Actualmente se utiliza el concepto de reparación integral del daño. Según el Artículo 16 de la Ley 446 de

¹³ Artículo 29 Constitución Política

¹⁴ Aun cuando la regla general es que la responsabilidad surge con el evento dañoso hay ciertos casos donde se busca prevenir la potencialidad del daño. Es el caso del Art 2359 CC y de las acciones posesorias en los Art 988 CC y Art 998 CC. Artículo 998: el dueño de una casa tiene derecho para impedir que cerca de sus paredes haya depósitos o corrientes de agua o materias húmedas que puedan dañarla. Tiene asimismo derecho para impedir que se planten árboles a menos distancia que la de quince decímetros, ni hortalizas o flores a menos distancia que la de cinco decímetros.

¹⁵ Código Penal. Artículo 11. "ANTI JURIDICIDAD. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal."

1998, la valoración de daños irrogados en la persona será realizada atendiendo a la reparación integral y a la equidad. Por lo cual, siempre que se indemnice un perjuicio debe hacerse conforme al principio de reparación integral en donde no influye el grado de conducta de las personas¹⁶, salvo casos excepcionales.

El Art. 2357 Código Civil se plantea que en caso de presentarse la concurrencia de culpas, la apreciación del daño está sujeta a reducción. Si la víctima se expuso imprudentemente al daño, el juez puede establecer que la reparación sea menor.

Diferente situación se presenta en la responsabilidad penal en la cual la medida de la responsabilidad se refiere a la determinación de la pena, responde a un mayor o menor grado de peligrosidad, en donde el Juez se basa en factores objetivos para poder establecerla (gravedad de los hechos, preterintención, etc.). Las penas deben estar consagradas en la sentencia en forma explícita, con los motivos para su imposición.

Finalmente en relación con la transmisibilidad se puede decir que en el ámbito de la responsabilidad civil es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos, quienes responden no por su culpa sino por su condición de causahabientes universales¹⁷. Caso que no se presenta en la responsabilidad penal, pues en ella se lleva a cabo la individualización de la pena, por lo cual la muerte del procesado extingue la sanción penal y la acción penal. Sólo se transmiten a sus herederos cuando hay un incidente de reparación.

¹⁶Reparación integral: se deben tener en cuenta los siguientes factores:

1. La estimación del perjuicio recae sobre la persona y la condición patrimonial del damnificado. No se tiene en cuenta el patrimonio de quien causó el daño.
2. Existencia de nexo causal.
3. La mayor o menor gravedad de la culpa no debe tener incidencia en la determinación y cuantificación del perjuicio. Esto se da en los casos de responsabilidad extracontractual; pero en la responsabilidad contractual se puede tener en cuenta el dolo y la culpa grave del causante del perjuicio.
4. La reparación no puede ser fuente de enriquecimiento.

¹⁷ Código Civil. Artículo 2343 "PERSONAS OBLIGADAS A INDEMNIZAR". Es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos.

El que recibe provecho del dolo ajeno, sin haber tenido parte en él, solo es obligado hasta concurrencia de lo que valga el provecho que hubiere reportado."

Consecuencias y regulación procesal:

Si el hecho ilícito sólo produce efectos civiles, porque protege intereses privados, corresponde únicamente a la jurisdicción ordinaria conocer de la acción civil. Si el hecho ilícito vulnera bienes jurídicamente tutelados e intereses públicos, y existen consecuencias penales, será el juez penal el encargado de conocer la acción.

Aun así, un aspecto que debe ser tenido en cuenta es la potencialidad que tiene el delito, como fuente de la responsabilidad penal, en generar efectos en el derecho civil y, en específico, en el campo de la responsabilidad civil. Caso en el cual será decisión de la víctima si desea que dentro del proceso penal se lleve a cabo un incidente de reparación integral¹⁸ en el cual se resuelva todo lo concerniente a la indemnización de la cual se hace acreedor el perjudicado por vía de la responsabilidad civil, o acudir directamente a la jurisdicción civil para tal efecto.

1.4 Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual

Para efectos del presente estudio es necesario desarrollar brevemente la clasificación según la cual la responsabilidad civil se puede dividir en contractual y extracontractual.

La responsabilidad civil contractual se presenta como consecuencia del incumplimiento de un deber jurídico singular y concreto, emergente de una relación jurídica determinada (que no necesariamente es un contrato, pues las obligaciones pueden nacer también de un cuasicontrato o de la ley)¹⁹

¹⁸ Al respecto ver Código de Procedimiento Penal. Ley 906 de 2004; CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C - 409 de 2009. Magistrado Ponente: Doctor Juan Carlos Henao Pérez. Actor: Manuel Antonio Echavarría Quiroz. Acción: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 108 (parcial) de la Ley 906 de 2004. Ref: expediente D- 7478; CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C - 425 de 2006. MP: Doctor Humberto Sierra Porto. Actor: Jaime Campos Jácome. Acción: Acción pública de inconstitucionalidad norma demandada o revisada: Código de Procedimiento Penal ley 906 de 2004. Exp.: D-6027

¹⁹ Código Civil. Artículos 1602 a 1607

Respecto de la función de la obligación reparatoria se puede decir que en la responsabilidad contractual el resarcimiento tiene un sentido derivado de la prestación originaria, del vínculo anterior preexistente entre los sujetos. El nexo de la obligación reparatoria está dado por el incumplimiento de una obligación a cumplir. Por lo tanto, la responsabilidad que se origina al causarse un daño por el incumplimiento de una obligación singular y concreta, no integra el contenido negocial, más sí sustituye la obligación querida por las partes. Esta reparación debe ser integral.

Será distinta la indemnización de perjuicios según que la obligación sea de dar, hacer o no hacer, y si la obligación ha sido incumplida total o parcialmente o si ha habido retardo en su satisfacción. En consecuencia, la obligación reparatoria podrá ser en especie, lo que supone reintegración específica, o en equivalente, de la prestación no cumplida, de naturaleza compensatoria, o simplemente moratoria por el mero retardo.

En la responsabilidad contractual la constitución en mora depende del tipo de obligación de que se trate. Así, en las obligaciones de dar o hacer, la responsabilidad nace desde el momento en que se constituye en mora de cumplir. Si esta obligación estuviere sujeta a plazo, cuando este se vence se constituye en mora o si se tratara de una condición, cuando se cumpla la misma se constituye en mora.

Tratándose de una obligación pura y simple la constitución en mora se configura cuando se requiere al deudor. Mientras que en el campo de las obligaciones de no hacer la constitución en mora se da desde el momento en que se comete la contravención.

Para constituir al deudor en mora puede ser aplicada una de dos modalidades, a saber, la reconvención judicial que se lleva a cabo en la demanda y la mora automática que se da en los casos en que existe término o plazo estipulado²⁰.

En relación con la carga de la prueba cada tipo de responsabilidad tiene un sistema por medio del cual determina a quien le corresponde probar. En la responsabilidad contractual se tiene que diferenciar si se trata de una obligación de medio o una obligación de resultado. En tratándose de las obligaciones de medio, se aplica la culpa probada, es decir, quien alegue la culpa tendrá que probarla y quien la cometió solo se podrá exonerar probando diligencia o causa extraña. En cuanto a las obligaciones de resultado existe una presunción en el sujeto que causó el daño y solo la causa extraña procederá como mecanismo de exoneración.

Los grados de culpa también constituyen un punto de quiebre entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. En materia contractual la diligencia del deudor se determina según la utilidad que le reporta el acto o contrato. Existe la clasificación tripartita de la culpa y según el lugar que se ocupe se darán más efectos, no sólo desde el punto de vista del incumplimiento sino también desde el punto de vista de los perjuicios causados. La indemnización está directamente relacionada con el grado de la culpa. Se trata de una responsabilidad subjetiva.

Es pertinente citar lo dispuesto en el artículo 1604 del Código civil al decir:

“El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos

²⁰ Código Civil. Artículo 1608: “MORA DEL DEUDOR. El deudor está en mora: 1º.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora. 2º.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla. 3º.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.”

que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega. Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.”

En cuanto a la extensión de los perjuicios, es decir, los daños que deben ser reparados por el autor del hecho, cuando exista un contrato entre las partes se ha de tener en cuenta si la persona que causó el daño actuó con dolo o con culpa. Siguiendo lo dispuesto por el artículo 1616 del Código Civil²¹, si no existe dolo se responde únicamente por los perjuicios directos²² y previsibles²³, mientras que si el autor actuó dolosamente tendrá que responder hasta por los perjuicios imprevisibles, teniendo en cuenta que nunca se pagarán los perjuicios indirectos²⁴, ni aún cuando se actuó con dolo.

Por autorización del mismo artículo las estipulaciones de los contratantes podrán modificar las reglas antes mencionadas. Tratándose de una norma dispositiva se puede ver que en el contrato se puede limitar la responsabilidad de las partes o no ponerle ningún tipo de limitación a la misma (incluyendo todos los perjuicios) lo cual no es considerado en principio como una clausula abusiva. Siempre que se tenga en cuenta que por disposición legal no es posible condonar el dolo ni la culpa grave.

²¹ Código Civil. Artículo 1616 - Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios. Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.

²² Perjuicio directo es aquel que es inmediato.

²³ Perjuicio previsible es aquel que responde a unas consecuencias lógicas y dañosas del hecho.

²⁴ No se derivan directamente del hecho dañoso.

En relación con la imputación de la responsabilidad²⁵ habrá que decir toda persona capaz de obligarse²⁶ es imputable bajo la responsabilidad civil contractual.

Finalmente es importante traer a colación la competencia procesal, es decir el lugar donde puede iniciarse el proceso. En este tipo de responsabilidad la regla general de competencia²⁷ está dada por el domicilio del demandado o por el lugar de cumplimiento del contrato²⁸.

Por su parte la responsabilidad civil extracontractual surge con independencia de un vínculo jurídico, en todos los casos en que no existe ninguna relación entre la víctima y el causante del daño²⁹. La obligación se origina en el hecho causa, imputado a una persona, para que responda del daño injusto ocasionado a otra, por actos u omisiones, con dolo o por simple imprevisión o negligencia.

En este tipo de responsabilidad la función de la obligación reparatoria es principal, es decir, es originaria pues surge primigeniamente al producirse el daño. El nexo está dado por un acto dañoso frente a un tercero, en el cual hay un interés protegido que ha sido lesionado por una conducta ilícita.

La constitución en mora en materia extracontractual es mucho más simple que en la responsabilidad civil contractual, dado que la obligación de reparar inicia desde la ocurrencia del daño, por lo que el sujeto se constituye en mora desde el instante en que lo causa. No hay necesidad de hacer ningún tipo de requerimiento

²⁵ Para establecer la imputabilidad, en el sistema colombiano, ésta está fijada por la ley en forma precisa. La regla general es la capacidad, tanto en una como en otra responsabilidad, siendo la incapacidad su excepción.

²⁶ Código Civil. Artículo 1503. Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley designe como incapaces..

²⁷ Código de Procedimiento Civil. Artículo 23 No 1 y 5

²⁸ Lo anterior a elección del demandante.

²⁹ Código Civil. Artículos 2341 a 2360

En cuanto a la carga de la prueba, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual es necesario mirar las tres modalidades en que se puede dar la misma para determinar el sistema de responsabilidad aplicable. Cuando se trata de responsabilidad por el hecho propio se aplica la culpa probada, por lo cual, quien alega el hecho tiene que probarlo. Se tiene que probar que la conducta fue antijurídica y culposa, además del nexo causal entre el hecho y el daño.

Para los casos de responsabilidad por el hecho de otro se utiliza la culpa presunta, es decir, se presume la culpa del demandado, quien se exonera probando su diligencia. Este sistema favorece a la víctima, pues sólo tiene que probar el daño y el hecho. Se puede exonerar a través de la causa extraña, la prudencia o la diligencia. El presente es un régimen de responsabilidad subjetiva.

En la responsabilidad por el hecho de las cosas, se establece la culpa presunta del propietario de la cosa que causó el daño o quien esté a cargo de la actividad peligrosa. Solo cabe la exoneración a través de la causa extraña, no se tiene en cuenta ni la diligencia ni la prudencia³⁰. Ubicándose este tema dentro del régimen de la responsabilidad objetiva, ha generado discusión dado que en la legislación colombiana, a diferencia de la de muchos países, establece sistemas de exoneración de responsabilidad para este tipo de eventos.

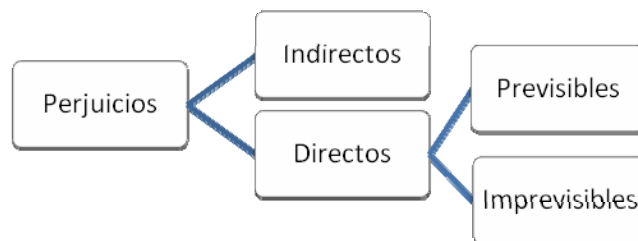
Como se explicó anteriormente, en materia contractual aplica la división tripartita de la culpa mientras que en la responsabilidad extracontractual cualquier culpa compromete la responsabilidad del agente. Lo importantes es determinar si hubo o culpa o no, sin importar el grado de ésta (no existe el principio de la clasificación tripartita de la culpa). Dado que no se tiene en cuenta el grado de culpabilidad del autor el mismo no tiene incidencia en el monto de los perjuicios; la persona debe responder por todos los perjuicios causados: daño emergente, lucro cesante, daños morales, daño a la vida en relación, etc. Se aplica el principio general del

³⁰Al respecto ver artículos 2353 a 2356 Código Civil

Neminem Laeder según el cual todo aquel que cause un daño tiene la obligación de repararlo.

La responsabilidad extracontractual no tiene en cuenta la existencia de dolo en la determinación de los perjuicios a indemnizar, por lo tanto el autor del hecho ilícito está obligado a indemnizar todos los perjuicios (Directos previsible e imprevisibles) que sean consecuencia de su obrar, siempre que exista nexo causal. Aquí lo que importa es que haya culpa; que sea más o menos grave no va a afectar el pago o el monto de los perjuicios.

Será el juez el encargado de determinar qué perjuicios es previsible, imprevisible, directo e indirecto.



Haciendo referencia a la imputación de la responsabilidad³¹ en materia extracontractual habrá que decir que la misma se maneja de una forma distinta a la imputación por vía contractual pues se tienen en cuenta la edad y las facultades mentales quienes causan el daño.

En primer lugar, las personas que tengan bajo su cargo menores de 10 años y dementes son responsables de los daños causados por éstos. Es decir, los tutores

³¹ Para establecer la imputabilidad, en el sistema colombiano, ésta está fijada por la ley en forma precisa. La regla general es la capacidad, tanto en una como en otra responsabilidad, siendo la incapacidad su excepción.

son responsables por el hecho de otro³². Mientras que los mayores de 10 años menores de 18 años son imputables pero patrimonialmente responden sus padres.

En el caso del ebrio no es posible decir que se trata de un inimputable dado en virtud de las disposiciones del artículo 2345 del Código Civil las personas que se ponen en condiciones de inconsciencia no pueden ser considerados como inimputables

La determinación de la competencia procesal en la responsabilidad civil extracontractual se efectúa en virtud del domicilio del demandado o en el lugar donde sucedieron los hechos³³

1.5 Acumulación de responsabilidad civil contractual y extracontractual

Surge ahora una pregunta ¿Es posible que un hecho que genera un daño sobre un sujeto, que se deriva de una obligación contractual, genere también responsabilidad extracontractual? Al respecto se han presentado las siguientes posturas:

La Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 25 de Noviembre de 1938³⁴ sostiene que se debe rechazar la posibilidad de una acción híbrida, es decir contractual y extracontractual a la vez. Dice que “no deben involucrarse la responsabilidad contractual y la extracontractual. Ni la ley ni la doctrina autorizan el ejercicio de esta acción híbrida porque la yuxtaposición o acumulación de estas dos especies diferenciadas de responsabilidad es imposible, ya que la contractual, por su propia naturaleza, excluye la generada por el delito”.

³² Código Civil. Artículo 2346

³³ Código de Procedimiento Civil. Artículo 23 No 1 y 8

³⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.. Sentencia de noviembre 25 de 1938. MP: Doctor Ricardo Hinestrosa Daza.

La segunda postura hace énfasis en la posibilidad de acumular el doble resarcimiento.

Por el contrario, una tercera tendencia afirma en la viabilidad de la coexistencia de las dos acciones pero indica que al satisfacerse una se extingue la otra por tener el mismo interés. Para los que apoyan esta posición, el concurso de responsabilidades es admisible cuando se trata de un mismo hecho que viole no sólo derechos derivados del contrato sino también derechos que corresponden a la persona ofendida, con independencia del contrato. En tales supuestos, extinguida la acción contractual por causas particulares inherentes a ella, queda viva aún la otra acción.

Por último existe una postura que indica es se deben aplicar las normas de responsabilidad extracontractual por ser más amplia y por constituir los principios genéricos de la responsabilidad.

Jurisprudencialmente se ha establecido la regla de la prohibición de escoger acción, es decir, la víctima no va a escoger cuál es la acción que más le conviene. Escogerá la vía que le corresponda.

Esto no significa que un mismo hecho no pueda generar acciones contractuales y extracontractuales, pues esto podrá suceder en la medida en que genera daños distintos. Cuando un mismo hecho genera diversos tipos de daño, nada impide que se generen ambas acciones. Lo que la ley prohíbe es el doble resarcimiento, enriquecerse por ese hecho dañoso; no prohíbe la acumulación de responsabilidades.

La última posición de la Corte Suprema de Justicia respecto del tema indica que la acumulación es viable, porque se da un perjuicio derivado de la responsabilidad contractual y otros perjuicios derivados de responsabilidad extracontractual. Así,

en sentencia de 18 de octubre de 2005, dice la Corte al resolver el caso del Señor Cárdenas Lalinde.³⁵

“Pidió la actora en el libelo incoativo del proceso, que se declarara a la sociedad demandada “civilmente responsable de todos los daños y perjuicios que le causó a Luis Eduardo Cárdenas Lalinde y María Elva Palacio Marín en razón de la actitud negligente de su personal,” lo que originó, a la postre, la muerte del primero de ellos; y que, en tal virtud, se le condenase a pagar a MARÍA ELVA PALACIO MARÍN, “quien pide para la sucesión de su finado esposo, una suma en moneda colombiana equivalente a mil (1000) gramos oro, como indemnización por los perjuicios morales que se le causaron a Luis Eduardo Cárdenas Lalinde”. Así mismo, obrando ya la actora en su propio nombre, pidió que la demandada fuese condenada a pagarle la suma equivalente a 1500 gramos oro, por concepto de perjuicios morales que se le causaron con la muerte de su esposo, junto con otros valores relativos al daño emergente y el lucro cesante derivados de la muerte de su cónyuge. Como diáfano se advierte, la demandante reclama, de un lado, para la sucesión de Cárdenas Lalinde (*iure hereditatis*), la indemnización del perjuicio moral que su esposo padeció al verse postrado e impedido por causa del accidente, así como los sufrimientos y dolores que lo acongojaron hasta su fallecimiento, y de otro, para sí (*iure proprio*), el perjuicio que personalmente sufrió por causa del fallecimiento de aquél. Y no advierte la Corte, hay que decirlo sin ambages, que esa acumulación de pretensiones violente las reglas procesales que regulan la materia y, mucho menos, las sustanciales que gobiernan la responsabilidad civil. No estas últimas porque si bien los hechos que soportan ambas reclamaciones fueron los mismos, los daños no lo son; la demandante está cobrando dos perjuicios distintos mediante sendas “acciones” de las cuales es titular; tampoco ha confundido el objeto de cada pretensión, toda vez que contractualmente está cobrando el perjuicio sufrido por su causante y

³⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil. Sentencia de 18 de octubre de 2005. M.P.: Doctor Pedro Octavio Munar Cadena. Actor: María Elva Palacios Marín. Ref.: Exp. 14.491.

extracontractualmente el personal. Por lo demás, no se advierte que en asuntos como el de esta especie exista norma que impida esa modalidad de acumulación de pretensiones ni ella repulsa las prescripciones del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil que regulan la materia.”

Se puede ver entonces que la Corte permite la acumulación de la acción in iure proprio, es decir, a las que tiene derecho una persona por un daño que ha sufrido de manera directa y la acción in iure hereditatis, en virtud de la cual se pueden exigir aquellas indemnizaciones que le hubiesen correspondido a una persona que ya falleció y que, por consiguiente, heredó a sus causahabientes.

El contrato de transporte, constituye una excepción a la regla general pues por disposición del artículo. 1006 Código de Comercio³⁶ se prohíbe expresamente la acumulación de responsabilidades.

Como consecuencia de la muerte de una persona, sus sucesores a título universal entran a ocupar su lugar, tanto en los derechos como en las obligaciones, y por ser la acción de reparación de carácter patrimonial, los herederos pueden ejercerla contra el responsable del daño como continuadores de la personalidad del causante. Pero, igualmente los herederos de la persona fallecida, por razón de su muerte, pueden sufrir perjuicios personales, denominados genéricamente “por contragolpe o de rebote”, en cuyo caso se origina una pretensión de naturaleza extracontractual, de lo que se infiere que en este supuesto, se producen varias acciones de responsabilidad, que desde luego afectan intereses jurídicos distintos.

³⁶ Código de Comercio. Artículo 1006. ACCIONES DE LOS HEREDEROS. Los herederos del pasajero fallecido a consecuencia de un accidente que ocurra durante la ejecución del contrato de transporte, no podrán ejercitar acumulativamente la acción contractual transmitida por su causante y la extracontractual derivada del perjuicio que personalmente les haya inferido su muerte; pero podrán intentarlas separada o sucesivamente.

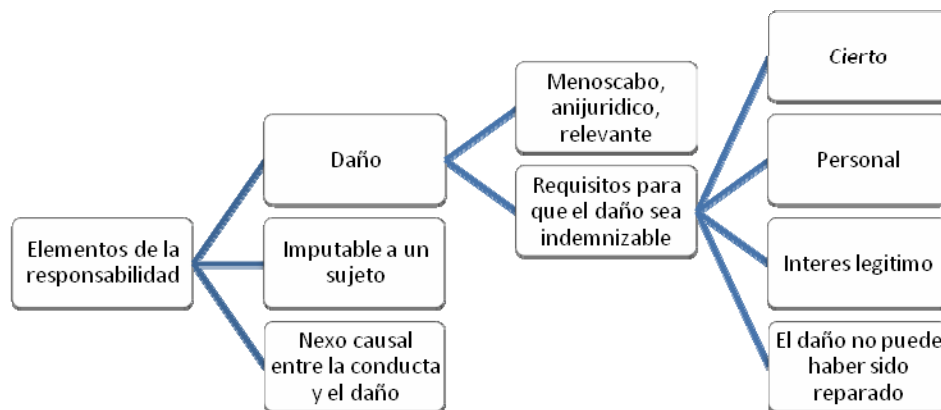
Entonces, si se muere una persona no se puede pedir como causante o heredero el lucro cesante de ésta, porque ya no existe más. Pero la familia si puede alegar el lucro cesante por la muerte de la persona, porque dependían de éste para vivir.

Cuando el daño no ocasiona la muerte del pasajero, no se contempla que al lado de una responsabilidad contractual también surja una responsabilidad extracontractual. Si la persona no muere, podrá reclamar la responsabilidad contractual, incluyendo el lucro cesante. La familia podrá pedir sus perjuicios morales por responsabilidad extracontractual en procesos distintos.

1.6 Elementos de la Responsabilidad Civil

La doctrina y la jurisprudencia dividen en tres los elementos de la responsabilidad civil, a saber,

1. Que exista un daño
2. Que dicho daño sea imputable a la conducta de un sujeto: elemento culpa o riesgo
3. Que exista una relación de causalidad entre el daño y la conducta.



1.6.1 El daño

Al ser daño la base para que se pueda hablar de indemnizaciones y prestaciones, a continuación se plantea el marco general de este concepto, empezando por su definición y requisitos esenciales, terminando por analizar los tipos de daños que consagra nuestro ordenamiento jurídico.

1.6.1.1 Concepto

Para el diccionario de la Real Academia Española, el daño como efecto del acto de dañar se presenta al “causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia, maltratar o echar a perder algo”³⁷. Aun cuando dicho concepto ofrece una aproximación al tema, no es de total recibo para el derecho, por lo cual es pertinente considerar las definiciones que algunos doctrinantes le han dado al daño.

Tal como lo cita Eduardo A. Zannoni en su obra *El Daño en la Responsabilidad Civil*, para Larenz el daño es “el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio”³⁸

De manera muy similar expone el concepto el profesor Álvaro Pérez Vives según el cual el daño comporta “toda lesión patrimonial o moral, todo menoscabo o pérdida, todo quebranto o dolor, que una persona sufra en su patrimonio o en sí misma (en su integridad física, en sus derechos extrapatrimoniales y de la

³⁷ Diccionario de la Real Academia Española [online]. Available from World Wide Web: <http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=dañar>

³⁸ LARENZ, Derecho de Obligaciones. T I, p. 193, Citado por ZANNONI, Eduardo Antonio. *El daño en la responsabilidad civil*. 3ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005. p. 2. Para el autor es válido agregar al concepto los denominados “bienes colectivos” que son aquellos que comparten un grupo de personas o una colectividad y recordar que el daño es el presupuesto de la responsabilidad civil pero también del deber de prestación contenido en los contratos de seguro

personalidad, en su honor, crédito, afectos, creencias, etc.)”.³⁹ A lo cual agrega el Doctor Juan Manuel Díaz Granados que “el daño debe afectar a una persona natural o jurídica, pero su impacto, a su vez, puede versar sobre la esfera patrimonial (daño emergente o lucro cesante) o la extrapatrimonial (daño moral, a la vida en relación, etcétera)”⁴⁰

Desde el punto de vista del doctrinante Javier Tamayo Jaramillo, “el daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando de forma ilícita es causado por alguien diferente a la víctima”⁴¹

Entendido como un deterioro en bienes, personas o patrimonio se puede concluir que el daño es el menoscabo o alteración a una situación favorable, lo cual implica la necesidad de llevar a cabo una comparación entre el estado en que se encontraban las cosas antes del hecho dañoso y la forma en que fueron afectadas como consecuencia del mismo.

Es importante mencionar que, para que el daño tenga interés en el derecho, debe ser jurídicamente relevante, es decir, debe lesionar bienes tutelados por la ley⁴². Además, tendrá que ser antijurídico, de manera que consista en un daño frente al cual no se tenga el deber jurídico de soportarlo.

1.6.1.2 Requisitos para que el daño sea indemnizable

Según la jurisprudencia y la doctrina, el daño debe cumplir con unos requisitos esenciales para que pueda ser objeto de reparación. Debe ser cierto, ser personal

³⁹ Pérez Vives, Álvaro, Teoría general de las obligaciones, t. II, Editorial Temis, Bogotá, 1968, p. 245, Citado por DIAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. El seguro de responsabilidad. 1ª ed. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2006. p. 60, 61.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 61.

⁴¹ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de la responsabilidad civil. Vol. 2. Los medios de defensa del causante del daño; El daño y su reparación. 2ª ed. Bogotá; México: Legis Editores, 2007. p. 326

⁴² O lo que también se reconoce como intereses legítimos

respecto de quien solicita la reclamación, haber lesionado intereses legítimos y, finalmente, no debe haber sido reparado.

1.6.1.2.1 El daño debe ser cierto

El daño debe ser real y efectivo⁴³, es decir, los daños meramente hipotéticos o eventuales no podrán ser objeto de reparación. Entonces el fallador deberá tener seguridad absoluta de que el daño existió (daño pasado), existe (daño presente) o existirá sin lugar a dudas (daño futuro); lo cual resulta de apreciar que de no haber mediado la producción del hecho dañoso, la víctima del evento se encontraría en una situación más favorable de la que se encuentra como consecuencia del acaecimiento del mismo.

Para Javier Tamayo el daño es cierto cuando “a los ojos del juez aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante. En cambio, el perjuicio es hipotético, y en consecuencia no hay lugar a reparación, cuando la víctima sólo tenía una posibilidad remota de obtener un beneficio en caso de que no se hubiera producido la acción dañina. Sólo, pues, cuando la demanda no está basada en una simple hipótesis o expectativa, la víctima tendrá derecho a reparación.”⁴⁴

En relación con el daño futuro es pertinente aclarar que el daño no deja de ser cierto por el hecho de que sus efectos se trasladen al futuro, es decir, para que se pueda reclamar un daño no es necesario que éste se presente al mismo instante en que sucedió el siniestro, lo importante es que se tenga certeza de que el daño efectivamente se va a producir⁴⁵.

⁴³ ZANNONI. Op. cit., p. 80

⁴⁴ “Marty y Raynaud, ob.cit., núm. 376; Zannoni, ob. Cit., núm. 19; Mazeaud-Tunc, ob. Cit., t. I, núm. 219”, Citado por TAMAYO. Op. cit., p. 339 y 349 (Vol2) No 34

⁴⁵ Ibid., p. 341 “esa seguridad... está fundamentada en leyes de probabilidad puesto que nada de lo futuro tiene certidumbre absoluta de producirse”. (Vol2)

Para la Corte Suprema de Justicia el daño futuro podrá ser objeto de indemnización siempre y cuando en el momento presente resulte cierto que se realizará, contrario a lo que sucedería respecto de pérdidas puramente futuras o eventuales en la medida en que se ignora su extensión y cuantía.⁴⁶

La apreciación del daño depende, en últimas, del momento en que se realice la reclamación. El proceso será la única oportunidad para reclamar la indemnización correspondiente a los daños sufridos por la víctima, razón por la cual, de no haberse presentado en ese momento un daño que se espera que suceda, el juzgador deberá proyectar su fallo hacia el futuro de manera que se tengan en cuenta los daños sobre los cuales tenga certeza que se van a producir.

Es preciso tener en cuenta que el daño no deja de ser cierto por el hecho de que su cuantía sea incierta, indeterminada o de difícil apreciación, lo importante es que este monto sea determinable y sobre todo que se pueda probar.

La acreditación de la existencia y cuantía (siendo la existencia el elemento fundamental) del daño, corresponde a quien lo reclama, es decir al demandante. Para lo cual, deberá tener un soporte probatorio suficiente de manera que el juez pueda determinar con exactitud la indemnización a la cual se hará acreedor.

Existen dos excepciones en relación con la prueba de la existencia del daño, la primera se presenta cuando lo que se debe es una suma de dinero, caso en el cual solo habrá que probarse el retardo en el pago de la misma pero no el daño producto del incumplimiento. En este evento el daño se presume y se materializa en unos intereses.

La siguiente excepción se presenta en aquellos casos en que se ha hecho una estimación anticipada de perjuicios, mediante una cláusula penal siendo esta una

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 20 de Noviembre de 1943

circunstancia que la ley avala y frente a la cual no es necesaria la comprobación del daño.

1.6.1.2.2 El daño debe ser personal respecto de quien solicita la reclamación

En relación con los daños ciertos es necesario resaltar que éstos sólo puedan ser reclamados por aquellas personas que fueron víctimas directas del hecho dañoso o sus sucesores. Todo esto, teniendo en cuenta el principio en razón del cual nadie puede enriquecerse a costa ajena ni pedir indemnizaciones por un daño que no se ha sufrido personalmente.⁴⁷

Según el artículo 2342 del Código Civil “Puede pedir esta indemnización no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa sobre la cual ha recaído el daño o su heredero, sino el usufructuario, el habitador o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo, habitación o uso. Puede también pedirla en otros casos, el que tiene la cosa con obligación de responder de ella; pero solo en ausencia del dueño”.

Es importante diferenciar entre los daños que se derivan del atentado a un bien económico y los se producen por un atentado a la vida, integridad personal o los demás bienes extrapatrimoniales de la víctima afectada⁴⁸

En relación con los bienes patrimoniales que pueden verse afectados por el hecho dañoso, la determinación de la persona legitimada para realizar la reclamación no solo responde al concepto de propiedad, sino que incluye todas aquellas personas a las cuales la cosa les reportaba un beneficio. Por ejemplo, quien es poseedor de la cosa, quien está obligado a restituirla, su usufructuario, arrendatario, usuario,

⁴⁷ TAMAYO. Op. cit., p. 425 (Vol2)

⁴⁸ Ibid., p. 427 (Vol2)

comodatario o habitador. En todos los casos estos sujetos deberán probar la calidad bajo la cual están actuando⁴⁹.

De la misma forma, cuando se trata de lesiones personales o muerte de una persona, el legitimado no será únicamente la víctima directa del daño sino los demás sujetos que por razón de estos acontecimientos hayan sufrido un menoscabo tanto en sus bienes patrimoniales como extrapatrimoniales.

1.6.1.2.2.1 Daño por contragolpe

El daño por contragolpe se configura cuando no sólo la persona que ha sido víctima inmediata o directa de un hecho dañoso puede reclamar la indemnización por los daños sufridos, sino también aquellas personas que de forma mediata o indirecta se vieron afectadas por los perjuicios que sufrió la primera. Como en aquellos casos en que de rebote se ven privadas del ejercicio de algunos derechos o ayudas económicas.

Tal como lo explica el tratadista Javier Tamayo hay que tener en cuenta que, desde el punto de vista de la causalidad, todos estos perjuicios pueden llegar a ser considerados como perjuicios directos, pues, “cada derecho o bien deteriorado constituye un daño independiente y, en consecuencia, su titular está legitimado para pedir la indemnización de su bien dañado.”⁵⁰

Zannoni describe el daño por contragolpe como “el que sufre quien no ha sido la víctima directa, inmediata, del evento dañoso, pero que, en razón de ese evento, experimenta un menoscabo o lesión a un bien jurídico (patrimonial o extrapatrimonial)”⁵¹

⁴⁹ *Ibid.*, p. 428 a 434 (Vol2)

⁵⁰ *Ibid.*, p. 425 (Vol2)

⁵¹ ZANNONI. *Op. cit.*, p. 231

El autor Juan Manuel Díaz-Granados trae en su obra ejemplos de lo que puede ser considerado el daño de rebote o por contragolpe. Así, “lo experimenta, por ejemplo, el cónyuge o compañero en el caso de muerte o invalidez de su esposa o compañera, y puede ser patrimonial o extrapatrimonial. Si la víctima directa queda invalida sufrirá un daño moral por su dolor. Su cónyuge también podrá sufrir un daño moral personal derivado de su dolor por el hecho.”⁵²

La legislación argentina aporta una referencia normativa muy clara frente a lo que implica el daño por contragolpe. El artículo 1079 del Código Civil dispone que “la obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no sólo respecto de aquel a quien el delito ha damnificado directamente sino respecto de toda persona, que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta.”

Es necesario para la aplicación de esta figura que se cumpla con una serie de requisitos que constaten que la acción dañina no solo lesionó a la víctima directa, sino también a otras personas que de forma individual o colectiva sufrieron un perjuicio por el acaecimiento de la misma. A saber:

- A. Se requiere un primer individuo dañado u otros perjudicados por el daño.
- B. Quien reclama el daño de rebote reclama un perjuicio personal.
- C. Entre el primer perjudicado y los segundos afectados debe haber una relación de interés, sin necesidad de que exista en la actualidad una relación jurídica.
- D. El primer afectado debe tener una capacidad productiva y económica, lo cual constituye una excepción al daño moral.⁵³

Entonces, en caso de lesiones personales la víctima y sus familiares o allegados podrán solicitar la indemnización no solo de los perjuicios morales, sufridos a causa del hecho dañoso, sino también del daño emergente y lucro cesante del que

⁵² DÍAZ-GRANADOS. Op. cit., p. 103

⁵³ Cátedra Responsabilidad Civil. Dr. Ricardo Vélez. Enero a Junio de 2009. Pontificia Universidad Javeriana.

sean acreedores por haber incurrido en expensas, por ejemplo, los gastos clínicos, o haber dejado de recibir determinadas sumas de dinero⁵⁴.

Tratándose de la muerte de la víctima directa del daño, en cabeza de sus herederos se configuran dos derechos indemnizatorios. El propio de ellos, y el que se trasmite de su causahabiente por los perjuicios que sufrió como consecuencia del evento dañoso. Siendo cada uno de éstos absolutamente independiente del otro, como lo dice Tamayo “el perjuicio hereditario y el perjuicio personal son diferentes, pues este fue sufrido por el causante, en tanto que aquel afecta a sus herederos; no puede cobrarse el daño hereditario por vía personal, ni el personal por vía hereditaria”

Es importante mencionar que no es necesario que una persona sea heredera de otra para que en ella se configure el daño por contragolpe, es decir, el daño de rebote no solo lo sufre la familia del directamente afectado sino todas aquellas personas que demuestren su cercanía y dependencia económica.

Lo que sí es cierto es que, como se dijo anteriormente, las únicas personas que pueden acumular las acciones in iure proprio y in iure hereditatis son los herederos de la víctima, pues solo ellas podrán actuar en un proceso como causahabientes de la misma.

1.6.1.2.3 El daño debe lesionar intereses legítimos

Dadas las permanentes confusiones que se presentaban, a nivel doctrinario y jurisprudencial, sobre la imperante necesidad de poder clasificar el bien dañado dentro de la categoría de “intereses jurídicamente protegidos”, la jurisprudencia

⁵⁴Ibíd., p. 439 (Vol2) “Sin embargo, mientras viva, solo la víctima directa tendrá derecho a reclamar indemnización por el lucro cesante derivado de su incapacidad laboral”

colombiana ha flexibilizado tal requerimiento. Solicitando únicamente que se trate de un “interés legítimo”. Nada indebidamente habido es protegido.

1.6.1.2.4 El daño no debe haber sido reparado

La regla general implica que una vez ha sido reparado el daño por el responsable, o por cualquier otro, el perjuicio se hace insubsistente, es decir, una persona no puede ser indemnizada varias veces por una misma causa.

Se ha dicho que la indemnización de perjuicios busca reparar, mas no enriquecer a la víctima.

Adicionalmente, una sentencia o una decisión que resuelva lo concerniente a la indemnización constituyen cosa juzgada para las partes.

En este punto es importante resaltar, que siendo éste el punto neurálgico de este estudio se desarrollará dentro del capítulo referente a la acumulación de indemnizaciones.

1.6.1.3 Daños patrimoniales y extrapatrimoniales

La clasificación más tradicional de los daños consiste en dividirlos según su carácter patrimonial o extrapatrimonial, según impliquen o no una erogación al patrimonio del perjudicado.

1.6.1.3.1 Daños patrimoniales

También conocidos como daños materiales, dentro de esta categoría se encuentran aquellos perjuicios que causan un detrimento al patrimonio de la

víctima, aquellos que recaen en la esfera de los bienes y derechos que integran el patrimonio⁵⁵.

Para Zannoni se “vincula la noción de menoscabo, lesión o agravio al concepto del patrimonio”⁵⁶ siendo entonces una “disminución patrimonial provocada como consecuencia del hecho dañoso”⁵⁷

Dice el artículo 1613 del Código Civil que “la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haber cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento...”

1.6.1.3.1.1 Daño emergente

Legal, doctrinaria y jurisprudencialmente los daños patrimoniales se han dividido en daño emergente y lucro cesante, siendo el primero de estos un “empobrecimiento del contenido económico actual del sujeto y que puede generarse tanto por la destrucción, deterioro, privación del uso y goce, etc., de bienes existentes en el patrimonio al momento del evento dañoso, como por los gastos que, en razón de ese evento, la víctima ha debido realizar”⁵⁸. Es decir, para que se pueda hablar de daño emergente algún bien económico como dinero, cosas o servicios debió salir o saldrá del patrimonio del perjudicado.⁵⁹

Siguiendo lo planteado por Díaz-Granados Ortiz “el daño emergente puede definirse como aquello que salió o saldrá del patrimonio de la víctima (lo que se perdió o indefectiblemente se perderá). En otras palabras, el daño emergente

⁵⁵ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual. Madrid, España: Editorial Dykinson, 2001. p. 155

⁵⁶ ZANNONI. Op. cit., p. 88. Y continúa diciendo el autor “... el daño patrimonial ha de ser, pues, la lesión o menoscabo que afecta un interés relativo a los bienes del damnificado, es decir sobre los bienes que integran su esfera jurídica, que por ende le pertenecen”.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 88

⁵⁸ *Ibid.*, p. 88

⁵⁹ TAMAYO. Op. cit., p. 474 (Vol2)

cobija la erosión del patrimonio y los egresos generados por el hecho dañoso tales como el valor de reparación de la cosa dañada, los gastos médicos y hospitalarios, de transporte, funerarios, de enfermera, de adecuación de vivienda en caso de persona invalida, etcétera.”⁶⁰

Se percibe entonces el daño emergente como un perjuicio o pérdida que afecta el patrimonio de la víctima, reflejándose en una disminución del mismo a raíz de la ocurrencia del hecho dañoso. Siendo todas aquellas sumas de dinero o de bienes que salen del patrimonio del perjudicado para atender los efectos del evento.

La indemnización del mismo estará dada por la cuantía necesaria para restablecer el menoscabo patrimonial producido.

1.6.1.3.1.2 Lucro cesante

Desde una perspectiva contractual, el artículo 1614 del Código Civil describe el lucro cesante como “la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento”. Éste puede reflejarse en el patrimonio de la víctima por la falta de productividad de un bien o servicio.

Según Tamayo “hay lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima.”⁶¹

Díaz-Granados lo expone como “el valor que no ingresó o no ingresará al patrimonio de la víctima (lo que no se ganó o indefectiblemente no se ganará). Este daño abarca las ganancias no obtenidas o que dejarán de percibirse. En caso

⁶⁰ DIAZ-GRANADOS. Op. cit., p. 104 y 105

⁶¹ TAMAYO. Op. cit., p. 474 (Vol2)

de daño corporal, (muerte, invalidez o incapacidad) el típico caso de lucro cesante son los salarios o ingresos dejados de percibir con ocasión del hecho. Con respecto al daño material, sería lucro cesante la interrupción de la actividad productiva de la víctima si el bien generador del riesgo es afectado (un vehículo automotor o el daño a instalaciones de producción de una empresa, por ejemplo)⁶²

En relación con la previsibilidad de los daños para la configuración del lucro cesante, Mariano Izquierdo hace referencia a los planteamientos de algunos autores frente al tema. Para Mucius Scaevola hay que tener en cuenta que, si sólo fueran indemnizables los daños previstos o previsibles al momento de la obligación, se quedarían por fuera muchos elementos que se deberían indemnizar. Por tanto, debe indemnizarse, además de lo previsible en el momento de la constitución de la obligación, lo que pudo preverse en el momento en el que se llevó a cabo la conducta negligente que produjo el daño⁶³.

Por su parte, Fischer y Larenz, sugieren que se deben tener en cuenta también los momentos posteriores al incumplimiento, como cuando la ganancia no se llega a obtener por la intervención de un tercero, por el acaecimiento de un caso fortuito o cuando se había obtenido el lucro, a pesar del incumplimiento, si el acreedor hubiese tenido la mínima de diligencia⁶⁴.

1.6.1.3.1.3 Liquidación del perjuicio y medida del daño

Un aspecto que genera complejas discusiones tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial es la determinación del valor a indemnizar en un caso concreto. Dado que, para un sector de la doctrina lo que se debe reparar es el valor del bien según el precio que el mismo tenga en el mercado común (valor objetivo),

⁶² DIAZ-GRANADOS. Op. cit., p. 104 y 105

⁶³ YZQUIERDO. Op. cit., p. 151

⁶⁴ Ibid., p. 151

mientras que otros afirman que se deben tener en cuenta factores de carácter subjetivo en la estimación del perjuicio dándole importancia al valor que ese bien representaba para el afectado.

Para aclarar el tema el profesor Izquierdo realiza la diferenciación entre daño común y daño propio al decir: “Por daño común se entiende el que experimenta cualquier persona con motivo del incumplimiento de la obligación contractual o del acto dañoso extracontractual. El daño propio es en cambio el que sufre una persona determinada por circunstancias que le son particulares.”⁶⁵

Un típico ejemplo de la última posición es la del gran violinista al que le roban su violín. El perjuicio se debe liquidar de acuerdo al valor que tenía ese violín para su dueño, teniendo en cuenta no solo el valor objetivo del bien sino el lucro cesante, es decir las ganancias frustradas que también genera el ilícito.⁶⁶

Lo que se indemniza no es exactamente la pérdida, destrucción o menoscabo de un bien aisladamente considerado del patrimonio. Por el contrario, se repara el daño que afecta a un bien en relación con el todo patrimonial.

Siguiendo esta tendencia, siempre que hay lugar a la indemnización, debe tenerse en cuenta el interés que el bien dañado o destruido satisfacía al perjudicado. Este puede o no coincidir con el valor objetivo que tenga el bien considerado⁶⁷.

Entonces, se puede ver la diferencia que existe entre la liquidación del perjuicio y la medida del daño, pues no es lo mismo reparar el daño que objetivamente se causó a tener en cuenta para la indemnización las implicaciones que esto haya traído a una persona determinada. Por ejemplo, cuando en un accidente de tránsito a un taxista le chocan su automóvil, la liquidación del perjuicio estará

⁶⁵Ibíd., p. 144.

⁶⁶ZANNONI. Op. cit., p. 93

⁶⁷Ibíd., p. 92

constituida por lo que cueste la reparación del carro, mientras que la medida del daño estará constituida por los días, semanas o meses que tomen esos arreglos puesto que son el tiempo que esta persona dejó de trabajar.

La indemnización deberá tener en cuenta ambos aspectos, es decir no solo la pérdida del bien sino la relación que este tenía con otros bienes del mismo patrimonio. Como dice Zannoni, “el automóvil no vale solo su “precio” sino también su “utilidad””.⁶⁸

La discusión se vuelve más profunda cuando se trata de un daño corporal, entendido como “aquel que afecta o impacta negativamente a la persona humana en su integridad física o emocional”⁶⁹ y que puede generar tanto perjuicios patrimoniales como extrapatrimoniales. En un principio se pensaba que estos daños no podían ser objeto de reparación en la medida que los mismos o la vida no eran susceptibles de ser apreciados pecuniariamente, por lo cual ninguna suma de dinero tendría la facultad de indemnizar la invalidez o la muerte de una persona.⁷⁰

La solución que actualmente se le da al tema se logró gracias a que se estima procedente compensar los perjuicios extrapatrimoniales derivados del daño corporal, lo cuales serán tasados según el sistema de valoración que se acoja. Por ejemplo, en Colombia se aplica el arbitrio judicial para todas las jurisdicciones, con la salvedad que en la jurisdicción penal se aplica el arbitrio judicial con límites máximos legales. En otros países, como los europeos, se estableció un sistema de Baremos indicativos u obligatorios.⁷¹

⁶⁸Ibid., p. 94

⁶⁹ DIAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. Aspectos generales del daño corporal y su valoración. En: La responsabilidad profesional y patrimonial y el seguro de la responsabilidad civil; Responsabilidad profesional y aseguramiento; la valoración del daño patrimonial. ACOLOSE Asociación Colombiana de Derecho de Seguros. AIDA Association Internationale de droit des assurances. Memorias XXIV Encuentro Nacional Acoldense. Seminario: La valoración del daño patrimonial y extrapatrimonial. Bogotá: Editora Guadalupe Ltda., 2005. P. 337

⁷⁰ Ibid. p. 337 (Aspectos generales del daño corporal y su valoración)

⁷¹ Ibid. p. 337 (Aspectos generales del daño corporal y su valoración)

1.6.1.3.2 Daños extrapatrimoniales

Tal como lo plantea Tamayo, la constitución y las leyes se encargan de proteger bienes extrapatrimoniales tales como la tranquilidad, la libertad, la honra, el buen nombre, la integridad personal, la buena imagen, la vida, la intimidad, la familia, los afectos, etc. Cuando se lesiona alguno de estos intereses se configura un daño susceptible de ser indemnizado.

Para Díaz – Granados, daños extrapatrimoniales “son aquellos que, existiendo afectación de la persona humana, producen un impacto adverso en la esfera emocional, afectiva, sensorial o espiritual de la misma”⁷² es decir, si el menoscabo se proyectó en bienes o intereses vinculados con la personalidad del sujeto de derecho o con su esfera espiritual o afectiva, el daño será extrapatrimonial.

1.6.1.3.2.1 Daño moral

Se pueden establecer algunas generalidades del daño moral como es el hecho de que la lesión se proyecta en los bienes de la personalidad o en la esfera espiritual del sujeto, bien sea en su honra, bienes y vida. En segundo lugar, puede afirmarse que éste no es estimable pecuniariamente, pues su valor no se puede tasar objetivamente.

Además, tienen como finalidad proteger derechos a la personalidad, inclusive algunos son prerrogativas que hacen parte de derechos fundamentales, pero no todos son parte integral de éstos.

En Colombia se habló por primera vez de los perjuicios extrapatrimoniales el 21 de julio de 1922, cuando la Corte Suprema de Justicia falla el caso iniciado por un ciudadano de apellido Villaveces contra el Municipio de Bogotá. Todo esto por la

⁷² DÍAZ-GRANADOS ORTIZ. Op. cit., p. 105

equivocación cometida por empleados del municipio al sacar los restos mortales de la esposa del accionante y botarlos en una fosa común. En la sentencia se reconoce a título simbólico la suma de tres mil pesos (\$3000), que serían destinados a la construcción de un monumento y a la indemnización por daño moral.

Consecuentemente en 1937 la Corte Suprema de Justicia clasificó los daños en patrimoniales y extrapatrimoniales. Posteriormente en sentencia del 15 de marzo de 1941 se hace referencia a la coexistencia de los mismos y a la posibilidad de ser indemnizados en forma separada.

El tema del daño moral no tiene regulación legal en el Código Civil y por eso ha sido tan importante el desarrollo jurisprudencial aportado por la Corte Suprema de Justicia⁷³.

La determinación del límite de la indemnización le corresponde al juez. Claro está, que su decisión debe estar sustentada en criterios objetivos que le permitan determinarlo, tales como la gravedad y la forma en que sucedieron los hechos. Entonces no será obligatorio para el juez seguir los parámetros dictados por la jurisprudencia respecto a los límites de las indemnizaciones si en un caso concreto considera que el daño los supera.

La clasificación del daño moral subjetivo y daño moral objetivo fue considerada por primera vez en Colombia por el Consejo de Estado. Ambos son daños que afectan aspectos personales de la víctima, los cuales también se presumen de sus parientes próximos, siendo esta una presunción que puede ser desvirtuada.

⁷³Solo el Código Penal de 1936 lo reconoce y fija límites a la indemnización. Inicialmente se aplica al campo penal y fue extendiéndose a los demás.

El daño moral objetivado hace referencia a aquellos daños en los sentimientos y en las emociones de la víctima que repercuten en su patrimonio. Son impactos emocionales que se producen como consecuencia del hecho dañoso, generando consecuencias en el patrimonio. Pues impiden a la víctima el desarrollo de su actividad habitual y la obtención de los ingresos que venía devengando antes de la ocurrencia del hecho dañoso

Hoy en día se acude a los criterios establecidos para el lucro cesante con el fin de obtener la valoración de este tipo de daño moral. Por eso se dice que los daños morales objetivados han perdido vigencia, pues desde hace un tiempo la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado dejaron de reconocerlos como tales, al ser tan compleja la diferenciación con el lucro cesante.

Por su parte el daño moral subjetivado, es aquel daño interior que afecta los sentimientos de la persona pero no tiene ninguna repercusión de tipo patrimonial. Es el daño moral propiamente dicho.

1.6.1.3.2.2 Daño a la vida en relación

Es importante traer a colación el daño a la vida de relación siendo esta una clase de daño extrapatrimonial de creación jurisprudencial. Hace referencia a la disminución en las condiciones de existencia de la víctima, al no poder realizar las actividades que hacen su vida placentera o agradable.

Se puede manifestar como una disminución en la calidad de vida de la víctima, en la dificultad para establecer contacto o relacionarse con otras personas y cosas y en la imposibilidad de llevar a cabo las conductas más elementales⁷⁴. Son

⁷⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil. Sentencia de mayo 13 de 2008. MP: Doctor César Julio Valencia Copete. Actor: Jorge Edic Carvajal Gómez, Luz Marina Prieto Rojas y los menores Jhon, Harly, Maritza Viviana y Eliana Ximena Carvajal Prieto, así como por la parte demandada GDS Ingenieros Ltda. e Inmuebles Industriales Zeta Ltda. Ref.: Exp.: 11001-3103-006-1997-09327-01

afectaciones negativas en la esfera externa de la persona, contrario al daño moral que se manifiesta en la órbita subjetiva o íntima del sujeto.

En sentencia del 13 de mayo de 2008 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se refiere a este tipo de daño, poniendo de presente la definición que del mismo ha realizado la doctrina, al decir que el daño a la vida de relación es “el daño que sufre un sujeto a consecuencia de una lesión a su integridad psicofísica o a la salud consistente en la disminución de las posibilidades de desarrollar normalmente su personalidad en el ambiente social...”⁷⁵

La misma providencia puntualiza sobre las características y particularidades del daño a la vida en relación de la siguiente forma:

- “a) tiene naturaleza extrapatrimonial o inmaterial, en tanto que incide o se proyecta sobre intereses, derechos o bienes cuya apreciación es económicamente inasible, por lo que no es dable efectuar una mensura que alcance a reparar en términos absolutos la intensidad del daño causado;
- b) adquiere trascendencia o se refleja sobre la esfera externa del individuo, situación que también lo diferencia del perjuicio moral propiamente dicho;
- c) en las situaciones de la vida práctica o en el desenvolvimiento que el afectado tiene en el entorno personal, familiar o social se manifiesta en impedimentos, exigencias, dificultades, privaciones, vicisitudes, limitaciones o alteraciones, temporales o definitivas, de mayor o menor grado, que él debe soportar o padecer, las cuales, en todo caso, no poseen un significado o contenido monetario, productivo o económico;
- d) no sólo puede tener origen en lesiones o trastornos de tipo físico, corporal o psíquico, sino también en la afectación de otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales, e incluso en la de otro tipo de intereses legítimos;

⁷⁵ BIANCA C. Massimo, Diritto Civile, V, La Responsabilità, Giuffrè, Milano, 1994, pàg. 184. Citado en ibid.

e) según las circunstancias de cada caso, puede ser sufrido por la víctima directa de la lesión o por terceros que igualmente resulten afectados, como, verbigracia, el cónyuge, el compañero o la compañera permanente, los parientes cercanos o los amigos, o por aquélla y éstos;

f) su reconocimiento persigue una finalidad marcadamente satisfactoria, enderezada a atemperar, lenificar o aminorar, en cuanto sea factible, los efectos negativos que de él se derivan; y

g) es una noción que debe ser entendida dentro de los precisos límites y perfiles enunciados, como un daño autónomo que se refleja en la afectación de la actividad social no patrimonial de la persona, vista en sentido amplio, sin que pueda pensarse que se trata de una categoría que absorbe, excluye o descarta el reconocimiento de otras clases de daño - patrimonial o extrapatrimonial - que posean alcance y contenido disímil, ni confundirlo con éstos, como si se tratara de una inaceptable amalgama de conceptos, puesto que una indebida interpretación conduciría a que no pudiera cumplirse con la reparación integral ordenada por la ley y la equidad, como infortunadamente ha ocurrido en algunos casos, en franco desmedro de los derechos que en todo momento han de asistir a las víctimas.”⁷⁶

1.6.1.4 Reparación Integral

Cuando se daña a un sujeto de derecho, bien sea en su patrimonio, o sea una lesión corporal, o en cuanto a sus sentimientos o inclusive una vulneración en los derechos fundamentales, sin que tenga una causa jurídica que implique que la víctima tenga el deber de soportarlo, el ordenamiento jurídico obliga al responsable del daño a una reparación o compensación. Ésta debe tener como objetivo que la víctima quede en una situación similar a la que tendría si el hecho dañoso no hubiese ocurrido.

⁷⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil. Sentencia de mayo 13 de 2008. MP: Doctor César Julio Valencia Copete. Actor: Jorge Edic Carvajal Gómez, Luz Marina Prieto Rojas y los menores Jhon, Harly, Maritza Viviana y Eliana Ximena Carvajal Prieto, así como por la parte demandada GDS Ingenieros Ltda. e Inmuebles Industriales Zeta Ltda. Ref.: Exp. 11001-3103-006-1997-09327-01

Debido a la importancia que tiene este principio en nuestro ordenamiento, al propugnar por la equidad entre las partes, a continuación se desarrollará este concepto y se realizará un análisis sobre las formas de reparación que existen, y por último se hará referencia a los otros principios de resarcimiento de los daños y perjuicios que existen en nuestro ordenamiento.

1.6.1.4.1 Concepto

Como lo establece el Doctor Arturo Solarte Rodríguez⁷⁷, la reparación se puede analizar como una obligación, en la que tiene como acreedor a la víctima; como deudor al causante del daño, o quien por él haya de responder, y una prestación consistente en reparar el perjuicio causado. Así, de la producción de un daño nace una obligación jurídica de indemnizar, en la que la carga del daño se traslada al patrimonio del responsable mediante la imposición de la reparación.

Para autores como, Francesco Messineo, Jaime Santos Briz, Jorge Mosset Iturraspe y Jorge Santos Ballesteros la obligación que tiene como fuente el hecho dañoso adquiere una doble función dentro del ordenamiento; pues por una parte busca reparar el daño causado y por la otra implica una sanción para el causante del daño, por haber realizado un hecho que genera una pérdida para la víctima quien no estaba en el deber jurídico de soportarlo.

Para el autor español Encarna Roca⁷⁸, la obligación que se crea al momento de producir un daño tiene un objeto determinado y en su obra explica las características de la misma. En primer lugar, establece que es una deuda de valor pues se entiende que son obligaciones de dinero en la medida en que sirven como equivalente o sustitutivo del bien dañado. Para determinar la cantidad concreta

⁷⁷ SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. Reparación in natura. En: Vniversitas: Ciencias jurídicas y socioeconómicas. Junio 2005. No 109. p. 191

⁷⁸ ROCA, Encarna. Derecho de daños. Textos y materiales. 2ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998. p. 172 - 178

debe mirarse el momento en el que se paga la indemnización, mas no en la ocurrencia del daño.

Como segunda característica, la obligación no es personalísima lo que trae consecuencias como la posibilidad que existe de que la prestación sea transmitida entre vivos o por causa de muerte, bien para la parte activa como para la pasiva; con la excepción que plantea el autor del daño moral, pues considera que sólo podrá transmitirse la deuda en la parte pasiva, mas no en la activa.

Se entiende que la obligación es solidaria cuando han intervenido una pluralidad de personas en la producción del daño. Sus postores argumentan que favorece a la víctima en la medida en que no tiene que demandar a todos los causantes y demostrar lo que le corresponde a cada uno. La jurisprudencia española ha establecido una figura denominada la solidaridad impropia, la cual tiene lugar cuando ésta no se ha pactado, pero han intervenido varias personas en un hecho sin conocerse el grado de participación de los autores. Trae como ejemplo, la indemnización del asegurador por los hechos producidos por el asegurado de acuerdo con el contrato de seguro de responsabilidad civil. Esta figura no se aplica en Colombia.

Adicionalmente se ha entendido que es una obligación susceptible de ser renunciada por la víctima del daño, pues se admiten pactos de exoneración siempre y cuando no se hayan realizado con dolo.

La Corte Constitucional colombiana en sentencia de 20 de mayo de 1993 dijo que “el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, mas no puede superar ese límite”⁷⁹ Esto se explica a través de un principio general de derecho que consiste en que si el daño se

⁷⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-197 de 20 mayo de 1993, Citado por HENAO PEREZ, Juan Carlos. El daño análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. p. 45

indemniza por encima de su valor real, se estará produciendo un enriquecimiento sin causa a favor de la víctima y en sentido contrario, si se indemniza un menor valor, la víctima sufrirá un empobrecimiento patrimonial sin justa causa. Es así como Henao explica que el daño es la medida del resarcimiento⁸⁰.

Por su parte, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 5 de noviembre de 1998 estableció que “cuando la ley manda resarcir los perjuicios causados a otro, la indemnización tiene que ser omnicomprendiva, esto es, cubrir absolutamente todo el detrimento que el hecho culposo del agente irroga a la víctima. La indemnización no puede ser inferior al daño, ni mayor al mismo.”

La autora Maita María Neveira Zarra establece que este principio “se dirige a lograr la más perfecta equivalencia entre los daños sufridos y la reparación obtenida por el perjudicado, de tal manera que éste quede colocado en una situación lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría si el hecho dañoso no hubiera tenido lugar.”⁸¹

Adicionalmente, establece dos condiciones para que pueda tener lugar esta importante figura. En primer lugar, afirma que la reparación debe comprender todo el daño resarcible y no solamente una parte del mismo, y que además debe limitarse al daño efectivamente producido, sin que pueda excederlo o superarlo, para no comportar un enriquecimiento injusto a favor del sujeto perjudicado. “En definitiva la reparación ha de encontrar el justo equilibrio entre la infra-compensación y el enriquecimiento injusto del perjudicado.”⁸²

Elena Vicente Domingo evidencia el gran problema que se genera cuando la indemnización busca cubrir daños de naturaleza extrapatrimonial, pues al no tener

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 45

⁸¹ NEVEIRA ZARRA, Maita María. El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual. p. 186

⁸² *Ibíd.*, p. 187

un valor estimado de referencia, sería absurdo pensar que se obtendría una reparación integral con el pago de una suma determinada⁸³. Según la doctora Neveira no se lograría un equilibrio, pues al ser perjuicios que recaen sobre intereses de las personas son insustituibles y no susceptibles de lograr un equivalente pecuniario. Por tanto, “los daños extrapatrimoniales quedan, así, al margen de la restitutio in integrum, puesto que tales daños carecen de un módulo o valor de referencia o comparación, lo que determina que su valoración quede remitida a la libre discrecionalidad de los órganos judiciales.”⁸⁴

Diferentes doctrinantes han propuesto alternativas que solucionen el problema en mención, pero la autora Neveira establece que el criterio más adecuado, se consigue al unir las posturas de los autores Ricardo de Ángel Yaguez y Elena Vicente Domingo; el primero establece que lo importante en el ámbito de la reparación de los daños extrapatrimoniales es lograr establecer criterios que aseguren una igualdad real entre las víctimas, mientras que la segunda establece que para poder calcularlos se requiere una apreciación en concreto. En síntesis “ante la existencia de un daño o perjuicio moral imputable a la conducta de un tercero, la labor del juez a los efectos de determinar el resarcimiento debido por aquel responsable consistirá, en primer lugar, en apreciar la situación particular del sujeto perjudicado en función de las circunstancias que lo rodean, para proceder, en segundo término, a concretar la reparación debida, que deberá guardar similitud o conexión con las habitualmente concedidas en casos semejantes.”⁸⁵

En los países de raíces anglosajonas se creó el concepto de daño punitivo (punitive, exemplary, punitory, vindictive damages) que desaplica el principio mencionado, pues permite que la indemnización sobrepase el valor del daño efectivamente causado. Para entender este concepto Henao recurre a la

⁸³ VICENTE DOMINGO, Elena. Comentario al Tratado de responsabilidad civil. Luis Frnando Regleros. Editorial Arazandi, 2002. p. 263

⁸⁴ *Ibid.*, p. 189

⁸⁵ *Ibid.*, p. 196

descripción que del mismo hace el diccionario Black's Law según el cual el daño punitivo es:

“Un daño en una escala aumentada que se asigna al demandante por encima de lo que simplemente lo compensaría por una pérdida de propiedad, cuando el daño a él inferido ha sido agravado por circunstancias de violencia o presión, malicia, fraude, o una conducta errada o de extremo atrevimiento y maldad por parte del demandado, y que tiene por objeto calmar o confortar al demandante por su angustia mental, sus sentimientos heridos, su vergüenza, degradación u otras agravaciones del daño original, o castigar al demandado por su mala conducta o hacer de él un ejemplo, razón por la cual se llaman daños punitivos o vindicatorios. A diferencia de los daños compensatorios, aquellos que están basados en una consideración de política pública, cual es la de castigar al demandado para hacer de él un ejemplo para los infractores similares, como se ha mencionado”⁸⁶

Los elementos que se deben configurar para que exista el daño punitivo son: la existencia de la intención de causar daño (intent), o de la actuación ultrajante, ofensiva o desenfrenada por parte del demandado (malice)⁸⁷. Cuando se está en presencia de estos elementos se puede dar este tipo de indemnización. Por ejemplo, en los eventos en que “existió agresión física (battery); cuando hubo difamación (defamation); cuando se inició maliciosamente un proceso; cuando se dieron falsas declaraciones respecto del comercio del otro o, por ejemplo, cuando se incurrió en una conducta temeraria (reckless conduct), como conducir embriagado”⁸⁸.

Lo que se busca con este sistema de indemnización es que el causante del daño, además de resarcir a la víctima por el perjuicio sufrido, tenga que pagar una suma

⁸⁶ Black's Law Dictionary, with pronunciations, 6ª ed., Centennial Edition (1891-1991), St. Paul (Minn.) Publisher's Editorial Staff, 1990, Citado por HENAO. Op. cit., p. 45 y 46.

⁸⁷ Ibid., p. 46

⁸⁸ Ibid., p. 46

adicional como castigo. Este mayor valor se convierte en una sanción ejemplarizante para que la conducta no se vuelva a cometer. Lo cual demuestra que, contrario a lo que sucede en nuestro país, en el sistema anglosajón persiste la relación originaria entre responsabilidad civil y responsabilidad penal⁸⁹.

La justificación que se da para que la víctima reciba más dinero del correspondiente al daño que le fue ocasionado, es la aceptación de la sociedad para que reciba a su favor el castigo social que se le impone al responsable. Este tema se maneja como una política pública que mediante una sanción económica busca regular una conducta social.

En países como Francia y Colombia se aplica el llamado daño compensatorio (compensatory damages) que busca dejar indemne a la víctima pero sólo hasta el monto de los perjuicios sufridos sin tener en cuenta el comportamiento del responsable para la tasación del daño⁹⁰.

1.6.1.4.2 Formas de reparar

Al establecer la obligación de reparar por parte del causante del daño, el juez tiene que determinar cuál es la forma adecuada para que la víctima no sufra una pérdida que no estaba en el deber de resistir.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 46

⁹⁰ *Ibid.*, p. 46. Según Henao, Las razones para no aplicar la sanción económica que se aplica en el sistema de los daños punitivos se pueden resumir en tres, a saber:

a. La distinción entre la reparación civil y la reparación penal se debe dar por superada sin que se permita la asimilación de ambas. El objeto de la responsabilidad civil no es castigar al responsable sino dejar indemne a la víctima del daño, razón por la cual, si el responsable debe pagar una sanción social, debe ser la justicia penal la que se encargue de determinarla (HENRY; MAZEAUD, Leon y TUNC, Andre. Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, Buenos Aires, EJE, 1977, T II, Vol 2, p. 447, Citado por *Ibid.* p. 48

b. En segundo lugar, se afirma que no hay razón alguna para que una sola persona sea quien reciba el valor de una sanción derivada de un daño que se le ha ocasionado a toda la sociedad. De la misma forma que en el sistema anglosajón ésta medida se aplica como una política pública que tiene el fin de regular el comportamiento de la sociedad, en Colombia para la consecución de este objetivo existen las sanciones administrativas que impone el Estado a cargo de personas naturales o jurídicas. La suma recibida se da favor de la sociedad como conjunto, pues se entiende que es ésta la que sufre el daño y no se presenta un enriquecimiento injustificado de una persona a nombre de la primera.

c. Por último, se encuentra la preocupación por la dosimetría de la pena pues para los daños punitivos no hay un límite, lo que podría llevar a que se impusiera una pena económica irredimible, es decir, una sanción pecuniaria cuyo deudor no tendrá jamás la posibilidad de satisfacer.

La indemnización puede ser en especie o mediante equivalente; la primera, busca reponer las cosas para que la víctima quede en la situación en la que se encontraría si no se hubiera presentado el hecho dañoso. La segunda, tiene como objetivo darle una suma en dinero semejante al perjuicio padecido que compense la actuación dañosa.

Es importante resaltar que las formas mencionadas no son excluyentes, pues así como lo señala el Doctor Arturo Solarte Rodríguez es posible que se presenten daños en los que deban actuar de manera concurrente⁹¹.

La reparación en especie o in natura, es aquella en la que se busca hacer una recomposición del patrimonio de la víctima, lo que hace de ésta, la forma primaria de reparación. Debe realizarse según un estado de cosas hipotético, que hace referencia a aquel que existiría si el daño no hubiese acaecido. Según la autora Elena Vicente Domingo, esta forma de reparación “se adapta perfectamente a los daños de naturaleza patrimonial y material y será la que prevalezca siempre que la obligación sea posible y no sea excesivamente gravosa para el causante del daño.”⁹²

La víctima es quien tiene la posibilidad de escoger entre las diferentes formas de reparación, pero para pedir la reposición de lo dañado el status quo ante debe ser reintegrable. Lo anterior implica, según Lacruz Berdejo, que no cabría la posibilidad de obligar al culpable a la reposición o reparación si resulta excesivamente onerosa en relación con el daño causado⁹³.

⁹¹ SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo. En: Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana: Biblioteca jurídica Dike, 2009. p. 127

⁹² VICENTE. Ob. cit., p. 260

⁹³ LACRUZ BERNEJO, Jose Luis. Elementos de derecho civil. V. 2 T. 2. Barcelona: Bosh, 1977. p. 510

Si la reposición supone una mejora del bien dañado, como sería el caso en que se reponga un bien nuevo, la víctima deberá dar al deudor el exceso de lo que le correspondía. Lo anterior con el fin de evitar un enriquecimiento sin justa causa.

La reparación in natura se puede diferenciar de la reparación por equivalente, en tanto que la primera tiene como base exigencias de cumplimiento, mientras que la segunda son pretensiones de reposición.

La reparación por equivalente en dinero o indemnización, busca compensar el daño causado a través de una suma de dinero que se considera igual al perjuicio que se ha sufrido, disminuyendo la pérdida padecida. Esto puede aplicarse para daños patrimoniales, pero es la única opción para los perjuicios extrapatrimoniales.

1.6.1.4.3 Otros principios del resarcimiento de daños y perjuicios

Existen otros principios de menor trascendencia para este estudio, razón por la cual se hará una breve referencia.

El principio de la apreciación objetiva o concreta de la medida de la reparación, puede tener una incidencia en la reparación de un daño, pues según se acuda a uno u otro criterio la valoración puede variar. El criterio objetivo hace referencia al valor del mercado del bien deteriorado o destruido, mientras que en el subjetivo se mira el valor del interés particular que representaba para el perjudicado.

El momento de la valoración del daño también juega un papel importante en cuanto a la medida del daño resarcible, pues según el momento puede variar el

monto total a indemnizar. La doctrina ha establecido que se debe tomar el momento de la sentencia o en el evento en que la deuda se hace líquida.⁹⁴

Por último, el principio procesal de congruencia como límite a la medida del daño, que consiste en que el juez no puede otorgar, como indemnización, un monto que exceda lo solicitado por la parte.

1.6.2 La Conducta de un Sujeto

Acogiendo la teoría del profesor Tamayo, se considera pertinente hablar en este momento de la conducta de un sujeto como el segundo elemento para que se configure la responsabilidad civil. Dado que, contrario a lo que consideran autores como los hermanos Mazeaud, no es necesario que la conducta del agente sea culposa para estar frente a un caso de responsabilidad civil⁹⁵. Esto se sustenta en la medida en que existen diversas formas de responsabilidad objetiva que no exigen nada diferente a la conducta dañosa del agente, es decir, un comportamiento activo u omisivo por parte del mismo⁹⁶.

Aun así, la culpa y la teoría del riesgo se presentan como dos factores relevantes en la determinación de la responsabilidad civil para casos concretos, razón por la cual serán analizados a continuación.

1.6.2.1 La culpa

Jurisprudencial y doctrinariamente la culpa se define como la posibilidad que tiene un sujeto de prever las consecuencias nocivas de su comportamiento o de creer

⁹⁴ NEVEIRA ZARRA. Op. Cit., p. 211

⁹⁵ Para estos autores los tres elementos que deben concurrir para que pueda hablarse de responsabilidad civil son: una culpa, un daño y un nexo de causalidad. Mazeaud-Tunc-Chabas, ob. cit. t. I, nums 102 y 363. Citado por TAMAYO. Ob. cit. p. 188 (vol1)

⁹⁶ TAMAYO. Ob. cit. p. 188 (vol1)

imprudentemente poder evitarlas. Será culpable aquel que habiendo podido prever el riesgo no lo previó o si lo hizo confió imprudentemente en poder evitarlo⁹⁷.

A través del tiempo se han empleado distintos criterios para determinar la existencia de la culpa. En un principio se utilizaba el criterio psicológico de la culpa según el cual habría que probar la presencia de un daño en la psiquis de quien cometió el hecho dañoso, siendo esta una perspectiva netamente subjetiva.

Santos Ballesteros la explica como “la existencia de un estado anímico reprochable en un sujeto de derecho por su obrar antijurídico en perjuicio de otro sujeto que excita la reacción del ordenamiento jurídico para la defensa del derecho ofendido”⁹⁸.

Dada la dificultad que en la práctica significaba la aplicación de la teoría clásica de la culpa, se pasó al criterio normativo de la culpa en donde la prueba de esta resulta de una comparación realizada frente a un patrón de conducta, un parámetro de comportamiento. Esta tendencia recibe el nombre de apreciación *in abstracto* de culpa.

Para esta teoría “el acto culposo debe ser analizado en sí mismo y por tanto separado del agente, debe compararse con el que habría realizado un tipo abstracto, un hombre prudente. La definición de los Mazeaud, cuadra con este criterio: error de conducta tal que no lo habría cometido una persona cuidadosa situada en las mismas circunstancias externas que el autor del daño.

Como se explicó anteriormente la determinación del grado de la culpa depende del tipo de responsabilidad del que se trate, recordando que en la responsabilidad civil contractual es necesario poner de presente la división tripartita de culpas

⁹⁷ Catedra Dr. Bernardo Gaitan Mahecha. Derecho Penal General. Pontificia Universidad Javeriana

⁹⁸ Santos. Ob. cit., p. 25

dispuesta en la legislación colombiana siempre teniendo en cuenta la utilidad que para cada una de las partes reporta el negocio. Mientras que en la responsabilidad civil extracontractual toda culpa compromete la responsabilidad del agente.

Esta es la teoría que se aplica para aquellos casos en que quien alega la culpa del agente tiene que probarla. Contrario a lo que sucede con determinados casos en los que se invierte la carga de la prueba, como se explica a continuación.

Como complemento a la apreciación *in abstracto* de la culpa se establecieron unas presunciones para ciertos eventos. Tamayo lo explica de la siguiente forma:

“Pero aun en la responsabilidad civil por el hecho de las cosas, por el ejercicio de actividades peligrosas o por el hecho ajeno, siempre estará la conducta del responsable como ejemplo fundamental de su responsabilidad. Así, por ejemplo, en la responsabilidad por un tercero (C.C., art. 2347), la ley presume que el comportamiento descuidado o imprudente del civilmente responsable fue la causa determinante para que el directamente responsable se hubiera comportado en forma impropia. Lo mismo puede decirse de la responsabilidad por actividades peligrosas, pues también en éstas se hace responsable a quien tiene el poder de dirección y control de la actividad peligrosa, poco importa que en el momento de ocurrir el daño el agente no tenga contacto físico con la actividad causante del daño. La ley presume que la actividad peligrosa o la cosa causaron el daño porque el guardián con su acción u omisión (lejana o cercana en el espacio y en el tiempo) puso la cosa o la actividad en capacidad causal de producir un daño”⁹⁹.

Se puede ver entonces como existe una presunción de culpa en aquellos casos en que la responsabilidad se deriva del hecho de un tercero que se tiene a cargo, lo cual favorece a la víctima pues solo tendrá que probar el daño y el hecho pues se presume que hubo imprudencia y negligencia por parte del agente. Corresponderá

⁹⁹ TAMAYO. Ob. cit. p. 191 (vol1)

al demandado desvirtuar esta presunción, no solo probando causa extraña o alegando causales de exclusión de responsabilidad sino probando su prudencia y diligencia ante la situación.

Tratándose del hecho de las cosas, donde se encuentran los actos de los animales y las actividades peligrosas, también se presume la responsabilidad del guardador, y solo se exonerará de la misma probando causa extraña.

La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en este sentido estableciendo que en los casos en que el daño se produzca en desarrollo de una actividad peligrosa, la víctima no tendrá que probar la culpa del demandado pues la misma se presume pues fue este quien con su obrar creó la inseguridad de sus conciudadanos.¹⁰⁰

1.6.2.2 Teoría del Riesgo

Santos Ballesteros haciendo referencia a la conocida sentencia del joven Arnulfo, describe la teoría del riesgo de la siguiente forma: “La teoría del riesgo mira especialmente a ciertas actividades por los peligros que implican que suelen llevar anexos las dificultades de levantar a favor de los damnificados las probanzas de los hechos ocurridos en razón o con ocasión del desarrollo de tales actividades, y cita como ejemplos el depósito de sustancias inflamables, el ferrocarril, el automóvil, que tienen de suyo extraordinaria peligrosidad, “de que generalmente los particulares no pueden escapar con su sola prudencia. De ahí que los daños de esa clase se presumen, en esa teoría causados por el agente respectivo, como sería en estos ejemplos el autista, el maquinista, la empresa ferroviaria, etc. Y de ahí también que tal agente o autor no se exonere de la indemnización, sea parte

¹⁰⁰ Santos. Ob. cit., p. 40 (vol1). Hace referencia a “Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, entre otras: 17 de octubre de 1951, Gaceta Judicial, t. LLX, pág. 480; 11 de octubre de 1976, Gaceta Judicial, t. CXLVIII, pág. 82; 17 de abril de 1970, Gaceta Judicial, t. CXXXIV, Pág. 41; 8 de mayo de 1969, Gaceta Judicial, t. LXX, pág. 105.”

en algunas ocasiones, sea en todo otras veces, sino en cuanto demuestre caso fortuito, fuerza mayor o intervención de elementos extraños”¹⁰¹

1.1.7.3 Nexos de Causalidad

Se requiere que exista vínculo de causalidad entre el hecho y el daño. El daño sufrido debe ser consecuencia de la conducta del agente. El Artículo 2341 Código Civil plantea la necesidad de la relación de causa a efecto que debe presentarse entre la culpa y el daño, para que proceda la indemnización.

Hay que distinguir entre:

La noción de culpa tiene contenido subjetivo, en tanto que la noción de causalidad es un fenómeno objetivo. La relación de causalidad se refiere a la imputación física, a la autoría, mientras que la culpa se refiere a la valoración jurídica de la conducta, a la imputación moral, jurídica.

Puede haber vínculo de causalidad sin culpa y culpa sin vínculo causal

En los casos de responsabilidad objetiva solo se tiene que probar el nexo causal y el daño. Se debe demostrar la relación de causa-efecto entre el hecho y el daño. En los casos de responsabilidad subjetiva si se debe demostrar la culpa, el nexo causal entre el hecho dañoso y la culpa (y el daño).

Existen diversas teorías respecto del vínculo de causalidad que surgen básicamente por el problema de la pluralidad de causas pues cuando concurren varias causas en la producción de un perjuicio hay que establecer cuál de las mismas generó el daño.

¹⁰¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 14 de marzo de 1938, Gaceta Judicial, t. XLVI, n° 1934, pág. 211 y sigs. Cita por Santos. Ob. cit., p. 41

1.6.3.1 Teoría de la equivalencia de condiciones

Causa de la causa es la causa de lo concausado. Se denomina también la teoría de *conditio sine qua non*. Nace en 1860 en Alemania. Decían que como todas las causas concurren en la producción del daño, todas deben ser consideradas como causa del mismo. Además, todas las causas son importantes, tienen el mismo valor, son indispensables pues si falta una de ellas el suceso no habría acaecido. Como lo expresa Rubén S. Stiglitz “la causa de un determinado suceso es la suma de las condiciones necesarias para producirlo”¹⁰²

Tuvo mucho auge en la medida en que se reconocía la ventaja que tenían las víctimas en obtener la indemnización. Además tenían un efecto productivo, al hacer que las personas extremaran su prudencia.

Aún así esta teoría fue objeto de muchas críticas¹⁰³. En primer lugar se decía que ensanchaba exageradamente el concepto de causa, y en ocasiones iba en contra de la equidad. La teoría resultaba excesiva pues las personas eran responsables de todos los hechos que se generaban y que el sentido común y la razón rechazaban. La teoría lleva a un nivel que atenta contra el sentido común.

Se criticaba también la falta de elasticidad pues exigía que en caso de concurrencia de culpas con la víctima, se dividiera por partes iguales la indemnización. No importaba el grado de culpa de la víctima o de las personas que habían intervenido en las causas.

¹⁰² STIGLITZ, Rubén S. El siniestro. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1980. p. 46

¹⁰³ Al respecto ver *Ibid.*, p. 48 y 49

1.6.3.2 Teoría de la causa inmediata o causa próxima

Se defendió mucho en Inglaterra, parte de adoptar en la cadena de acontecimientos que se entrelazan en la producción del daño un criterio temporal, para resaltar aquel acontecimiento que esté más cercano o próximo al resultado.

Surge porque sería una tarea infinita detenerse en las causas de las causas, por eso aplica el criterio temporal. No tuvo mucha vigencia por la injusticia que generaba. La causa próxima no necesariamente es la causa efectiva que generó el daño

1.6.3.3 Teoría de la causa eficiente

Parte del supuesto de considerar como causa aquel suceso que dentro de los concurrentes en la producción de un fenómeno ha sido el preponderante o más eficiente.

Solo es causa eficiente aquella que por su propia acción es productora de un efecto dado y por lo tanto debe averiguarse cuál de los eventos ha contribuido más poderosamente en la generación del daño.

No niega la posibilidad de que concurren dos o más eventos dentro de la producción del daño. Dentro del conjunto se debe distinguir:

- Causa: la causa eficiente responde a la pregunta ¿por quién fue hecho el daño?
- Condiciones: No produce el efecto sino simplemente permite a la causa eficiente producir el hecho dañoso.
- Ocasiones: No hace más que favorecer el juego de la causa eficiente y en ningún modo es necesaria para la producción del daño.

1.6.3.4 Teoría de la causalidad adecuada

Existen varias causas que anteceden el daño y se debe determinar cuál es la causante.

Se fundamenta en la normalidad, por lo tanto debe establecerse si un daño era de esperarse atendiendo al curso normal de los acontecimientos, o si el daño era incalculable.

Aparece el concepto de la Prognosis póstuma que consiste en que el juez se pone en el lugar de los agentes del hecho observando las causas desde el punto de vista de cierta normalidad. Analiza si ciertos eventos bajo condiciones normales, existiendo probabilidad y previsibilidad son susceptibles de generar el hecho dañoso.

Por esto no se fijan reglas previas, el juez debería hacer el análisis en cada caso. No todos los acontecimientos que preceden el daño tienen la misma relevancia. El juez debe analizar en abstracto si es probable o posible que alguna de las circunstancias produzca el daño.

Aquí lo que toma importancia es el concepto de normalidad, de regularidad.

Esta es la teoría que se aplica hoy en día¹⁰⁴.

1.7 La antijuridicidad como fundamento de la responsabilidad civil

En este punto se encuentran dos teorías. La primera, es la clásica que propone que los actos y los hechos jurídicos son las fuentes de la responsabilidad civil.

¹⁰⁴ Al respecto ver CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil. Sentencia de julio 27 de 2006. MP: Doctor César Julio Valencia Copete. Actor: ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A.. Exp. 05001-3103-017-1998-0031-01

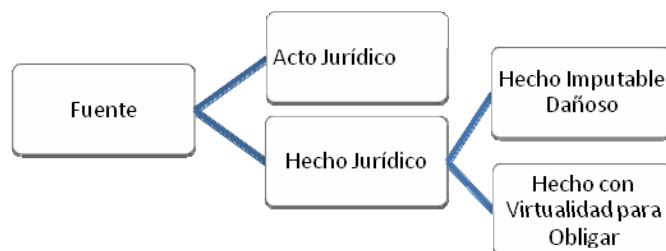
Explica los hechos jurídicos haciendo referencia a aquellos hechos físicamente materiales, jurídicamente relevantes como actos voluntarios cuyos efectos se producen independientemente del querer del agente. Se pueden clasificar en:

- a. Hecho imputable dañoso: hecho que como consecuencia del dolo, la culpa o del riesgo asumido por una persona produce daño a otra.
- b. Hecho con virtualidad para obligar: hecho que sin ser imputable ni dañoso genera obligaciones por el ministerio de la ley. Por ejemplo la servidumbre

Por su parte el acto jurídico se define como aquella manifestación de voluntad encaminada a producir efectos jurídicos.

La teoría dogmática plantea al contrato, el cuasicontrato, el delito y el cuasidelito como fuentes de la responsabilidad civil

Entonces la responsabilidad civil es la consecuencia o efecto de ese hecho dañoso y no el hecho mismo. La obligación que se deriva de ese hecho es la de reparar, que es la esencia de la responsabilidad civil.



1.8 Causales de exoneración de responsabilidad

Son eventos que interrumpen el vínculo causal que debe existir entre el hecho humano voluntario y el daño.

Es importante no confundirlos con los factores de justificación que se explicarán más adelante

Un hecho dañoso puede tener pluralidad de causas, es decir, pueden intervenir eventos de la naturaleza y terceros que inciden en la producción del daño. La Interrupción del vínculo de causalidad se da por la ocurrencia de otro evento determinante en la producción del perjuicio. La causa eficiente termina siendo una causa extraña, esta desplaza a las otras y rompe el vínculo causal y por lo tanto exonera al agente.

1.8.1 Fuerza mayor o caso fortuito.

La definición legal expuesta en el artículo 1890 del Código Civil, según la cual el caso fortuito y la fuerza mayor es el imprevisto al que no es posible resistir, permite la determinación de los dos elementos esenciales de esta causal de exoneración de responsabilidad, a saber, la imprevisibilidad y la irresistibilidad.

Imprevisibilidad

Prever en el lenguaje común significa “ver con anticipación”¹⁰⁵, conocer lo que vendrá y precaver sus consecuencias.

En la responsabilidad civil hace referencia a la posibilidad de prevenir el riesgo, daño o peligro, guardarse de él y evitarlo¹⁰⁶. En los casos en que los sujetos no evitan un daño que podía preverse no puede alegarse una causal de exoneración pues se evidenciaría la culpa del individuo al no emplear toda la pericia y prudencia necesaria para evitar los efectos.

¹⁰⁵ Diccionario de la Real Academia Española [online]. Available from World Wide Web: <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=prever>

¹⁰⁶ SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Instituciones de responsabilidad civil. Vol.3. 1ª ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1996. p. 86

Desde el punto de vista ontológico todo podría llegar a preverse, razón por la cual no se podría alegar fuerza mayor o caso fortuito en ningún caso. Es por esto que la jurisprudencia colombiana ha dicho que la imprevisibilidad debe tener un significado prevalentemente jurídico y no gramaticalizado en el caso concreto según las circunstancias normales de la vida.

La Corte Suprema de Justicia ha establecido tres criterios para determinar la imprevisibilidad de un evento desde el punto de vista jurídico:

- Normalidad y frecuencia del hecho
- Probabilidad de su realización
- Carácter excepcional y sorpresivo¹⁰⁷

Irresistibilidad

Según la Corte Suprema de Justicia la irresistibilidad “debe entenderse como aquel estado predicable del sujeto respectivo que entraña la imposibilidad objetiva de evitar ciertos eventos o consecuencias derivados de la materialización de hechos exógenos que le impiden efectuar determinada actuación, lato sensu. En tal virtud, este presupuesto legal se encontrará configurado cuando, de cara al suceso pertinente, la persona no pueda evitar ni eludir sus efectos (Criterio de la evitación)”¹⁰⁸

La misma sentencia insiste en que, para que se configure la irresistibilidad es necesario que haya sido absolutamente imposible evitar el hecho o suceso aludido, no obstante los medios de defensa usados por el deudor para eludirlo. Es por esto que habrá que evaluar los medios de prevención empleados por el mismo.

¹⁰⁷ *Ibíd.*, p. 86.

¹⁰⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil. Sentencia de 13 diciembre de 1962. Gaceta Judicial C pág 262

Aun cuando gran parte de la doctrina se esfuerza por diferenciar los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor, existe una marcada tendencia que opta por asimilar estas dos figuras en cuanto a sus efectos, dejando de lado las complicadas distinciones.

También se presenta la posición ecléctica en donde se realiza la diferenciación conceptual de las figuras pero se acepta la asimilación de sus efectos. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido históricamente que no hay diferencia entre los efectos de la fuerza mayor y del caso fortuito dado que ambas producen el mismo efecto liberatorio, sin embargo afirma que se trata de dos situaciones distintas pues mientras que dentro de la fuerza mayor se encuentran fuerzas externas o extrañas, el caso fortuito se da por un obstáculo interno que proviene de las condiciones mismas de la conducta del deudor¹⁰⁹.

Teniendo en cuenta lo anterior, Santos Ballesteros indica que “en el caso fortuito se ve la imposibilidad relativa de la ejecución, al paso que la fuerza mayor se considera como la imposibilidad absoluta proveniente de un obstáculo insuperable que no permite el cumplimiento de la prestación como una tempestad, un terremoto, el abuso de autoridad”¹¹⁰.

La tesis de la diferenciación del caso fortuito y la fuerza mayor basándose en la exterioridad del hecho es aceptada e implementada por el Consejo de Estado, por ejemplo en sentencia del 20 de febrero de 1989 de la Sala de lo Contencioso Administrativo dijo “la fuerza mayor, en efecto es causa exterior, externa al demandado, que lo exonera de responsabilidad en todos los casos, al paso que el

¹⁰⁹ SANTOS. Op. cit., p. 90 y 91 (vol. 3)

¹¹⁰ Y continúa diciendo “El elemento relativo que condiciona el caso fortuito, determina que no siempre que existe o se presenta éste, se llegue indefectiblemente a la exoneración del deudor, la cual no se produce sino cuando militan además ciertas circunstancias especiales que debe demostrar quien las alega”. Santos Ballesteros. Instituciones de Responsabilidad Civil Tomo III. Páginas 90 y 91. En relación con el tema la Corte Suprema de Justicia, destaca tres factores que condicionan el elemento relativo del caso fortuito, a saber, “a) que la inejecución provenga de una causa extraña que no le pueda ser imputada; b) que el acontecimiento constitutivo del caso fortuito haya escapado a toda previsión y así no basta que el deudor no haya previsto el acontecimiento sino que es necesario que por la misma naturaleza del hecho no haya podido ser previsto normalmente por el deudor y c) que las circunstancias hayan opuesto un obstáculo insuperable para la ejecución de la obligación”

caso fortuito es causa desconocida pero no exterior al demandado por cuanto precisamente, la causa inmediata del daño es imputable de todas maneras a la estructura misma de la cosa o actividad por la cual debe responder el demandado. Si bien la causa desconocida demuestra la ocurrencia de la culpa del demandado, por no serle exterior, no suprime la imputabilidad del daño. Como acertadamente lo expresa el profesor francés Jacques Moreau, en el caso fortuito el porqué es ignorado”¹¹¹

Fuerza mayor y el caso fortuito en la responsabilidad extracontractual encuentran su efecto liberatorio si el demandado acredita que estos son la causa única del daño, pues de esta forma se exonera completamente de responsabilidad. Y en los casos en los que se aplica la culpa presunta como en las actividades peligrosas también operará la eximente de responsabilidad si el mismo puede demostrar esta causa extraña.¹¹²

1.8.2 Hecho de un tercero

En la Responsabilidad Civil Extracontractual

Su tratamiento como causa extraña participa en general de los caracteres de la fuerza mayor y el caso fortuito. Por ejemplo, para que se configure el hecho de un tercero como causal de exoneración de responsabilidad, el hecho debe ser imprevisible e irresistible.

La jurisprudencia ha establecido que debe tratarse del hecho de una persona por cuyo obrar no sea responsable el agente presunto. Es decir, el obrar sea completamente externo a la esfera jurídica de este último. El hecho no corresponde a una actividad propia respecto de la cual el está obligado a hacer o

¹¹¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de febrero 20 de 1989. Anales del Consejo de Estado. Tomo CXVI. PÁGS. 1415-1416. Citado por: SANTOS. Op. cit., p. 97 (vol.3)

¹¹² Ibid., p. 100.

responder. Además, el hecho fuente del perjuicio no haya podido ser previsto o evitado por el demandado y, adicionalmente, que el hecho tiene que ser causa exclusiva del daño¹¹³

En la Responsabilidad Civil Contractual

La figura del tercero debe ser ajena al demandado y no deben tener ninguna relación legal o contractual¹¹⁴.

El hecho del tercero exonera de responsabilidad al deudor cuando ha sido causa única del incumplimiento imputado al demandado, y no lo será en los supuestos de la norma

Cabe preguntarse qué pasaría en el evento de la concausalidad, es decir, como se manejaría un caso en el que concurrieran la culpa del demandado y el hecho de un tercero. El artículo 2344 del Código Civil resuelve la situación de la siguiente forma:

“Solidaridad en el pago de perjuicios. 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, salvas las excepciones de los artículos 2350 y 2355.

Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso.”

¹¹³ Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 5 de octubre de 1992. GJ. Tomo CCXIX. No 2458. Pág. 525. Citado por: *Ibid.*, p. 113

¹¹⁴ Código Civil. Artículo 1738 Lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena

Entonces, en todos los eventos en que exista concurrencia entre estas dos personas, cada uno de ellos será responsable solidariamente en materia reparatoria. Por tratarse de una obligación solidaria no podrá alegarse la responsabilidad parcial, es decir, no es posible fraccionar la responsabilidad.

1.8.3 Hecho de la víctima o culpa de la víctima

El hecho motor único del daño puede ser la culpa exclusiva de la víctima, lo que rompe el vínculo causal.

Jurisprudencialmente se ha dicho que para que la culpa de la víctima tenga relevancia, para que se constituya como eximente de responsabilidad, es obligatorio que la causa sea exclusiva de la víctima y que absorba la imprudencia o negligencia del demandado, las cuales dejarán de tener trascendencia jurídica.

Cuando opera la concurrencia de la culpa del actor con el hecho de la víctima surge la compensación de culpas; cuando el coautor del daño comete culpa evidente que concurre con la conducta igualmente culpable de la víctima, el juez debe graduar cuantitativamente la relación de causalidad entre las culpas cometidas a fin de reducir la indemnización. Esto se hace mediante una proposición de manera matemática y cuantitativa.

En este caso se distribuye la responsabilidad, contrario a lo que sucede en la causal anteriormente analizada.

La apreciación que hace el juez en estos casos es completamente subjetiva. No hay una regla que se deba seguir. La decisión la tomará después de haber apreciado las pruebas y lo que se le ha puesto de presente durante el proceso.

1.9 Causales de justificación del daño.

Terminando el análisis de la responsabilidad civil, es importante analizar los factores de justificación del daño. La doctrina los reconoce como aquellos actos que de suyo son ilícitos pero pueden perder ese carácter de ilicitud por razones especiales¹¹⁵.

En estos eventos, no obstante se genera un perjuicio, no hay lugar a resarcimiento porque se elimina o desaparece el factor antijuridicidad del hecho. Según Jakobs son “los motivos jurídicos bien fundados para ejecutar un comportamiento en si prohibido”¹¹⁶

Contrario a lo que ocurre con las causales de exoneración de responsabilidad, donde se rompe el nexo causal y por lo tanto no surge responsabilidad civil, en las causales de justificación del daño se dan los tres elementos de la responsabilidad civil (daño, culpa y nexo causal), pero las circunstancias especiales hacen que no se configure la antijuridicidad y la culpabilidad, para que de esta forma se trate de un daño justificado.

1.9.1 Legítima defensa

Según el artículo 32 numeral 6 del Código Penal, no hay lugar a responsabilidad penal cuando “Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión”.

¹¹⁵ “A. Von Thur. Ob. Cit. Tomo I, Pág. 269” Citado por: SANTOS. Op. cit., p. 129.

¹¹⁶ JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos de la imputación, Madrid, Macial Pons, 1995, Pág. 419. Citado en MONROY VICTORIA, William. Lecciones de derecho Penal, Parte General. Causales de exclusión de responsabilidad. Universidad Externado de Colombia Pag 343.

El numeral 10 del mismo artículo se refiere a la ausencia de responsabilidad penal en los casos en que “Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa”

Jurisprudencialmente se ha hecho la diferenciación entre la legítima defensa subjetiva y la legítima defensa objetiva.

La legítima defensa objetiva, también conocida como “pura y simple” se ha entendido como causal excluyente de antijuridicidad. Esto, como lo expresa Santos Ballesteros, “porque la conducta de quien actúa en defensa de un derecho, contra una agresión que es injusta, actual o inminente, no puede ser sujeta a reproche alguno, es decir que, en condiciones tales, se afirma el hecho como justificado”¹¹⁷

En cambio, la legítima defensa subjetiva se da cuando “quien actúa lo bajo el errado convencimiento de que, en efecto, ha sido objeto de una injusta agresión que también puede serlo en relación con un tercero, pese a que en realidad no ha existido un injusto ataque, actual e inminente, situación frente a la cual (...) la conducta del agente estaría determinada por una deformación de la verdad, que solo podría excluir la responsabilidad por error invencible”¹¹⁸

Doctrinaria y jurisprudencialmente, se han establecido como requisitos para la estructuración de la legítima defensa los siguientes:

¹¹⁷ Sentencia de Casación. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal de 11 de abril de 2002. M.P.: Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote. Actor: William de Jesús Ortíz García. Exp: 14731. Citado por SANTOS. Op. cit. p. 131

¹¹⁸ Sentencia de Casación. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal de 11 de abril de 2002. M.P.: Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote. Actor: William de Jesús Ortíz García. Exp: 14731. Citado por SANTOS. Op. cit. p. 132

a. Que se trate de una agresión ilegítima o injusta por parte del agente. Es decir, que el comportamiento del agresor sea antijurídico, que el ataque no tenga ninguna razón válida¹¹⁹. Debe tratarse de una “actividad positiva, capaz de lesionar bienes jurídicamente tutelados de otra persona, que el agredido no tiene el deber de soportar”¹²⁰

b. Actualidad e inminencia del ataque. Debe estarse frente a un ataque o agresión que haya empezado o esté a punto de iniciarse, ser inminente y no haber finalizado¹²¹. Tal como lo expresa Monroy Victoria, “de lo anterior se impone la obligatoriedad de que el sujeto que invoque esta causal actúe en el mismo tiempo que se verifica la agresión... no se puede sostener la existencia de la causal cuando el agredido tiempo después reacciona sino cuando enfrenta en el mismo momento esa agresión: es lo que algunos autores han llamado “reacción inmediata”.”¹²²

c. Falta o ausencia de provocación por parte del defensor. Es decir, que el peligro no haya sido creado por el ofendido de manera intencional o voluntaria¹²³.

d. Proporcionalidad entre la defensa y la agresión. Dicen la doctrina y la jurisprudencia que la respuesta del agravado no puede resultar excesiva frente a la acción del agresor. Esto se determina atendiendo a la índole de los bienes lesionados o puestos en peligro y los caracteres del sujeto que produce el ataque frente al que de él se defiende.¹²⁴

En este punto se hace relevante mencionar que la protección de un bien patrimonial no puede autorizar la lesión o muerte de una persona.

¹¹⁹ MONROY VICTORIA, William. Lecciones de derecho Penal, Parte General. Causales de exclusión de responsabilidad. Universidad Externado de Colombia. p. 344

¹²⁰ SANTOS. Op. cit., p. 131 (vol3)

¹²¹ Ibid., p. 133.

¹²² MONROY VICTORIA. Op. Cit., p. 344

¹²³ SANTOS. Op. cit., p. 133. (vol3)

¹²⁴ Ibid., p. 134.

1.9.2 Estado de necesidad

La descripción que hace el Código Penal en el artículo 32 numeral 7 de esta figura es la siguiente:

“Artículo 32. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.”

Es considerado como causal de justificación al eliminar la antijuridicidad del daño. Por causa de necesidad lo ilícito se vuelve lícito.

Tal como lo describe Santos Ballesteros “esta causal de justificación se presenta cuando una persona ante una circunstancia inevitable de peligro, para su propia vida o sus bienes, o para la vida o bienes de otra, le hace frente, afectado la integridad o el patrimonio de otro sujeto”.¹²⁵

La diferencia que existe entre el estado de necesidad y la legítima defensa es que en el primer caso es sujeto afectado resulta ser una persona que no había participado de ninguna forma en la creación del peligro; mientras que en la segunda el ofendido actúa contra el sujeto que había pretendido causarle un daño.¹²⁶

Los requisitos exigidos para que se configure esta causal son las siguientes:

- a. Situación de peligro actual y apremiante
- b. La no evitabilidad del daño mediante otra acción
- c. Menor entidad del daño frente a aquel que se quería evitar

¹²⁵ Ibid., p. 134

¹²⁶ Ibid., p. 134

1.9.3 El ejercicio legítimo de un derecho y el cumplimiento de un deber

Tal como lo indica el artículo 32 numeral 3 del Código Penal, no habrá lugar a responsabilidad penal cuando se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.

Se refiere a aquellas actuaciones permitidas o impuestas por el ordenamiento jurídico que tienen el carácter de lícitas por estar contenidas dentro de un marco normativo que les da un sentido y una finalidad determinados¹²⁷; como cuando el arrendador de un local comercial facultado por los derechos que ostenta como tal, solicita la restitución del mismo. Se genera un daño al arrendatario.

1.9.4 Obediencia debida

Para entender esta figura es necesario comprender la noción de orden de servicio, puesto que no cualquier orden debe ser acatada por el inferior. Por ejemplo, la orden de cometer un delito no constituye ni pertenece a la esfera de la autoridad superior.

Esta causal opera en aquellos casos en que una autoridad, en ejercicio de una orden, causa un daño a un tercero.

La legislación penal, la explica diciendo que no habrá responsabilidad en aquellos casos en que se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales¹²⁸.

Para que una orden exima de responsabilidad debe tener una apariencia de juridicidad y debe tener un contenido que no sea considerado intrínsecamente ilegítimo. Por lo tanto, si la orden implica la comisión de un delito, el inferior debe

¹²⁷ Ibid., p. 137

¹²⁸ Código Penal. Artículo 32 numeral 4

negarse a acatarla pues si lo hiciera no aplicaría a su favor la causal de justificación.

Según la sentencia C 578 de 1995 proferida por la Corte Constitucional, una orden de servicio debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a. Debe existir relación de subordinación jerárquica reconocida por el derecho público, entre quien emite el mandato y quien lo recibe
- b. La orden debe existir como tal, es decir, debe haberse presentado una manifestación de voluntad clara encaminada a que el inferior haga o deje de hacer algo.
- c. La orden debe estar revestida de las formalidades legales

1.9.5 Consentimiento del perjudicado¹²⁹

El artículo 32 numeral 2 del Código Penal dispone que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo.

Hay que tener en cuenta que el consentimiento de la víctima no excluye la antijuridicidad del acto cuando éste es contrario a una prohibición legal o a las buenas costumbres.

Es importante tener claridad sobre los límites dentro de los cuales la víctima puede emitir su consentimiento. Por lo cual se exigen unos requisitos en relación con el mismo, a saber:

¹²⁹ Ejemplos: -Lesiones deportivas, Deportes extremos y Consentimiento informado. SANTOS. Ob. Cit. p. 144-148 (vol.3)

a. Que el interesado preste el consentimiento con el conocimiento que resulte de los riesgos que corre y recibiendo, cuando sea necesario, la información requerida en los casos en que la otra parte esté en la capacidad de darla.

b. Que el autor de la lesión actúe en interés del lesionado y con las reglas de la diligencia exigibles.

El consentimiento también puede implicar culpa de la víctima, entonces no se habla de justificación del daño sino de compensación de culpas o culpa compartida.

1.10 Naturaleza del pago

Como se desprende del análisis efectuado, es viable concluir que el pago que se realiza al ser determinada la responsabilidad civil de un sujeto frente a un hecho dañoso es de naturaleza indemnizatoria en la medida que busca poner a la víctima en el estado anterior a la ocurrencia del ilícito.

Es decir, el pago que se efectúa tiene la calidad de resarcitorio dado que, siguiendo el principio de la reparación integral, busca recomponer el patrimonio afectado conservando el equilibrio de los derechos y los intereses pertenecientes a las personas en su vida de comunidad¹³⁰, así como resarcir aquellos perjuicios de carácter extrapatrimonial

La indemnización por perjuicio moral, así como la que procede en los casos de daño a la vida de relación tiene carácter compensatorio; por lo tanto, este perjuicio no se causa y agota en el primer momento del hecho; por el contrario, se sigue

¹³⁰ SANTOS. Op. Cit., p. 20 (vol 1)

causando en el tiempo, ya que compromete el estado de ánimo de la persona por una situación que lo afecta profundamente en el aspecto psicológico¹³¹.

2. El seguro

Para poder llegar al objetivo final y saber en qué eventos procede la acumulación de indemnizaciones, es de gran trascendencia hacer referencia a los seguros, como institución ampliamente regulada en la legislación mercantil. Pues así se tendrá una cabal comprensión del tema y se podrán hallar los fundamentos de la conclusión final.

Se tratará en primer lugar el concepto como tal de los seguros, seguido por sus características y los elementos esenciales. Adicionalmente se hará una breve enumeración de la clasificación de los seguros que trata nuestro ordenamiento, y de los deberes que tienen los sujetos intervinientes en el contrato.

Se describirá la figura de la subrogación y se establecerán los requisitos para que opere el pago de la indemnización, en qué consisten dichas prestaciones y las entidades que las administran.

Por último se analizará la naturaleza jurídica del pago que realiza la aseguradora al cumplir con su obligación de indemnización.

2.1 Concepto

Como lo establece el doctor Efrén Ossa no hay una definición legal del contrato de seguros, pues al ser una figura jurídica compuesta por tantos elementos resultaría

¹³¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de octubre 3 de 2002. C.P.: Doctor Ricardo Hoyos Duque. Actor: Juan Manuel Caro González. Exp: 14207

una labor arriesgada y de difícil realización pues se podría incurrir en inexactitudes.

La definición que realiza Ossa sobre el contrato es la siguiente, “es un contrato solemne, bilateral, oneroso y aleatorio, en que intervienen como partes el asegurador , persona jurídica que asume los riesgos y el tomador que, obrando por cuenta propia o por cuenta de un tercero, traslada los riesgos, cuyos elementos esenciales son el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima, cuyo pago impone a cargo del tomador y la obligación condicional del asegurador que se transforma en real con el siniestro y cuya solución debe aquel efectuar dentro del plazo legal. Y que, si versa sobre un seguro de daños, no puede constituir para el titular del interés asegurable fuente de enriquecimiento, en tanto que, si concebido para cubrir riesgos personales, el valor del interés asegurado ha de consultar tan solo el arbitrio de las partes.”¹³²

Definición que incluye todos los elementos y características del contrato de seguros, pero puede llegar a ser un tanto confusa y extensa para su cabal comprensión. Se hace la salvedad sobre la solemnidad a la que hace referencia el profesor, pues como se mencionará a continuación, este es un contrato que pasó a ser meramente consensual; en la medida en que no es indispensable ningún requisito adicional al acuerdo de las partes para su perfeccionamiento.

Adicionalmente, el doctor Ossa cita la definición dada por Joseph Herard acogida por Picard y Besson, la cual consideramos un poco más sencilla y muy acertada. Pues establece que “el seguro es una operación por cual una parte, el asegurado, se hace prometer, mediante una remuneración, la prima, para él o para un tercero, en caso de realización de un riesgo, una prestación por otra parte, el asegurador,

¹³² OSSA GÓMEZ, Julián Efrén. Teoría general del seguro. Bogotá: Temis, 1988. P. 2

que, tomando a su cargo un conjunto de riesgos, los compensa conforme a las leyes de la estadística.”¹³³

2.2 Elementos esenciales

Se toman como elementos esenciales del seguro los señalados en el artículo 1045 del Código de Comercio, según el cual son concurrentes necesarios. Lo anterior implica que en caso de que faltare alguno el contrato será ineficaz, pues no requerirá de una decisión judicial para que el éste deje de producir efectos jurídicos.

El primero de éstos es el interés asegurable que, según el autor Joaquín Rodríguez Rodríguez¹³⁴, consiste en el vínculo económico en virtud del cual la necesidad económica que provoca la producción del riesgo repercute desfavorablemente en un determinado patrimonio. El doctor Hernán Fabio López¹³⁵ lo define como posibilidad de afectación de una relación jurídica de contenido patrimonial con la ocurrencia de un siniestro o en el caso del seguro de personas, de proteger a quienes se vean afectadas con la muerte, desde el punto de vista económico.

Según Ossa¹³⁶ es “el objeto del contrato de seguro, que puede definirse como la relación económica amenazada en su integridad por uno o varios riesgos, en que una persona se halla consigo misma o con otra persona, o con otras cosas o derechos tomados en sentido general o particular.”

Relación que pueda recaer sobre cosas corporales, incorporales, presentes, futuras, determinadas o determinables.

¹³³ PICARD y BESSON, Les assurances terrestres en droit français, Paris, 1964. p. 2, Citado por Ibid., p. 2

¹³⁴ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. Derecho Mercantil. 130 ed. México: Porrúa, 1978. T II. p. 164

¹³⁵ LOPEZ. Op. cit. p. 62

¹³⁶ OSSA. Op. cit. p. 73

En un contrato de seguro pueden existir varios intereses asegurables sobre un mismo bien, pero con la limitante que en caso de producirse el siniestro la indemnización no puede exceder el valor asegurado. Norma legal que tiene fundamento en el principio indemnizatorio que rige los seguros de daños.

El carácter indemnizatorio del contrato implica que, ocurrido el siniestro, la aseguradora entregará una suma para que repare, reponga o compense las pérdidas que se causaron con ocasión y consecuencia del mismo. Principio que trae como consecuencia que, este pago, nunca puede constituir una fuente de lucro para el asegurado, pues con ella se busca restablecer la situación afectada.¹³⁷

El interés asegurable debe existir durante la vigencia de todo el contrato.

Como segundo elemento está el riesgo asegurable, que según el artículo 1054 del Código de Comercio, es “un suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador.”

Según el autor Joaquín Garrigues¹³⁸ son condiciones para la existencia del riesgo, que el objeto del que depende sea de posible realización; que su ocurrencia sea incierta, bien sea en cuanto a su ocurrencia, cuándo o cómo ocurrirá; que su realización sea fortuita, en la medida en que no dependa de la voluntad de quien sufre el daño; y que el suceso traiga como consecuencia un daño.

Así, no serán riesgos asegurables los hechos ciertos, salvo la muerte, los imposibles, el dolo o culpa grave ni las actuaciones meramente potestativas. Salvo

¹³⁷ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Comentarios al contrato de seguro. 4ª ed. Bogotá: Dupré Editores, 2004. p. 8

¹³⁸ GARRIGUES, Joaquín. Contrato de seguro terrestre. 1ª ed. Madrid: Aguirre, 1973. p. 66

que se pacte en un seguro de responsabilidad civil que la culpa grave será asegurada.

Este elemento no hace referencia al pago de la misma sino a su señalamiento o forma de determinarla.

El no pago de la prima dentro del mes siguiente a la fecha de vencimiento tiene como efecto la terminación del contrato, salvo en los contratos de seguro de vida en los que el contrato sólo se terminará cuando el valor debido supere el valor de cesión, siempre que hayan transcurrido dos años desde su vigencia.

La prima devengada como punto importante de este elemento, hace referencia a una causación día a día de la misma, lo que significa que va entrando al patrimonio de la aseguradora.

Por último, la obligación condicional del asegurador que implica una sujeción a un hecho futuro e incierto que cuando tiene lugar genera la obligación de pagar la indemnización por parte de la aseguradora al asegurado.

2.3 Clasificación de los seguros

El Doctor Efrén Ossa hace algunas precisiones en su libro¹³⁹ sobre las diferentes modalidades que pueden existir en el contrato de seguros, teniendo en cuenta los elementos técnicos, económicos y jurídicos. Dentro de la misma es importante hacer referencia a los seguros individuales, los cuales se caracterizan por atender las necesidades eventuales de los particulares, al cual puede vincularse cada quien de manera voluntaria y la prima la debe únicamente el tomador del seguro, no es nunca un seguro plurilateral.

¹³⁹ OSSA. Op. cit., p. 50

Esta clase de seguros puede subdividirse en los seguros de daños y en los de personas. Los primeros implican una protección contra un perjuicio patrimonial, en los cuales el principio indemnizatorio tiene un papel preponderante, pues el pago por parte de la aseguradora, no puede constituir nunca un enriquecimiento.

Los seguros de daños a su vez, se dividen en reales y patrimoniales. Los reales son los que versan sobre cosas muebles o inmuebles determinadas, en los cuales la suma asegurada tiene como límite el valor económico de la cosa asegurada o del interés jurídico a ella vinculado, de ahí que las figuras de supra seguro e infraseguro son típicas de esta clase de seguros.

Los patrimoniales, por su parte, protegen la integridad patrimonial del asegurado. El interés asegurable de esta clase de seguros requiere una estimación previa en dinero, así la suma asegurada se deferirá al arbitrio de las partes contratantes, es por esta razón que las figuras de infra y supraseguro no tienen cabida. Esto es claro en el seguro de responsabilidad civil pero se discute en cumplimiento.

Luego de explicar la clasificación de los seguros de daños, es procedente hacer referencia los seguros de personas, los cuales según I. Halperin “garantizan el pago de un capital o una renta cuando se produce un hecho que afecta la existencia, salud o vigor del asegurado; generalmente terminan en un pago de dinero, pero las prestaciones están subordinadas a hechos atinentes directamente a la persona del asegurado.”¹⁴⁰

Tienen como características que requieren un interés asegurable, el cual puede ser meramente afectivo; nada tiene que ver con el principio de la indemnización.

Los seguros de personas pueden subclasificarse en los estrictamente indemnizatorios y en los no necesariamente indemnizatorios.

¹⁴⁰ HALPERIN, Isaac. Seguros. Buenos Aires: Depalma, 1970, p. 38, Citado por Ibid., p. 64

En los primeros se encuentran los seguros de cobertura de gastos, como hospitalización y cirugía causados por un incidente; los de gastos funerarios; y en tercer lugar los de desempleo.

Dentro de los que no son necesariamente indemnizatorios están los seguros de vida individual, en los que hay ordinarios, dotales o temporales; los de vida grupo, que cubren siniestros de muerte e incapacidad; los seguros de accidentes, en los que están la muerte, incapacidad y desmembración; y por último el seguro de educación.

2.4 Sujetos que intervienen en el contrato de seguro¹⁴¹

El contrato de seguros trae consigo una gran complejidad de relaciones, no sólo entre el asegurador y el tomador, como partes de la relación jurídica, pues se requiere la presencia de personas como el asegurado, el beneficiario, aun cuando la ley no los califica como partes del mismo, para que puedan surtirse todos los efectos y funciones del contrato. No sobra precisar que en una misma persona puede darse una doble o triple calidad.

El asegurador, como persona jurídica que asume los riesgos, debe cumplir con una serie de requisitos técnicos, financieros y administrativos. Generando una confianza y estabilidad que garantizan el correcto funcionamiento de esta actividad.

La Ley 45 de 1990, establece que sólo las empresas que adopten la forma de sociedades anónimas o sociedades cooperativas, podrán desarrollar la actividad aseguradora, con sujeción a la autorización, vigilancia y control de la Superfinanciera.¹⁴²

¹⁴¹ LOPEZ. Op. cit., p. 103

¹⁴² Ley 45 de 1990. Artículo 9o. Determinación de capitales mínimos. Los montos mínimos de capital que deberán acreditarse para solicitar la constitución u organización de (...) mil quinientos millones de pesos (\$1.500.000.000) para las

El tomador, como la otra parte del contrato, es quien traslada los riesgos y puede actuar en nombre propio o ajeno. Éste es un sujeto que no requiere tener calidades específicas, bien podría ser una persona natural, o jurídica o inclusive un patrimonio autónomo.

Adicionalmente, están el asegurado y beneficiario que, aunque no son consideradas como partes en el contrato, tienen un papel protagónico en los seguros. El asegurado, siempre será el titular del interés asegurable y el beneficiario será quien tiene el derecho de recibir la indemnización, pero con la salvedad que éste sólo existe en contratos de seguro de vida o de responsabilidad civil. En los de vida porque cuando procede el pago de la aseguradora, el asegurado ha muerto por tanto es necesario designar a un beneficiario y en los de responsabilidad civil porque el pago se debe a la víctima que sufrió un daño por el responsable, quien tenía la calidad de asegurado. Así el beneficiario en este caso es indeterminado en el momento de tomar el seguro.

Por otra parte el seguro puede ser tomado a nombre propio o por cuenta de un tercero. En el primer caso el interés asegurable radica en cabeza de quien está contratando directamente con la aseguradora, mientras que el segundo se da en el evento en el que un tomador estipule por cuenta de un tercero, sin poder para representarlo, un contrato de seguro, el cual sólo tendrá efectos para el asegurado

entidades aseguradoras (...). Estos montos se ajustarán anualmente, en forma automática, en el mismo sentido y porcentaje en que varíe el índice de precios al consumidor que suministre el DANE. En todo caso, previamente al otorgamiento de la autorización de constitución u organización de cualquier institución financiera el Superintendente Bancario se cerciorará, por cualesquiera investigaciones que estime pertinentes, del carácter, responsabilidad e idoneidad de la persona o personas mencionadas en el acta de constitución, o de los accionistas o administradores de quienes participen en la operación. Con base en el resultado de estas investigaciones el Superintendente Bancario adoptará la decisión pertinente. Dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia de la presente Ley, el Gobierno establecerá el término dentro del cual los establecimientos de crédito existentes deberán acreditar los montos absolutos de capital pagado y reserva legal, requeridos para las nuevas entidades según el presente artículo. Aquellas instituciones que no acrediten dentro del término señalado el capital y reserva requeridos deberán liquidarse, fusionarse o convertirse en cualesquiera otro de los tipos de institución regulados, si cumplen los requisitos de la Ley. Corresponderá al Superintendente Bancario, mediante normas de carácter general, fijar los capitales mínimos que deberán acreditar las instituciones financieras en funcionamiento a que se refiere el inciso 7o del artículo 92. de esta Ley y las sociedades de servicios financieros y de factoring.

desde el momento en que ratifique. Hasta tanto no se acepte o rechace, el tomador debe cumplir con todas las obligaciones inherentes al contrato.

2.5 Deberes de los sujetos intervinientes

El tomador tiene deberes con anterioridad a la ocurrencia del siniestro, incluso antes del perfeccionamiento del contrato y subsisten con la ocurrencia del siniestro.¹⁴³

Debe declarar sinceramente todas las circunstancias inherentes al riesgo¹⁴⁴, pues hay que recordar que este es un contrato que tiene como fundamento la ubérrima buena fe, así esta carga no emana del contrato como tal son que es un presupuesto básico para el consentimiento del asegurador

Esta es una exigencia perentoria que en caso de ocultación de un hecho o de indicación inexacta se incumple este deber, lo que trae como consecuencia que el contrato quede viciado de nulidad; siempre y cuando este hecho hubiera generado en el asegurador la imposición de condiciones diferentes o simplemente no habría contratado.¹⁴⁵

Como segundo deber del tomador es mantener el estado del riesgo¹⁴⁶, el cual según el Código de Comercio también está en cabeza del asegurado. Así, cualquiera de las partes mencionadas deberá notificar por escrito a la aseguradora, de los hechos o circunstancias no previsibles que ocurran con posterioridad a la celebración del contrato y que signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad.

¹⁴³ LOPEZ. Op. cit., p. 127

¹⁴⁴ Código de Comercio. Artículo 1058.

¹⁴⁵ Código de Comercio. Artículo 1058.

¹⁴⁶ Código de Comercio. Artículo 1060.

Notificada el cambio del estado del bien asegurado, la aseguradora puede revocar el contrato, salvo en el seguro de vida, o hacer un reajuste de la prima según con el estado de peligrosidad del objeto.

En el evento en que no se notifique oportunamente se produce la terminación del contrato y si hubiere mala fe del tomador o del asegurado, se autoriza al asegurador para retener la prima.

También tiene el deber de cumplir con las garantías¹⁴⁷, que, según el Código de Comercio, es “la promesa en virtud de la cual el asegurado se obliga a hacer o no determinada cosa, o a cumplir determinada exigencia, o mediante la cual afirma o niega la existencia de determinada situación de hecho.”

En caso que la garantía no se cumpla, el contrato será nulo, salvo que por un cambio de circunstancias deje de ser aplicable al contrato o cuando implique una violación a una ley posterior a la celebración del contrato o cuando, según la teoría general de los contratos, cuando por caso fortuito o fuerza mayor resulte imposible su cumplimiento.

En cuarto lugar la obligación de pagar la prima también está en cabeza del tomador, lo cual debe realizarse dentro del mes siguiente a la entrega de la póliza.

Pero es importante resaltar que aunque la prima es un elemento esencial del contrato, el pago no atañe a la formación de aquel, sino a la relación bilateral que de él dimana.¹⁴⁸ Así, el pago es objeto de la obligación del tomador y causa de la obligación condicional del asegurador.

¹⁴⁷ Código de Comercio. Artículo 1061

¹⁴⁸ OSSA. Op. cit. p. 394

Su incumplimiento lo pone en mora ipso facto¹⁴⁹, lo que implica que el asegurador podrá demandarlo judicialmente para obtener el pago de la prima, con los intereses legales comerciales desde el día siguiente a la expiración del plazo convencional o legal.

Los deberes del asegurado y del beneficiario pueden traducirse en cinco, los cuales se expondrán a continuación.

El deber de evitar la extensión del riesgo¹⁵⁰, lo que implica, según Hernán Fabio López¹⁵¹ adoptar todos los medios posibles a su alcance, para que el daño no se extienda. Y como lo establece Efren Ossa, tiene como fin neutralizar la causa del daño para aislar sus efectos.¹⁵²

Si se demuestra que el daño causado a ciertos bienes no fue por el siniestro sino por la negligencia del asegurado, no habrá lugar a indemnización por parte de la aseguradora.

Como segundo deber, está el de avisar de la ocurrencia del siniestro a la aseguradora dentro de los tres días siguientes a la fecha en que se haya conocido o se debió conocer.¹⁵³ Éste tiene como fin que la aseguradora tome todas las medidas para defender sus intereses y obtenga la información necesaria para tomar una decisión a la hora de ser presentada la reclamación.

Adicionalmente esta el deber de informar sobre la existencia de otros seguros a la aseguradora, con un plazo de diez días a partir de su celebración. Si se incumple esta obligación, el contrato se entiende terminado.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, p. 401

¹⁵⁰ Código de Comercio. Artículo 1074

¹⁵¹ LOPEZ. Op. cit. p. 169

¹⁵² OSSA. Op. cit. p. 414

¹⁵³ Código de Comercio. Artículo 1075

Tiene aplicación en los seguros de daños y en los de personas de contenido indemnizatorio. Deber de gran trascendencia para nuestro trabajo, pues en caso de coexistencia de seguros, cada aseguradora pagará a prorrata de su obligación de indemnización en el seguro de daños, por ser éste de carácter indemnizatorio.

Como tercera obligación del asegurado, está la de formular la reclamación en la cual demuestre la ocurrencia del siniestro y su cuantía. Aunque hay tres eventos en los que se releva al asegurado acreditar la cuantía, como cuando se pactó un valor admitido en caso de pérdida total, en los seguros de vida y cuando la aseguradora indemniza sin demostración ante la evidencia de los hechos.

El deber de permitir el ejercicio del derecho de subrogación por parte del asegurado a la aseguradora, a los responsables del hecho. Pues la subrogación, según como lo establece Hernán Fabio López¹⁵⁴, existe por mandato de la ley luego que se ha pagado la indemnización, así el asegurado no puede renunciar a unos derechos que ya no están en cabeza de él.

Su incumplimiento trae como consecuencia que el asegurador pueda deducir de la indemnización los perjuicios que le cause.

Por último lugar, está el deber de no asegurar la parte dejada en descubierto, lo cual es denominado por la doctrina como franquicia. Este trae implicaciones importantes, como obligar al asegurado a adoptar medidas de diligencia y cuidado sobre el interés asegurado, pues en caso de daño tendrá que soportar una pérdida por pequeña que sea. La inobservancia de este deber genera la terminación del contrato.

¹⁵⁴ LOPEZ. Op. cit. p. 184

En cuanto a los deberes del asegurador,¹⁵⁵ nuestro Código de Comercio establece que es deber “entregar la póliza en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de celebración el documento contentivo del contrato de seguro.”¹⁵⁶

Por otra parte, la aseguradora tiene que entregar copias o duplicados de la póliza cuando el tomador, el asegurado o el beneficiario, así lo solicite.

El pago de la indemnización debe ser efectuado dentro del mes siguiente, contado desde el día en que fue presentada formalmente la reclamación, probado el siniestro y la cuantía de la pérdida. Éste, como deber básico y esencial del asegurador busca resarcir los perjuicios causados en razón del siniestro.

La indemnización se entiende que es una obligación alternativa, pues el asegurador puede determinar su medio de pago, entre dinero, reposición, reparación o reconstrucción.

2.6 Principio indemnizatorio

Según este principio, el asegurado no puede obtener del contrato de seguro sino la reparación del daño que en efecto ha sufrido y en la medida real de ese daño, sin que pueda pretender enriquecimiento de ninguna clase.

Es importante señalar que este es un principio especial aplicable para el seguro, ante lo cual no hay que dejar de lado que tiene algunos elementos comunes con la responsabilidad civil.

¹⁵⁵ *Ibíd.*, p. 165

¹⁵⁶ Código de Comercio. Artículo 1046

La indemnización en los seguros, está íntimamente con el interés asegurable y con el riesgo que asuma el asegurador. Así, según Jaime Bustamante y Ana Inés Uribe,¹⁵⁷ el seguro es un contrato de carácter indemnizatorio en la medida en que lo que recibe el asegurado por razón del siniestro, no puede exceder el valor del interés asegurable, ya que en el exceso no habría interés asegurable y al no estar este elemento esencial no habría contrato. Siguiendo este orden de ideas, la indemnización se entiende bajo su concepción de reparación del daño, dejando al asegurado en la posición anterior a la ocurrencia del perjuicio.

En cuanto al riesgo asegurable, se relaciona porque éste delimita el alcance del amparo y las exclusiones pactadas.

Además, el artículo 1079 del Código de Comercio, establece que la indemnización no puede exceder en ningún caso la suma asegurada. En este mismo sentido, el artículo 1088 del Estatuto Mercantil, establece que los seguros de daños jamás pueden ser fuente de enriquecimiento, sino que se sujetarán al principio indemnizatorio

El doctor Andrés Ordóñez Ordóñez¹⁵⁸ citando a Joaquín Garriges, establece que la razón de ser de este principio es el hecho de prohibir que las cosas se aseguren por todo su valor, buscando que el asegurado no tenga interés en la realización del siniestro. Así, concluye que es sobre esta base a partir de la cual se desarrolla el contrato.

¹⁵⁷ BUSTAMANTE FERRER, Jaime y URIBE OSORIO, Ana Ines. Principios jurídicos del seguro. 2 ed. Bogotá: Colombia Editores, 1994

¹⁵⁸ ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés. Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato. 1ª edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 76

2.6.1 En el seguro de daños

En los seguros reales y patrimoniales rige tradicionalmente el principio indemnizatorio, en la medida en que el fin de este contrato es reparar el daño sufrido por el asegurado de tal manera que éste vuelva a quedar en las condiciones en las que se encontraba antes de que ocurriera el siniestro.

Siguiendo el planteamiento, la obligación de la aseguradora sólo se podrá determinar en concreto, una vez realizado el siniestro y evaluada la pérdida efectiva.

2.6.2 En el seguro de personas

Como ya fue analizado anteriormente, el seguro de personas se subclasifica en los estrictamente indemnizatorios y los no necesariamente indemnizatorios. El profesor Ordóñez hace una aclaración respecto de los primeros, dentro de los que se encuentran los gastos médicos y hospitalarios, a los cuales no puede darse un tratamiento equivalente a los seguros de vida, pues aquellos cubren un daño cuantificable y por tanto debe repararse teniendo como base el principio indemnizatorio. La aseguradora indemnizará pagando los gastos que se tuvieron, lo que implica que no puede representar una fuente de lucro para el asegurado.

Los seguros de vida, esencialmente sustraídos del principio indemnizatorio, se caracterizan por tener un interés asociado a la persona humana, respecto de la cual sólo se puede hacer una apreciación subjetiva.

Para estos la suma asegurada se fija sin consideración a un daño eventual, y en caso de siniestro no es necesario probar la cuantía de la pérdida. Usualmente el valor del siniestro es la suma asegurada.

2.6.3 Límites de la indemnización¹⁵⁹

Para poder establecer con claridad la obligación de pago de la aseguradora y saber hasta dónde tiene lugar el principio indemnizatorio, nuestro ordenamiento ha establecido algunos criterios que determinan la suma que le corresponde al asegurado cuando tiene lugar el siniestro.

El primero de ellos hace referencia al monto del interés asegurado, según el cual se determina el valor del posible perjuicio patrimonial. Así lo establece el artículo 1083 del Código de Comercio, según el cual el interés asegurable recae sobre la persona que pueda sufrir una pérdida, siempre que sea cuantificable y lícita. Luego el artículo 1087, establece que cuando dicho interés no pueda ser estimado previamente, éste se puede pactar por las partes.

En segundo lugar, se encuentra el valor de la pérdida para seguros reales el cual encuentra su fundamento en el artículo 1088 del estatuto mercantil, según el cual los seguros de daños jamás pueden constituir fuente de enriquecimiento para el asegurado.

Para definir el valor asegurado hay tres posibilidades, la primera es tomar el valor actual al momento del siniestro, en el que para calcularlo hay que tener en cuenta el valor comercial del bien.

Como segunda opción está el valor admitido: según el inciso segundo del artículo 1089 “se presume valor real del interés asegurado el que haya sido objeto de un acuerdo expreso entre el asegurado y el asegurador. Este, no obstante, podrá probar que el valor acordado excede notablemente el verdadero valor real del interés objeto del contrato, mas no que es inferior a él.”¹⁶⁰

¹⁵⁹ Cátedra de Conceptos Técnicos del Contrato de Seguro. Dr. Bernardo Botero. Especialización en Seguros. Pontificia Universidad Javeriana.

¹⁶⁰ Código de Comercio. Artículo 1089

En tercer lugar está el valor de reposición, reemplazo o valor a nuevo, según el cual las partes pueden convenir que en caso de siniestro se entregará un bien nuevo similar al asegurado. Se ha entendido que la razón de ser de esta alternativa, la cual incluye evidentemente una mejoría, es que en la industria cuando se daña un bien el pago del valor real no es suficiente para conseguir esos mismos bienes y por tanto se paralizaría la operación productiva, pues el monto se afecta por el uso y la vetustez.

Éste método ha sido criticado en varias oportunidades por tener el peligro del riesgo moral, en la medida en que para el asegurado puede resultar más ventajoso que su bien se dañe ya que obtendría uno nuevo por parte de la aseguradora.

En los seguros patrimoniales se ampara hasta por un límite, teniendo en cuenta el patrimonio y la exposición al riesgo. Límites que pueden ser, por siniestro, evento, periodo o inclusive por persona.

En los seguros de daños debe tenerse en cuenta la existencia del infraseguro en el cual se aplica una regla proporcional que opera en pérdidas parciales.

El deber en cuanto al valor a asegurar establece que debe hacerse sobre el valor real del bien, pues si se asegura por menos opera esta figura, caso en el cual el asegurador pagará la proporción que exista entre la suma asegurada y la suma asegurable al momento del siniestro. Aunque la ley establece una excepción a esta regla, como en los casos en los que las partes aseguran el bien a primera pérdida absoluta.

Para cuantificar una indemnización usualmente se aplican los deducibles y las franquicias. El primero consiste en que el asegurado tiene que compartir alguna parte de la pérdida para lograr así que éste sea diligente frente al bien asegurado,

ya que hay una suma que se sustrae de valor del siniestro para definir la suma total a indemnizar y va a cargo del asegurado.

Mientras que la franquicia, es aquella suma hasta la cual el siniestro no se indemniza, pero si el siniestro supera esa suma, se indemniza el total del bien. En cuanto a estas reglas es importante mencionar que no pueden coexistir, pues son excluyentes en cuanto a su aplicación.

Así pues, este es el principio indemnizatorio que rige en nuestro ordenamiento jurídico, el cual tiene algunas diferencias entre las clases de seguros y tiene unas reglas de aplicación que determinan el límite de la obligación de la aseguradora. Punto que es de gran trascendencia para este estudio, pues el hecho de que un pago sea indemnizatorio implica que en caso de recibir dos pagos de esta naturaleza, que superen el valor real del bien, conllevaría al acreedor a una posición de enriquecimiento injustificado que la ley no consagra.

2.7 Subrogación¹⁶¹

En virtud del pago de la indemnización, el asegurador sustituye al asegurado en los derechos y acciones contra los responsables del siniestro, por ministerio de la ley.

Esta figura sólo tiene lugar en los seguros de daños y en los de personas en los que sea aplicable el principio indemnizatorio, pues así lo establece el artículo 1139 del Código de Comercio.

Tiene como fundamento impedir el enriquecimiento de quien sufre el daño y de quien lo causa. El asegurado no puede recibir dos indemnizaciones que cubran un mismo daño material sufrido; el causante del daño no puede proponer como

¹⁶¹ LOPEZ. Op. cit. p. 211

excepción del pago de su indemnización el hecho que la aseguradora ya haya pagado, pues el seguro no promueve la impunidad.

En consecuencia, la subrogación es un mecanismo que restablece las relaciones jurídicas, permitiendo que el asegurador repita contra el responsable por el valor pagado por el siniestro.

Según la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de Septiembre 23 de 1993, Magistrado Ponente Pedro Lafont Pianeta, “la subrogación es una institución especial de orden público.”¹⁶²

Así como lo establece el doctor Tato, cuando el ordenamiento prevé la subrogación del asegurador, se está estableciendo un mecanismo de actuación del principio indemnizatorio.¹⁶³ Pues como ya se ha afirmado, este principio impide el cúmulo de prestaciones en cabeza del asegurado cuando estos pagos constituyen un mayor valor que el daño sufrido.

La subrogación tiene como requisitos esenciales, el pago válido de la indemnización al asegurado o beneficiario, la existencia del contrato de seguro y que la subrogación no esté expresamente prohibida.

En este orden de ideas, el reconocimiento de un derecho de reembolso o repetición en cabeza del asegurado tiene lugar en los casos en los que, luego de pagar la indemnización al asegurado, puede ejercer una acción de crédito en contra del tercero responsable. Transmitiéndole ab initio, la posibilidad de ejercer directamente las acciones que le correspondían a su asegurado.

¹⁶² Corte Suprema de Justicia en Sentencia de Septiembre 23 de 1993, Magistrado Ponente Pedro Lafont Pianeta, Citado por Ibid., p. 214

¹⁶³ TATO PLAZA, Anxo. La subrogación del segurador en la ley de contrato de seguro. 1 edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 53

Así las cosas, el asegurado luego de recibir la indemnización plena por parte del asegurador, carece de acción e interés para perseguir al responsable para que le pague los perjuicios. Es por esta razón que el ordenamiento establece el deber del asegurado de no perjudicar la subrogación a favor del asegurado.

En síntesis, la subrogación se explica por la imposibilidad de acumular indemnizaciones, una proveniente de la responsabilidad civil y la otra del contrato de seguro. Y la razón para ello es que la naturaleza del pago es indemnizatoria.

2.8 Requisitos para el pago de la indemnización y entidades administradoras que hacen el pago

Partiendo de la base que se encuentran todos los requisitos contractuales, es necesario saber qué es un siniestro y la forma en la que hay que proceder para realizar la reclamación por parte del asegurado.

El siniestro es definido como “la realización del riesgo asegurado y es el hecho constitutivo de la condición que da lugar al nacimiento de la obligación del asegurador.”¹⁶⁴ Pues ocurrido el siniestro, lo que había sido hasta ahora una promesa del asegurador, a través de un contrato de seguro, se convierte en el momento para que el asegurador cumpla su obligación y pague la indemnización.¹⁶⁵

La carga de la prueba con respecto a la ocurrencia del siniestro y su cuantía radica en cabeza del asegurado, la cual debe ser demostrada judicial o extrajudicialmente. El asegurado por medio de un escrito debe hacer la reclamación, la cual consiste en solicitar el pago del seguro de manera formal, pues debe estar acompañada de los comprobantes indispensables, según las

¹⁶⁴ DIAZ- GRANADOS. Op. cit., p. 274

¹⁶⁵ UNIVERSIDAD DE LA SABANA. Seguros, temas esenciales. 2ª edición. Bogotá: Ecoe ediciones, 2005. p. 52

condiciones de la póliza, para acreditar¹⁶⁶ la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida.

Luego de recibir la reclamación, la aseguradora tiene un mes para responder dicha reclamación, bien sea realizando el pago u objetándolo. En caso de que la aseguradora no la conteste dentro del dicho plazo, la póliza prestará mérito ejecutivo contra el asegurador lo que implica que el asegurado podrá iniciar un proceso ejecutivo en contra de la aseguradora.

Las partes tienen un clausulado al cual se sujetan sus obligaciones y derechos, elemento muy importante para el seguro pues en él deben estar establecidas todas las condiciones para que la aseguradora pague. Por tanto, si realizada la reclamación de pago, se evidencia que la aseguradora puede alegar alguna causal de inoperancia del seguro para objetar la indemnización debe hacerlo por medio de un escrito exponiendo sus razones de manera seria y fundada, buscando como objetivo mantener siempre el equilibrio contractual y que la aseguradora cumpla con sus obligaciones siempre que se esté dentro de su marco de acción contractual.

2.9 Indemnizaciones provenientes de varias aseguradoras – Coexistencia de seguros

Con el fin de evitar que un tomador o asegurado contrate varios seguros de daños sobre un mismo bien, en donde la suma asegurada exceda el valor real del mismo o inclusive se asegure el deducible, la ley ha establecido la figura de la coexistencia de seguros la cual implica un deber de información por parte del tomador o asegurado con respecto a las aseguradoras.

¹⁶⁶ Código de Comercio. artículo 1053

Según el artículo 1094 del Código de Comercio, las características de los seguros coexistentes son: diversidad de aseguradoras, identidad del asegurado, identidad del interés asegurado e identidad en el riesgo.

Es decir, como lo establece el doctor Bustamante y la doctora Uribe, “un mismo asegurado que celebra varios contratos de seguro, cada uno de ellos con su suma asegurada correspondiente, sobre un mismo interés y un mismo riesgo.”¹⁶⁷

Como requisito esencial para que éstos subsistan, es necesario que el asegurado informe por escrito al asegurador, dentro de un término de diez días, los seguros de igual naturaleza que contrate sobre el mismo interés. Pues en caso de no informar, el contrato termina ipso iure, siempre que el valor conjunto asegurado exceda el valor real del bien.

En caso de siniestro el pago de la indemnización de cada aseguradora debe hacerse en proporción a la suma asegurada por cada una.¹⁶⁸ Lo cual es justo en la medida en que cada asegurador ha percibido igual proporción en la prima o por lo menos la que estimó adecuada con respecto al riesgo asumido.

Figura en la que es el tomador del seguro quien decide la operancia de la misma, con el único fin de distribuir el riesgo entre varios aseguradores que no tienen un acuerdo previo. Pues si la mala fe fuera la motivación de esta clase de seguro, el contrato sería nulo.

En este orden de ideas, en los seguros de daños, nunca pueden acumularse dos indemnizaciones provenientes de dos aseguradoras sobre un mismo riesgo, bien e interés asegurable cuando la suma asegurada total es superior al valor real del bien, pues esto generaría a favor del asegurado un enriquecimiento injustificado al tener una reparación mayor que el daño sufrido.

¹⁶⁷ BUSTAMANTE y URIBE. Op. cit., p. 193

¹⁶⁸ OSSA. Op. cit., p. 167

En caso que se cumplan los requisitos para esta figura, así como el deber de información en cabeza del asegurado y tenga lugar un siniestro, las aseguradoras deberán pagar en proporción o a prorrata sobre el daño ocurrido, teniendo en cuenta la suma asegurada que les corresponde.

2.10 Naturaleza del pago

Luego de estudiar el carácter indemnizatorio del contrato de seguro, es fácil poder determinar la naturaleza del pago de cada uno de los amparos que se cubren en cada clase de seguro.

Con respecto al seguro de personas, hay que diferenciar dos clases, pues en los seguros que amparan gastos, como los hospitalarios y de cirugía, se aplica el principio indemnizatorio y el pago que realiza la aseguradora busca reponer el valor en el que el asegurado tuvo que incurrir para ser atendido. Así, en este caso se le recompondrá la parte patrimonialmente afectada.

Mientras que en los seguros de personas que no son indemnizatorios, como el de vida, el pago de la aseguradora es una suma correspondiente al valor asegurado que fue pactado.

En sustento de lo anterior, Alessandri establece que sucedido el siniestro el asegurado tiene derecho a todo el valor del seguro que se haya pactado, en la medida en que los seguros de personas no tienen por objeto la reparación del daño.

Efrén Ossa establece que, la ley colombiana no otorga carácter indemnizatorio a esta clase de seguros, pues el pago que la entidad realiza constituye una contraprestación de la prima.¹⁶⁹

Con respecto a los seguros de daños, el doctrinante Alessandri afirma que este contrato es de mera indemnización. Ante lo cual se puede afirmar que el pago busca restablecer el patrimonio afectado de la víctima hasta el límite de lo acordado en el contrato. Pues en ningún caso puede ser una fuente de lucro para el asegurado.

En los seguros de responsabilidad, sucede lo mismo que en un seguro de daños, pues éste cubre la pérdida pecuniaria en que pueda incurrir el asegurado por causar un perjuicio a un tercero. Por tanto la víctima recibiría la indemnización de la aseguradora, por tanto podrá pedirle al victimario lo restante para lograr la reparación integral de sus perjuicios si el seguro no fue suficiente para cubrir la totalidad de los daños irrogados.

3. Seguridad social

El Sistema de Seguridad Social Integral garantiza el cubrimiento de las contingencias económicas y de salud, así como la prestación de servicios sociales complementarios, con el fin principal de lograr el bienestar individual y el de la comunidad.

Por la importancia de esta institución jurídica dentro de nuestro ordenamiento y debido a la trascendencia social que ésta genera, es de gran relevancia describir el sistema.

¹⁶⁹ OSSA GÓMEZ, Julian Efrén. Vida y obra de un maestro. Bogotá: Colombo Editores: AIDA: ACOLDESE, 1998. p. 49

En primer lugar se establecerá el concepto del mismo, para luego describir el sistema general de pensiones, el sistema de seguridad social en salud y el sistema de riesgos profesionales.

Por último se establecerá la naturaleza del pago que realizan las instituciones pertenecientes al régimen de seguridad social y así poder determinar si es procedente la acumulación de dichas indemnizaciones o pagos con otros pagos provenientes de diversas fuentes.

3.1 Concepto

Según el Doctor Gerardo Arenas¹⁷⁰, la expresión seguridad social se utiliza en tres sentidos. En el primero de ellos, este concepto se entiende en el sentido limitado, el cual hace referencia a un instrumento protector de los riesgos sociales a través de los seguros sociales.

En segundo lugar está la concepción futura o asistencial, el cual concibe la seguridad social como un instrumento protector que busca el bienestar material, moral y espiritual de los individuos.

Por último, se tiene una visión presente o contributiva, a la cual se lleva cuando se haya podido desligar de los seguros sociales y así acercarse a los principios de la seguridad social. La cual se puede lograr, a través de las cotizaciones que se otorgan para su financiamiento.

La Ley 100 de 1993, en el Preámbulo, define a la seguridad social integral “el conjunto de instituciones, normas y procedimientos de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento

¹⁷⁰ ARENAS MONSALVE, Gerardo. El derecho colombiano de la seguridad social. 2ª ed. Bogotá, México : Legis Editores, 2007. p. 12

progresivo, de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.”

Es importante destacar desde ahora, que la seguridad social protege a las personas contra “contingencias”, noción esta que tiene su propia autonomía y que no corresponde a la noción de daño de la responsabilidad civil o la de pérdida en los seguros típicamente comerciales, regulados por el Código de Comercio. En algunos casos eventualmente podrán coincidir. Así por ejemplo, la vejez es una contingencia, pero tal situación es ajena a la noción de daño.

En la seguridad social el derecho a las prestaciones que cubren las contingencias surge cuando se cumplen los requisitos previstos en las respectivas normas.

3.2 Elementos constitucionales¹⁷¹

La Constitución Política de 1991 implementa el concepto de Estado Social de Derecho y específicamente sitúa la seguridad social dentro de los derechos sociales, económicos y culturales como instrumento de la política social del Estado, esto se materializa en el artículo 48.¹⁷²

¹⁷¹ Ibid., p. 135

¹⁷² CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-408 de 1994. MP: Doctor Fabio Morón Díaz. Actor: Luis Carlos Pérez y otros. Acción: Acción pública de inconstitucionalidad norma demandada o revisada: Artículos 11, 13, 14, 17, 18, 20, 29, 44, 48, 53, 60, 161, 168, 194 a 197, 204, 236, 242, 273, 279 y 288 de la Ley 100 de 1993. Exp: D-544 Se dice que es un derecho de la persona que se materializa por medio de la prestación de un servicio público de carácter obligatorio. Es un derecho subjetivo irrenunciable que hace parte de los DESC, y es de segunda generación. No es de aplicación inmediata porque requiere de una reglamentación que los sustente. Puede llegar a ser fundamental por vía de conexidad. Es un derecho fundamental y de aplicación inmediata solo en los niños.

3.2.1. Como derecho

La seguridad social se establece como un derecho general en la medida en que es reconocido a todos los habitantes, sin estar ligado a ninguna condición. Lo anterior con la aclaración que su aplicación se basa en lo que establezca la ley, pudiendo ésta introducir algunas limitaciones.

Por otra parte, se establece que es un derecho exigible, pues “su titular tiene la posibilidad de reclamarlo de los sujetos obligados a su reconocimiento y puede acudir a la jurisdicción para hacer valer esa exigibilidad.”¹⁷³ Así la ley establece mecanismos para garantizar el cumplimiento de los mismos.

Al estar consagrada la seguridad social dentro de la Constitución, se le está otorgando un rango de nivel superior frente a otros derechos. Por tal motivo, el legislador no puede crear leyes que pretendan acabar con el sistema, sino que se necesitaría un proceso más riguroso para modificar la Constitución.

3.2.2 Como derecho fundamental

El doctor Arenas, hace referencia a que en Colombia hay dos aspectos de gran relevancia la hora de determinar si un derecho es o no fundamental. El primero hace referencia al tipo de trámite que hay que llevarse a cabo para obtener la ley que lo regula, con respecto a lo cual la Corte Constitucional ha dicho que ésta regulación no requiere del mismo trámite, de ley estatutaria, establecido para los derechos fundamentales.

La segunda implicación que tiene el hecho de clasificarlo como derecho fundamental, es si es susceptible de ser exigido mediante acciones de tutela. Ante lo cual han existido diferentes posturas. Inicialmente se dijo que era un derecho de

¹⁷³ ARENAS. Op. cit., p. 136

segunda generación, pues se tenía una visión restringida de los derechos fundamentales, razón por la cual no era fundamental por no pertenecer al capítulo que los definía como tales.

Luego, se creó una jurisprudencia por la Corte Constitucional que hace referencia a los derechos fundamentales por conexidad. Ante lo cual se afirma que la seguridad social no es fundamental por su carácter prestacional, pero que a veces tiene una relación tan estrecha con alguno que si es fundamental, por ejemplo la vida, convirtiendo a la tutela en el mecanismo más efectivo para garantizarlos.

En los últimos años la Corte ha establecido que los derechos de la seguridad social si son fundamentales, de manera autónoma, y por tanto si es procedente utilizar la tutela de manera directa lo cual ha sido dicho específicamente para la salud en la sentencia T-760 de 2008¹⁷⁴.

3.2.3 Como servicio público

Al establecer el carácter de servicio público que tiene la seguridad social, según la Constitución, se desprenden obligaciones para el Estado y para sus habitantes. Lo anterior, en la medida en que la afiliación es obligatoria para todos los sectores de la población que la ley establezca, y el Estado tiene por su parte el deber de intervenir en el sistema y fijar las reglas de funcionamiento.

Por otra parte, la continuidad también es un elemento característico de los servicios públicos, razón por la cual también se debe aplicar a la seguridad social, tanto en el servicio como en el disfrute de las prestaciones.

¹⁷⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia T-760 de 31 de julio de 2008. MP: Doctor Manuel José Cepeda Espinoza. Actor: Luz Mary Osorio Palacio y otros. Acción de Tutela.

3.3 Principios

Como lo establece el profesor Arenas,¹⁷⁵ los principios son pautas para la organización y evaluación de la gestión. Así, a partir de éstos se pueden crear, modificar o inclusive interpretar las actividades que le son encomendadas a las entidades pertenecientes al sistema, en la medida en que se puede establecer si están cumpliendo sus objetivos.

3.3.1 Universalidad

La ley 100 en su artículo 2, define el principio de universalidad, como “la garantía de la protección, para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida.”

Ante lo cual, puede afirmarse que este principio implica un deber del Estado de ampliar las coberturas a todas las personas y respecto de todos los riesgos, pero por el otro lado la misma Constitución otorga el mandato a la ley para que establezca los límites.

3.3.2 Solidaridad

La solidaridad se describe como “la práctica entre la ayuda mutua entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades, bajo el principio del más fuerte hacia el más débil”¹⁷⁶

Puede establecerse que éste es uno de los principios más importantes del sistema de la seguridad social, en la medida en que con su aplicación se busca que los

¹⁷⁵ Ibid., p. 146

¹⁷⁶ Ley 100 de 1993. Artículo 2

sujetos con mayores recursos puedan aportar o cotizar más y así cubrir las contingencias o situaciones de necesidad de los sectores más pobres del país.

3.3.3 Eficiencia

La eficiencia según la ley es “la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente.”¹⁷⁷

Según Arenas, “la eficiencia en la gestión es un requerimiento básico de todo sistema de seguridad social, porque determina el alcance real del derecho a la seguridad social para el ciudadano. De ahí la importancia constitucional que se le asigna y la necesidad de insistir en su mejoramiento, tanto en las instituciones públicas como en las que pertenecen al sector privado.”¹⁷⁸

3.4 Naturaleza jurídica de los recursos

Según lo establece la Corte Constitucional, los aportes previstos para el financiamiento de las prestaciones a que tienen derecho los afiliados son aportes parafiscales, al afirmar en sentencia C – 577 de 1995 que “la cotización para la seguridad social... es fruto de la soberanía fiscal del Estado. Se cobra de manera obligatoria a un grupo determinado de personas, cuyos intereses o necesidades... se satisfacen con los recursos recaudados. Los recursos que se captan a través de esta cotización no entran a engrosar las arcas del presupuesto nacional, pues tienen una especial afectación, y pueden ser verificados y administrados tanto por entes públicos como por personas de derecho privado. La tarifa de la cotización no

¹⁷⁷ *Ibíd.*, Ley 100 de 1993. Artículo 2

¹⁷⁸ ARENAS. *Ob. cit.*, p. 147

se fija como una contraprestación equivalente al servicio que recibe el afiliado, sino como una forma de financiar colectiva y globalmente al sistema...”

3.5 Conformación del sistema

El Sistema de Seguridad Social Integral garantiza el cubrimiento de las contingencias económicas y de salud, y la prestación de servicios sociales complementarios, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.

Los riesgos que ampara la seguridad social se pueden clasificar en tres grupos. El primero de ellos es el patológico, compuesto por enfermedades, accidentes de trabajo e invalidez; el segundo es el biológico, como la maternidad, la vejez y la muerte; y por último el económico-social, dentro de los que se encuentra el desempleo o paro forzoso y las cargas familiares excesivas.

3.5.1 El sistema general de pensiones

Ley 100 de 1993 creó el nuevo sistema, establecido en el libro primero, el cual entró a regir a partir del 1 de abril de 1994, y para el sector público desde el 30 de junio de 1995.

Tiene por objeto, “garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones señaladas en la ley”¹⁷⁹. Y su finalidad es “la ampliación progresiva de cobertura”¹⁸⁰

El libro tiene cuatro títulos que se organizan de la siguiente forma: en el primero hace referencia a disposiciones generales, el segundo al régimen solidario de

¹⁷⁹ Ley 100 de 1993

¹⁸⁰ Ley 100 de 1993

prima media con prestación definida, luego el régimen de ahorro individual con solidaridad, en cuarto lugar el referente a las disposiciones comunes a los regímenes del sistema general de pensiones y por último se establecen algunas disposiciones finales.

3.5.1.1 Régimen pensional de vejez

El sistema general de pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios y excluyentes, pero que coexisten. Estos son el régimen de prima media y el régimen de ahorro individual. Estos aplican para las tres contingencias que cubre el sistema general de pensiones pero serán explicados desde la óptica de la pensión de vejez, estas contingencias son invalidez, vejez y muerte

3.5.1.1.1 Régimen de Prima Media

El régimen solidario de prima media con prestación definida, era el sistema tradicional que traía el ISS. Se financia con los aportes que hacen parte del Fondo Común y con el título pensional emitido por el empleador.

Se establece que es un régimen solidario porque los aportes constituyen un fondo común de naturaleza pública.

Para que se reconozca la pensión se tienen en cuenta los factores de edad y semanas de cotización, es necesario reunir 1125¹⁸¹ semanas de cotización¹⁸² y haber cumplido 55 años si es mujer o 60 si es hombre.¹⁸³

¹⁸¹ semanas requeridas para el 2008, cada año van aumentando 25 semanas. ley 100

¹⁸² Se entiende por semana cotizada el periodo de 7 días calendario. La facturación y el cobro de los aportes se hará sobre el número de días cotizados en cada periodo. Ley 100

¹⁸³ en el 2014 se aumentarán 2 años tanto para mujeres como para hombres, según lo establece la Ley 797 de 2003.

Cuando una persona no reúne los requisitos exigidos por la ley, no se causa el derecho y por eso se frustra. Esto se da cuando ya se tiene la edad, pero no las semanas y existe la imposibilidad de seguir cotizando. En este caso se devuelve la plata indexada, lo que se denomina indemnización sustitutiva.

3.5.1.1.2 Régimen de Ahorro Individual

Por su parte, el régimen de ahorro individual con solidaridad o fondos privados de pensiones, consiste en que los afiliados tienen una cuenta individualizada, en la cual se abona el valor de sus cotizaciones y las de su empleador, las cotizaciones voluntarias, los bonos pensionales y los subsidios del Estado si hubiere lugar a ellos, más los rendimientos financieros que genere la cuenta individual.

La solidaridad de este régimen se fundamenta en los aportes al Fondo de Solidaridad Pensional para los sectores de menos ingresos.

El monto de la pensión es variable y depende, entre otros factores, del monto acumulado en la cuenta, de la edad a la cual decida retirarse, de la modalidad de la pensión, así como de las semanas cotizadas y la rentabilidad de los ahorros acumulados. Los aportes van a una cuenta individual de ahorro pensional o de capitalización, y el monto de la pensión depende de la cantidad de dinero que haya en la cuenta.

Este régimen no está sometido, en principio, a ningún requisito de edad o de semanas de cotización; está diseñado para que el afiliado planee su pensión, pero los afiliados tendrán derecho a la pensión de vejez, siempre y cuando el capital acumulado en sus cuentas les permita obtener una pensión mensual superior al 110% del SMLMV. Se da la pensión cuando el afiliado reúna en su cuenta el capital suficiente para financiar la pensión.

Cuando a pesar de cumplir los requisitos para acceder a la pensión, el trabajador opte por continuar cotizando, el empleador estará obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, mientras dure la relación laboral, y hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla 60 años si es mujer y 62 si es hombre.

Por último, es importante tener claro que la sociedad administradora es una persona jurídica, que puede ser una sociedad anónima o una institución solidaria, que tiene como objeto único captar el ahorro, administrarlo, producir utilidades, pagar y reconocer las pensiones.

3.5.1.2 Régimen pensional de sobrevivientes

La contingencia que se cubre con esta pensión es la muerte de origen común, pues cuando la muerte se presenta por accidente o enfermedad de origen profesional se aplica lo referente al sistema de riesgos profesionales.

Los riesgos que se amparan son la viudez, la orfandad y la dependencia económica al desaparecer la persona que contribuye al sostenimiento de la familia. Creándose así la noción de “beneficiarios de pensión” que no siempre corresponde al concepto de “heredero o causahabiente” del derecho civil.¹⁸⁴

Tal como lo explica el Dr. Arenas “los herederos de una persona que fallece son sus descendientes y ascendientes, sin importar el grado de dependencia económica con el fallecido. Los beneficiarios de pensión son las personas que se encontraban en situación de dependencia de la persona que fallece. Es claro, entonces, que todo beneficiario de pensión es también heredero del causante, pero los herederos no necesariamente son beneficiarios de pensión.”¹⁸⁵

¹⁸⁴ ARENAS. Ob. cit., p. 345

¹⁸⁵ *Ibíd.*, p. 345

Es necesario destacar que en el sistema de ahorro individual, la administradora, toma un seguro colectivo que cubre la muerte y la invalidez de los afiliados, con una compañía de seguros de vida, el cual tiene como objeto proveer los recursos económicos para completar el capital que es necesario, destinado a la financiación de la pensión.

3.5.1.3 Régimen pensional de invalidez

La invalidez es la tercera contingencia que se cubre con el régimen de pensiones. Se considera que una persona queda inválida cuando por cualquier causa u origen no profesional y no provocada intencionalmente, pierde el 50% o más de su capacidad laboral.

Antes de la declaración de invalidez se busca a través del Régimen de Salud recuperar la capacidad, por medio de terapias de rehabilitación y otros tratamientos, durante un término de 150 días. La EPS emite un concepto frente al grado de invalidez que presenta la persona, este concepto va en primera instancia a las Juntas Regionales de Calificación. Si no se logra un acuerdo entre la administradora y la persona se da una segunda instancia ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y se da entonces la declaración de invalidez teniendo en cuenta los factores de deficiencia, discapacidad y minusvalía.¹⁸⁶

¹⁸⁶ *Ibíd.*, p. 368. El Dr. Arenas lo explica de la siguiente forma: “Esta clasificación se basa en criterios adoptados por la Organización Mundial de la Salud (OMS), según los cuales el ser humano que se considera “normal” es el que puede realizar las actividades productivas y reproductivas de su condición humana (trabajo, alimentación, tareas domésticas, actividades sociales, descanso, ocio, etc.) Cuando se afectan estas capacidades se producen tres tipos de trastornos en su integridad:

La *deficiencia* representa trastorno a nivel de órgano y hace referencia a las anormalidades de la estructura corporal y de la apariencia, y a la función de un órgano y sistema. Las deficiencias se clasifican de acuerdo a cada sistema orgánico.

La *discapacidad* representa trastorno a nivel de la actuación de la persona; se refiere a las consecuencias de las deficiencias desde el punto de vista funcional y de la actividad del individuo.

La *minusvalía* representa las consecuencias sociales y ambientales que se producen por el hecho de tener deficiencias y discapacidades. Hace referencia a las desventajas que experimenta el individuo como consecuencia de las deficiencias o discapacidades.

El manual otorga a cada uno de estos tres criterios un porcentaje cuya sumatoria equivale al 100% de la pérdida de la capacidad laboral.

Se reconoce pensión cuando la persona es declarada inválida, tiene las semanas de cotización exigidas por la ley dependiendo de la situación en la que se encuentre el cotizante. Se paga retroactivamente desde el momento en que se produzca el estado de invalidez.

3.5.2 El sistema de seguridad social en salud

El Sistema General de Salud tiene, según la Ley 100, dos objetivos que consisten en “regular el servicio público esencial de salud y crear las condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención”

Tiene como funciones cubrir enfermedades generales y accidentes de origen común, pues la cobertura de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales está a cargo de la Administradora de Riesgos Profesionales (ARP), pero es menester aclarar que Sistema General de Salud es quien presta la atención.

La reglamentación de la salud en la Ley 100 se encuentra en el Libro segundo, el cual está organizado en seis títulos. El primero hace referencia a disposiciones generales, el segundo es sobre la organización del sistema general del sistema de seguridad social en salud; luego el relacionado con la administración y financiación del sistema.

La salud en Colombia está compuesta por dos subregímenes, el Régimen Contributivo y el Régimen Subsidiado. El primero, permite la prestación de servicios a personas que tienen capacidad de pago para contribuir con su aporte total para financiar la atención de su salud; mientras que al segundo pertenecen quienes no tienen capacidad económica, razón por la cual el Estado financia la prestación de sus servicios de salud en virtud del principio de solidaridad.

3.5.2.1 El plan obligatorio de salud

Todos los afiliados al sistema de seguridad social en salud recibirán como mínimo un plan integral de protección de la salud, denominado plan obligatorio de salud (POS). La prestación del servicio no es sólo para el afiliado, pues los miembros de su grupo familiar, que se encuentren como beneficiarios dentro de la misma Entidad Promotora de Salud (EPS), también tienen derecho a acceder a los servicios, pues este sistema tiene como característica, la cobertura familiar.

Este derecho que implica obligaciones tanto para el afiliado como para la entidad prestadora de los servicios de salud, implica el otorgamiento de prestaciones asistenciales y económicas.

3.5.2.2 Planes adicionales de salud

Según indica el doctor Arenas, estos planes surgen de la posibilidad que tienen las EPS de brindar a los afiliados y beneficiarios del régimen contributivo servicios de salud complementarios, los cuales deben ser financiados por el afiliado con recursos adicionales a las cotizaciones obligatorias.

3.5.2.3 Fondo de Solidaridad y Garantía – Subcuenta ECAT

Dentro de los integrantes del sistema de salud, se encuentra el Fondo de solidaridad y garantía cuyo objetivo según el artículo 156 literal I) es “garantizar la compensación entre personas de distintos ingresos y riesgos y la solidaridad del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cubrir los riesgos catastróficos y los accidentes de tránsito y demás funciones complementarias señaladas en esta Ley.”¹⁸⁷

¹⁸⁷ Ley 100 de 1993. Artículo 156 literal I.

El FOSYGA es una cuenta adscrita al Ministerio de la Protección Social que se maneja por encargo fiduciario, no tiene personería jurídica ni planta de personal propia, sus fondos tienen una destinación específica a la inversión en salud¹⁸⁸.

Según el artículo 2 del decreto 1283 de 1996 el FOSYGA se subdivide en 4 subcuentas:

- a. De compensación interna del régimen contributivo.
- b. De solidaridad del régimen de subsidios en salud.
- c. De promoción de la salud.
- d. De seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito.

Los recursos de cada una de estas subcuentas son y se manejan de manera independiente. Su utilización se limita a los fines consagrados en la ley para cada una de ellas.¹⁸⁹

Para el tema objeto de estudio es indispensable centrarse únicamente en la Subcuenta de Seguro de Riesgos Catastróficos y Accidentes de Tránsito, cuyo objeto es garantizar la atención integral a las víctimas que han sufrido daño en su integridad física como consecuencia directa de accidentes de tránsito, eventos terroristas y catastróficos.

Con el fin de especificar el ámbito de aplicación, el Decreto 3990 de 2007 “Por el cual se reglamenta la Subcuenta del Seguro de Riesgos Catastróficos y Accidentes del Tránsito del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, se establecen las condiciones de operación del aseguramiento de los riesgos derivados de daños corporales causados a las personas en accidentes de tránsito, eventos catastróficos y terroristas, las condiciones generales del seguro de daños

¹⁸⁸ Artículo 1 decreto 1283 de 1996 y <http://fosyga.gov.co/AcercadelFOSYGA/Qu%c3%a9eselFOSYGA/tabid/103/Default.aspx>

¹⁸⁹ Decreto 1283 de 1996 artículo 3o. Independencia de los recursos de las subcuentas del fosyga.

corporales causados a las personas en accidentes de tránsito, SOAT, y se dictan otras disposiciones”, trae las siguientes definiciones:

“1. Accidente de tránsito. Se entiende por accidente de tránsito el suceso ocasionado o en el que haya intervenido al menos un vehículo automotor en movimiento, en una vía pública o privada con acceso al público, destinada al tránsito de vehículos, personas y/o animales, y que como consecuencia de su circulación o tránsito, o que por violación de un precepto legal o reglamentario de tránsito, cause daño en la integridad física de las personas. No se entiende como accidente de tránsito aquel producido por la participación del vehículo en actividades o competencias deportivas, por lo cual los daños causados a las personas en tales eventos serán asegurados y cubiertos por una póliza independiente. (...)

4. Catástrofes de origen natural. Se consideran catástrofes de origen natural aquellos cambios en el medio ambiente físico, identificables en el tiempo y en el espacio, que producen perjuicios masivos e indiscriminados en la población y afectan de manera colectiva a una comunidad, tales como sismos, maremotos, erupciones volcánicas, deslizamientos de tierra, inundaciones y avalanchas.

5. Eventos terroristas. Para efectos del presente decreto se consideran eventos terroristas los provocados con bombas u otros artefactos explosivos, los causados por ataques terroristas a municipios así como las masacres terroristas, que generen a personas de la población civil, la muerte o deterioro en su integridad personal.

(...)

7. Otros eventos expresamente aprobados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud o la autoridad que lo sustituya. Aquellos eventos, que tengan origen natural o sean provocados por el hombre en forma accidental o voluntaria, cuya magnitud supere la capacidad de adaptación de la comunidad en la que se produce y que la afecten en forma masiva e indiscriminada, generando la necesidad de ayuda externa. Estos eventos deberán ser declarados como tales

por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud o la autoridad que lo sustituya.”¹⁹⁰

Los beneficios a los que pueden acceder aquellas personas que sufran daños como consecuencia de un accidente de tránsito que tenga lugar dentro del territorio nacional se encuentran consagrados en el artículo 193 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y las demás normas que lo adicionen o modifiquen.

Esto puede estar a cargo de la entidad aseguradora que expida el SOAT “respecto de los daños causados por el vehículo automotor asegurado y descrito en la

¹⁹⁰ Decreto 3990 de 2007. Artículo 1. Además trae las siguientes definiciones:

2. Automotores. Se entiende por vehículo automotor todo aparato provisto de un motor propulsor, destinado a circular por el suelo para el transporte de personas o de bienes, incluyendo cualquier elemento montado sobre ruedas que le sea acoplado. No quedan comprendidos dentro de esta definición:

a) Los vehículos que circulan sobre rieles;

b) Los vehículos agrícolas e industriales siempre y cuando no circulen por vías o lugares públicos por sus propios medios.

3. Beneficiario. Es la persona natural o jurídica que acredite su derecho para obtener el pago de la indemnización, de acuerdo con las coberturas otorgadas en la póliza o establecidas en la ley, así:

a) Servicios médico-quirúrgicos: La Institución Prestadora de Servicios de Salud, IPS, habilitada, que hubiere prestado los servicios de atención de urgencias, hospitalización, suministro de material médico-quirúrgico, osteosíntesis, órtesis y prótesis, suministro de medicamentos, tratamientos y procedimientos quirúrgicos, servicios de diagnóstico y servicios de rehabilitación. Igualmente podrán ser beneficiarias las IPS que suministren la atención inicial de urgencias, quienes deberán remitir al paciente a la IPS más cercana habilitada para el nivel de complejidad requerido;

b) Indemnización por incapacidad permanente: La víctima, como se define en el numeral 9 del presente artículo, que hubiere perdido de manera no recuperable la función de una o unas partes del cuerpo que disminuyan la potencialidad del individuo para desempeñarse laboralmente, calificada como tal de conformidad con las normas vigentes sobre la materia;

c) Indemnización por muerte: Las personas señaladas en el artículo 1142 del Código de Comercio. A falta de cónyuge, en los casos que corresponda a este la indemnización, se tendrá como tal el compañero o compañera permanente que acredite dicha calidad. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, la totalidad de la indemnización se distribuirá entre los herederos;

d) Indemnización por gastos de transporte al centro asistencial: La persona natural o jurídica que demuestre haber realizado el transporte;

e) Indemnización por gastos funerarios: La persona natural que demuestre haber realizado la erogación pertinente para cubrir estos gastos con cargo a su patrimonio, hasta por el monto que acredite haber sufragado con cargo a su propio patrimonio o al de un tercero y en el valor que no le haya sido reconocido por otro mecanismo.

6. Incapacidad permanente. Se entiende por incapacidad permanente la pérdida no recuperable mediante actividades de rehabilitación, de la función de una o unas partes del cuerpo que disminuyan la potencialidad del individuo para desempeñarse laboralmente.

8. Servicios médico-quirúrgicos. Se entienden por servicios médico-quirúrgicos todos aquellos servicios prestados por una Institución Prestadora de Servicios de Salud habilitada para prestar el servicio específico de que se trate, destinados a lograr la estabilización del paciente, el tratamiento de las patologías resultantes de manera directa del accidente de tránsito o del evento terrorista o catastrófico y a la rehabilitación de las secuelas producidas. Igualmente se entienden los servicios suministrados por una IPS

respecto de la atención inicial de urgencias. La remisión de un paciente a una IPS que no cuente con el nivel de complejidad necesario para suministrar la atención médico-quirúrgica, no generará derecho a reclamación, con excepción de lo relativo a la atención inicial de urgencias. Sólo podrá efectuarse remisión de pacientes a la red de otro municipio en aquellos casos en los cuales se trate de la red más cercana posible o cuando quiera que en el municipio en que ocurrió el evento no se cuente con el nivel de complejidad requerido.

9. Víctima. Se entiende por víctima, la persona que ha sufrido daño en su integridad física como consecuencia directa de un accidente de tránsito, un evento terrorista o una catástrofe natural.

carátula de la póliza”. O, a cargo de la Subcuenta ECAT del FOSYGA, “para las víctimas de accidentes de tránsito de vehículos no asegurados o no identificados; también con cargo a la subcuenta ECAT contarán con dicho derecho las víctimas de eventos terroristas y catastróficos”¹⁹¹

Estos beneficios se pueden resumir en:

1. Servicios médico-quirúrgicos.

a. En accidentes de tránsito

Dice el artículo 2 numeral 1 del Decreto 3990 de 2007 que “En el caso de accidentes de tránsito la compañía de seguros y la subcuenta ECAT de FOSYGA, en los casos de vehículos no asegurados o no identificados, reconocerán una indemnización máxima de quinientos (500) salarios mínimos legales diarios vigentes en el momento de la ocurrencia del accidente. En caso de víctimas politraumatizadas o que requieran servicios de rehabilitación, una vez agotado el límite de cobertura anterior, la subcuenta ECAT del FOSYGA asumirá, por una sola vez, una reclamación adicional, previa acreditación del agotamiento de la cobertura inicial, por los excedentes de los gastos anotados, hasta por un valor máximo equivalente a trescientos (300) salarios mínimos diarios legales vigentes en el momento del accidente, previa presentación de la correspondiente reclamación.”¹⁹²

b. En eventos terroristas o catástrofes naturales

En estos casos el valor de la indemnización tiene un límite de ochocientos (800) salarios mínimos legales diarios vigentes en el momento de la ocurrencia del

¹⁹¹ Decreto 3990 de 2007. Artículo 2

¹⁹² Decreto 3990 de 2007. Artículo 2

evento. Para los eventos en que las víctimas requieran asistencia por encima de dicho valor, la entidad administradora del FOSYGA tendrá la obligación de contratar un seguro que garantice una cobertura que permita cubrir estas eventualidades¹⁹³

Los servicios médico-quirúrgicos comprenden:

- Atención inicial de urgencias y atención de urgencias;
- Hospitalización;
- Suministro de material médico-quirúrgico, osteosíntesis, órtesis y prótesis;
- Suministro de medicamentos;
- Tratamientos y procedimientos quirúrgicos;
- Servicios de diagnóstico;
- Rehabilitación, por una duración máxima de seis (6) meses, salvo lo previsto en el presente decreto respecto del suministro de prótesis.

Continúa el artículo 2 del mismo decreto sugiriendo que “las cuentas de atención de los servicios médico-quirúrgicos en el caso de los accidentes de tránsito, que excedan el tope adicional de trescientos (300) salarios mínimos diarios vigentes, serán asumidos por la Entidad Promotora de Salud del régimen contributivo o del régimen subsidiado en los términos de su respectivo plan de beneficios a la cual está afiliada la persona o por las Administradoras de Riesgos Profesionales cuando se trate de accidentes de tránsito, calificados como accidentes de trabajo”.

“Cuando se trate de la población pobre, no cubierta con subsidios a la demanda, una vez superados los topes, tendrá derecho a la atención en salud en instituciones prestadoras de servicios públicas o privadas que tengan contrato con la entidad territorial para la prestación de los servicios de salud para esta

¹⁹³ Decreto 3990 de 2007. Artículo 2

población. En este caso, el usuario deberá cancelar la cuota de recuperación de conformidad con las normas vigentes”.

En el evento en que la víctima cuente con un Plan Adicional de Salud, puede decidir libremente si quiere ser atendido con cargo a dicho plan o a la a la póliza SOAT o a la Subcuenta ECAT del FOSYGA, según corresponda¹⁹⁴.

Es importante aclarar que si la víctima escogiese “el pago con cargo al contrato de medicina prepagada, al contrato de seguro de salud o al plan complementario de salud, ni la víctima, ni la entidad que hubiere prestado los servicios u otorgado la cobertura podrá repetir contra la Subcuenta ECAT por el monto de los servicios prestados, salvo en aquellos servicios que se requieran y que no cubran los planes voluntarios”¹⁹⁵

2. Indemnización por incapacidad permanente.

En los eventos de incapacidad permanente la víctima tendrá derecho a una indemnización máxima de ciento ochenta (180) salarios mínimos legales diarios vigentes a la fecha del evento, de acuerdo con la tabla de equivalencias para las indemnizaciones por pérdida de la capacidad laboral y el Manual Único de Calificación de la Invalidez.¹⁹⁶

3. Indemnización por muerte de la víctima.

“En caso de muerte de la víctima como consecuencia directa del accidente de tránsito o del evento terrorista o catastrófico, siempre y cuando ocurra dentro del año siguiente a la fecha de este, se reconocerá una indemnización equivalente a

¹⁹⁴ Decreto 3990 de 2007. Artículo 2

¹⁹⁵ Decreto 3990 de 2007. Artículo 2

¹⁹⁶ Decreto 3990 de 2007. Artículo 2

seiscientos (600) salarios mínimos legales diarios vigentes aplicables al momento del accidente o evento”¹⁹⁷.

4. Indemnización por gastos funerarios.

Si se llegase a presentar la muerte de la víctima, se reconocerá una indemnización máxima de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales diarios vigentes al momento de la ocurrencia del accidente o evento, como indemnización por los gastos funerarios en que incurra la familia o allegados.

En caso de que la persona fallecida se encontrara afiliada al Sistema de Seguridad Social Integral, “los gastos funerarios correrán por cuenta de la Administradora del Sistema General de Pensiones o de la Administradora del Sistema General de Riesgos Profesionales, de conformidad con la regulación de cada uno de los citados Sistemas de Seguridad Social, entidades que podrán repetir contra el SOAT en los casos en que el accidente de tránsito esté cubierto por dicha póliza”¹⁹⁸.

5. Indemnización por gastos de transporte y movilización de las víctimas al centro asistencial.

“Este amparo comprende los gastos de transporte y movilización de víctimas desde el sitio de ocurrencia del accidente de tránsito o del evento terrorista o catastrófico a la primera Institución Prestadora de Servicios de Salud, IPS, a donde sea llevada la víctima para efectos de su estabilización, que, de acuerdo con la red definida por la Dirección Territorial de Salud correspondiente, deberá ser, respecto de quienes pueden acceder a esta información, la más cercana al

¹⁹⁷ Decreto 3990 de 2007. Artículo 2

¹⁹⁸ Decreto 3990 de 2007. Artículo 2

lugar del accidente de conformidad con los servicios de la red de urgencias de cada municipio.

Se reconocerá una indemnización equivalente a los costos del transporte suministrado, hasta un máximo de diez (10) salarios mínimos legales diarios vigentes al momento de la ocurrencia del accidente o del evento, en consideración a las características del vehículo y teniendo en cuenta si se trata de transporte rural o urbano, de conformidad con las tarifas que se adopten en el manual tarifario del SOAT para el efecto.

Aclara el Parágrafo 2° del mismo artículo que salvo lo previsto para los servicios médico quirúrgicos, la Subcuenta ECAT de FOSYGA otorgará los demás beneficios con estricta sujeción a las disponibilidades presupuestales.

La indemnización por incapacidad permanente, por muerte y los gastos funerarios sólo serán otorgados, con cargo a la Subcuenta ECAT del FOSYGA, para aquellas personas víctimas de accidentes de tránsito o de eventos terroristas o catastróficos no afiliadas al Sistema de Seguridad Social Integral.¹⁹⁹

“La Agencia Presidencial para la Acción Social, de acuerdo con lo establecido por el artículo 16 de la Ley 418 de 1997, entregará en los términos de su competencia, a título de ayuda solidaria, las correspondientes a estos mismos beneficios, para los casos de víctimas de eventos terroristas que se presenten a partir de la vigencia del presente decreto, hasta los montos y mediante los procedimientos establecidos en la Resolución que adopte el Reglamento Operativo del Programa de Atención a Víctimas de la Violencia, sin que se genere una doble ayuda a la misma víctima o a los beneficiarios establecidos en el mencionado reglamento, por el mismo hecho”²⁰⁰.

¹⁹⁹ Decreto 3990 de 2007. Artículo 2 Parágrafo 3

²⁰⁰ Decreto 3990 de 2007. Artículo 2 Parágrafo 3, no sobra resaltar lo dispuesto por los demás parágrafos del artículo.

Las instituciones prestadoras de servicios de salud, públicas o privadas, habilitadas para brindar los servicios específicos que se describieron anteriormente, que hubieren prestado los mismos o quienes hubieren cancelado su valor tendrán acción para reclamar las indemnizaciones correspondientes por las coberturas otorgadas a la entidad aseguradora o a la Subcuenta ECAT del FOSYGA. También podrán hacerlo la víctima que sea declarada incapacitada permanentemente; los beneficiarios en caso de muerte; quienes hubieren realizado el transporte al centro asistencial y quienes hubieren sufragado los gastos funerarios²⁰¹.

Aclara el decreto que, por tratarse de beneficios meramente indemnizatorios no pueden ser fuente de enriquecimiento para quienes los reciben.

Para las personas naturales o jurídicas que crean tener derecho a las prestaciones, el decreto dispone que deben “acreditar la ocurrencia del suceso y su cuantía, para lo cual podrán utilizar cualquiera de los medios probatorios señalados en la ley, siempre que sean conducentes, pertinentes e idóneos para demostrar efectivamente los hechos a los que se refiere”²⁰².

El artículo 7° del decreto consagra la acción de repetición a favor de la aseguradora y en contra del tomador del seguro “por cualquier suma que haya pagado como indemnización por SOAT, cuando este o quien conduzca el vehículo al momento del accidente, con su autorización, haya actuado con dolo, culpa

Parágrafo 5°. Las tarifas para la atención médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria prestada a las víctimas de los accidentes de tránsito y eventos terroristas o catastróficos definidos en el artículo 1° de este decreto son las establecidas por el Decreto 2423 de 1996 o las normas que lo modifiquen o sustituyan. Dichas tarifas son de obligatorio cumplimiento para todas las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas.

Parágrafo 6°. Las incapacidades temporales que se generen como consecuencia de un accidente de tránsito serán cubiertas por la Entidad Promotora de Salud del Régimen Contributivo a la que estuviere afiliada la víctima, si el accidente fuere de origen común, o por la Administradora de Riesgos Profesionales, si este fuere calificado como accidente de trabajo, cuando a ello hubiere lugar.

Parágrafo 7°. Para garantizar los beneficios regulados en el presente artículo y la continuidad de los mismos, en la formulación y aprobación del presupuesto de cada vigencia fiscal, se deberán garantizar las apropiaciones necesarias para cubrir los beneficios regulados en el presente artículo, que incluya los que deban ser cancelados durante el año, de conformidad con las normas presupuestales vigentes, por tratarse de situaciones ya identificadas

²⁰¹ Decreto 3990 de 2007. Artículo 3

²⁰² Decreto 3990 de 2007. Artículo 4

grave o dentro de aquellas circunstancias en que el seguro adolece de vicios o defectos coetáneos a su contratación. Así mismo, de conformidad con lo previsto en el artículo 1668 del Código Civil, el Fosyga se entiende subrogado en los derechos de quien hubiere recibido cualquier suma como indemnización de la Subcuenta ECAT del Fosyga, con ocasión del incumplimiento del propietario del vehículo, de la obligación que le corresponde de adquirir el seguro daños corporales causados a las personas en accidentes de tránsito, Soat y procederá a su cobro.

3.5.3 El sistema de riesgos profesionales

La legislación define el sistema general de riesgos profesionales como “un conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan.”²⁰³

El Sistema General de Riesgos Profesionales entro a regir el 1 de agosto de 1994 para el sector privado y el 1 de enero de 1996 para el sector publico. Pero es menester mencionar que el libro tercero de la Ley 100, el cual regula este tema, no rigió desde la expedición de la misma. El Congreso otorgó facultades al Gobierno para expedir un estatuto regulador del sistema, por medio de lo cual se expidió el Decreto-Ley 1295 de 1994. Pero después en sentencia C-452 de 2003²⁰⁴ se declararon inexecutable algunos de sus artículos que se reemplazaron por la Ley 776 de 2002 expedida por el Congreso. Adicionalmente las definiciones contenidas en el primer decreto fueron declaradas inexecutable por la sentencia

²⁰³ Decreto Ley 1295 de 1994. Artículo 1

²⁰⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C – 858 de 18 de octubre 2006. MP: Doctor Jaime Córdoba Triviño. Actor: Leonardo Cañón Ortegón. Acción: Demanda de inconstitucionalidad contra Ley 32 de 1979 Decreto 663 de 1993, Ley 142 de 1994, Ley 174 De 1994, Ley 222 de 1995, Ley 298 De 1996, Ley 454 de 1998, Ley 510 de 1999. Exp: D-4350

C-858 de 2006²⁰⁵ de la Corte Constitucional

Por tanto la normatividad vigente para el sistema de riesgos profesionales está dada por el Decreto-Ley 1295 de 1994, en su parte vigente, y por la Ley 776 de 2002.

En consecuencia, la atención de salud y los subsidios por incapacidad que sean necesarios, cuando el accidente o enfermedad se origine por causas distinta de las profesionales, serán de cargo del sistema de salud. Si una causa de origen común ha dejado como consecuencia la invalidez o la muerte, las respectivas pensiones de invalidez y sobrevivientes serán a cargo del sistema general de pensiones.

Todo accidente de trabajo o enfermedad profesional que ocurra debe ser informado por el empleador a la ARP y a la EPS, dentro de los dos días siguientes de ocurrido el accidente o diagnosticada la enfermedad.

3.5.3.1 El accidente de trabajo y la enfermedad profesional

Tal como lo informó el Ministerio de la Protección Social en comunicado del 20 de junio de 2007 hasta tanto no sea expedida una nueva Ley que defina el término de accidente de trabajo y enfermedad profesional, se aplicarán la definiciones contenidas en el literal m y n del artículo 1 de la Decisión 584 de 2004 en el instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Comunidad Andina de Naciones – CAN según los cuales

²⁰⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C – 858 de 18 de octubre 2006. MP: Doctor Jaime Córdoba Triviño. Actor: Leonardo Cañón Ortegón. Acción: Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 9, 10 y 13 (parcial), del Decreto 1295 de 1994. Exp: D-6261.

“...Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte. Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aun fuera del lugar y horas de trabajo...”. La enfermedad profesional se define como aquella “contraída como resultado de la exposición a factores del riesgo inherentes a la actividad laboral”²⁰⁶

3.5.3.2 Afiliación y cotizaciones a riesgos profesionales

La afiliación y el pago de cotizaciones por parte del empleador es requisito indispensable para tener derecho a las prestaciones en caso de accidente o enfermedad del trabajador, por eso el sistema establece la obligatoriedad de la afiliación. Está previsto que el no pago de dos o más cotizaciones mensuales producen la desafiliación automática del sistema, además trae como consecuencia que la responsabilidad de las prestaciones del sistema se traslada directamente al empleador.

El sistema de riesgos profesionales es un sistema que funciona en relación estrecha con el régimen contributivo del sistema de salud. La normatividad dispuso que los servicios de salud que se originen en un accidente de trabajo o una enfermedad profesional se prestan a través de las entidades promotoras del sistema de salud, las cuales posteriormente las reclamarán a las aseguradoras de riesgos profesionales.

Para efecto de las cotizaciones al sistema de riesgos profesionales, las entidades empleadoras afiliadas se califican por las actividades que desempeñan, en cinco clases de riesgo.

²⁰⁶ Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Comunidad Andina de Naciones – CAN Decisión 584 de 2004.

3.5.3.3 La reparación tarifada de riesgos a cargo de la ARP -responsabilidad objetiva²⁰⁷

Se denomina reparación tarifada al reconocimiento de unos beneficios dependiendo del tipo de consecuencia que se deriven del accidente o enfermedad, pues de éstas puede surgir incapacidad temporal, incapacidad permanente parcial, invalidez o muerte, y a cada una de esas consecuencias se asignan las prestaciones correspondientes. Las prestaciones que consagra el estatuto del sistema de riesgos profesionales son reparaciones tarifadas.

En caso de accidente de trabajo, la responsabilidad corresponde a la ARP a la cual está afiliado el trabajador en el momento de ocurrir el accidente. Debe “responder íntegramente” por las prestaciones respectivas, tanto en el momento inicial como frente a secuelas, independiente de si con posterioridad el trabajador se encuentra o no afiliado a esa administradora.

En enfermedad profesional, la prestación corresponde a la ARP a la cual está afiliado el trabajador al momento de requerir la prestación. La ARP que debe reconocer la prestación, podrá repetir proporcionalmente por el valor pagado con sujeción en la misma proporción al tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras, entidades, o su empleador de haber tenido períodos sin cobertura.

La ARP reconoce prestaciones por incapacidad temporal, prestaciones por incapacidad permanente parcial, por invalidez, prestaciones por muerte con origen profesional, no provocada intencionalmente

²⁰⁷ ARENAS. Op. cit., p. 653 - 665

3.5.3.4 La reparación plena de perjuicios por culpa patronal –responsabilidad subjetiva-

Según el Doctor Gerardo Arenas,²⁰⁸ la responsabilidad de la reparación plena de perjuicios es de naturaleza contractual, pues la ocurrencia de un riesgo por culpa patronal proviene de la falta de cuidado y diligencia necesarios para el desarrollo de la relación laboral.

El Art. 216 del Código Sustantivo el Trabajo, aun vigente, dispone que, “cuando exista culpa suficientemente comprobada del patrono en la ocurrencia del accidente de trabajo o en la enfermedad profesional, estará obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios”. La reparación plena de perjuicios es la aplicación del principio general de la responsabilidad civil a las relaciones laborales, y por lo tanto deben probarse todos los elementos del daño en un proceso ante la justicia laboral ordinaria que debe ser adelantado por el trabajador o sus familiares.

Este régimen de reparación plena se aparta del sistema de reparación tarifado que obra en los casos en que no se discute la culpa patronal.

La Ley 100 de 1993 no incluyó ninguna norma sobre la reparación plena, por lo que fue reglamentado por el Decreto 1771 de 1994 en el artículo 12, estableciendo que las prestaciones del sistema no excluyen que la víctima o sus causahabientes instauren las acciones de derecho común para obtener la reparación total y ordinaria por perjuicios.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha debatido en diversas ocasiones si es susceptible descontar de la indemnización plena a cargo del empleador lo pagado por el sistema de seguridad social, llegando a concluir

²⁰⁸ *Ibíd.*, p. 670

que “la reparación tarifada de la ARP y la reparación plena a cargo del empleador son independientes, pues tienen una fuente diferente”.

De admitir el descuento se generaría un beneficio a favor del empleador culpable pues se terminaría exonerando de indemnizar un perjuicio que él causó.

En los eventos en que hay concurrencia de culpas por parte del trabajador y del empleador, esto no exime de responsabilidad para el pago de la indemnización plena. Pero puede generarse una disminución del grado de responsabilidad según el daño.

3.5.4 Subsidio Familiar

La Ley 21 de 1982 define el sistema de asignaciones familiares como “una prestación social pagadera en dinero, en especie y en servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad.”

Con la Ley 789 de 2002, el sistema de subsidio familiar trasciende y deja de tener la función tradicional de administrador de esta prestación social y se convierte en un punto fundamental para las políticas de promoción del empleo y de los subsidios del desempleo.²⁰⁹

Las entidades encargadas de reconocer el subsidio y velar por su mayor cobertura, son las cajas de compensación familiar, las cuales también son administradoras de los recursos.

²⁰⁹ ARENAS. Op. cit., p. 173

3.5.5 Servicios sociales complementarios

La normatividad inicial comprendía tres prestaciones principales: un auxilio pensional para ancianos indigentes, unos servicios para las personas de la tercera edad y planes de subsidio al desempleo.

Luego con la Ley 797 se reestructura el Fondo de solidaridad pensional, creado por la ley 100 con el fin de subsidiar las pensiones de los sectores de la población que al tener pocos recursos no completaban el aporte para su pensión. Por tanto con esta nueva ley se reestructura el fondo y se une con el auxilio pensional de ancianos indigentes.

Por tanto, el Fondo de solidaridad pensional quedó con dos subcuentas, la de solidaridad y la de subsistencia. El primero de ellos subsidia los aportes al sistema de pensiones de las personas que carecen de los recursos suficientes, y la segunda subcuenta busca proteger a las personas en estado de indigencia o pobreza extrema mediante un subsidio económico.

3.6 Naturaleza del pago

Tratándose del pago realizado por parte del sistema de pensiones debe destacarse su componente prestacional y no indemnizatorio. Esto en la medida en que tienen como causa jurídica el pago periódico de unas primas que constituyen un ahorro para el trabajador y sus beneficiarios al cual tendrá derecho en el momento en el que acaezca alguna contingencia o riesgo que menoscabe la salud o la capacidad económica.

En relación con las pensiones su carácter prestacional se comprueba con dos ejemplos en los que se permite la acumulación de pensiones en una persona.

El primer ejemplo se encuentra cuando una persona es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes como causahabiente de su cónyuge y adicionalmente y por haber cumplido los requisitos se hace acreedora de una pensión de vejez. Es completamente valido que la persona reciba las dos pensiones.

La siguiente posibilidad se presenta para quien habiendo sido víctima de un accidente o enfermedad profesional recibe una pensión de invalidez y adicionalmente cumplió con todos los requisitos previstos en la ley para obtener una pensión de vejez. La Corte Suprema de Justicia en jurisprudencia reciente estableció la compatibilidad que existe entre estos dos pagos por lo cual una misma persona podrá ser acreedora de ambos.²¹⁰

El sistema de salud cubre prestaciones asistenciales y económicas. Las primeras corresponden a coberturas de gastos de salud, las cuales son típicamente indemnizatorias, pues la EPS al pagar las cuentas de servicios de salud a la clínica que atendió al afiliado le evita un detrimento de claro contenido patrimonial.

Las prestaciones económicas son pagos de valores predefinidos que se asemejan a sumas aseguradas en los seguros de vida, por lo que no corresponderán a pagos indemnizatorios.

En cuanto a las prestaciones derivadas de los accidentes de tránsito, de los eventos terroristas y las catástrofes naturales cubiertos por el FOSYGA y en específico por la subcuenta ECAT, es válido destacar el componente indemnizatorio que comportan las prestaciones asistenciales que se asemejan a lo dicho para el sistema de salud. Las prestaciones económicas no participan de naturaleza indemnizatoria.

²¹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral. Sentencia de Diciembre 1 de 1009. M.P.: Camilo Tarquino Gallego. Ref.: 33558

Lo anterior aplica de la misma forma para los pagos de las ARP pues las prestaciones asistenciales son de contenido indemnizatorio, mientras que las prestaciones económicas no tienen tal contenido.

Con respecto a la naturaleza jurídica del pago en el sistema de riesgos profesionales, Hoyos establece que “si a través de las cotizaciones el empleador traslada los riesgos a otra entidad (ISS, CAJANAL o administradora de riesgos profesionales) las prestaciones derivadas del accidente de trabajo tienen una naturaleza indemnizatoria, el daño ha sido reparado y la seguridad social extingue en forma parcial la obligación del patrono causante del daño. Por lo tanto, en el evento de que exista culpa suficientemente probada del patrono la indemnización por accidente de trabajo o la pensión de invalidez constituyen un pago parcial de la indemnización plena a cargo de este, independientemente de que le asista o no el derecho de subrogación frente al patrono, cosa que por lo demás no resultaría lógica, en tanto el asegurador se estaría volviendo contra el asegurado en un seguro de responsabilidad civil.”²¹¹

Esta apreciación hace que exista un criterio homogéneo sobre el particular en el sistema de seguridad social. La opinión de Hoyos Duque es totalmente controvertible pues como se señaló anteriormente, nuestra Corte, ha señalado reiteradamente que no procede el descuento de la indemnización a cargo del responsable de lo pagado por la ARP.

Si son acumulables quiere decir que el pago de la seguridad social no es indemnizatorio. Además, Hoyos confunde la cobertura de la ARP con un seguro de Responsabilidad Civil.

²¹¹ HOYOS DUQUE, Ricardo. El cúmulo de la indemnización por el daño corporal con las prestaciones de la seguridad social. En: Revista Ibero-Latinoamericana de seguros No. 21 (may. 2004), p. 113

CAPÍTULO II: ¿ACUMULACIÓN O NO ACUMULACIÓN?

Luego del análisis desarrollado anteriormente, se procederá a estudiar aquellas situaciones o eventos en los que por diversas circunstancias puede tener lugar la acumulación de prestaciones e indemnizaciones.

Dentro de este capítulo se planteará el problema jurídico existente, la controversia que suscita el mismo, los requisitos para que tenga lugar la acumulación y los mecanismos aplicables para determinar los eventos en los que procede.

Adicionalmente, se analizará la situación jurídica de las partes dentro del conflicto, las soluciones en casos especiales de acumulación y subrogación y, por último, la posibilidad que existe de crear pactos prohibitivos entre las partes.

1. Planteamiento del problema jurídico

El doctor Juan Manuel Díaz-Granados Ortiz establece que el conflicto de la acumulación de indemnizaciones se presenta cuando un mismo evento o situación hace surgir diferentes mecanismos para cubrirlo, repararlo o compensarlo. Las prestaciones que otorga cada uno de estos mecanismos provienen de diferentes fuentes y pueden ser o no de naturaleza indemnizatoria.

Lo importante de este tema es determinar en qué casos la víctima puede acumular varias prestaciones y qué situaciones dan lugar a que el tercero que haya pagado a la víctima pueda repetir contra el causante del daño con el fin de recuperar la suma aportada²¹².

El mismo autor afirma que lo más común es que se realice una reducción a esa indemnización en la medida que la víctima haya obtenido un beneficio, pero esto

²¹² DÍAZ-GRANADOS. Op.cit., p. 115

sólo funciona mientras los lucros y los daños tengan un origen común y estén causalmente conectados²¹³.

De otro lado, el doctor Javier Tamayo Jaramillo en su libro Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo II, establece algunos eventos en los que el principio según el cual la víctima no puede recibir una indemnización superior al perjuicio realmente sufrido se ve desdibujado en situaciones en las que un tercero, diferente del causante del hecho dañoso, otorga prestaciones adicionales que en cierta forma buscan reparar materialmente el daño sufrido.

Al respecto opina, que “esa situación da lugar a un complejo conflicto jurídico, pues el tercero que pagó a la víctima a menudo pretende recuperar del responsable el equivalente de la prestación otorgada al perjudicado. De su lado, la víctima, invocando causas jurídicas diferentes, pretende acumular la prestación que le ha sido entregada por el tercero y la indemnización que le debe el responsable. Finalmente, este pretende eludir cualquier responsabilidad bajo el argumento de que el perjudicado ya fue indemnizado y que quién pagó la indemnización no se subrogó en los derechos y acciones de la víctima, pues simplemente estaba cumpliendo obligaciones contractuales o legales propias, mas no pagando a nombre del responsable.”²¹⁴

Doctrinariamente este conflicto se ha estudiado bajo el concepto de *Compensatio Lucri Cum Damno*. Por lo cual se torna relevante para el objeto que se persigue con este trabajo, incluir las posiciones que reconocidos autores han tenido frente al tema.

En este orden de ideas, Hoyos Duque establece que “el problema jurídico relativo a la posibilidad de acumulación de diferentes compensaciones por un mismo

²¹³ Ibid., p. 263

²¹⁴ TAMAYO. Op. cit. p. 614 (Vol. II)

daño, entendido como el derecho a percibir indemnizaciones derivadas de varias fuentes, la plena responsable del daño y la indemnización aforfait o predeterminada por las leyes laborales, o un seguro privado”²¹⁵.

Por la misma línea, Juan Carlos Henao, realiza su análisis basado en Adriano de Cupis, explicándolo como “la disminución proporcional que el daño experimenta cuando con él concurre un lucro (ventaja) o en otras palabras, la reducción del montaje del daño resarcible por la concurrencia del lucro.”²¹⁶

Para éste último autor “la responsabilidad que asume el culpable, [debería decir ‘responsable’] corresponde a la incidencia perjudicial de su acción, la cual es proporcional a la medida en que se contrastan y compensan las consecuencias favorables y desfavorables de la misma acción. El resultado comparativo de todas estas consecuencias, constituye la entidad del efecto peyorativo producido, y del daño a resarcir si las ventajas no se compensaren con los daños, el resarcimiento desorbitaría su función equilibradora de los intereses perjudicados, dado que una vez producido el daño, el perjudicado quedaría restituido a una situación mejor a la que con anterioridad tenía”.²¹⁷

Se deberá aplicar entonces la *Compensatio Lucri Cum Damno*, cuando para un mismo daño, operan la seguridad social, los seguros privados, las donaciones de personas interesadas en colaborar a la situación del afectado, las contribuciones del Estado, etc. Es decir, cuando la víctima recibe prestaciones de fuentes diferentes a la indemnización que obtiene del responsable directo del daño.²¹⁸

Respecto del problema, el Consejo de Estado establece que no es absolutamente prohibido que una persona reciba más de lo que realmente representaba el daño

²¹⁵ HOYOS. Op. cit., p. 97

²¹⁶ DE CUPIS. El daño. Teoría general de la responsabilidad civil. Cit. P. 327, Citado por HENAO. Op. cit. p. 50

²¹⁷ DE CUPIS. El daño. Teoría general de la responsabilidad civil. Cit. P. 327, Citado por HENAO. Op. cit. p. 51

²¹⁸ HENAO. Op. cit., p. 51.

del cual fue víctima. Así lo plantea al decir, “no es cierto que un delito o cuasidelito, no pueda ser motivo de enriquecimiento para la víctima. Este resultado se dará (...) cuando exista un título o causa que justifica ese enriquecimiento”.²¹⁹ Se puede ver entonces, que no es del todo cierto, que la víctima deba quedar exactamente en la misma situación en la que se encontraría, de no haberse presentado el hecho dañoso, pues en determinados casos podría quedar en una situación mejor, es decir, se podrá enriquecer a raíz de un daño. Por ejemplo, cuando el daño permite cobrar un seguro de vida o cuando la víctima recibe donaciones de personas diferentes al responsable del daño.

Bajo éste esquema, Henao propone que, el principio de la reparación integral sea visto desde una óptica diferente, argumentando que “no se trata de discutir si la víctima a partir del daño puede o no enriquecerse por obtener algo por encima del monto del mismo, circunstancia que se acepta, sino si la víctima tiene derecho a quedar en mejor situación porque existen causas que lo justifican”.²²⁰ Por tanto, el problema consiste en determinar qué causa o título justifica que el enriquecimiento de la víctima no se excluya con la indemnización que reciba tras el proceso de responsabilidad.²²¹ El punto relevante es que la causa jurídica no puede desligarse de la naturaleza del pago.

El conflicto recae en determinar los eventos en los que procede la acumulación teniendo en cuenta la naturaleza del pago, y resolver cuál de las diversas fuentes de indemnización deberá soportar la carga económica de reparar el daño y cuál será la figura que deberá usar quien haya pagado para repetir o subrogarse por dicha suma²²².

²¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de septiembre 12 de 1991. C P: Doctor Julio César Uribe Acosta. Actor: Rosa Nelly Londoño. Exp. 6572.

²²⁰ HENAO. Op. cit., p. 52

²²¹ Ibid., p.52

²²² Frente a la problemática planteada en este capítulo otros autores se han pronunciado de la siguiente forma: La autora Elena Vicente Domingo denomina este debate como la compensación entre lucros y daños, es decir, si para la indemnización derivada de la responsabilidad civil se han de tener en cuenta los lucros que se hayan recibido por otro mecanismo, como la seguridad social o los seguros comerciales. Pues la misma situación podría presentarse entre estas dos últimas instituciones. (VICENTE. Op. cit., p. 263)

2. Controversia

La controversia consiste en determinar cuál de las siguientes cinco hipótesis se aplica en caso de proceder pagos provenientes de diferentes fuentes.

La primera: es el pago a prorrata, que se presenta cuando frente a una misma situación se generan obligaciones para dos instituciones, por ejemplo cuando el asegurado en un seguro de responsabilidad civil causa un daño a un tercero por un monto superior al valor de la suma asegurada, así, la aseguradora pagará hasta el límite de su obligación y el responsable la diferencia derivada de la responsabilidad civil o cuando para un mismo interés existen dos seguros de daños que deben cubrir el siniestro a prorrata.

La segunda: puede darse la situación en que proceda el pago prioritario por un mecanismo y el exceso del mismo deba ser asumido por los demás mecanismos.

La tercera: en determinadas circunstancias será el acreedor quien elija el mecanismo idóneo para recibir el pago, el cual deberá operar sin que otro opere en forma prioritaria o deba participar a prorrata. Tal es el caso de una persona que está afiliada a la EPS pero cuenta con un seguro de salud o un plan de medicina prepagada. El usuario podrá seleccionar qué mecanismo utiliza.

Arturo Alessandri afirma que se generan dos tipos de interrogantes. El primero es "si la víctima o sus herederos, según el caso, pueden acumular estas prestaciones con la indemnización a que está obligado el autor del delito o cuasidelito y recibir ambas íntegramente, o éste tiene derecho de exigir que se imputen a aquélla, de modo que sólo pague la diferencia o se le declare exento de su obligación respecto de la víctima si esas prestaciones son iguales o superiores al daño."²²² Y, en segundo lugar, si "el tercero que pagó a la víctima alguna de esas prestaciones tiene acción contra el autor del delito o cuasidelito para exigirle el reembolso de esas mismas prestaciones en razón del perjuicio personal que el delito o cuasidelito le habría irrogado al obligarlo a ese pago" (ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno, Tomo II. Santiago: Ediar Editores Ltda, 1983. p. 580)

Luis Díez-Picazo en su obra sobre la *Compensatio Lucri Cum Damno* afirma que "se trata de una pura imputación o consideración de los efectos ventajosos en el momento de llevarse a cabo la valoración del daño, por lo cual puede llamarse imputación de beneficios o computación de beneficios." (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. Derecho de daños. 1ª ed. Madrid, España: Civitas Ediciones, 1999. p. 139)

Lo que sucede por ejemplo con los accidente de tránsito para los cuales la capa inicial es atendida por el SOAT con carácter prioritario, la segunda capa la atiende el FOSYCA-ECAT y la tercera capa está a cargo de las EPS o ARP dependiendo del origen de la contingencia.

La cuarta: tiene lugar cuando procede un solo pago y quien lo realiza tiene derecho a repetir contra el responsable, como se presenta en cualquier situación típica en que se hace efectivo un seguro de daños. O en los casos en que una ARP puede repetir contra el empleador que por dolo o culpa grave ha dado lugar a una situación en la que uno de sus empleadores haya sido víctima de un accidente profesional.

La quinta: tiene lugar cuando en un mismo evento varios mecanismos deben realizar el pago sin derecho a subrogarse, es decir, los pagos serán concurrentemente validos y podrán acumularse. Por ejemplo cuando una persona es beneficiaria de un seguro de vida y además cumple con los requisitos para recibir una pensión de sobrevivientes, caso en el cual acumulará ambos pagos sin que se considere un enriquecimiento sin causa.

En relación con las anteriores hipótesis se presentan diferentes posiciones, pues quienes están en contra de la acumulación, basan su principal argumento en el principio de enriquecimiento sin causa, estableciendo así que la reparación no puede ser superior al daño y que el hecho de que la víctima ya haya recibido un pago que compense el daño es suficiente. Dado que con ello se logró la reparación integral del perjuicio.

Adicionalmente, afirman que cuando el seguro o las prestaciones derivadas de la seguridad social o incluso las provenientes de un tercero tienen carácter indemnizatorio la acumulación no es posible

Quienes están a favor argumentan que no es viable que el responsable del daño quede impune por la previsibilidad de la víctima que ha decidido tomar un seguro o por la benevolencia de un tercero que ha decidió poner en mejor situación a la víctima, mas no de eximir de su responsabilidad a quien dio lugar a la situación.

Postura que adopta Tamayo, estableciendo que las prestaciones tienen causas jurídicas diferentes y que el hecho de no reconocerlas, generaría un enriquecimiento injusto bien sea para el responsable o para la aseguradora, pues el primero quedaría impune del daño causado y el segundo no cumpliría con su obligación contractual del pago de la indemnización ante la ocurrencia del siniestro.²²³

El mismo autor frente al carácter indemnizatorio afirma que se está partiendo de un concepto erróneo. Dado que en responsabilidad civil “la indemnización consiste en la extinción, mediante pago, de la obligación del causante del perjuicio”²²⁴, así, afirmar que el pago que realiza un tercero sin intención de indemnizar extingue la obligación que le corresponde al causante del perjuicio es caer en un yerro jurídico de gran magnitud.²²⁵

3. Requisitos para que tenga lugar la acumulación

Alessandri afirma que deben presentarse dos requisitos para que pueda configurarse el conflicto, pues es menester que los pagos que la víctima reciba de terceros tengan como objetivo reparar o compensar el daño sufrido. Si esto no fuera así, no habría problema y serían acumulables con el hecho ilícito.

²²³ TAMAYO. Op. cit., p. 630 (Vol2)

²²⁴ Ibid., p.631

²²⁵ Ibid., p. 613

El segundo requisito que se propone, es que la cantidad otorgada sea igual a la del daño, pues si fuere inferior la víctima tendría derecho a reclamar el faltante ante el responsable del perjuicio para obtener una indemnización plena.²²⁶

Para Zannoni es menester que concurren tres circunstancias para que se configure la compensación o disminución del contenido del daño en razón de ventajas o beneficios, los cuales consisten en que los beneficios provengan del mismo hecho que ha causado el daño, además el beneficio debe reconocer en el hecho el título legítimo para su obtención y que la compensación de beneficios sea alegable.²²⁷

4. Criterios aplicables

Para poder determinar la viabilidad de la acumulación en nuestro ordenamiento, es necesario acudir a algún mecanismo que sustente o justifique el mayor valor recibido por la víctima.

Por consiguiente se explicarán los factores determinantes que pueden incidir en la procedencia de la acumulación como lo son la causa jurídica u origen de la prestación, la naturaleza jurídica del pago, los eventos en los que la ley expresamente permite o prohíbe el cúmulo y, por último, la figura de la subrogación.

²²⁶ ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno, Tomo II. Santiago: Ediar Editores Ltda, 1983. p. 582

²²⁷ ZANNONI. Op. cit., p. 145 Al respecto INVREA, Raffaele. Il Damno, 1994. p. 308, Citado por DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. Derecho de daños. 1ª ed. Madrid, España: Civitas Ediciones, 1999. p. 320. Toma como referencia sentencias de casación italiana del 10 de octubre de 1970 y 26 de abril de 1972. Como lo explica Díez-Picazo, gran parte de los ordenamientos positivos limitan la posibilidad de computación de beneficios, por ejemplo, "En la jurisprudencia italiana, que la admite en línea de principio, se señala que solo puede operar cuando daño e incremento patrimonial dependen del mismo hecho ilícito y se presenten como efecto de un mismo hecho que tenga por sí sólo idoneidad suficiente para determinarlos. También se ha dicho que la *Compensatio Lucri Cum Damno* sólo se aplica cuando el daño y el incremento patrimonial tengan su raíz en el mismo hecho causal y ambos sean consecuencia inmediata y directa del hecho ilícito que tenga por sí la normal idoneidad para determinarlos o, dicho de otro modo, que se presenten como dos aspectos contrapuestos del mismo hecho. Ello se afirma en atención a que el llamado principio de la *Compensatio Lucri Cum Damno* constituye una expresión del más alto principio que veda enriquecerse *Cum Aliena latura* y trata de evitar que el enriquecimiento se convierta en un lucro indebido"

4.1 Causa jurídica u origen de la prestación

En relación con el vínculo causal, algunos autores como Elena Vicente Domingo, optan por apreciarlo de una forma flexible y ser mucho más exigentes en cuanto a la naturaleza de la ventaja. Dado que, por ejemplo, el hecho de que una persona al sufrir un daño que cause su invalidez reciba por la vía de la responsabilidad civil el valor del lucro cesante por todos los salarios que deja de percibir y, además, las prestaciones de la seguridad social por pensión de invalidez resulta coherente con la exigencia de que el daño real se indemnice íntegramente.

Para Ángel Yagüez, el perjudicado debería tener la posibilidad de recibir indemnizaciones por diferentes vías hasta la “total cobertura del daño real”²²⁸.

En cuanto a la naturaleza de la ventaja estos autores reiteran que deben ser de la misma naturaleza o del mismo género para que prospere una excepción presentada por el demandado, es decir, el causante del daño para exonerarse del pago.

En este sentido, Vicente Domingo opina que las demás ventajas derivadas de los seguros comerciales o de la seguridad social no pueden descontarse de la indemnización aun cuando en la práctica provoquen una doble reparación puesto que son consecuencia de la celebración previa de un contrato suscrito por el perjudicado²²⁹.

Según Tamayo, “tampoco es válido afirmar que, de todas formas, la víctima ya fue indemnizada por el asegurador y que, por tanto, concederle la acumulación de prestaciones conllevaría a una doble indemnización, tal planteamiento es inexacto, puesto que, aunque materialmente hablando ambas prestaciones pueden

²²⁸ YAGÜEZ, Ángel. Tratado de responsabilidad civil. p. 924, Citado por VICENTE. Op. cit., p. 264.

²²⁹ VICENTE, Op. cit., p. 264

converger en lo mismo, lo cierto es que cada una de ellas tiene causa jurídica distinta, y así se diga lo contrario, lo cierto es que el pago hecho por el asegurador no “indemniza” o repara, jurídicamente hablando, el ilícito causado por el tercero responsable. Lo único que repara el ilícito causante del daño es el pago hecho por el responsable o por un tercero en su nombre. Como dice Capitant, citado por Mazeud “(...) los terceros no pueden, pues, pretender que el perjuicio que ellos han causado se encuentra reparado por el asegurador”²³⁰

En relación con este tema, el mismo autor afirma que al no reconocerse las causas jurídicas diferentes que pueden tener las prestaciones se estaría aceptando un enriquecimiento injusto a favor del responsable o de la aseguradora, pues el primero quedaría impune del daño causado y el segundo se eximiría del cumplimiento de su obligación contractual consistente en el pago de la indemnización ante la ocurrencia del siniestro.²³¹

A éste propósito, Henao establece que, “se puede sentar la siguiente regla: Si existe un título o causa que justifica el cúmulo de compensaciones, por ejemplo – un seguro, una pensión, una donación, etc. - , y si además dicha causa o título no se excluye con la propiamente indemnizatoria debida por el directamente responsable, procede aceptar la acumulación, si el cúmulo de compensaciones se acepta porque proviene de causas o títulos que no son excluyentes entre sí, no se viola la regla de la indemnización plena de solo el daño”²³²

Adicionalmente afirma que en caso de causa jurídica diferente, se acepta el doble pago porque se estima que el enriquecimiento que obtiene la víctima se encuentra justificado legalmente por la diferencia de causas, que no son todas

²³⁰ TAMAYO. Op. cit., p. 620 (Vol2)

²³¹ Ibid., p. 630 (Vol2)

²³² HENAO. Op. cit., p. 52

indemnizatorias. En este evento, la víctima puede quedar en una situación mejorada respecto de la que tenía antes del advenimiento del daño”²³³

4.2 Naturaleza del pago

La determinación del carácter indemnizatorio del pago que se realice, siempre que sean dos prestaciones que tengan esta finalidad, conllevaría a afirmar que sería inadmisibles la acumulación de las mismas porque comportaría una doble reparación del mismo daño, y en últimas, un enriquecimiento para el patrimonio de la víctima²³⁴.

Así, es importante determinar la naturaleza del pago que se está realizando para establecer si es procedente su acumulación con otros pagos o no. Pues en ningún caso se considerará viable predicar un enriquecimiento para el beneficiario de los mismos.

Lo anterior partiendo de la base de que un pago de carácter indemnizatorio busca reparar una situación adversa para quien la sufre. Evento en el cual no tendría razón de ser la admisibilidad de dos pagos con esta misma naturaleza

Alessandri establece que el criterio que debe adoptarse para determinar si procede o no el cúmulo de indemnizaciones, es el carácter de las prestaciones que la víctima recibe de terceros con ocasión del delito o cuasidelito. Así pues, si estas sumas son una indemnización, no procede la acumulación por la razón que un daño no puede ser reparado dos veces.

Esto tendrá lugar, por ejemplo, cuando no es posible exigir el pago de la indemnización por parte del responsable porque de antemano ha operado el

²³³ Ibid., p. 64

²³⁴ DÍAZ-GRANADOS. Op. cit., p. 115.

seguro o la seguridad social cubriendo la contingencia, evitando así la erosión patrimonial, lo que trae como consecuencia que no haya un daño por reparar.

Para Henao, en el proceso de la determinación de la procedencia de la acumulación es necesario que concorra este criterio con el de la causa jurídica diferente. Contrario a lo establecido por Tamayo para quien el criterio determinante es la causa jurídica u origen de la prestación.

4.3 Ley

En algunos eventos es la ley misma la que determina cuando es viable la subrogación, la repetición o el pago a prorrata. Por ejemplo, el Código de Comercio establece que cuando hay coexistencia de seguros, cada aseguradora pagará a prorrata un porcentaje del bien asegurado según el valor asegurado que le corresponda a cada una.

Adicionalmente el artículo 1096 del mismo ordenamiento establece para el seguro de daños la posibilidad que tiene la aseguradora de subrogarse en los derechos que tiene la víctima contra el causante del daño.

Según el Doctor Tamayo Jaramillo, es erróneo afirmar que en los seguros de daños procede la subrogación basándose en su carácter indemnizatorio. Sino que la prohibición de acumular y por tanto la posibilidad de la aseguradora de subrogarse, sólo procede en los eventos en que haya una norma especial que así lo determine; lo cual ocurre en el Código de Comercio en su artículo 1096, el cual establece la subrogación en favor del asegurador en los seguros de daños y en el artículo 37 de la Ley 90 de 1946, que aunque fue derogada posteriormente, establecía la posibilidad de que la entidad de la seguridad social que pagara una

indemnización, o pensión de invalidez o de sobrevivencia al trabajador o a sus herederos tenía la posibilidad de subrogarse.²³⁵

Así las cosas, “el asegurador que mediante el pago del seguro al asegurado extinguió su propia deuda, solo puede repetir contra el responsable en la medida en que haya una norma especial que le otorgue el derecho de subrogarse en los derechos del asegurado frente a dicho responsable. En ausencia de esta norma especial, nada puede hacer el asegurador para recuperar lo pagado en virtud del seguro, pues la subrogación contemplada en la ley civil solo existe a favor de quien paga por el responsable.”²³⁶

Para situaciones muy concretas la ley determina el mecanismo que debe actuar de manera prioritaria como es el caso del SOAT

Tamayo afirma que la prohibición de acumular y por tanto la posibilidad de la aseguradora de subrogarse, sólo procede en los eventos en que haya una norma especial que así lo determine.²³⁷

4.4 Subrogación

Marcel Sousse, autor Francés, resume el planteamiento de la siguiente forma “toda prestación que tenga un carácter indemnizatorio, en el sentido del artículo 29 de la ley (del 5 de Julio de 1985), puede ser objeto de subrogación, por el contrario, si una prestación no entra en el marco de la ley, estará desprovista de todo carácter indemnizatorio. Tal es el caso del seguro de personas.”²³⁸

²³⁵ Ibid., p. 624 (Vol2)

²³⁶ Ibid., p. 630 (Vol2)

²³⁷ TAMAYO. Op. cit., p. 627 (Vol2)

²³⁸ SOUSSE, Marcel. La Notion de reparation de dommages en droit administratif. Francais, París, LGDJ, 1994, p. 194, Citado por HENAO. Op. cit., p. 53 y 54.

Henao establece que “en caso de subrogación no se tiene derecho al doble pago porque la víctima directa se desprende de la posibilidad de accionar, con lo cual se da prevalencia al derecho que tiene quien por virtud de la ley o del contrato realizó el pago a la víctima.”²³⁹

Para Adriano de Cupis “Por virtud de la subrogación ni el asegurado-perjudicado acumula la obtención del resarcimiento con la percepción de la suma asegurada, ni el autor del daño saca beneficio alguno del seguro, ya que no tenga que satisfacer al perjudicado, el daño cubierto por el seguro, sin embargo, queda obligado al asegurador.”²⁴⁰

En el mismo sentido Henao considera que, “si un tercero pagó una prestación que no tiene carácter indemnizatorio, es decir, que no tiene ni por causa, ni por objeto, ni por finalidad reparar el daño causado a la víctima por el responsable, no podrá existir subrogación. El régimen clásico del seguro de personas es la ilustración más evidente.”²⁴¹

Podría decirse que la no acumulación de prestaciones lleva a que se aplique la subrogación de quien pagó contra el responsable, pues de lo contrario se estaría privilegiando al causante del daño. Sin embargo, la subrogación no está prevista como una regla general en la ley y en nuestro ordenamiento únicamente se consagra para los seguros de daños, lo cual llevaría a una situación difícil de entender tratándose de pagos indemnizatorios provenientes de figuras distintas a los seguros de daños. Por ello habría que sostener que la subrogación debe admitirse para todas las figuras indemnizatorias, así no exista su consagración legal.

²³⁹ HENAO. Op. cit., p. 64

²⁴⁰ DE CUPIS, El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Pág. 336, Citado por HENAO. Op.cit., p. 66.

²⁴¹ LAMBERT – FAIVRE, Yvonne. “Le lien entre la subrogación et le caractère indemnitaire des prestations des Tiers Payeurs”, París, Dalloz, 1992, No. 2, Citado por HENAO. Op. cit., p. 53.

5. Situación Jurídica de las partes del conflicto

Según Tamayo Jaramillo, para encontrar una solución es necesario abordar los temas concernientes a la situación jurídica de las partes y así determinar los casos, en los que habiendo pagado un tercero, también le corresponde al causante del daño indemnizar al sujeto legitimado para recibir ese pago.

5.1 Del causante del daño

En primer lugar, la situación jurídica del causante del daño implica el estudio de dos posibles consecuencias con respecto al pago realizado por un tercero, bien sea proveniente de un seguro, de la seguridad social o de una persona a título benévolo. Pues dicho pago no puede beneficiar al causante del daño, en la medida en que la prestación otorgada no tenía como fin la extinción de la deuda del responsable, sino que por el contrario se estaba extinguiendo una deuda propia o simplemente teniendo un acto benevolente con la víctima. Así el no pago del responsable, bien sea a la víctima o al tercero que pagó, generaría a todas luces impunidad y como consecuencia se perderían de vista los principios jurídicos de la extinción de las obligaciones y de equidad.²⁴²

Por otro lado, está la posibilidad de que el tercero que canceló la deuda a la víctima sí tuviera como finalidad extinguir la obligación del responsable, lo que implica que el pagador se subroga en los derechos y acciones que tenía el perjudicado en contra del responsable y de esta forma cobrarle lo que desembolsó para reparar a quien sufrió el daño. Esto trae como consecuencia que la víctima no puede recibir el pago del responsable pues este estaría pagando dos veces la indemnización y el perjudicado se enriquecería sin justa causa.

²⁴² TAMAYO. Op. cit., p. 617 (Vol2)

5.2 Del tercero que paga

Con respecto a la situación jurídica del tercero que paga, éste siempre pretenderá repetir contra el causante del daño por lo pagado a la víctima, razón por la cual las aseguradoras han acudido a diferentes figuras jurídicas siempre que trate de un seguro de daños.

En un principio se invocó la subrogación legal consagrada en el Código Civil, la cual fue descartada al ser evidente que el asegurador al pagar la prestación al asegurado está extinguiendo su propia deuda derivada del contrato de seguro o de la afiliación a la seguridad social, no la obligación del responsable.

Adicionalmente el artículo 1666 del Código Civil, establece de forma muy clara que habrá lugar a la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, cuando éste paga una deuda de otro deudor. Lo cual no se configura dentro de los pagos que se realizan en virtud de un seguro, la seguridad social o la medicina prepagada, pues en estos eventos se están pagando deudas propias.

Las aseguradoras también utilizaron la teoría general de la responsabilidad civil para repetir contra el tercero responsable, argumentando que el siniestro ocurrido por culpa de un tercero, había generado pérdidas, lo que les daba el derecho a las aseguradoras a recibir un pago por parte del causante del perjuicio.

En su contra aparecieron argumentos que establecían que el pago del siniestro no era consecuencia de haber sufrido un daño sino de haber cumplido con las obligaciones contractuales o legales. Además, se dijo que el daño sufrido era indirecto y que el causante terminaría pagando dos veces la indemnización por el mismo daño ya que la víctima argumentaría la diferencia de causas.

Hasta el 27 de marzo de 1928 la jurisprudencia había sido muy contradictoria, pero en esa fecha la Corte francesa de casación decidió que el asegurado podría acumular ambas prestaciones, aún en el seguro de daños; lo cual dio lugar para que la práctica aseguradora, la ley y la jurisprudencia crearan la división práctica de los seguros de daños y los seguros de personas.²⁴³

Para evitar la autosiniestralidad y por consiguiente el enriquecimiento sin causa al acumular las indemnizaciones, decidió establecerse en el seguro de daños la posibilidad del asegurador de iniciar una acción subrogatoria y se instauró la prohibición con respecto al aseguramiento por sumas superiores al interés asegurable. Pues, como es evidente, en el seguro de personas nadie querrá que el siniestro tenga lugar, y al ser un seguro de sumas o ahorros el beneficiario puede acumular el seguro y la indemnización por virtud de la diferencia existente entre las causas jurídicas.²⁴⁴

Alessandri, por su parte, considera que “en principio, el tercero que ha pagado a la víctima el valor del seguro convenido o la pensión que le corresponde o que la ha hecho una dádiva o liberalidad, no tiene acción en contra del autor del daño en razón del perjuicio que el delito o cuasidelito le ha podido irrogar por el hecho de obligarlo a ese pago.”²⁴⁵

Establece como fundamentos de la anterior afirmación, que entre el tercero y el hecho ilícito no hay una relación de causalidad. Pues lo pagado por el tercero tiene su fundamento en el contrato, la ley o una relación jurídica con la víctima; es claro que no tiene por causa el delito o cuasidelito realizado por el autor del daño.

Según esto, se afirma que el hecho es la ocasión para que la prestación se manifieste, pues de no existir un vínculo entre el tercero y la víctima no hubiere

²⁴³ Ibid., p. 621 (Vol2)

²⁴⁴ Ibid., p. 623 (Vol2)

²⁴⁵ ALESSANDRI. Op. cit., p. 589

tenido lugar el pago realizado por el tercero; y si existiere el vínculo y el hecho que da lugar al pago es lícito, ahí la prestación si se debe.²⁴⁶

Adicionalmente se ha dicho que sería absurdo pensar que el pago que realiza la aseguradora o una caja de previsión, genera un daño para estos pues dentro de las obligaciones adquiridas con la contraparte ha sido la de asumir este pago en caso de que tengan lugar ciertos eventos.

5.3 Del asegurado o sus beneficiarios

El conflicto tiene lugar cuando las sumas que paga un tercero se identifican materialmente con las que debe el causante del perjuicio, pues valores como los pagados por el responsable que no hubieren sido cubiertos por el tercero no tienen ninguna trascendencia para el estudio.

Es importante tener en cuenta que mientras no se haya realizado el pago, la víctima tiene la posibilidad de escoger si demandar el pago al tercero o al responsable, pues puede pedir dos prestaciones diferentes con causas diversas, salvo casos de prestaciones prioritarias. Lo cual no quiere decir que el responsable se pueda defender argumentando que la víctima tiene acción contra el tercero; por el otro lado, si el responsable le paga, su acción contra el tercero no procede por el monto pagado. Por lo tanto, cuando se presenta esta situación para la víctima, y no hay norma legal que admita la subrogación especial, hay que reconocerle las dos indemnizaciones.²⁴⁷

La existencia de un tercero que paga, bien sea por un vínculo contractual o por mera benevolencia, y de un responsable del hecho dañoso genera con respecto de la víctima una doble relación jurídica, en donde hay dos obligaciones con

²⁴⁶ TAMAYO. Op. cit., p. 590 (Vol2)

²⁴⁷ Ibid., p. 630 (Vol2)

objeto, causa y partes diferentes que por lo tanto pueden coexistir en cabeza de la víctima.²⁴⁸

Pero el punto es que si la prestación pagada por el tercero es indemnizatoria, el daño fue resarcido desapareciendo uno de los requisitos de la responsabilidad, por lo cual la víctima carecería de legitimidad para demandar una indemnización adicional del responsable.

6. Solución en casos especiales de acumulación

Luego de establecer los lineamientos del conflicto jurídico relacionado con la acumulación de indemnizaciones y prestaciones, se procederá a analizar la aplicabilidad en los casos prácticos.

6.1 Acumulación de seguros privados con la responsabilidad civil

De acuerdo a lo mencionado en el capítulo referente al seguro, el ordenamiento comercial ha establecido que en los seguros de daños y en los seguros de personas que revisten un carácter patrimonial, basándose en el principio indemnizatorio, no es procedente la acumulación de pagos en la medida en que los mismos tienen como objetivo dejar a la persona en la situación en la que se encontraba antes de ocurrir el siniestro.

En aquellos casos en los que una persona ha sido víctima de un hecho dañoso frente al cual no tiene el deber jurídico de soportarlo, el responsable debe asumir el pago de los perjuicios causados. El conflicto se da cuando para esa situación existe un amparo que cubre los daños o lesiones que pueda sufrir el interés asegurado puesto que habrían dos fuentes de las cuales se podría exigir el pago.

²⁴⁸ *Ibíd.*, p. 632 (Vol2)

Dado el carácter indemnizatorio que tienen los seguros de daños, se puede establecer que, en los seguros reales será válida la subrogación de la aseguradora contra aquel que ocasionó el perjuicio, razón por la cual el asegurado-víctima no podrá acumular lo pagado en razón del contrato de seguro y la indemnización directa del responsable. Por ejemplo cuando una persona tiene asegurado su vehículo con un amparo de daños y es estrellado por un tercero, la aseguradora pagará los perjuicios sufridos obteniendo el derecho de subrogarse contra el causante del daño. Teniendo en cuenta que si la víctima llegara a recibir el pago de los perjuicios de manos del responsable, no podrá exigir de la aseguradora el pago de los mismos pues esto generaría un enriquecimiento injustificado.

La víctima no podrá reclamar al responsable la indemnización plena, pero si el reembolso de las primas pagadas al asegurador, pues el valor del seguro no cubre el daño sino en la parte que excede a ellas; e inclusive la víctima tendrá acción para pedir la diferencia entre lo pagado por la aseguradora y el daño sufrido.

La víctima tiene dos opciones, demandar al responsable por la totalidad del daño, o hacer efectiva la póliza del seguro de daños. En este último caso el perjudicado podrá además, exigirle al causante del daño el pago del deducible, es decir, aquello que no cubre el seguro o que tendría que pagar la víctima. Sin olvidar que la aseguradora podrá subrogarse contra el causante del daño por todo lo que esta pague.²⁴⁹

Con respecto a lo anterior, Henao establece que, en los eventos en que el pago realizado por la aseguradora no cubra la totalidad del daño, la víctima podrá cobrar al responsable el excedente tal como lo especificó la Sección Tercera del

²⁴⁹ DIAZ-GRANADOS. Op. cit., p.116

Consejo de Estado al decir: “El reconocimiento que se hace por la vía judicial se limita al exceso del perjuicio no cubierto por la póliza.”²⁵⁰

Teniendo claro que no es posible el doble pago para la víctima, pues la subrogación lo impide, hay que tener en cuenta que la víctima tendrá derecho a cobrar al directamente responsable lo que ésta ha pagado como prima para poder acceder a la póliza. De hecho, el valor de la prima pagada debe tenerse en cuenta como una parte del daño que no va a ser indemnizado por nadie diferente al causante del daño, pues, de no hacerse, se estaría indemnizando por debajo del daño efectivamente causado, violando la regla de la reparación integral.²⁵¹

Con el fin de mostrar la posición del Consejo de Estado frente a los seguros de daños, el doctor Henao toma tres sentencias como ejemplo de éste tribunal:

En primer lugar cita la sentencia de la Sección Tercera de 22 de Julio de 1996, en la que se discutió sobre un evento en el que una aseguradora pagó una parte del daño sufrido por una sociedad comercial como consecuencia de una explosión por la cual se declaró responsable al Estado. Se decidió “descontar la cantidad, pues este monto fue reembolsado a la sociedad demandante por la aseguradora”.²⁵²

Luego, en Sentencia del 13 de octubre de 1994 se desprende que los casos en los que una sociedad reciba de una aseguradora la indemnización correspondiente a los perjuicios que ha sufrido a manos de la guerrilla, ésta no podrá interponer una

²⁵⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de mayo 13 de 1993, C.P.: Doctor Julio César Uribe Acosta, Actor: Sociedad Unimos de Colombia LTDA., Exp. 8192 Citado por HENAO. Op. cit., p. 61.

²⁵¹ HENAO. Op. cit., p. 61. Da el siguiente ejemplo: “Si una compañía de seguros paga el valor de mi vehículo, dicho pago opera en virtud de que he cancelado una prima que por obligación o por voluntad decidí contratar un seguro. Para volver a quedar en la situación más parecida a la anterior del daño, que es el objeto de la indemnización plena, me han de pagar la prima que cancelé antes del daño y que se extingue por la ocurrencia del siniestro. Lo contrario suponía que quedaría con automóvil pero sin seguro, es decir, con la situación desmejorada. Se podría argumentar que el seguro no ampara solo el riesgo del siniestro, sino de cualquier otra eventualidad, a lo cual se responde afirmando que si bien es cierto que ese seguro ampara el riesgo en abstracto, cuando se concreta hace perder la prima, que habrá de ser reemplazada por el tomador del seguro que ha sido víctima del daño”

²⁵² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de julio 22 de 1996, C.P.: Doctor Jesús María Carrillo Ballesteros, Actor: Sociedad Compañía Importadora Automotriz de Partes y Accesorios LTDA, CIMAC y otros. Exp. 10396. Citado por HENAO. Op. cit., p. 60.

demanda en la medida en que “la aceptación por parte de los demandantes de la suma reconocida por la aseguradora conlleva (sic) a concluir que los perjuicios ocasionados por la acción guerrillera ya fueron resarcidos, puesto que la aseguradora se subrogó en los derechos del asegurado para reclamar ante terceros responsables del siniestro a términos del artículo 1096 del Código de Comercio. De lo anterior se colige que los demandantes no están legitimados para reclamar judicialmente su pretendido derecho, teniendo en cuenta que en el momento en el que se ejercitó el contencioso indemnizatorio, los perjuicios reclamados ya habían sido cubiertos por la compañía aseguradora.”²⁵³

Por último, en Sentencia de 6 de agosto de 1997, el Consejo de Estado decide no reconocer el daño emergente en un accidente de bus que causó la muerte a varios estudiantes pues “estos gastos se cubrieron con las cantidades destinadas por el seguro obligatorio al cual ya se hizo referencia y las donaciones de las diferentes personas jurídicas registradas en el balance de estados de ingresos y egresos del fondo de solidaridad.”²⁵⁴

En los seguros de patrimoniales, que entran dentro de la clasificación de los seguros de daños, es importante mencionar que, cuando el responsable de un daño está cubierto por un seguro de responsabilidad civil, la víctima podrá exigir el pago al responsable o a su aseguradora. Pero nunca podrá perseguir ambos pues son excluyentes dado que el pago de uno implica la reparación del daño. Pues según Alessandri éste es un seguro de daños que cubre la pérdida pecuniaria en que pueda incurrir el asegurado por causar un perjuicio a un tercero. Frente al seguro de responsabilidad civil es necesario precisar, que por virtud de su naturaleza no hay subrogación contra el responsable, pues él ostenta la calidad de asegurado.

²⁵³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera Sentencia octubre 13 de 1994. C.P.: Doctor Juan de Dios Montes Hernández, Actor: Ladys Aruacán de Burgos, Exp. 7775, , Citado por HENAO. Op. cit., p. 60.

²⁵⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de agosto 6 de 1997, C.P.: Doctor Jesús María Carrillo Ballesteros, Actor: Carlos Arturo Rodríguez, Exp. 11073, Citado por HENAO. Op. cit., p. 60.

Frente a los seguros de personas de carácter patrimonial, la ley dispone que reciban el mismo tratamiento que los seguros de daños en lo referente a la acumulación en la medida en que ambos tienen carácter indemnizatorio. Pues al tratarse de gastos médicos, clínicos o farmacéuticos, el asegurado víctima no podrá acumular lo pagado en razón del contrato de seguro y la indemnización del responsable.

Haciendo referencia a los seguros de personas de contenido no patrimonial, es correcto decir que, la acumulación de prestaciones es completamente válida, en la medida en que el valor del interés que se asegura puede ser pactado libremente por las partes y no tiene ninguna limitación.

Es así como, por ejemplo, una persona podrá acumular lo que le corresponde como beneficiario de un seguro de vida y la compensación proveniente de la responsabilidad civil a cargo de quien causó la muerte del asegurado.

Con respecto a este tema, Alessandri establece que los seguros de personas no tienen por objeto la reparación del daño, pues sucedido el siniestro el asegurado tiene derecho a todo el valor del seguro que se haya pactado. Razón por la cual la acumulación de prestaciones entre lo que paga la aseguradora y la indemnización del responsable son admisibles.

Sustentando lo anterior, afirma que el pago que realiza la aseguradora cuando tiene lugar el siniestro en los seguros de personas, no puede alegarse como perjuicio para dicha persona jurídica, pues ha sido una obligación que tiene por causa el contrato y no el hecho ilícito, por lo cual tampoco procede la subrogación.

Henao concluye que, en los seguros de personas, podrán acumularse la prestación derivada del seguro y la indemnización derivada de la ley, tal como explica Efrén Ossa, “la ley colombiana toma partido sobre el carácter no

indemnizatorio de esta clase de seguros, es apenas lógico que no haya subrogación a favor del asegurador cuando la muerte o la lesión provengan del acto ilícito de un tercero (artículo 1139). Solución que además es lógica si se tiene en cuenta que la primera corresponde a una contraprestación de la prima y la segunda a un derecho independiente en su origen, en su fundamento y en sus fines.”²⁵⁵

6.2 Acumulación de seguros privados con seguridad social

Pueden presentarse casos en los que una persona tenga un seguro de vida y además haya cotizado y cumplido los requisitos para obtener una pensión. Si esta persona muere, sus causahabientes en el evento de haber sido designados como beneficiarios en el seguro de vida, podrán acumular el pago que haga la aseguradora y la pensión de sobrevivientes de la cual se hacen acreedores. Se percibe en este caso que una situación da lugar a que se realicen dos desembolsos válidos provenientes de fuentes absolutamente independientes.

Lo anterior encuentra su fundamento en la medida en que el pago proveniente de la aseguradora se da como respuesta a una obligación contractual de la misma, mientras que lo pagado por concepto de pensión equivale a los aporte realizados por una persona durante su vida laboral. El hecho de que el interés asegurable con respecto a la vida sea de imposible cuantificación trae como consecuencia que no se imponga un límite a lo que se puede llegar a recibir en caso de muerte.

Existen algunos eventos en los que las prestaciones de los seguros privados no se pueden acumular con aquellas que provienen de la seguridad social. Esto sucede cuando la finalidad de los mismos es reembolsar una erogación patrimonial. Situación que se presenta si, por ejemplo, los gastos médicos son cubiertos por la EPS de una persona que a su vez tenía un seguro voluntario de salud. No se

²⁵⁵ OSSA GOMEZ, Efrén. Vida y obra de un Maestro. p. 49, Citado por HENAO. Op. cit., p. 63

acumulan, por lo cual lo pagado por la EPS no podría ser cobrado por el asegurado a la compañía de seguros.

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que por ser figuras diferentes, regidas por reglas distintas, no procede la coexistencia de seguros.

Tratándose del seguro obligatorio de accidentes de tránsito regulado por el Decreto 1031 de 1991, el cual está definido con claridad como un seguro de accidentes, lo cual es muy relevante para determinar la subrogación a favor del asegurado y la acumulación de indemnizaciones a favor de la víctima. El SOAT es un seguro de accidentes personales, es decir, de personas. Tiene dos tipos de coberturas, unas indemnizatorias como los gastos médicos y funerarios y otras no indemnizatorias como la cobertura de muerte. Siguiendo las reglas ya expuestas, las primeras no se pueden acumular y las segundas sí.

El doctor Tamayo establece que éste contiene elementos de ambos seguros, en la medida en que la indemnización al perjudicado no está sujeta a la responsabilidad del tomador, adicionalmente establece que el asegurador podrá repetir en contra del tomador si actuó con dolo o culpa grave, lo que implica que aparte de estas dos causales no podrá subrogarse. Tampoco puede el perjudicado, pues de ser con dolo o culpa grave, el tomador terminaría pagando dos veces la misma indemnización.

Entonces existiría subrogación cuando en la ocurrencia del accidente también participó un tercero. Por tanto, la aseguradora tendrá derecho a cobrar del responsable el valor de los amparos pagados a la víctima y que tengan carácter indemnizatorio, según el artículo 11 del Decreto 1032 de 1991.²⁵⁶

²⁵⁶ Decreto 1032 de 1991. Artículo 11.

Mientras que las indemnizaciones por incapacidad o muerte no dan derecho a la acción subrogatoria a favor de la aseguradora, pues no son de contenido patrimonial.²⁵⁷

Tomando como base la sentencia de 12 de septiembre de 1991²⁵⁸ del Consejo de Estado, Hoyos Duque explica que en los casos en los cuales se demanda a la administración pública, “no en su condición de patrono sino como causante de un daño que le es imputable bien a título de falla del servicio o por la creación de un riesgo derivado del ejercicio de una actividad peligrosa –utilización de armas de fuego, vehículos automotores o redes de energía– no hay lugar a descuento de las sumas pagadas por la propia administración, en calidad de patrono o por la seguridad social”²⁵⁹

Así lo indica el Consejo de Estado al establecer:

“No es cierto que el delito o cuasidelito no puede ser motivo de enriquecimiento para la víctima. Este resultado se dará (...) cuando exista un título o causa que justifica ese enriquecimiento. Esta verdad jurídica explica bien el por qué en el seguro de daños, como éste repara el daño causado, es inadmisibles la acumulación, mientras que en el de personas, como no tiene tal finalidad, ella si es posible y de recibo”

6.3 Acumulación Seguridad Social con Responsabilidad Civil

El doctor Henao, hace un análisis sobre los eventos en los que la víctima tiene derecho a una prestación de la seguridad social y adicionalmente puede reclamar la indemnización integral del daño sufrido, para lo cual empieza citando a Yvonne Lambert-Faivre, quien establece que “el carácter indemnizatorio de la

²⁵⁷ TAMAYO. Op. cit., p. 667

²⁵⁸ Exp. 6572

²⁵⁹ HOYOS. Op. cit., p. 107

indemnización, se traduce en la imposibilidad para la víctima de acumularla con el pago del responsable y de generar un enriquecimiento por el hecho del accidente. El responsable, no podría ser desvinculado de su obligación de reparar plenamente el perjuicio causado, con el pretexto de prestaciones sociales o contractuales al cual es extraño. El único mecanismo que conforme al principio de la indemnización permite poner orden a cada una de las situaciones de las partes, es la subrogación: “la víctima es totalmente indemnizada, y el responsable queda obligado a la reparación plena, pagada eventualmente en parte a la víctima y en parte al tercero subrogado por el pago”.²⁶⁰

En Francia, como sucede en muchos países, la subrogación solamente aplica en los casos en que la ley expresamente lo permite, por ejemplo se admite con “las prestaciones de la seguridad social, las prestaciones dadas por el Estado y otras personas morales de Derecho Público. Las sumas otorgadas en reembolso de gastos de tratamientos médicos y de recuperación, los salarios y sus accesorios que continuó pagando el patrono durante el período de incapacidad consecutivo al hecho que ha ocasionado el daño”.²⁶¹

Se puede ver entonces, cómo en el Derecho Francés, la subrogación, es el factor que determina la posibilidad de acumular las prestaciones de tipo laboral y la indemnización proveniente del responsable, teniendo siempre presente que para que se pueda hablar de subrogación, las prestaciones o compensaciones deben tener el carácter de indemnizatorias. Por lo tanto la víctima en virtud de la subrogación, no podrá acumular las prestaciones provenientes de la seguridad social con las que por concepto de indemnización pague el civilmente responsable. No obstante, en caso de que el pago efectuado por la seguridad social no alcance para reparar íntegramente el daño, la víctima podrá reclamar del

²⁶⁰ LAMBERT – FAIVRE, Yvonne. Le lien entre la subrogación et le caractère indemnitaire des prestations des Tiers Payeurs”, París, Dalloz, 1987 T.I, Chron. XVIII, p. 97, Citado por HENAO. Op. cit., p. 53.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 53.

responsable el pago del excedente, o sea exigirle la reparación plena de su daño.²⁶²

En el libro de la Responsabilidad Civil Extracontractual, Compensaciones en el Campo Laboral, los autores sintetizan el problema explicando las dos clases de responsabilidades que pueden surgir de una relación laboral: “Jurídicamente existen dos responsabilidades: la *laboral* y la ordinaria o civil. Mientras la laboral se refiere a los riesgos comunes y ordinarios de la actividad, no exige prueba del factor subjetivo o culpa del empleador pues opera automáticamente, su monto está limitado y regulado por el artículo 209 del Código Sustantivo del Trabajo, y no incluye en la indemnización los perjuicios morales, la *civil* u ordinaria, surge de los riesgos extraordinarios de la actividad que se cumple, tiene como fundamento la imprudencia, negligencia o imprevisión del empleador, por lo que se exige la prueba del factor subjetivo o culpa de aquel en el accidente o enfermedad, y su monto no está limitado porque depende del que se acredite en el proceso e incluye la indemnización de los perjuicios morales (...) Se discute si cuando se impone al empleador la obligación de atender a la indemnización ordinaria de los perjuicios ocasionados por su culpa, se debe descontar del monto a que fue condenado, el valor de las pensiones de invalidez o de sobrevivientes que reciben el trabajador o sus herederos, si falta aquel, de la ARP, *administradora de riesgos profesionales*, teniendo en cuenta que el único que cotiza para ese riesgo es el empleador y que, por lo tanto, las entidades administradoras de riesgos profesionales lo sustituyen en ese riesgo.”²⁶³

²⁶² HENAO. Op. cit., p. 56.

²⁶³ MARTINEZ RAVE y MARTINEZ TAMAYO. Op. cit., p. 707

6.3.1 En relación con las prestaciones realizadas por el Instituto de los Seguros Sociales

En Colombia la seguridad social tiene una normatividad autónoma que rige las diferentes figuras y los efectos que éstas tienen en el campo laboral, para lo cual el doctor Tamayo dividió el estudio entre las prestaciones otorgadas por el Instituto de los Seguros Sociales y las otorgadas por las demás instituciones de carácter privado autorizadas por la Ley 100 de 1993.

Con respecto al primer grupo, se parte de la base que siguen vigentes las normas que no fueron expresamente derogadas por la Ley 100 de 1993.

El doctor Tamayo hace un recuento normativo de las leyes que trataron el tema, para lo cual empieza citando la Ley 90 de 1946, por medio de la cual se creó el ISS y en el artículo 37 consagró la acción subrogatoria a favor del mismo en contra del tercero causante de un daño que diera lugar a prestaciones para el afiliado o sus beneficiarios, pero sólo hasta el monto de las sumas otorgadas. Así los trabajadores no podían acumular las prestaciones otorgadas por el tercero responsable y por el ISS.

Luego hace referencia al Decreto 3170 de 1963, el cual aprobó el Acuerdo 155 de 1963, en el que el artículo 83 reitera lo dispuesto en la Ley anterior, pero sólo en lo referente a los accidente de trabajo y enfermedades profesionales, cuando ocurrieren por culpa o negligencia del empleador, evento en el cual procederá la subrogación del ISS, lo cual supone que el trabajador no podía acumular indemnizaciones.

En tercera medida el legislador derogó el artículo 37 de la Ley 90 de 1946, por medio del Decreto 433 de 1971, suprimiendo el régimen general de subrogación del ISS que venía imperando hasta el momento. Dejando únicamente la acción

subrogatoria a favor del ISS en los casos contra los responsables por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

Es importante recordar que el ISS ya no funciona como tal pues la EPS fue liquidada, la parte de riesgos profesionales la maneja la compañía de seguros La Positiva, y las pensiones las asumió Colpensiones.

6.3.2 Ley 100 de 1993

La Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios no establecen una regla general de subrogación a favor de las entidades que deben asumir un gasto a favor de sus asegurados, como consecuencia por los perjuicios causados por un tercero.

6.3.2.1 Riesgos Profesionales

El Decreto Reglamentario 1771 de 1994 establece en su artículo 12, la acción subrogatoria para las entidades que cubren riesgos de enfermedad profesional y accidente de trabajo, contra el tercero responsable que da lugar a su pago a la víctima que lo sufrió.

La jurisprudencia colombiana ha sido muy cambiante en relación al tema de la acumulación de indemnizaciones a favor del trabajador con respecto a la pensión reconocida por un riesgo profesional sufrido y la indemnización a cargo del patrono.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que el trabajador puede acumular la indemnización plena por el accidente de trabajo o enfermedad profesional consagrada en el artículo 216 del CST, con las prestaciones provenientes de la Seguridad Social.

Por otro lado el Consejo de Estado establece²⁶⁴ que las prestaciones económicas que el trabajador hubiera recibido de la administradora de riesgos profesionales deberían descontarse de la indemnización a cargo del empleador responsable. Lo anterior bajo el argumento que los empleadores han trasladado el riesgo a entidades especializadas que, mediando una cotización, el pago queda a cargo de la entidad.

Así las cosas, para el Consejo de Estado, la acumulación de prestaciones entre la entidad y el empleador es inadmisibles en la medida en que la primera pagará todo lo correspondiente para reparar el daño causado. Puede entenderse como un seguro del empleador que lo libera de toda responsabilidad.

Diferencia la situación descrita con los eventos en los que el causante del daño sea un tercero diferente del empleador, evento en el que claramente si procedería la acumulación. Es decir, si el daño fuere causado por un tercero diferente del empleador, nada podrá reclamar del segundo para su reparación.

6.3.2.1.1 Análisis Jurisprudencial

6.3.2.1.1.1 Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral

Las sentencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia son el más claro ejemplo de la oscilante posición que han manejado las altas cortes en relación con la acumulación de indemnizaciones. Dada la cantidad de pronunciamientos que ha hecho esta corporación, a continuación se destacan algunos apartes de sentencias que permiten entender la evolución que ha tenido el tema en la jurisprudencia colombiana:

²⁶⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de octubre 3 de 2002. C.P.: Doctor Ricardo Hoyos Duque. Actor: Juan Manuel Caro González. Exp: 14207

En Sentencia de 24 de mayo de 1978²⁶⁵ de Zoila Rosa Vergara contra Gaseosas Posada Tobón S.A, la Sala consideró improcedente la acumulación de indemnizaciones y sustentó su posición argumentando:

“Ciertamente debe distinguirse entre la indemnización especial señalada en el artículo 199 del Código y la indemnización ordinaria establecida en el artículo 216. En la primera, como lo ha dicho repetidamente la jurisprudencia de esta Corporación, es suficiente que el accidente haya ocurrido por causa o con ocasión del trabajo y que haya dejado una lesión orgánica o una perturbación funcional, pues la responsabilidad no se origina ni en la culpa ni en la falta de cumplimiento de obligaciones contractuales, y de ella sólo se exime al patrono cuando el accidente sea provocado deliberadamente por el trabajador u obedezca a culpa grave de la víctima.

“Por el contrario, la responsabilidad consagrada en el artículo 216 citado, nace del hecho culposo del patrono, de manera que para que se configure no es suficiente la demostración del accidente por haberse presentado un suceso imprevisto y repentino por causa o con ocasión del trabajo, sino que además es preciso acreditar que el patrono dio lugar a él como consecuencia de su hecho culposo...

“Resulta entonces que, a partir de la vigencia del Decreto 3170 de 1964 (en 1º de marzo de 1965), la indemnización legal consagrada en el artículo 199 del Código Sustantivo del Trabajo, precisada en el artículo 204 de la misma obra, deja de estar a cargo del patrono cuando el trabajador se afilia a los Seguros Sociales y queda protegido a través de él, contra los riesgos mencionados.

“Según artículo 216 ibídem, la víctima del accidente de trabajo tiene derecho a demandar la indemnización total y ordinaria de perjuicios. Con todo, la misma

²⁶⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral, Sección Primera. Sentencia de mayo 24 de 1978. MP: Doctor Fernando Uribe Restrepo. Actor: Zoila Vergara y otros. Rad: 6190

disposición busca que no se acumulen la indemnización ordinaria total y la prestacional que consagra el artículo 204. Tal es el principio general previsto en el Código. Al asumir los Seguros Sociales el riesgo por accidente de trabajo y enfermedades profesionales se reemplazó no solo la persona del deudor sino también la cuantía de las indemnizaciones previstas en el artículo 204, quedando éstas sustituidas por la pensión de sobrevivientes, en el caso de muerte del trabajador, sin que por ello se alterara el principio contenido en el artículo 216, según el cual no son acumulables ambas indemnizaciones...

“No es óbice para que la víctima o sus causahabientes instauren las acciones pertinentes de derecho común para obtener la indemnización total y ordinaria por perjuicios, de cuyo monto deberá descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas por el instituto de acuerdo con las normas de este Reglamento.

“Los textos transcritos son claros y de ellos se deduce que las indemnizaciones legales a que haya lugar —provenzan del patrono o del ICSS—, deben descontarse de la indemnización plena de que trata el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, en armonía con las normas que establecen la sustitución por el Icsc de las obligaciones patronales establecidas en el Código Sustantivo del Trabajo...

“Esto es justo y lógico frente al patrono, así esté inscrito en el Icsc, pues es sabido que el dolo y la culpa grave no son asegurables (Código de Comercio, artículo 1055). Menos podría responder el Seguro Social por los daños causados al trabajador por un tercero, dolosos o simplemente culposos, ya que de todos modos el tercero —por definición— no está amparado por el Icsc.

“Pero también es justo, lógico y necesario que opere el seguro en forma efectiva y eficaz cuando el patrono está obligatoriamente asegurado contra el riesgo de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, cuando ha pagado

cumplidamente las primas, aportes o cotizaciones correspondientes, cuando tiene un interés asegurable, cuando su responsabilidad es también objeto lícito del seguro porque no se deriva de dolo o culpa grave, cuando ha cumplido con todos los demás requisitos condiciones del Seguro Social Obligatorio contra Riesgos Profesionales, y cuando —en fin— el siniestro específicamente amparado se presenta u ocurre.

“El artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo resulta así de inexorable cumplimiento, antes y después de la asunción de estos riesgos por el Icass, ya que la indemnización de perjuicios que la norma contempla es una indemnización total, que no admite en justicia otras indemnizaciones adicionales por la misma causa”²⁶⁶

Luego, en Sentencia de 10 de marzo de 1993²⁶⁷ La Sala afirma que debe descontarse el total del valor reconocido en la pensión vitalicia, y que el Tribunal cometió un error al tasar el valor limitándolo a la fecha de la sentencia, pues eso generaría que la víctima recibiera una pensión de invalidez vitalicia y paralelamente un pago indemnizatorio total que comprende las cifras que se calcula habría devengado de haber permanecido sano durante su vida probable.

²⁶⁶ Al respecto ver también CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral, Sección Segunda. Sentencia de agosto 9 de 1979. MP: Doctor Juan Hernández Sáenz. Exp.: 6666: La Corte Suprema de Justicia y en específico la Sala Laboral, siguió pronunciándose en el mismo sentido.

Por ejemplo en la presente sentencia confirmó una vez más su oposición a la acumulación de indemnizaciones al resolver el segundo cargo que propone el demandado. Este último considera que se está violando el artículo 83 del Acuerdo 155 de 1963 y el artículo 1 del Decreto 3170 de 1964, pues el fallador reconoce que el ISS está pagando una pensión, la cual no está descontando de la condena por perjuicios materiales.

La Sala considera que las normas citadas, hacen referencia a los eventos en los que “el patrono es declarado culpable de la ocurrencia de un accidente de trabajo y se le condena al resarcimiento pleno de perjuicios a la víctima de éste, el Instituto tiene derecho al reembolso de las sumas que le hubiere satisfecho al accidentado y su monto es descontable del de la indemnización correspondiente.”

“El Instituto puede reclamarle judicial o extrajudicialmente al beneficiado con la condena al pago de los perjuicios plenos, el monto de lo recibido por este último a título de simple indemnización laboral y como asegurado por el riesgo de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Pero nunca podrá deducirse del monto de la condena dispuesta contra el patrono culpable del siniestro lo pagado a su expensas por el Instituto o la víctima de él, porque tal rebaja constituiría un enriquecimiento sin causa para el empleador y un empobrecimiento ilegítimo e irreparable para la entidad de seguridad social que atendió al percance del trabajador por el aspecto meramente laboral.”

²⁶⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral, Sección Primera. Sentencia de marzo 10 de 1993. M.P.: Doctor Manuel Enrique Daza Alvarez. Actor: Hector Dario Angel Muriel. Rad: 5480

Con respecto a lo establecido por la parte actora, la Sala establece que por el simple hecho que nadie puede asegurar su propia culpa, el artículo 83 establece que el ISS puede demandar al patrono al pago de la indemnización que se cause como consecuencia del accidente, hasta el monto que el Instituto le reconoció al trabajador accidentado o a sus beneficiarios. Sin que lo anterior impida que la víctima adelante la acción correspondiente contra el empleador para obtener la indemnización plena de perjuicios, siempre teniendo claro que se descontará lo ya pagado por el Seguro Social.

La sala no casa el primer cargo, pero el segundo lo casa parcialmente al admitir que se descuente de la indemnización pagadera por el empleador el valor reconocido dentro de la pensión vitalicia por invalidez del ISS.

En Sentencia de 12 de noviembre de 1993²⁶⁸ la Corte distingue los tres eventos en los que se podría llegar a presentar dudas respecto de la acumulación de indemnizaciones, razón por la cual es de gran trascendencia citarla en el presente trabajo pues en ella se establecen criterios para la solución de las posibles controversias y se unifica la jurisprudencia frente al tema.

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por POLIMEROS COLOMBIANOS, S.A. contra la sentencia dictada el 26 de noviembre de 1992 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín, en el juicio que le siguen MARIA OFELIA ALVAREZ RODRIGUEZ y JUAN CARLOS OSORIO ALVAREZ.

Según un artículo de Hoyos Duque donde se realiza un análisis de la sentencia, los tres eventos son:

²⁶⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral. Sentencia de noviembre 12 de 1993. M.P.: Doctor Rafael Méndez Arango. Actor: Polímeros Colombianos, S.A. Exp: 5864

“a) cuando el patrono este obligado a pagar indemnización total y ordinaria, puede descontar el valor de las prestaciones sociales que haya pagado al trabajador o sus beneficiarios,

“solo para aquellas hipótesis en que el patrono previamente ha pagado el valor de las prestaciones en dinero y posteriormente resulta condenado como culpable del accidente o de la enfermedad profesional”,

b) cuando esas prestaciones hayan sido pagadas por el ISS, esa entidad estará facultada para demandar del empleador la restitución de las mismas, siempre que el accidente o la enfermedad se produjeron por su culpa,

“Puesto que la entidad de previsión social no asegura los daños causados por dolo o culpa del patrono”

c) cuando la víctima o sus causahabientes instauren las acciones pertinentes para obtener la indemnización total y ordinaria de perjuicios,

“del monto de ella y por el mismo Instituto deberá descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas de acuerdo con las normas del reglamento”²⁶⁹

A continuación se transcriben los apartes más significativos de esta sentencia.

“En ejercicio de esta función unificadora de la jurisprudencia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia luego de sopesar los diferentes argumentos en pro y en contra de ambas tesis jurídicas, concluyó que no sólo por expresarlo así claramente el mentado artículo 83 del Acuerdo 155 de 1963 sino, y ésta fue la razón principal que tuvo la Sala, porque nadie puede asegurar su propia culpa ni muchísimo menos obtener algún beneficio de ella, el genuino sentido de lo dispuesto

²⁶⁹ HOYOS. Op. cit., p. 102 y 103

en los artículos 216 del Código Sustantivo del Trabajo, que la recurrente acusa de indebidamente aplicado por el fallo, y del artículo 83²⁷⁰ del susodicho Acuerdo, que se dice inaplicado, es el de que el Instituto de Seguros Sociales no ha asumido, ni racionalmente podrá asumirlo, el riesgo de daño al trabajador que le sobrevenga por causa de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional en cuya ocurrencia se compruebe suficientemente la culpa del empleador; y que por ello quien está habilitado para obtener la devolución de lo que pague por concepto de las prestaciones que cubren los perjuicios derivados de la responsabilidad objetiva del patrono en la producción del accidente o la enfermedad profesional, es el Instituto de Seguros Sociales”.

En conclusión “es únicamente el Instituto de Seguros Sociales el que está facultado, cuando otorga las prestaciones al afiliado o sus beneficiarios, para demandar el pago de la indemnización que según el Código Sustantivo del Trabajo o según el derecho común, queda obligado a pagar el empleador cuando el accidente o la enfermedad profesional se producen por acto intencional o culpososuyo; pero nunca podría ser el mismo empleador responsable del daño que sufren el trabajador o sus beneficiarios, por culpa patronal suficientemente comprobada, quien a la postre resulte beneficiado al permitírsele descontar de la suma a la que se prueba asciende el perjuicio una prestación otorgada por el Instituto de Seguros Sociales, el cual está dicho no le ha asegurado sus actos dolosos o culposos sino que lo ha subrogado en el cubrimiento de los riesgos inherentes al trabajo de los que el patrono o empleador responde por su actividad objetiva como tal y sin que medie culpa alguna de su parte.

²⁷⁰ "El otorgamiento de las prestaciones establecidas por el presente reglamento por parte del Instituto exonera al patrono de toda otra indemnización según el Código Sustantivo del Trabajo o según el derecho común por causa del mismo accidente o por enfermedad profesional. Pero si el riesgo se hubiere producido por acto intencional o por negligencia o culpa del patrono procederá a demandar el pago de esta indemnización, la que quedará a su favor hasta el monto calculado de las prestaciones que el Instituto acordare por accidente o enfermedad, debiendo entregar a los beneficiarios el saldo, si lo hubiere. "Lo dispuesto en el inciso anterior no es óbice para que la víctima o sus causahabientes instauren las acciones pertinentes de derecho común para obtener la indemnización total y ordinaria por perjuicios, de cuyo monto deberá descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas por el Instituto de acuerdo con las normas de este reglamento".

“Pero nuestra legislación positiva, separándose de la orientación seguida en otros países y avanzando mucho más en su función tuitiva, consagró al lado de las prestaciones e indemnizaciones tarifadas en la ley de modo rígido, la posibilidad de que si el trabajador o sus beneficiarios no quedaran conformes con esta indemnización prefijada legalmente, instauraran la acción enderezada a establecer que existió culpa suficientemente comprobada del patrono en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, para así obtener la indemnización total y ordinaria de perjuicios, la que no está contenida en una tabla o tarifa en la que se fije el perjuicio en forma predeterminada sino que equivaldrá a la suma que el trabajador accidentado o enfermo o sus beneficiarios, en caso de fallecer, logren demostrar en el juicio.

“De este monto de la indemnización total y ordinaria de perjuicios se autoriza descontar, como es apenas obvio, "el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo", según las voces del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, y desde luego sólo para aquellas hipótesis en que el patrono previamente ha pagado el valor de las prestaciones en dinero y posteriormente resulta condenado como culpable del accidente o de la enfermedad profesional.

“Y en los términos del artículo 83 del Acuerdo 155 de 1963 y para los casos en que el Instituto de Seguros Sociales otorgó las prestaciones establecidas en el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, queda facultado para demandar al empleador por el valor de la indemnización que éste debe pagar por habersele comprobado suficientemente la culpa en la producción del accidente o de la enfermedad profesional, puesto que la entidad de previsión social no asegura los daños causados por dolo o culpa del patrono. Que es la hipótesis que prevé el primer inciso.

“La otra situación que puede darse y que contempla el segundo inciso del artículo 83, es el supuesto de hecho según el cual "la víctima o sus causahabientes instauren las acciones pertinentes de derecho común para obtener la indemnización total y ordinaria por perjuicios", caso en el cual del monto de ella y por el mismo Instituto deberá descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas de acuerdo con las normas del reglamento.

“Quiere esto decir que en ninguna de las hipótesis consagradas por los artículos 216 del Código Sustantivo de Trabajo y 83 del Acuerdo 155 de 1963, le es dado a quien causó el perjuicio descontar suma alguna del valor de las prestaciones en dinero pagadas por el Instituto de Seguros Sociales, pues ello conduciría a que el empleador culpable resultara a la postre obteniendo beneficios del daño que causó, o al menos exonerándose de la responsabilidad en un riesgo producido por su acto intencional o culposo. Y es apenas obvio que nadie puede alegar en su favor su propia torpeza, ni muchísimo menos puede lucrarse del daño ajeno que él causó, conforme resulta de los principios generales de derecho expresados en los antiguos pero siempre actuales brocardos latinos: "Non auditur propiam allegans turpitudinem" (El que alega su propia torpeza no debe ser oído) y "Nemo debet lucrari ex alieno damno" (Nadie debe lucrarse del daño ajeno)”²⁷¹.

²⁷¹ En el mismo sentido CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral. Sentencia de mayo 7 de 1997. M.P.: Doctor Rafael Méndez Arango. Actor: Empresa Textiles Rionegro & Cia. Ltda. Rad: 9389 Reitera la Sala que el Instituto de Seguros Sociales no ha asumido el riesgo del daño que al trabajador le sobrevenga por causa de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional en cuya causación exista culpa suficientemente comprobada del patrono.

Se mantiene el criterio jurisprudencial expresado en la sentencia de 12 de noviembre de 1993 según el cual en ninguna de las hipótesis consagradas por los artículos 216 del Código Sustantivo del Trabajo y 83 del Acuerdo 155 de 1963, le es posible a quien causó el perjuicio descontar suma alguna de las prestaciones en dinero pagadas por el Instituto de Seguros Sociales, pues, se insiste en este aspecto, dicha entidad de previsión social cubre el riesgo laboral propio de la denominada responsabilidad objetiva del patrono en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, mas no la responsabilidad que se deriva de la culpa del empleador en la causación del accidente o de la enfermedad.

Conviene reiterar que el Instituto de Seguros Sociales reconoce prestaciones para cuyo cálculo toma en cuenta variables como el salario, los años de servicio, el número de cotizaciones, la edad del trabajador, su vida probable, etcétera, y que dichas prestaciones no tienen por finalidad resarcir los perjuicios realmente producidos, a diferencia de lo que sucede con la indemnización a la que se refiere el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, que busca reparar la totalidad del daño ocasionado por el patrono culpable al trabajador que sufre el accidente o padece la enfermedad.

Como se dijo en la sentencia de 31 de mayo de 1994 (Rad. 6569), que es el fallo contra el que principalmente endereza sus críticas la recurrente, es posible que en la indemnización tarifada "exista, hasta cierto punto, una desvinculación entre los hechos concretos y la cifra pagada, que puede ser igual, menor o superior a los perjuicios realmente producidos".

Sin embargo, resulta conveniente anotar que de la misma manera que quien dentro del concepto de la responsabilidad común causa un daño a otro no puede pretender disminuir el monto de la indemnización que deba pagarle argumentando que la víctima se ha beneficiado de un seguro, tomado por el mismo accidentado, en virtud del cual recibe una determinada suma de dinero que le paga la compañía aseguradora, tampoco un patrono, de la indemnización total y ordinaria de perjuicios que debe pagar al trabajador a quien ha dañado por razón de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional por culpa suya, puede

La misma Sala en Sentencia de 25 de julio de 2002²⁷² resuelve el recurso de casación interpuesto por la Sociedad Mineros Nacionales, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales el 29 de noviembre del 2001. En el juicio en el que la demandante Aracelly Vinasco, quien actúa en nombre propio y de su hijo, promovió contra la Sociedad mencionada con el fin de obtener una indemnización total por la muerte de su cónyuge y padre de su hijo, así como la cancelación de las prestaciones sociales debidas con su justa indemnización moratoria.

“No incurre el Tribunal en el yerro jurídico que le imputa la censura al no haber descontado del monto de la condena impuesta a la demandada el valor de las prestaciones en dinero pagadas por el seguro social con ocasión del accidente de trabajo de que aquí se trata, pues lo cierto es que dio el juzgador al artículo 216 del C.S.T. una interpretación que coincide con la acogida por la Corte.

“Entiende la Corporación que cuando la disposición en cita autoriza al patrono a descontar del monto de la indemnización “el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo”, se refiere única y exclusivamente a las sumas que él haya pagado con anterioridad al trabajador con ocasión del accidente, pero no las prestaciones que haya reconocido el Instituto de Seguros Sociales por ese motivo, el cual no tiene por qué asumir el riesgo del daño que al trabajador le sobrevenga por causa de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional en cuya causación exista culpa suficientemente comprobada del patrono”.²⁷³

pretender descontar lo pagado por el Instituto de Seguros Sociales en virtud del cubrimiento de un riesgo que no ha sido asegurado, como es el del daño que se causa por su culpa. Dicha entidad de previsión social ampara el riesgo del daño propio de la responsabilidad objetiva y no el que se deriva de la culpa del patrono.

²⁷² . CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral. Sentencia de julio 25 de 2002. MP: Doctor José Roberto Herrera Vergara. Actor: Sociedad Mineros Nacionales SA. Rad: 18520

²⁷³ En el mismo sentido ver CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral. Sentencia de Marzo 7 de 2003. M.P.: Doctora Isaura Vargas Díaz. Actor: Ana Zoraida Ramírez Hernández. Ref: 18515

Finalizando el análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia respecto de la acumulación de la indemnización proveniente de la responsabilidad civil con las prestaciones de los riesgos profesionales, en Sentencia de 24 de junio de 2005²⁷⁴ estableció al revisar la sentencia del Tribunal, que el primer error en el que incurre el fallo “está relacionado con establecer que se puede descontar de la indemnización plena de perjuicios que impone al empleador el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, el valor de la pensión reconocida por un tercero ajeno a la relación contractual, como lo es el ISS; que el descuento que autorizaba ese código era para el caso en que el empleador era el asegurador dentro del marco de la previsión de su artículo 193 del C.S.T., pero no lo es cuando las contingencias de riesgos profesionales las asumió el sistema de seguridad social, el que lo libera únicamente de las consecuencias del riesgo objetivo y no de las que surgen de su conducta negligente, que le significa la responsabilidad por la indemnización total y ordinaria de perjuicios. Que en ese sentido dicho tema ya ha sido definido por esta Sala de la Corte, para lo cual cita varias providencias y transcribe aparte de la del 8 de mayo de 1997, radicación 9398.

“Lo anterior por cuanto hay que establecer una clara diferenciación entre la consecuencia del llamado riesgo objetivo que asume la Administradora de Riesgos Profesionales y otra la que corresponde al empleador por su conducta culposa.

“Para la Sala los reparos del recurrente basados en el reconocimiento de la pensión por parte del ISS, en el pago que realizó la Previsora S.A., por el seguro de responsabilidad civil extracontractual que había tomado la empleadora y en el paz y salvo que por ello suscribió el demandante, no son suficientes para que se concluya que no hay lugar a la condena por lucro cesante futuro.

²⁷⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral. Sentencia de junio 24 de 2005. MP: Doctor Francisco Javier Ricaurte Gómez. Actor: Alberto Losada Silva. Exp: 23643

Lo anterior porque la concesión de la pensión de invalidez, como quedó puntualizado al decidir la casación, no exonera al empleador que por su culpa dio lugar al accidente de trabajo del pago de la indemnización plena y total de perjuicios que consagra el artículo 216 del código sustantivo del trabajo; y el pago que hizo la aseguradora y la firma del paz y salvo, no implicó renuncia ni transacción por parte del actor para reclamar aquella, porque de acuerdo a los términos en que se otorgó.”

La Corte afirma que “la muerte y la invalidez son contingencias amparadas por el sistema de seguridad social, aún sean resultantes del accidente de trabajo con culpa patronal, los descuentos que disponen deben ser hechos en beneficio del Sistema de Seguridad Social, no del patrono. La subrogación a favor del empleador en la obligación de cubrir prestaciones tiene como correlato la subrogación a favor de las entidades administradores de riesgos profesionales de obtener la indemnización equivalente a lo que a ella le correspondiere pagar; y si se autoriza que el patrono haga descuentos cuando paga a la víctima, es para asegurar el derecho a la subrogación de la entidad administradora, y evitar que el empleador sea compelido a pagar dos veces por la misma causa.

“No se trata de que el asegurador se vuelva contra el asegurado. Ciertamente corresponde al empleador proteger a sus trabajadores contra el riesgo de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales afiliándolo a entidades administradoras de estos riesgos, y pagar la totalidad de las cotizaciones respectivas. Pero el valor de éstas está tasado respecto a un grado de riesgo especialmente medido, que no incluye la actuación culposa o dolosa del empleador; así por tanto no puede entender que este sea un riesgo cubierto por ellas. Es este el alcance restringido que ha de tener la diferenciación de causas respecto al mismo hecho dañoso”.

6.3.2.1.1.2 Consejo de Estado

La posición actual del Consejo de Estado indica que las prestaciones de tipo laboral o legal, no son excluyentes con la indemnización plena del daño, es decir, que las sumas provenientes de la seguridad social no tienen porque descontarse de la indemnización plena del daño, a cargo del responsable.²⁷⁵

En Sentencia de 20 de noviembre de 1995²⁷⁶ la Sección Tercera del Consejo de Estado se pronunció sobre la responsabilidad de una entidad pública que había adscrito a sus empleados al sistema de seguridad social y, por lo mismo, argumentaba que el daño causado ya había sido reparado por el pago hecho por la seguridad social.

“Las empresas municipales de Cartago afilian a sus trabajadores al ISS con el fin de trasladarle a éste la carga de las prestaciones sociales, dentro de las cuales se incluye la pensión de invalidez por riesgo profesional. De acuerdo con las pruebas allegadas al proceso, quedó claro que una vez se constató la procedencia de la concesión de la prestación, el instituto procedió a concederla y de esta manera a cumplir con su obligación, de ninguna manera eximiendo a la empresa de la responsabilidad en que incurriera en la prestación del servicio público (...) Como se dijo anteriormente, dicha pensión tiene como causa una prestación laboral a la que se compromete el Instituto de Seguros Sociales y que no guarda relación alguna con la responsabilidad que se le decreta a la empresa para con su trabajador precisamente por un daño que tuvo que sufrir en razón de un riesgo.”²⁷⁷

²⁷⁵ HENAO. Op. cit., p. 55.

²⁷⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia noviembre 20 de 1995. CP.: Doctor Carrillo Ballesteros. Exp: 10488

²⁷⁷ Extracto citado en HENAO. Ob. cit. p. 57

La Sentencia de 3 de octubre de 2002²⁷⁸ se presenta como la sentencia más relevante que ha proferido el Consejo de Estado en relación con el tema objeto de estudio. A continuación se presenta un resumen de la misma.

Tratándose de accidentes causados por la entidad pública dijo el Consejo de Estado haciendo referencia a la sentencia de 7 de febrero de 1995, que “a través de la seguridad social la entidad pública traslada los riesgos a la ARP, la cual brinda prestaciones indemnizatorias. Por tal motivo, si el servidor público inició una acción de reparación directa por responsabilidad extracontractual del Estado, las prestaciones de la Seguridad Social constituyen pago parcial de la indemnización plena a cargo del Estado. El Consejo de Estado, además, da a entender que la subrogación de la ARP contra la entidad pública no procedería.

“El problema jurídico relativo a la posibilidad de acumulación de diferentes compensaciones por un mismo daño, entendido como el derecho a percibir indemnizaciones derivadas de varias fuentes: la plena del responsable del daño y la indemnización a forfait o predeterminada por las leyes laborales, o un seguro privado, remite a lo que en la doctrina se conoce como la *compensatio lucri cum damno*.

“El tema pone de presente las relaciones de la responsabilidad civil y la seguridad social y si se quiere, del derecho de seguros. Como lo expresa el profesor André Tunc, a pesar de sus diferencias filosóficas, técnicas y de sus resultados la responsabilidad y la seguridad social tienen una relación muy fuerte que deriva de un hecho fundamental: todos los daños personales causados a alguien por el hecho de otro son susceptibles de ser cubiertos a la vez por la responsabilidad civil y por la seguridad social.

²⁷⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de octubre 3 de 2002. C.P.: Doctor Ricardo Hoyos Duque. Actor: Juan Manuel Caro González. Exp: 14207

“Este cúmulo se produce a menos que la cobertura de la seguridad social no sea más que parcial o a menos que la aplicación de la responsabilidad civil no esté excluida.

“Esta acumulación crea un problema evidente de coordinación: la víctima se puede beneficiar a la vez de dos sistemas de derecho? Si no es así, cuál método se empleará para evitar la acumulación?. Estos son problemas muy difíciles y de gran importancia práctica.

“El tratamiento jurisprudencial y legislativo del asunto puede ser abordado desde una doble perspectiva: 1) Cuando el hecho causante del daño es imputable al patrono o empleador y 2) Cuando éste es imputable a un tercero.

“La Sala considera que la definición sobre la procedencia o no de la acumulación de la indemnización de perjuicios con las prestaciones pagadas a la víctima por la seguridad social, sea que se demande la responsabilidad plena del patrono o empleador o de un tercero, debe efectuarse a partir de la naturaleza jurídica de la seguridad social y de la existencia o no de la subrogación en los derechos de la víctima por parte de la entidad de la seguridad social que paga”.

En este sentido el Consejo de Estado cita Corte Constitucional en la sentencia 453 del 12 de junio de 2002 en la cual expresó: “El sistema de riesgos profesionales se estructura a partir de la existencia de un riesgo creado por el empleador. El Legislador acoge en esta materia la teoría del riesgo creado en la que no se toma en cuenta la culpa del empleador sino que se establece una responsabilidad objetiva por cuya virtud resulta obligado a reparar los perjuicios que sufre el trabajador al desarrollar su labor en actividades de las que el empresario obtiene un beneficio. (...) En ese orden de ideas las entidades Administradoras de Riesgos Profesionales, bajo un esquema de aseguramiento, deben ocuparse de brindar a los trabajadores la prestación de los servicios de salud que requieran, así como

asumir el reconocimiento y pago oportuno de las prestaciones económicas establecidas en el Decreto ley 1295 de 1994”.

Continuando con su análisis dice el Consejo de Estado, “en consecuencia, si a través de la seguridad social el patrono traslada los riesgos a otra entidad (ISS, Cajanal o administradora de riesgos profesionales) las prestaciones derivadas del accidente de trabajo tienen una naturaleza indemnizatoria y por lo tanto, en el evento de que exista culpa suficientemente comprobada del patrono constituyen un pago parcial de la indemnización plena a cargo de éste, independientemente de que le asista o no el derecho de subrogación frente al patrono, cosa que por lo demás no resultaría lógica, en tanto el asegurador se estaría volviendo contra el asegurado en un seguro de responsabilidad civil.

“Cosa distinta sucede cuando el hecho causante del daño es imputable a un tercero distinto del patrono o empleador. En este caso, el único mecanismo que impediría a la víctima acumular la indemnización de perjuicios con las prestaciones obtenidas de la seguridad social sería la subrogación que la ley otorgara a ésta para que sustituyera a la víctima y pudiera obtener del responsable el reembolso de lo pagado. Esta ha sido la solución del derecho francés y es la tendencia en el derecho comparado.

“A nivel legislativo encontramos la ley 6 de 1945 que en su artículo 12, establecía que durante el tiempo en el que el seguro social obligatorio se organizara, corresponderían al patrono las indemnizaciones por accidente de trabajo o enfermedad profesional. Luego la ley 90 de 1946 creó el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales; posteriormente, el Código Sustantivo de Trabajo (1950), artículos 193, 216, 219; y el Decreto 3170 de 1964, artículo 83.

“La Sala Plena de la Corporación, sostuvo inicialmente que las prestaciones reconocidas a los demandantes en razón del vínculo laboral que tenía la víctima,

debían descontarse de la indemnización que se le reconociera en los procesos de responsabilidad extracontractual, con el fin de evitar un enriquecimiento sin causa²⁷⁹.

“No obstante, en sentencia del 7 de febrero de 1995²⁸⁰, cambió su jurisprudencia y consideró que había lugar a la acumulación de prestaciones sociales e indemnización porque ésta tenían fuentes diferentes, así: las primeras, derivadas de la prestación del servicio y la segunda de la falla del mismo: “...la Sala estima en este momento que es menester rectificar la jurisprudencia anterior y acoger como nueva doctrina de la Corporación la que sostiene la sentencia suplicada, pues es incuestionable que las prestaciones sociales reconocidas a la cónyuge supérstite y demás causahabientes tienen como fuente la relación jurídico laboral del causante con la Administración Pública, en tanto que la indemnización reconocida en el proceso en cuestión se apoya en la falla del servicio.

“De suyo, la relación laboral engendra una serie de derechos autónomos, independientemente de que el funcionario o sus causahabientes, herederos o beneficiarios, según el caso, puedan invocar una indemnización plena y ordinaria de perjuicios en caso de lesión invalidante o de muerte; máxime cuanto este resarcimiento pecuniario nada tiene que ver con esa prestación de servicios subordinados.

“Por consiguiente, no existe justificación de ninguna clase para ordenar el descuento del valor de las prestaciones sociales reconocidas a la cónyuge supérstite y demás causahabientes del monto de la misma, pues son obligaciones jurídicas con una fuente distinta, enfrente de las cuales no cabe la compensación que se daría al disponer ese descuento.

²⁷⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de diciembre 13 de 1983. CP: Dr. Low Murtra, actor: Martha Lucia Arango viuda de Diaz. Exp. 10807, y CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena. Sentencia de marzo 27 de 1990 C.P.: Doctor Guillermo Chahin Lizcano. Actor: Esther Bodmer viuda de Garavito. Rad. S-021.

²⁸⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia febrero 7 de 1995 C.P.: Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora, Actor: Mélida Inés Domínguez de Medina y otros, Exp. S-247

“La Sala estima conveniente, además, ahondar brevemente en esta distinción, para lo cual son procedentes los siguientes razonamientos:

“Las prestaciones sociales que le fueron reconocidas a la demandante y a sus hijos, tienen su causa en la ley (Decreto 2063 de 1984), por virtud del vínculo laboral que existió entre la Administración Pública y su esposo y padre, respectivamente, como Agente de la Policía Nacional; y es importante dejar sentado que debían reconocerse, de conformidad con el artículo 120 de ese ordenamiento, aún en el supuesto de que el causante hubiese fallecido de muerte natural. O sea, que a través de ese reconocimiento no se le está otorgando ninguna indemnización a esas personas, sino simplemente pagándoles unas prestaciones sociales a las que tienen vocación por razón del nexo laboral de su causante.

“En cambio, la indemnización de perjuicios que se les reconoció separadamente en el proceso citado, tiene su origen y fundamento en la falla del servicio que produjo la muerte del Agente Pedro Luis Medina Suárez.

“O sea, que en el primer supuesto la obligación deviene de la ley y se sustenta en la relación laboral del causante; en el segundo, nace de la responsabilidad que le compete a la Administración Pública en la muerte de aquél, por una falla del servicio. En ese orden de ideas, no es dable el descuento impetrado por la entidad recurrente”.

“La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tampoco ha tenido una posición unánime. En sentencia del 9 de agosto de 1979²⁸¹, al interpretar el contenido de los artículos 216 del Código Sustantivo del Trabajo y 38 del acuerdo No. 155 de 1963 del Instituto de Seguros Sociales que fue aprobado por el decreto

²⁸¹ Expediente: 6666

3170 de 1964, consideró que el patrono no estaba habilitado para descontar de la indemnización plena debida al trabajador por haberse producido el daño por su culpa, lo que éste hubiera recibido de la entidad aseguradora del riesgo profesional, porque no podía “lucrarse con el aprovechamiento en beneficio suyo de un valor pecuniario que en realidad le pertenecía a persona distinta: el Instituto de Seguros Sociales”, entidad que además en el evento de no ser parte en el juicio respectivo podía reclamar judicial o extrajudicialmente al beneficiario de la indemnización plena del daño, lo que le hubiera entregado a título de indemnización laboral.

“No obstante, en sentencia del 10 de marzo de 1993²⁸², al interpretar las mismas disposiciones concluyó esa Sala que cuando el trabajador sufriera un accidente de trabajo por culpa del patrono tenía derecho a la indemnización total y ordinaria de perjuicios, pero podría descontarse del monto de la misma el valor de las prestaciones en dinero sufragadas por el patrono o, si es el caso, por el I.S.S., cuando éste haya asumido el riesgo, con el fin de evitar que la víctima del accidente recibiera un valor superior al que le correspondiera y obtuviera consiguientemente, un enriquecimiento sin causa.

“Posteriormente, en sentencia del 12 de noviembre de 1993²⁸³ la sala plena de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, con el propósito de unificar la jurisprudencia acogió el criterio adoptado en la sentencia del 9 de agosto de 1979 ya citada y distinguió los siguientes eventos: a) cuando el patrono esté obligado a pagar indemnización total y ordinaria, puede descontar el valor de las prestaciones sociales que haya pagado al trabajador o sus beneficiarios, “sólo para aquellas hipótesis en que el patrono previamente ha pagado el valor de las prestaciones en dinero y posteriormente resulta condenado como culpable del accidente o de la

²⁸² Expediente: 5480. Este criterio también se había adoptado por dicha Sala en sentencia del 24 de mayo de 1978 y 31 de mayo de 1994. Expediente No. 6569.

²⁸³ Expediente: 5868. En igual sentido se pronunció en sentencia del 8 de mayo de 1997, exp: 9389

enfermedad profesional”, b) cuando esas prestaciones hayan sido pagadas por el I.S.S., esa entidad estará facultada para demandar del empleador la restitución de las mismas, siempre que el accidente o la enfermedad se produjeron por su culpa, “puesto que la entidad de previsión social no asegura los daños causados por dolo o culpa del patrono”, y c) cuando la víctima o sus causahabientes instauren las acciones pertinentes para obtener la indemnización total y ordinaria de perjuicios, “del monto de ella y por el mismo Instituto deberá descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas de acuerdo con las normas del reglamento”. Para adoptar dicho criterio realizó el siguiente razonamiento:

“...no sólo por expresarlo así claramente el mentado artículo 83 del Acuerdo 155 de 1963 sino, y ésta fue la razón principal que tuvo la Sala, porque nadie puede asegurar su propia culpa ni muchísimo menos obtener algún beneficio de ella, el genuino sentido de lo dispuesto en los artículos 216 del Código Sustantivo del Trabajo...y del artículo 83 del susodicho acuerdo, que se dice inaplicado, es el de que el Instituto de Seguros Sociales no ha asumido, ni racionalmente podría asumirlo, el riesgo de daño al trabajador que le sobrevenga por causa de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional en cuya ocurrencia se compruebe suficientemente la culpa del empleador; y que por ello quien está habilitado para obtener la devolución de lo que pague por concepto de prestaciones que cubren los perjuicios derivados de la responsabilidad objetiva del patrono en la producción del accidente o la enfermedad profesional es el Instituto de Seguros Sociales...

“Quiere esto decir que en ninguna de las hipótesis consagradas por los artículos 216 del Código Sustantivo del Trabajo y 83 del Acuerdo 155 de 1963, le es dado a quien causó el perjuicio descontar suma alguna del valor de las prestaciones en dinero pagadas por el Instituto de Seguros Sociales, pues ello conduciría a que el empleador culpable resultara a la postre obteniendo beneficios del daño que causó, o al menos exonerándose de la responsabilidad en un riesgo producido por su acto

intencional o culposo. Y es apenas obvio que nadie puede alegar en su favor su propia torpeza, ni muchísimo menos puede lucrarse del daño ajeno que él causó, conforme resulta de los principios generales de derecho expresado en los antiguos pero siempre actuales brocardos latinos: *'Non auditur propiam allegans turpitudinem'* (El que alega su propia torpeza no debe ser oído) y *'Nemo deber lucrari ex alieno damno'* (Nadie debe lucrarse del daño ajeno).

“Por último, en sentencia del 8 de mayo de 1997, la sala de casación civil de la Corte Suprema de justicia insinúa que el acuerdo No. 155 de 1963 de la Junta Directiva del I.S.S. es ilegal y por lo tanto, en el evento de establecer la subrogación debería ser inaplicado.

“Las razones que tuvo en cuenta para fundar su tesis fueron las siguientes: 1) El poder normativo de los reglamentos del Seguro está limitado por su objeto social: es entidad aseguradora de los riesgos originados en la prestación de servicios subordinados; la ley no le dio al Seguro la atribución de determinar las consecuencias de la culpa del patrono en la ocurrencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, pues esas consecuencias corren a cargo exclusivo del empleador culpable. 2) La competencia que le reconoce la ley al Seguro para subrogar al patrono en la asunción de riesgos laborales está dentro del ámbito de las prestaciones, de los servicios sociales o de las medidas de seguridad social que deben amparar a sus beneficiarios, como lo prescribe el artículo 7° del decreto ley 433 de 1971; pero el Seguro no está legalmente facultado para regular las indemnizaciones originadas en enfermedades profesionales o accidentes de trabajo que ocurran por la culpa suficientemente comprobada del patrono. El Seguro tampoco está legalmente facultado para aminorar la carga patrimonial del patrono en esa materia, por lo cual, asume toda la responsabilidad ordinaria por mandato del artículo 216 del CST; y, por lo mismo, el Seguro subroga al patrono únicamente en el riesgo que da lugar a la denominada responsabilidad objetiva. 3) Si, por su equívoca redacción, el

artículo 83 del Acuerdo 155 de 1963 consagrara el derecho del empleador culpable del accidente para descontar del monto de la indemnización ordinaria lo pagado por el Seguro por prestaciones en dinero, la norma sería inaplicable, al igual que el artículo 1° del decreto 3170 de 1964 que lo aprobó. 4) El Seguro reconoce prestaciones para cuyo cálculo toma en cuenta variables como el salario, los años de servicios, el número de cotizaciones, la edad del trabajador, la vida probable, etc. En cambio, no toma en cuenta los perjuicios realmente producidos, lo cual marca una diferencia entre la indemnización a que se refiere el artículo 216 del CST, que busca reparar la totalidad del daño ocasionado por el patrono culpable, con la actividad aseguradora del Instituto. 5) No es cierto que el trabajador se beneficie doblemente (con la indemnización plena y con las prestaciones económicas del Seguro), puesto que el seguro ha sido tomado por el mismo accidentado, de modo que el patrono no puede restar de la indemnización total y ordinaria de perjuicios lo pagado por el Seguro Social en virtud del cubrimiento de un riesgo que no ha sido asegurado por él.

“Cuando el daño es imputable a un tercero, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha oscilado en su jurisprudencia entre reconocer a la víctima o sus beneficiarios el derecho a acumular lo pagado por la seguridad social y la reparación que obtiene del responsable del daño, por considerar que éstas tienen causas jurídicas diferentes, o negarle el derecho, so pretexto de que ello constituiría una doble indemnización.

“En sentencia del 22 de octubre de 1998, dicha Sala consideró que para la solución de la disyuntiva propuesta debía definirse si el pago del seguro o de la seguridad social extinguía la obligación del tercero responsable o únicamente solucionaba su propia obligación, caso en el cual subsistiría la obligación indemnizatoria del victimario. Aclaró que la posibilidad de subrogación que puedan tener la compañía aseguradora o la entidad de seguridad social no se deriva del artículo 1666 del Código Civil porque esta norma otorga tal derecho al tercero que

paga la obligación del deudor, pero no cuando extingue su propia obligación, sino de las disposiciones legales que en forma concreta reconozcan ese derecho y así advirtió que en el seguro de personas la ley prohíbe la subrogación (art. 1139 C. Co.), pero la permite en el seguro de daños (art. 1096 C. Co.), y con fundamento en estas consideraciones concluyó que es la ley y no la naturaleza del seguro la que posibilita la acumulación de las indemnizaciones:

“...la improcedencia de la acumulación no puede fundarse en el argumento simple del resarcimiento de la víctima por el asegurado y el carácter indemnizatorio del mismo, sino en la consagración legal de una acción de subrogación a favor del asegurador que pagó, pues de no existir dicha acción la acumulación no tendría reproche, porque el tercero no puede quedar impune y constituirse en el verdadero beneficiario del seguro”.

“Aclaró, además, que no es el carácter indemnizatorio de las prestaciones ni la diferencia de fuentes de donde éstas se derivan, lo que permite establecer si hay lugar o no a la acumulación, porque el seguro sólo tiene el carácter de indemnizatorio cuando el asegurador extingue la obligación del responsable; pero aún en eventos en los cuales la causa jurídica de las obligaciones de asumir el riesgo es distinta, la ley autoriza la subrogación”.

Con estas premisas consideró que “en relación con el Instituto de Seguros Sociales como el art. 83 del decreto 3170 de 1964, mediante el cual se aprobó el acuerdo 155 de 1963 proferido por la Junta Directiva de dicho Instituto, permitía el recobro de las indemnizaciones pagadas al asegurado, el responsable no podía obtener el descuento de lo pagado por aquel a la víctima o sus beneficiarios, pero la entidad que asumió el riesgo profesional sí podía demandar de quien hubiera recibido la indemnización plena, la devolución del valor de las prestaciones ya concedidas. La interpretación de la norma citada realizada por esa Sala fue la siguiente:

“a) El inciso primero legitima directamente al instituto para pretender del tercero responsable del daño causado al trabajador beneficiario, el pago de la ‘indemnización común’ plena, es decir, por toda clase de perjuicios derivados del hecho culposo imputado al demandado, quedando a su favor ‘el monto calculado de las prestaciones que el instituto acordare por el accidente’ y ‘debiendo entregar a los beneficiarios el saldo si lo hubiere.

“b) De conformidad con el inciso segundo esa legitimación que la primera parte de la norma confiere al instituto, ‘no es óbice para que la víctima o sus causahabientes instauren las acciones pertinentes en derecho común para obtener la indemnización total y ordinaria por perjuicios’, caso en el cual del monto resarcitorio debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas por el instituto. En otras palabras, esta segunda parte de la norma, en clara concordancia con la primera reconoce la legitimación de la víctima o sus causahabientes, para pretender la indemnización total, así se haya recibido del instituto el pago de prestaciones en dinero con carácter indemnizatorio, pero con la obligación de ‘entregar’ a éste (al instituto), ‘el valor las prestaciones en dinero pagadas’, que es lo que en los términos de la norma significa ‘descontarse el valor...’, o sea que dicha entidad queda con el derecho a reclamar de la víctima del accidente el reembolso del valor de las prestaciones que la entidad pagó por esa misma causa.

“Otra interpretación distinta a la propuesta por la Corte, aparejaría una de dos consecuencias negativas que en manera alguna pueden propiciarse, cuales son tornar la indemnización en fuente de lucro porque se pudiera dar lugar a un doble pago, si la víctima no se entendiera obligada a restituir el valor de los dineros recibidos del instituto con carácter indemnizatorio, o liberar así sea parcialmente y sin razón jurídica atendible, al victimario del deber de resarcimiento integral a su cargo, si se concluyera que el afectado no puede pretender sino el pago de lo no

recibido del instituto, pues lo cierto es que la norma en estricto sentido no establece la posibilidad de subrogación por la que se venía averiguando”.

El decreto ley 1295 de 1994, que determina la organización y administración del sistema general de riesgos profesionales, establece en el artículo 77 que dicho sistema será administrado por el Instituto de Seguros Sociales y “las entidades aseguradoras de vida que obtengan autorización de la Superintendencia Bancaria para la explotación del ramo de seguro de riesgos profesionales”. Esto significa que entidades diferentes como las cajas de previsión social que antes administraban tales riesgos, a partir de la vigencia de ese decreto perdieron dicha función.

“El artículo 16 del citado decreto establece la obligatoriedad de las cotizaciones en forma exclusiva a cargo del empleador durante la vigencia de la relación laboral. El no pago de dos o más cotizaciones implica la desafiliación automática del sistema de riesgos profesionales “quedando a cargo del respectivo empleador la responsabilidad del cubrimiento de los riesgos profesionales”.

“El artículo 98 del decreto ley 1295 derogó en forma expresa varias disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, norma que a su vez no derogó el artículo 216 sobre responsabilidad total y ordinaria del patrono, lo cual significaría que actualmente de la indemnización plena a cargo de éste se descuenta lo recibido de la seguridad social (pago parcial pero definitivo por cuenta del empleador que le trasladó los riesgos profesionales derivados de la relación laboral).

“Cabe anotar que la Corte Constitucional mediante sentencia C-432 del 12 de junio del presente año declaró inexecutable más de quince artículos del decreto ley 1295 de 1994 sobre riesgos profesionales (prestaciones económicas por incapacidad temporal y por incapacidad permanente parcial, pensiones de invalidez y de sobrevivientes y auxilio funerario) por considerar que el gobierno

había excedido las facultades que le fueron conferidas por el congreso mediante la ley 100 de 1993 para organizar la administración del sistema general de riesgos profesionales y no para definir o derogar las prestaciones establecidas en el Código Sustantivo del trabajo, el decreto ley 3135 de 1968 y el decreto reglamentario 1848 de 1969 como se había dispuesto en el artículo 98 del citado decreto.

“Los efectos de este fallo se defirieron hasta el 17 de diciembre de 2002 “para que el Congreso expida la nueva legislación sobre la materia regulada por el decreto ley 1295 de 1994”.

“1.- El hecho causante del daño proviene del patrono o empleador. La sentencia de 11 de septiembre de 2000 de la Sala de Casación Laboral.

“En esta sentencia se dijo que el artículo 12 del decreto 1771 de 1994 tiene una redacción similar a la de su antecesor, el 83 del acuerdo 155 de 1963 de la Junta Directiva del I.S.S., “de manera que por este solo aspecto, si fuera puesto en relación con el 216 del CST, no sería útil para dar por sentada la posibilidad de descontar las prestaciones económicas del Seguro Social de la indemnización ordinaria de perjuicios.

“Ninguna de las normas cuya acusación plantea el cargo permite concluir en la tesis de la censura. En efecto:

“El artículo 139-11 de la ley 100 de 1993 confirió al Presidente de la República precisas facultades extraordinarias pro tempore para “Dictar las normas necesarias para organizar la administración del sistema general de riesgos profesionales como un conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes, que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del

trabajo que desarrollan. En todo caso, la cotización continuará a cargo de los empleadores”; luego nada indica que en esta atribución de facultades legales, el Presidente de la República pudiera regular las consecuencias de la culpa patronal del artículo 216 del CST.

“El decreto ley 1295 de 1994, según su encabezamiento, determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales. El artículo 13 se limita a señalar quiénes son los afiliados a dicho sistema; el 34 consagra el derecho a las prestaciones; el 49 establece que, en caso de muerte del afiliado o del pensionado por riesgos profesionales, como consecuencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes las personas descritas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, y sus reglamentos; pero esa norma nada dice sobre la responsabilidad por culpa patronal en el accidente de trabajo o en la enfermedad profesional. El artículo 50 se limita a fijar el monto de la pensión de sobrevivientes y el 53 a precisar las condiciones de la devolución de saldos y de la indemnización sustitutiva cuando ocurre la muerte del asegurado. El artículo 78 dice que el Instituto de Seguros Sociales continuará administrando los riesgos profesionales de conformidad con sus reglamentos, lo cual no le da la razón a la sociedad recurrente. Pero sí conviene precisar que la tesis de los opositores sobre esta norma no es acertada, puesto que ella no remite a los reglamentos anteriores de una manera incondicional sino subordinada a lo dispuesto en el decreto 1265 que se estudia, puesto que la norma dice que los reglamentos del Seguro Social “... deberán ajustarse a lo dispuesto en este decreto ...”. Y el 97 fija la vigencia del sistema general de riesgos profesionales.

“Como ninguna de las normas acusadas, puestas en relación con el artículo 216 del CST, permite concluir que haya variado el sistema legal que informó la jurisprudencia de la Corte, la conclusión es que sigue vigente la interpretación que allí se consignó”.

“2.- El hecho causante del daño proviene de un tercero. La interpretación de la Sala de Casación Civil

“En la sentencia del 22 de octubre de 1998 que se citó antes, la sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia consideró que ese texto era “idéntico” al art. 83 del decreto 3170 de 1964, aprobatorio del acuerdo de la Junta directiva del ISS, y que por lo tanto, la interpretación debía ser la misma ya que ninguna de esas normas “regulan un sistema asegurativo de la responsabilidad en que pueda incurrir ese tercero a quien le es imputable el daño razón por la cual carece de fundamento su pretensión destinada a obtener que las prestaciones económicas pagadas por el seguro social le sean descontadas del valor de la indemnización ordinaria por perjuicios que deba asumir de acuerdo con la ley.”

“La opinión de la Sala respecto del anterior análisis consiste en establecer que la procedencia o no de la acumulación de la indemnización de perjuicios con las prestaciones pagadas a la víctima por la seguridad social, sea que se demande la responsabilidad plena del patrono o empleador o de un tercero, debe efectuarse a partir de la naturaleza jurídica de la seguridad social y de la existencia o no de la subrogación en los derechos de la víctima por parte de la entidad de la seguridad social que paga.”

Con respecto al derecho a la subrogación de la seguridad social afirma que:

“Cosa distinta sucede cuando el hecho causante del daño es imputable a un tercero distinto del patrono o empleador. En este caso, el único mecanismo que impediría a la víctima acumular la indemnización de perjuicios con las prestaciones obtenidas de la seguridad social sería la subrogación que la ley -no un decreto reglamentario ni un acuerdo expedido por la junta directiva de una entidad publica de la seguridad social, como ha sucedido hasta ahora- otorgara a

ésta para que sustituyera a la víctima y pudiera obtener del responsable el reembolso de lo pagado.

“Esta ha sido la solución del derecho francés, por ejemplo, en la ley de 1985 que busca mejorar la situación de las víctimas de los accidentes de la circulación, en la cual se establece como regla “el recurso del tercero que paga contra la persona que debe reparar un daño como resultado de un atentado a la persona” (capítulo II, arts. 28 a 34).

“Esa, igualmente, es la tendencia en el derecho comparado. Así lo señala el documento sobre “cúmulo de prestaciones y subrogación” preparado en 1994 por el grupo de trabajo de la Asociación Internacional de Derecho de los Seguros (AIDA), bajo la dirección del profesor argentino Juan Carlos Morandi, cuando expresa que:

“Debe promoverse que en la legislación se prevea que las diversas indemnizaciones que reciba una víctima o sus derechohabientes a raíz de un accidente, sea de la naturaleza que fuere, no supere el monto del perjuicio efectivamente sufrido más una razonable suma en concepto de daño moral cuando éste correspondiere. Debe evitarse que el cúmulo de prestaciones derive en un enriquecimiento indebido de la víctima o de sus derechohabientes, coordinando al efecto los sistemas de seguridad social. Se exceptúan los aportes provenientes de los seguros privados contratados y pagados por la propia víctima, en función de su deber de proveer a su propia prevención.

Luego del anterior planteamiento, la Sala considera que “como en el caso concreto el hecho dañoso es imputable a la Nación (Fiscalía General) y esa entidad había trasladado los riesgos que pudieran sufrir sus funcionarios como consecuencia de un accidente de trabajo a CAJANAL, la pensión de invalidez que ésta le reconoció al señor Juan Manuel Caro González, en su condición de empleado de la Fiscalía,

constituye pago parcial de la indemnización plena a cargo de la última y por lo tanto, tienen naturaleza indemnizatoria.”

“Ahora bien, CAJANAL le reconoció al demandante una pensión por invalidez total equivalente al 100% de su remuneración. Esto significa que cubrió totalmente el valor del lucro cesante que le correspondería pagar a la Nación (Fiscalía Nacional), pues para el cálculo de la indemnización de tal perjuicio se toma en cuenta el salario que devengaba la víctima en la época del accidente y la fecha probable de su muerte, que son los mismos factores con base en los cuales se liquidó y se pagará en este evento la pensión otorgada al demandante. Razón por la que se confirmará por este aspecto la sentencia proferida por el Tribunal.”

6.3.2.2 Salud

Las prestaciones relacionadas con la salud son típicamente indemnizatorias tanto para la seguridad social como para los seguros privados o la medicina prepagada. Ante lo cual es necesario aclarar que no hay coexistencia entre las tres figuras pues esta posibilidad solo opera en los seguros en la medida en que implica un pago a prorrata y entre las mismas no es viable dividir un pago de esta forma.

Quien decide qué mecanismo usar es la persona cubierta salvo en los accidentes de tránsito en los que el SOAT es prioritario.

La razón de la no acumulación es la naturaleza indemnizatoria de las prestaciones pues los seguros de salud se asemejan a los seguros de daños y procede la subrogación prevista en el Código de Comercio. En la regulación de la seguridad social y de la medicina prepagada no existe una norma que establezca la subrogación. Pero esta podría proceder en virtud de la aplicación de principios generales y de analogía para casos similares.

Por tanto la víctima que ya fue atendida, bien sea que esté en el régimen subsidiado o contributivo, podrá pedirle al responsable el valor de los tratamientos que no fueron cubiertos por la EPS, mas no la totalidad de los costos del tratamiento básico pues esto no implica una erosión patrimonial para el perjudicado.

6.3.2.3 Pensiones

Como lo afirma Hoyos Duque “La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha oscilado en su jurisprudencia entre reconocer a la víctima o sus beneficiarios el derecho a acumular lo pagado por la seguridad social y la reparación que obtiene del responsable del daño, por considerar que estas tienen causas jurídicas diferentes, o negarle el derecho, so pretexto de que ello constituiría una doble indemnización”²⁸⁴

En primer lugar en Sentencia de 24 de junio de 1996²⁸⁵ la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia estableció que los familiares de un afiliado del ISS tenían derecho a reclamar una indemnización del tercero responsable aun habiendo recibido una pensión de sobrevivientes por el ISS. Aunque correcta la decisión, argumentó su fallo en que había diferencia de causas jurídicas lo cual a juicio del doctor Tamayo fue el camino equivocado, pues debió basarse en el hecho de que el ISS carecía de acción subrogatoria contra el responsable y como la pensión y la indemnización tenían causas jurídicas diferentes, entonces la acumulación era legítima.

En Sentencia de 22 de octubre de 1998²⁸⁶ la Corte cambia su posición argumentando que “es la existencia de una norma que consagra la subrogación

²⁸⁴ HOYOS. Op. cit., p. 105

²⁸⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil. Sentencia de junio 24 de 1996. M.P.: Doctor Jose Fernando Ramírez Gómez. Actor: Ernesto Leyton Romero. Exp. 4424

²⁸⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil. Sentencia de octubre 22 de 1998. M.P.: Doctor Jose Fernando Ramírez Gómez. Actor: Luis Armando Clavijo. Exp: 4866

especial a favor de quien paga a la víctima alguna prestación lo que abre las puertas a la prohibición de acumular indemnizaciones, y que no es el simple carácter indemnizatorio de la prestación lo que imposibilita dicho cúmulo.”²⁸⁷ Así mismo, establece que las normas del Código Civil no son suficientes para que opere la subrogación, ya que ésta tiene lugar cuando el tercero paga la obligación del deudor, pero no cuando extingue su propia obligación.

En la sentencia se hace una interpretación del artículo 83 del Decreto 3170 de 1964, estableciendo que la norma en su primer inciso legitima al ISS para pretender el pago de las prestaciones que se calcularen a favor del beneficiario como consecuencia del perjuicio, en contra del causante del mismo; quien además debe pagarle a la víctima el saldo que quedara pendiente. En el segundo inciso se establece que lo anterior no implica que la víctima o sus causahabientes no puedan iniciar las acciones correspondientes para obtener la indemnización de los perjuicios, evento en el cual se descontará el valor de las prestaciones pagadas por el ISS.

Así, la Sala establece que el Tribunal se equivocó cuando dispuso el descuento de las sumas pagadas a título de pensión por el ISS, pues la condena a los causantes del perjuicio debió ser por la totalidad del perjuicio, y el ISS debió haber quedado con la facultad de repetir contra el responsable.

Aunque la Corte no casa la sentencia porque crearía una situación más gravosa a la parte recurrente, el demandado, si establece que con respecto a los que dijo el Tribunal, la orden de suspender el pago de la pensión de invalidez puede cumplirse cuando el demandante haya recibido el pago de la indemnización que pague el demandado, con el fin de evitar una doble indemnización.

²⁸⁷ TAMAYO. Op. cit., p. 647

El doctor Tamayo hace una crítica a la sentencia al establecer que, aunque las premisas generales sobre acumulación y subrogación son muy acertadas, la interpretación de algunas normas es errada. Se interpreta que el artículo 83 del Decreto 3170 de 1964 no habla de la acción subrogatoria a favor del ISS y que el tercero está obligado a pagar a la víctima la totalidad de la indemnización y que será ésta última la que deba reembolsar a la entidad lo que le hubiere reconocido. Y termina concluyendo la Corte que el ISS deberá pagar a la víctima la pensión hasta que el responsable pague la indemnización.

Con respecto a lo anterior, se determina que la correcta interpretación del artículo mencionado es que cada inciso regula las acciones del trabajador y del ISS para que cada uno reclame al tercero responsable lo que le corresponde, logrando así que ninguna de las partes se enriquezca y que el responsable no tenga que pagar dos veces la indemnización. Así pues, el primer inciso habla sobre la subrogación a favor del ISS, lo que implica que sólo puede cobrar al responsable lo que a su turno haya pagado; y el segundo inciso establece que el trabajador perjudicado puede pedir al responsable lo que no haya sido reconocido por el ISS, con el fin de obtener una indemnización plena por los perjuicios causados.

La Corte se vuelve a contradecir al decir que el ISS al pagar, está cumpliendo con sus obligaciones y que al no existir subrogación especial es posible acumular las indemnizaciones. Pero a la hora de fallar, ordena al ISS abstenerse de seguir pagando la pensión cuando el tercero le pague a la víctima la indemnización.

“En conclusión, creemos que de ser aplicable el artículo 83 del Decreto 3170 de 1964, es indudable que existe la subrogación a favor del Seguro Social, lo que significa que no es posible que el tercero responsable pueda ser obligado a indemnizar la totalidad del daño a la víctima para que esta después reembolse al Seguro lo que este ya ha pagado. Con ese mismo argumento, es claro que, otorgada la pensión por el Seguro, el perjudicado no puede cobrar ese mismo

daño al tercero responsable. Es esa, justamente, la consecuencia de la prohibición de acumular y del consecuente derecho de subrogación hasta el monto de lo pagado por el responsable.”²⁸⁸

En relación con la jurisprudencia del Consejo de Estado y siguiendo lo planteado por Hoyos Duque es viable afirmar que las posiciones que esta institución ha tenido se pueden dividir en tres:

“a) Que si bien el damnificado tiene derecho a la reparación plena del daño, para evitar un enriquecimiento sin causa, debe descontarse de la indemnización la suma correspondiente a las prestaciones sociales que hubiera recibido” ²⁸⁹

En Sentencia de 13 de Diciembre de 1983²⁹⁰ el Consejo de Estado adopta una posición muy semejante a la del Derecho Francés, analizada con anterioridad, al aceptar la indemnización plena del daño, pero que para evitar enriquecimiento sin causa, las prestaciones percibidas por esos hechos, deberán descontarse de la indemnización total.

Al respecto argumenta “No obstante, cuando el daño se produce en forma independiente a la prestación ordinaria o normal del servicio sino que han sido causadas (heridas o muerte) por falla del servicio, el funcionario, o el militar en su caso que las sufre o sus damnificados tienen derecho a ser indemnizados en su plenitud. Para evitar enriquecimiento sin causa las prestaciones percibidas por esos hechos deberán descontarse de la indemnización total. Ejemplos típicos de esta situación se presentan en todos los casos en que el accidente se produce por fallas del servicio ajenas al trabajo profesional propio del agente tales como el militar que perece al cruzar un puente en construcción, sin señales de peligro o aquel que

²⁸⁸ Ibid., p. 654

²⁸⁹ HENAO. Op. cit., p. 100.

²⁹⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de diciembre 13 de 1983. C.P.: Dr. Low Murtra, Actor: Martha Lucia Arango viuda de Diaz, exp. 10807. Extracto citado en Henao Pérez. Pág. 55.

muere víctima de un agente de policía ebrio en horas de servicio y cuando el militar no interviene en el operativo sino que cruza accidentalmente por el lugar. También se dan los casos en que los hechos exceden los riesgos propios del ejercicio: Tal es el caso del militar que perece en accidente de tránsito debido a falta de sostenimiento del vehículo oficial que lo transporta, o el militar que perece en accidente de su avión debido a que éste fue defectuosamente reparado por el servicio de mantenimiento. En todos estos casos la actividad propia del militar no juega ningún papel y su no indemnización plena rompería el principio de la igualdad de los ciudadanos ante la ley”

Luego, en Sentencia del 27 de marzo de 1990²⁹¹ el Consejo de Estado, en relación con el tema que se analiza, dijo lo siguiente:

Si bien “la sentencia recurrida indica que el Capitán de Fragata Jorge Enrique Garavito Martínez falleció en forma independiente a la prestación ordinario o normal del servicio, pues su deceso ocurrió por negligencia de los empleados del Hospital Militar Central (falla del servicio médico asistencial), al parecer y suministrársele una sustancia nociva para la salud en lugar de una mezcla de glucosa para una curva de glicemia, lo cual implica o da derecho a indemnización plena o total de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, bien se trata de un simple ciudadano o de un servidor público que devenga sus ingresos del erario público, en cuyo caso, aplicando la sentencia de Sala Plena que se invoca como contrariada, debe descontarse de la indemnización total las prestaciones percibidas por esos hechos para evitar en esa forma un enriquecimiento sin causa.

“b) que había lugar a esa acumulación, sin ningún descuento, porque las prestaciones sociales y la indemnización tenían fuentes diversas: las primeras,

²⁹¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena. Sentencia de marzo 27 de 1990 C.P.: Doctor Guillermo Chahin Lizcano. Actor: Esther Bodmer viuda de Garavito. Rad. S-021.

derivan de la relación jurídico laboral de la víctima y por lo tanto, no tienen carácter indemnizatorio y la segunda, tiene su origen en el daño sufrido por la víctima^{292,293}

Por ejemplo en Sentencia de 7 de febrero de 1995²⁹⁴ éste tribunal, en sala plena argumentó:

“es incuestionable que las prestaciones sociales reconocidas a la cónyuge supérstite y demás causahabientes, tienen como fuente la relación jurídico laboral del causante con la administración, en tanto que la indemnización reconocida en el proceso en cuestión se apoya en la falla del servicio (...)

“De suyo, la relación laboral engendra una serie de derechos autónomos, independientemente de que el funcionario o sus causahabientes, herederos o beneficiarios, según el caso, puedan invocar una indemnización plena y ordinaria de perjuicios en caso de lesión invalidante o de muerte; máxime cuando este resarcimiento pecuniario nada tiene que ver con esa prestación de servicios subordinados.

“Por consiguiente, no existe justificación de ninguna clase para ordenar el descuento del valor de las prestaciones sociales reconocidas a la cónyuge supérstite y demás causahabientes del monto de la misma, pues son obligaciones jurídicas con una fuente distinta, enfrente de las cuales no cabe la compensación que se daría al disponer ese descuento”

La Sala estima conveniente, además, ahondar brevemente en esta distinción, para lo cual son procedentes los siguientes razonamientos:

²⁹² Entre otras: CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de abril 10 de 1997, C.P.: Doctor: Jesus Maria Carrillo Ballesteros. Actor: Gladys María Rodríguez de Medina y otros. Exp. 11866; CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia abril 24 de 1997, C.P.: Doctor Ricardo Hoyos Duque, Actor: Eduardo Navarro, Exp. 9997; CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia julio 4 de 1997, C.P.: Doctor Ricardo Hoyos Duque, Actor: Ma. Luisa Valenzuela G. y otros, Exp. 10182.

²⁹³ HENAO. Op. cit., p. 100.

²⁹⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia febrero 7 de 1995 C.P.: Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora, Actor: Mélida Inés Domínguez de Medina y otros, Exp. S-247. Citado por HENAO. Op. cit., p. 55 y 56

“Las prestaciones sociales que le fueron reconocidas a la demandante y a sus hijos, tienen su causa en la ley (decreto 2063 de 1984), por virtud del vínculo laboral que existió entre la Administración Pública y su esposo y padre, respectivamente, como Agente de la Policía Nacional; y es importante dejar sentado que debían conocerse, de conformidad con el artículo 120 de ese ordenamiento, aun en el supuesto de que el causante hubiese fallecido de muerte natural. O sea, que a través de ese reconocimiento no se le está otorgando ninguna indemnización a esas personas, sino simplemente pagándoles unas prestaciones sociales a las que tienen vocación por razón del nexo laboral de su causante.

“En cambio, la indemnización de perjuicios que se les reconoció separadamente en el proceso citado, tiene su origen y fundamento en la falla del servicio que produjo la muerte del Agente Pedro Luis Medina Suárez.

“O sea, que en el primer supuesto la obligación deviene de la ley y se sustenta en la relación laboral del causante; en el segundo, nace de la responsabilidad que le compete a la Administración Pública en la muerte de aquél, por una falla del servicio. En ese orden de ideas, no es dable el descuento impetrado por la entidad recurrente”²⁹⁵

“Por tanto, en los casos donde la administración es responsable y de la misma forma aplica la cobertura de la seguridad social, tratándose de un servidor público

²⁹⁵ HOYOS. Op. cit., p. 101. Al respecto comenta: “Esta es la posición de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español que ha construido la doctrina de la llamada “perfecta compatibilidad” y absoluta independencia entre las indemnizaciones civiles y laborales “(...) con independencia del capital o pensión que pueda correspondiente con cargo a la seguridad social, el trabajador o sus derechohabientes pueden reclamar con apoyo en las normas reguladoras de la responsabilidad civil extracontractual la indemnización que corresponde frente al empresario o al tercero al que el hecho lesivo puede ser imputado (...) El derecho español presenta, de este modo, una clara singularidad frente al panorama del derecho comparado puesto de manifiesto por F. Pantaleón. Para este autor no resulta aventurado afirmar que el régimen vigente responde a la conciencia más o menos oscura por parte de nuestro legislador y de nuestros tribunales de justicia, de que los capitales y las pensiones abonados por la seguridad social, así como las indemnizaciones que suelen ser concedidas en materia de responsabilidad civil, son en la práctica notoriamente insuficientes, idea a la que habría que añadir el hecho de que una parte de las cuotas de la seguridad social para cobertura de accidentes de trabajo las pagan los propios trabajadores. Díez-Picazo, op.cit., págs. 177 y 178”

“aceptó que el servidor público y sus causahabientes podían acumular las prestaciones de la seguridad social y a cargo del patrono con la indemnización por responsabilidad administrativa”.

Un año después, en Sentencia de 16 de julio de 1996²⁹⁶ en el caso del Palacio de Justicia, el Consejo de Estado decidió no descontar las pensiones que la ley decretó a favor de los familiares de las víctimas mortales del suceso que pertenecían a la rama judicial, sin tener en cuenta si estos habían o no cumplido los requisitos necesarios para que sus familiares accedieran a una pensión de sobrevivientes²⁹⁷.

La jurisprudencia colombiana concluye entonces que la indemnización que se causa con el hecho dañino, es decir, la correspondiente a la responsabilidad civil, es independiente de la prestación de tipo laboral o legal que se deriven del mismo hecho, pero tienen una causa jurídica diferente.

Contrario a lo que ocurre en el derecho francés, la jurisprudencia colombiana no resuelve el problema de la acumulación teniendo en cuenta la posibilidad de subrogación sino que da prevalencia al concepto de causa jurídica.

La razón para que el Consejo de Estado no se haya pronunciado respecto de la subrogación es porque, como lo explica Henao, “en los casos que tenía bajo estudio había una coincidencia entre la persona pública que era declarada

²⁹⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena. Sentencia julio 16 de 1996, C.P.: Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, Actor: Susana Becerra de Medellín y otros. Exp: S-422. Citado por HENAO. Op. cit., p. 56.

²⁹⁷ Esta jurisprudencia se ha reiterado, entre otras, en las siguientes sentencias:

- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de julio 4 de 1997 C.P.: Doctor Ricardo Hoyos Duque. Actor: María Luisa Valenzuela G. y otros. Exp: 10182

- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia abril 24 de 1997, C.P.: Doctor Ricardo Hoyos Duque, Actor: Eduardo Navarro, Exp. 9997

- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de abril 10 de 1997, C.P.: Doctor: Jesus Maria Carrillo Ballesteros. Actor: Gladys María Rodríguez de Medina y otros. Exp. 11866

- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de marzo 20 de 1997, C.P.: Doctor Daniel Suarez Hernández, Actor: Alberto Laverde Martínez, Exp. 11183

- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia febrero 20 de 1997, C.P.: Doctor Jesús María Carrillo Ballesteros, Actor: Janerd Sáenz Salape y otros, Exp. 11756

- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de octubre 30 de 1997, C.P.: Doctor Carlos Betancur Jaramillo, Actor: Mary Bustos Hormaza, Exp. 11960

responsable y la persona pública que a su turno tenía que pagar una prestación laboral o social. No podía operar así la figura de la subrogación”²⁹⁸

En otra oportunidad en Sentencia de 10 de abril de 1997 ²⁹⁹ se reitera la posición mencionada anteriormente, es decir, el Consejo de Estado permite la acumulación de indemnizaciones basándose en el criterio de las causas.

“También se confirma en la sentencia lo establecido como indemnización correspondiente a los perjuicios materiales, tema en el cual se establece que si puede acumularse con el monto de la pensión y de las prestaciones sociales reconocidas. Lo anterior basado en el argumento que éstos tienen fundamento la relación laboral del fallecido, mientras que la otra tiene como causa la falla en el servicio”.

Finalmente en Sentencia de 4 de julio de 1997³⁰⁰ y siguiendo con la tendencia antes mencionada, la Sección Tercera del Consejo de Estado, apoyada en otra sentencia de la misma Sala, se pronunció de la siguiente forma:

“Con relación a los perjuicios materiales no comparte la Sala la argumentación que para negarlos elaboró el a quo, pues desde la Sentencia de la Sala Plena de 7 de febrero de 1995, la Corporación ha admitido la concurrencia de la indemnización por falla del servicio con las sumas pagadas en razón de la relación laboral que tenía la víctima. Al respecto sostuvo:

“La sentencia suplicada acogió, entonces, una jurisprudencia contraria a la que contienen las providencias traídas a colación por la entidad recurrente, en cuanto

²⁹⁸ HENAO. Op. cit., p. 57

²⁹⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de abril 10 de 1997, C.P.: Doctor: Jesus Maria Carrillo Ballesteros. Actor: Gladys María Rodríguez de Medina y otros. Exp. 11866

³⁰⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de julio 4 de 1997 C.P.: Doctor Ricardo Hoyos Duque. Actor: María Luisa Valenzuela G. y otros. Exp: 10182

no dispuso el descuento de las sumas percibidas por los demandantes por concepto de prestaciones sociales.

Empero, aunque contradice una jurisprudencia anterior, se ajusta a la ley, y por lo tanto, la Sala estima en este momento que es menester rectificar aquélla y acoger como nueva doctrina de la Corporación la que sostiene la sentencia suplicada, pues es incuestionable que las prestaciones sociales reconocidas a la cónyuge superviviente y demás causahabientes tienen como fuente la relación jurídico laboral del causante con la administración pública, en tanto que la indemnización reconocida en el proceso en cuestión se apoya en la falla del servicio.

De suyo la relación laboral engendra una serie de derechos autónomos independientemente de que el funcionario o sus causahabientes, herederos o beneficiarios, según el caso, puedan invocar una indemnización plena y ordinaria de perjuicios en caso de lesión invalidante o de muerte; máxime cuando este resarcimiento pecuniario nada tiene que ver con esa prestación de servicios subordinados” (Expediente No. S-247, ponente Carlos Arturo Orjuela Góngora).

Esta doctrina fue ratificada en sentencia de Sala Plena de agosto 2 de 1995, expediente S-173, Consejero Ponente doctor Diego Younes Moreno”.

“c) en otras oportunidades se ha negado el derecho a la indemnización por incapacidad laboral temporal, cuando la víctima ha recibido la prestación social correspondiente^{301»302}.

³⁰¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de noviembre 6 de 1997, CP: Doctor Betancur Jaramillo, Actor: Jesús Erberth Almeciga Sastoque .exp.: 11049

³⁰² HENAO. Op. cit., p. 100.

6.4 Acumulación de Responsabilidad Civil, Seguros Privados y Seguridad Social

Una vez analizadas las posibles situaciones de acumulación entre estas tres instituciones, es muy importante estudiar las hipótesis en las que se pueden ver activados los tres mecanismos y la forma de solucionarlo.

Una persona puede asegurar su vida, por ejemplo, con diferentes aseguradoras y al mismo tiempo cotizar a seguridad social. Entonces, si la causa de la muerte fuera el hecho de un tercero, sus causahabientes podrán reclamar la indemnización a cargo del responsable del daño, las pólizas de los diferentes seguros que hubiese adquirido la víctima y de los cuales fueran beneficiarios y las prestaciones derivadas de la seguridad social sin que el enriquecimiento sea ilícito³⁰³. Esto en virtud de la diferente naturaleza jurídica que tiene cada uno de estos pagos. Con relación al pago que hace el tercero responsable se puede afirmar que lo que busca es devolver a la persona al estado en el que se encontraba antes de suceder el hecho dañoso, diferente al pago realizado por la aseguradora, que se presenta como el cumplimiento de una obligación contractual. Por su parte el pago efectuado por la seguridad social corresponde a un reconocimiento a los aportes efectuados por el cotizante.

Por otra parte, puede suceder que las aseguradoras expidan pólizas de seguros de salud. Así, si una persona ha adquirido este tipo de seguro, aporta a la seguridad social y es víctima de un hecho ilícito de un tercero, el Código de Comercio establece que la aseguradora podrá subrogarse contra el responsable del daño, por aquello que no está cubierto por la seguridad social ya que es un seguro privado regulado por la normatividad mercantil, acción que no tendría la entidad promotora de salud o la empresa de medicina prepagada, lo cual carece de lógica pues si las prestaciones de salud en cualquiera de las modalidades son indemnizatorias el tratamiento de la subrogación debería ser uniforme.

³⁰³ DÍAZ-GRANADOS. Op. cit., p. 120

6.5 En los actos de mera gratuidad o benevolencia

Cuando un tercero paga a la víctima por simple gratuidad o benevolencia un bien o servicio que de alguna forma pretenda reparar los daños sufridos carece de acción subrogatoria, en la medida en que sus intenciones no era extinguir la obligación del responsable sino favorecer a la víctima.³⁰⁴

En este mismo sentido se pronuncia Alessandri al afirmar que estas sumas no constituyen la reparación del daño, pues se supone que no se han hecho con el fin de beneficiar al responsable del perjuicio.³⁰⁵

Lo anterior implica que la víctima puede reclamar la indemnización plena de perjuicios al responsable y por tanto tiene derecho a la acumulación de indemnizaciones, bien haya sido otorgada la donación por una persona relacionada con la víctima o un desconocido para ella.

7. Pactos prohibitivos

Según Alessandri,³⁰⁶ nada obsta para que las partes de común acuerdo pacten la inadmisibilidad en la acumulación de indemnizaciones y que por tanto la acción que le corresponda a la víctima se transfiera al asegurador o a la persona que debe la pensión en los eventos en que sea obligada a pagarla.

Se considera que la estipulación es válida pues no se ha prohibido legalmente su aplicación y las partes en virtud de la autonomía de la voluntad podrían hacerlo.

³⁰⁴ TAMAYO. Op. cit., p. 668

³⁰⁵ ALESSANDRI. Op. cit., p. 587

³⁰⁶ ALESSANDRI. Op. cit., p. 589

CONCLUSIONES

1. Nuestro ordenamiento regula tres instituciones, la responsabilidad civil, el seguro privado y la seguridad social, las cuales buscan que tras la ocurrencia de un hecho proceda un pago que procure mantener la situación en la que se encontraba la persona antes del acaecimiento del mismo. Según el análisis propuesto se evidencia que el legislador no armonizó las normas que rigen cada uno de estos mecanismos de protección, resarcimiento y compensación.

2 Estas instituciones se han ido desarrollando de manera independiente con las cambiantes necesidades de la sociedad, de esta forma se evidencia que en la cultura romana lo único importante era la responsabilidad civil. Con el paso del tiempo los seguros privados han tenido una mayor acogida dado que se ha creado la conciencia en las personas de ser previsivos frente a los diferentes riesgos a los que están expuestos, sin perder de vista que la seguridad social tiene mucha fuerza ya que el uno de sus objetivos es universalizar su cobertura.

3 El problema planteado en el presente estudio reviste una alta complejidad puesto que un solo hecho puede activar inclusive los tres mecanismos por lo cual se generan conflictos de gran magnitud a la hora de establecer cuál es el aplicable y la entidad que debe desembolsar dicho pago.

4 Adicionalmente a la difícil aplicación práctica, la doctrina y la jurisprudencia han tenido posiciones diversas y ha sido muy oscilante al determinar los criterios que permitan solucionar la controversia.

5 Es indispensable desarrollar principios rectores a partir de los cuales se puedan establecer reglas que conlleven a una interpretación uniforme en caso de tener lugar alguna de las situaciones descritas con anterioridad.

6. Luego de estudiar los posibles criterios de aplicación para la solución de los diferentes eventos en los que puedan activarse dos o más mecanismos de pago, es importante que una Ley de la República establezca una posición uniforme con respecto a la utilización práctica de los mismos. Pues ésta generaría la seguridad jurídica necesaria para que los ciudadanos colombianos que se encuentren involucrados en un conflicto de tal magnitud, sepan qué hacer y qué prestaciones recibirán; pues el hecho de estar sujetos a las determinaciones cambiantes de los jueces crea en las personas sentimientos de injusticia e inseguridad.

Esta ley igualmente debería regular en forma integral la subrogación para todas las figuras y eliminar así el trato asimétrico que hoy existe.

7. Proponemos un orden que establezca una aplicación prioritaria de unos criterios por encima de otros, para establecer un razonamiento uniforme aplicable a los diferentes casos.

A. En primer lugar consideramos que el criterio que hace referencia a la naturaleza jurídica de los pagos juega un papel realmente importante en este tema, en la medida en que a partir del mismo se puede establecer una regla general de gran trascendencia. Pues si se establece que un pago tiene carácter indemnizatorio, éste no puede acumularse con otro de la misma clase, ya que el perjuicio, riesgo o contingencia sufrida ya habría gozado de una reparación plena. En cambio, si los pagos tienen un carácter no indemnizatorio bien podrían acumularse, pues no se estaría cubriendo un perjuicio patrimonial y por tanto se podría recibir más de un pago con estas características.

B. Por su parte, la subrogación juega también un papel importante. Pues al ser una figura que otorga los derechos y acciones a favor del tercero que paga, se genera para él la posibilidad de reclamar su dinero cuando ha pagado una suma

de la cual no era el deudor. Además esta figura protege al deudor de la obligación, pues esto evita que tenga que asumir dos veces un pago que debe, pues cuando el tercero paga la totalidad de la deuda, el acreedor inicial de la obligación pierde su acción en contra de él.

C. Por último, el criterio que a nuestro juicio no es tan relevante en la solución de los casos, es el de la causa jurídica. Lo anterior en la medida en que, aunque bien podrían presentarse dos pagos provenientes de diferentes fuentes y esa no es la razón principal por la que procedería la acumulación.

En este orden de ideas consideramos que al aplicar de la forma mencionada los criterios, se lograría obtener una solución uniforme respecto a los conflictos que se presenten en el futuro. Y la razón de ser de esta aplicación se debe a que es más fácil determinar la procedencia de la acumulación cuando se tiene claridad sobre la naturaleza de las prestaciones, pasando por la subrogación como mecanismo de solución en caso que no se tenga certeza sobre el carácter indemnizatorio y por último habría que tener en cuenta el criterio del origen de las prestaciones, pues aunque no es el más determinante puede ser de gran ayuda en caso de que los anteriores no hayan otorgado la claridad suficiente para resolver el caso.

ANEXOS

REFERENTE INTERNACIONAL

A continuación se presentan los resúmenes de las ponencias de algunos de los Estados participantes en el Cuarto Congreso Mundial de la AIDA que se llevó a cabo en Lausana, Suiza en el año 1974. El primer tema que se desarrolló fue el “Cumulo de prestaciones, recurso y subrogación en materia de seguro privado y público.

1 Alemania

Seguros de daños y seguro de sumas

“Para el derecho alemán es de suma importancia entre seguros de daños y seguros de sumas. En estos últimos se admite una compensación superior al daño mediante prestaciones de seguro o prestaciones de seguros e indemnización por daños y perjuicios. En el seguro de daños, también rige la prohibición de enriquecimiento (art. 55 de la LCS). Las solas excepciones aparentes son las pólizas de “valor admitido” (arts. 57 y 87 de la LCS). El seguro de valor a nuevo y el seguro global de interrupción de explotación (pérdida de utilidades). Para la observación de la prohibición de enriquecimiento sirven las disposiciones sobre la “pluralidad de seguros (art. 59 y sgte. De la LCS art. 10 y sgte. de las CGS) y sobre el recurso (art. 67 de la LCS. art. 45 y sgte. De las CGS). Mientras que los seguros de cosas solo pueden ser suscritos como seguros de daños, el seguro de personas se presenta tanto bajo la forma de seguros de sumas como de daños.

“A la suposición de que el seguro social es un seguro de sumas se opone el hecho de que también aquí rige la prohibición de enriquecimiento, aunque no “expressis verbis”. Disposiciones legales impiden que la víctima reciba de varias

partes prestaciones de seguros por un mismo daño y la subrogación del asegurador social en el derecho de indemnización por daños y perjuicios (art. 1542 de la OSR) tiene la misma finalidad. Por cierto, contrariamente al seguro privado de daños, el seguro social generalmente otorga indemnización por una cantidad fija.”

Traspaso de derechos según el art. 67 de la LCS

“Según el art. 67 I Pág. 1 de la LCS, el derecho de indemnización por daños y perjuicios del asegurado contra un tercero es traspaso al asegurador en la medida en que este resarce el daño. Es aquí indiferente si los derechos de indemnización se basan directamente en la ley o en un contrato, o si los mismos tienen sus raíces en el derecho privado o publico.

“No depende aquí de si el asegurador estaba *obligado* a indemnizar a su asegurado. También en caso de duda en cuanto al efecto de cobertura, la prestación del seguro da pues lugar al traspaso del derecho de indemnización. Además de ellos, va ganando terreno la opinión de que la “*cessio legis*” también tiene lugar en caso de liberalidad consciente. Del traspaso solo son objeto derechos congruentes, es decir aquellos por los cuales el asegurador ha concedido cobertura en modo objetivo y teniendo en cuenta el interes asegurado. En el derecho privado de seguros rige el principio de la diferencia. Este tiene importancia cuando el asegurador no resarce totalmente el daño (p. ej. Debido a una franquicia o infraseguro) y el derecho de indemnización no basta para indemnizar completamente al asegurado y al asegurador (p. ej. Debido a concurrencia de culpa del asegurado). Traspaso según el principio de la diferencia significa que en tal caso el asegurado puede en primer lugar obtener satisfacción del derecho de indemnización en virtud del daño no totalmente cubierto por el seguro. Tan solo si después de haber plenamente satisfecho al asegurado queda un derecho de indemnización el asegurador se subroga en sus derechos. El

principio de la diferencia, sin embargo, solo tiene efecto cuando se trata de daños congruentes, por lo que la congruencia debe ser examinada antes de la diferencia.

“Según el art.67 I pag. 3 de la LCS el asegurador queda liberado de sus obligaciones ante el asegurado si este renuncia a un derecho de indemnización por daños y perjuicios *después de producirse* el siniestro, p. ej. Mediante transacción o condenación. Una renuncia al derecho de indemnización antes del acaecimiento del siniestro se presenta frecuentemente en virtud de condiciones generales de negocios a las que el asegurado se ha sometido. Tales exclusiones no deberían tener la consecuencia, desfavorable para el asegurado, del art. 67 I pag. 3, siempre que las mismas sean usuales en el ramo.

“Según el art. 67 II no hay traspaso del derecho de indemnización cuando el mismo se dirige contra un familiar que no ha actuado dolosamente y que convivía con el asegurado en el momento de producirse el siniestro (cuestionado). Esta disposición tiene su fundamento en la idea de que si se admitiese el recurso, el asegurado, luego de haber sido indemnizado, se vería afectado por las consecuencias negativas del recurso.

“Los convenios de repartición entre aseguradores de responsabilidad civil y aseguradores de daños al vehículo o aseguradores de enfermedad privados, hacen superfluo un examen de la cuestión de la responsabilidad.”

Traspaso de los derechos según el art.1542 de la OSR

“El art. 1542 de la OSR corresponde al art 67 de la LCS, pero ellos no son idénticos. Se destacan aquí solamente las diferencias con respecto al art. 67 de la LC. El art. 1542 de la OSR hace traspasar el derecho de indemnización no solo en el momento de la prestación del asegurador social, sino ya el acaecer el

siniestro. Por tal razón puede prescindir de una norma correspondiente a la del art. 67 I Pág. 3 de la LCS.

“En caso de que el derecho de indemnización sea insuficiente, no rige en el seguro social el principio de la diferencia, que favorece al asegurado, sino el privilegio de la cuota, que favorece al asegurador social, sino ya al acaecer el siniestro. Por tal razón puede prescindir de una norma correspondiente a la del art. 67 I pag. 3 de la LCS.

“En caso de que el derecho de indemnización sea insuficiente, no rige en el seguro social el principio de la diferencia, que favorece al asegurado, sino el privilegio de la cuota, que favorece al asegurador social.

“Tan solo cuando este último ha sido completamente satisfecho, puede el asegurado hacer valer un eventual derecho de indemnización restante. El privilegio de la cuota es combatido en forma creciente en literatura, pero el Tribunal Federal todavía no ha podido decidirse a abandonar este principio.

“La jurisprudencia aplica continuamente el art. 67 II de la LCS en forma análoga en el seguro social. También aquí los convenios de repartición entre el asegurador social y el asegurador social y el asegurador de responsabilidad civil hacen superflua la cuestión de la responsabilidad.”³⁰⁷

2. Argentina

“1. El Autor comienza por analizar que se entiende por pluralidad interna y externa en el seguro, llegando a la conclusión de que es en esta última que se centra la

³⁰⁷ AIDA. 4º Congreso Mundial. Cumulo de prestaciones, recurso y subrogación en materia de seguro privado y público. Lausana, Suiza. 1974. p. 01-26 y 01-27

atención de lo que se ha dado en llamar el “seguro múltiple”, el que presenta como notas fundamentales una “pluralidad de aseguradores”, una identidad de relaciones de seguros en cuanto al riesgo y al interés asegurable y una “vigencia contemporánea”.

“De aquí se deduce que no hay seguro múltiple cuando los contratos protegen distintos riesgos, tienen por objeto intereses asegurados de naturaleza diferente, no son coincidentes en cuanto al tiempo, operan subsidiariamente, cubren un excedente de daño o son distintos en cuanto a los bienes amenazados por el riesgo.

“2. Las razones que justifican la legislación del seguro múltiple, se derivan de la necesidad de prever de que manera participa cada asegurador en el monto de la indemnización y en que forma se evita la posible violación, por el asegurado, del principio indemnizatorio, en los seguros de daños patrimoniales.

De ello se concluye que quedan excluidos de la regulación propia del seguro múltiple: el seguro de vida; el de responsabilidad civil cuando el valor del interés asegurado no se conozca a la conclusión del contrato o el acaecimiento del siniestro y el de accidentes, en los aspectos que tienen significación subjetiva.

“3. Más adelante el autor distingue según que el seguro múltiple obedezca a la iniciativa del asegurado (seguro copulativo) o la de los aseguradores interesados (coaseguro), con el asentimiento del asegurado.

“4. Posteriormente se estudia el seguro copulativo en los casos de infraseguro, seguro pleno y sobreseguro, advirtiéndose los aspectos de particular peligrosidad que presenta el último supuesto por la posible violación del principio indemnizatorio y como medio para la probable obtención de un lucro ilícito cuando entra a funcionar como incentivo de la provocación dolosa del siniestro.

“5. Más adelante se exponen los lineamientos del código de comercio argentino de 1889, derogado en cuanto al contrato de seguro se refiere por la ley 17418 del 30 de Agosto de 1967, que reemplazo el” sistema de prioridad” por el de la “responsabilidad parcial” con las siguientes características:

“a) en defecto de estipulación contractual, cada asegurador debe contribuir proporcionalmente al monto de su contrato hasta la indemnización debida. Se toma para ellos en cuenta los contratos vigentes al tiempo del siniestro; esto es, la rescisión o caducidad del derecho de los aseguradores con posterioridad al siniestro es indiferente para los demás aseguradores.

b) Si se celebró el seguro plural con la intención de un enriquecimiento indebido, esto es, con dolo o fraude, son nulos los contratos celebrados con esa intención; sin perjuicio del derecho de los aseguradores a percibir la prima devengada en el periodo durante el cual conocieron esa intención, si la ignoraban al tiempo de la celebración.

c) Para el caso del seguro cumulativo es ignorancia del asegurado, se prevé la rescindibilidad de las recien te o la reducción de este, al monto no cubierto por el primer contrato con disminución proporcional de la prima. Si los contratos se celebraron simultáneamente, solo se puede exigir la reducción a prorrata de las sumas aseguradas. El pedido debe hacerse inmediatamente de conocido el seguro y antes del siniestro.

“6. También la ley argentina impone el deber de aviso, bajo pena de caducidad, salvo pacto en contrario.

“Sobre el particular, el autor, luego de pasar revista a los antecedentes mediatos y a las normas vigentes en Alemania, Bélgica, Colombia, España, Francia, Holanda, Italia, Suecia y Suiza, analiza la ley argentina en la cual el deber de aviso:

- a) No funciona para los seguros de vida;
- b) Puede dispensarse por cláusula contractual

- c) Debe cumplirse con cada uno de los aseguradores con los que se celebró contrato, sean estos anteriores, simultáneos o posteriores.
- d) Trae aparejada la obligación de comunicar también “las modificaciones que se introduzcan a las coberturas concertadas;
- e) Puede observarse mediante comunicación cursada directamente a los aseguradores, o a sus agentes facultados, por lo menos con representación pasiva
- f) Debe comprender la designación de los seguros concertados, en particular en cuanto al interés, al riesgo y al tiempo de su vigencia.
- g) Puede hacerse sin necesidad de llenar formalidad alguna y se exime su falta por conocimiento del asegurador por otro vía;
- h) Es una manifestación recepticia de conocimiento, de ciencia o de saber, pero no de voluntad, por lo que no le alcanzan los vicios de esta última.

“7 Con respecto al “coaseguro” se analiza cuando se efectúa mediante pólizas independientes o por, intermedio de póliza única, estudiándose los efectos en caso de “infraseguro”, “seguro pleno” y “sobreseguro”, al igual que lo temas vinculados con la justicia competente, los efectos en materia de subrogación, de prescripción y la relación interna entre los aseguradores”³⁰⁸.

3. Francia

“1. El informe supone, desde un comienzo, una distinción en los seguros privados y estatales, aunque tal distinción para ser exacta debe tener en cuenta ciertos matices.

³⁰⁸ AIDA. 4º Congreso Mundial. Cumulo de prestaciones, recurso y subrogación en materia de seguro privado y público. Lausana, Suiza. 1974. p. 02-22 y 02-23

“Se considera, además que el tema propuesto debe ser estudiado tanto del punto de vista del cúmulo de varias prestaciones de naturaleza contractual o reglamentaria como del cúmulo de tales prestaciones con la reparación de daños e intereses debida por el tercero responsable de un daño corporal o material.

“2. Las soluciones del *derecho positivo francés* se fundan, en *materia de seguros privados*, en dos principios.

“*Los seguros de daños* (seguros de bienes y responsabilidad) se rigen por el principio de indemnización, según el cual la prestación debida por el asegurador no puede nunca sobrepasar el valor de la cosa asegurada en el momento del siniestro. En otras palabras, el seguro no puede resaltar nunca en un beneficio para el asegurada. Dos reglas tienen por finalidad garantizar la observación de estos principios. En primer lugar, el asegurado no puede acumular el beneficio de varios contratos esta obligado a declarar su existencia y si de mala fe omite hacer tal declaración, ocasiona la nulidad de sus pólizas.

“Por otra parte, luego del pago de la indemnización asegurada, el asegurador se subroga en los derechos del asegurado ante el tercero responsable , de suerte tal, que este asegurado no puede en ningún caso acumular la indemnización del seguro con la que puede obtener en virtud del derecho de la responsabilidad, por encima del monto del daño sufrido.

“En cambio, en materia de *seguros de personas* el contrato de seguros no tiene carácter de indemnización. La presentación del asegurador en caso de muerte o de incapacidad permanente, como así también a título de indemnizaciones diarias, se acumula totalmente con la reparación de daños y de intereses debida por un tercero, o con las prestaciones de otro régimen de seguro estatal o privado.

“Los *seguros estatales* (seguridad social, empresas publicas con estatuto particular, El Estado) solo pagan a los sujetos cubiertos, prestaciones de indemnización y que, por consiguiente, no son acumulables con los daños e intereses.

“Tal ocurre con la seguridad social, tanto si el daño proviene de un accidente de trabajo o no. Las prestaciones que ella paga a la víctima (diferentes en los dos casos) permiten a las cajas de la seguridad social una acción contra el tercero responsable, en reembolso equivalente a la indemnización puesta a cargo de ese tercero. En efecto, una vez establecido el monto de esta indemnización, la seguridad social se cobra sobre ella la totalidad de sus gastos y el capital constitutivo de las rentas a su cargo, cuando las hay, atribuyendo a la víctima el saldo sobrante de la indemnización. Como puede comprobarse por lo demás, este saldo puede ser nulo si el recurso de la caja de seguridad social es por lo menos igual al importe de los daños e intereses debidos por el tercero responsable. Tal será el caso particularmente cuando interviene una distribución de responsabilidad.

“Pero además de las prestaciones de la seguridad social, ciertas empresas estatales, como por ejemplo la <Electricité de France> o la <Société Nationale des Chemins de fer Francais> (Ferrocarriles del Estado), pagan a sus dependientes, en virtud de un estatuto reglamentario, prestaciones complementarias y, particularmente, rentas estatutarias de retiro anticipado o de cesantía y, a favor de los derechohabientes de las víctimas, rentas de reversibilidad o de huérfanos. Ahora bien, no existe un texto legal en virtud del cual ellas dispongan, por estas rentas, de una acción de subrogación en los derechos de la víctima. No obstante, la jurisprudencia ha supuesto que el pago de estas rentas constituye, para la empresa deudora, un perjuicio propio que le permite una acción personal contra el tercero responsable. De ello resulta que estas rentas no son imputables sobre las

indemnizaciones por daños e intereses puestas a cargo del tercero sino que, por el contrario, se acumulan con éstas.

“Por último, también el Estado dispone, por las prestaciones que paga a sus funcionarios, inclusive rentas de todo tipo, de una acción de subrogación. Si embargo, esta acción excluye toda acción propia y personal contra el tercero responsable. Por consiguiente, no puede haber ningún cúmulo entre las indemnizaciones puestas a cargo de este último y las prestaciones debidas por el Estado.

“3. Se comprueba por lo tanto, que en un conjunto de problemas aparentemente idénticos, se llega a soluciones muy diversas.

En materia de seguros privados:

La regla aplicable a los seguros de daños es la de no acumulación, en materia de seguros de personas la regla es la acumulación.

En materia de seguros estatales:

En principio, la regla aplicable es la no acumulación, pero para las rentas estatutarias la regla es la acumulación salvo, no obstante, para las rentas a cargo del Estado.

“Y sin embargo, todas estas soluciones tienen su fundamento en el hecho de que las prestaciones pagadas son bien indemnizatorias y por lo tanto no acumulables, bien no indemnizatorias y por consiguiente acumulables. Ahora bien, en la práctica es muy difícil de saber si una determinada prestación es o no indemnizatoria. Así mismo, debe comprobarse que las prestaciones de una misma naturaleza serán o no indemnizatorias según el régimen a título del cual ellas son pagadas. De hecho, en vez de preguntarse en primer lugar si una prestación tiene un carácter indemnizatorio o no para acordar o negar, según el caso, el derecho de recurso al organismo deudor, se procede a la inversa,

deduciendo del ejercicio de este derecho de acuerdo al carácter jurídico de la prestación.

“Bajo la reserva de estas dificultades y tratándose solamente de seguros de personas, puede suponerse que el derecho a recurso y la no acumulación de las prestaciones son la regla en materia de seguros estatales, mientras que, en cambio, la acumulación rige para los seguros privados en el sentido de que las indemnizaciones que ellos garantizan son pagadas independientemente de todas las otras que pueda obtener la víctima.

“¿Podría concebirse un sistema de seguros privados de personas que previese prestaciones no acumulables y a las cuales, por consiguiente, se le daría un carácter de indemnización?

“En la práctica, dos sistemas llegan a este resultado, sea que se trate de dejar escoger a la víctima entre las prestaciones del seguro de personas y la acción en responsabilidad civil, sea que el contrato de seguro de personas prevea que las prestaciones que él garantiza serán imputadas en primer lugar sobre los daños e intereses debidos (en la práctica, por el mismo asegurador) a título de responsabilidad civil del causante del daño.

“Estos sistemas, resultantes de cláusulas introducidas en las pólizas, no violan en su contexto las disposiciones del derecho positivo. Este derecho prohíbe al asegurador de personas subrogarse en los derechos de su asegurado para actuar contra el tercero responsable. En cambio, no prohíbe positivamente al asegurador de personas la limitación de su garantía en condiciones convenidas entre las partes.

“Se puede ir más lejos y suponer que tomando esencialmente en consideración las necesidades, variables según los casos, de los asegurados y beneficiarios de

los contratos, sea posible estipular, caso por caso, que las prestaciones previstas en el contrato de seguro, no solamente en provecho de los beneficiarios de una estipulación por otros, sino también con respecto al suscriptor mismo, puedan ser acumulables sin que el legislador imponga necesariamente una solución única.

“En este sentido y en vista de una cierta racionalización de las soluciones del derecho positivo, parecería ser deseable:

Suponer que el recurso del deudor y la no acumulación de las prestaciones corresponden indudablemente a la esencia de los seguros estatales (protección del patrimonio público o casi público).

Consentir que en materia de seguros privados las prestaciones garantizadas sean acumulables o no – lo que tiene una incidencia evidente en las primas – según la voluntad de las partes, de manera que las prestaciones del asegurador puedan, dado el caso, ser debidas solamente a falta de otras prestaciones, particularmente de indemnizaciones por daños e intereses debidas por el tercero responsable y sin que, a pesar de ello, el asegurador tenga un recurso contra él.

Determinar con precisión cuáles son las prestaciones indemnizatorias o no indemnizatorias en los regímenes de seguros estatales.

Suprimir todo derecho a acción directa de ciertos organismos, acciones que acrecientan las cargas del seguro de responsabilidad y llevan a una acumulación de prestaciones que tienen, tanto unas como otras, el mismo fin indemnizatorio.

“En el campo de los seguros privados, las cláusulas de imputación concretizarían mejor que las cláusulas de opción una parte de estos objetivos. La cláusula de

opción, en efecto, encierra frecuentemente el peligro de privar a la víctima de toda indemnización si ésta no tiene éxito en su acción de responsabilidad civil. Pero solamente eventuales enmiendas legislativas permitirían llegar, por la seguridad jurídica que se pone el interés de todos, a las soluciones deseadas.

“De todas formas, aunque tales reformas actualmente no sean previsibles, parece necesaria una reflexión sobre estos problemas en vista de los proyectos de modificación del derecho de la responsabilidad. Estos proyectos, cualquiera que sea su contenido, suponen todos una coordinación de los diversos mecanismos que contribuyen a la indemnización de las víctimas de accidentes, por lo que esta indemnización encuentra sus límites tanto en los problemas financieros que ella plantea como en las dificultades de técnica o de ética jurídica.”³⁰⁹

4 Gran Bretaña

“En el caso que un mismo evento origine reclamaciones contra diversos aseguradores, puede ocurrir que:

- a) Un asegurador pague el siniestro y el otro esté exento de toda responsabilidad,
o
- b) Los diferentes aseguradores liquiden el siniestro sobre una base proporcional,
o
- c) El asegurador que paga pueda recuperar de los otros aseguradores toda o una parte de su prestación, o
- d) Los pagos de los aseguradores se cumulen, pudiendo llegar a superar el monto de la pérdida.

³⁰⁹ AIDA. 4º Congreso Mundial. Cumulo de prestaciones, recurso y subrogación en materia de seguro privado y público. Lausana, Suiza. 1974. p. 03-35, 03-36 y 03-37

Mediante condiciones de póliza o convenios entre los aseguradores pueden modificarse los derechos de las partes.

“Los seguros múltiples (pluralidad de seguros) pueden ser:

- 1) Todos seguros de daños;
- 2) todos seguros de personas;
- 3) todos seguros de responsabilidad;
- 4) seguros de daños por un lado y seguro de responsabilidad por el otro;
- 5) seguro de personas por un lado y seguro de responsabilidad por el otro.

1. Dos o más seguros de daños:

a) sobre el mismo interés:

Cada póliza contribuye y por lo tanto la pérdida es por lo tanto compartida entre los aseguradores;

b) Sobre diferentes intereses:

En los casos corrientes, cada asegurado recupera hasta el alcance de su interés. En ciertos casos (como p. ej. deudor hipotecario y acreedor hipotecario) las dos partes obtienen la indemnización, pero los aseguradores de una de las partes pueden tener el derecho de recuperar mediante subrogación del interés de la otra parte. Si un asegurado recuperara un importe superior a la indemnización deberá rendir cuenta a su asegurador por el monto excedente.

“2. Dos o más seguros de responsabilidad:

a) Responsabilidad de una sola parte:

Cada póliza contribuye y la pérdida es por lo tanto repartida entre los aseguradores, a no ser que las condiciones de la póliza indiquen algo en contrario. En el caso en que dos pólizas estipulasen que sus condiciones no serán de

aplicación si existiese otro seguro en vigor, los dos aseguradores serán considerados no obstante responsables de contribuir por partes iguales.

b) Responsables de diferentes personas:

Cada asegurador pagará hasta el alcance de la responsabilidad de su asegurado. Sin embargo, mediante acuerdos previos entre los aseguradores, frecuentemente se prevé la repartición por partes iguales.

3. *Seguro de daños y seguro de responsabilidad:*

El asegurador de daños debe pagar, pero mediante subrogación puede recuperar del asegurador de responsabilidad. Sin embargo, mediante acuerdos previos entre los aseguradores frecuentemente se renuncia al derecho de recuperación.

4. *Seguro de personas y seguro de responsabilidad:*

a) Accidente no mortales

i) Tratamiento médico y hospitalización.

“Los servicios sociales otorgan tratamiento gratuito a la mayor parte de las víctimas. Salvo pocas excepciones con respecto a accidentes de circulación, el servicio de seguridad social no exige el reembolso de sus gastos. Si un lesionado ha recibido un tratamiento privado, él puede actuar contra el tercero, aunque haya recuperado el gasto en virtud de un seguro personal.

“ii) Prestaciones del servicio social

La víctima que recibe beneficios del servicio social debe deducir, según la ley, la mitad del valor de ciertos beneficios (pero no así de otros) de su demanda contra el tercero. En el caso de un tipo de beneficio (indemnización por desempleo) los

tribunales exigieron la deducción del importe total. El servicio social no requiere del tercero el reembolso de sus prestaciones.

“iii) Seguro de accidentes personales

Las indemnizaciones pagadas pertenecen al asegurado y no pueden ser deducidas de su demanda por daños.

“iv) Rentas de invalidez

Las rentas de invalidez pagadas por los patronos mediante un seguro a tal efecto o con otros recursos han sido consideradas como no deducibles de las demandas por pérdidas de beneficios.

b) Accidentes mortales

Según la ley inglesa, existen dos derechos de iniciar una acción, uno a favor de los bienes de la persona fallecida y el otro llevado a cabo por sus dependientes por la pérdida de manutención. Los daños a los bienes son calculados de la misma manera que en el caso de los accidentes no mortales. Los perjuicios de los dependientes se basan en lo que estos han perdido luego de tomar en consideración todo lo que puedan haber percibido de los bienes. Pero la Ley de Accidentes Mortales de 1959 estipula que toda prestación de seguro, indemnización, renta o gratificación pagaderas por muerte, no será tomada en cuenta para disminuir la demanda del dependiente.

“Conclusiones

- 1) La ley relativa a los seguros múltiples privados parece ser satisfactoria.
- 2) Se presenta la cuestión de si los demandantes según el derecho común, deberían poder recuperar un monto superior a su pérdida como lo es en la actualidad, suprimiendo la deducción de los daños de

- a) La mitad de ciertos beneficios del servicio social, y
- b) las rentas de invalidez.

Parece ser razonable que los seguros privados contratados por un tercero accidentado, deberían continuar redundando en su beneficio. Los gastos administrativos presentan un caso muy convincente para no dar al Estado ningún derecho de subrogación por los gastos médicos y las indemnizaciones del servicio social.³¹⁰

³¹⁰ AIDA. 4º Congreso Mundial. Cumulo de prestaciones, recurso y subrogación en materia de seguro privado y público. Lausana, Suiza. 1974. p. 04-15, 04-16 y 04-17

BIBLIOGRAFIA

AIDA. 4º Congreso Mundial. Cumulo de prestaciones, recurso y subrogación en materia de seguro privado y público. Lausana, Suiza. 1974.

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno. Tomo II. Santiago: Ediar Editores Ltda,1983.

ARENAS MONSALVE, Gerardo. El derecho colombiano de la seguridad social. 2ª ed. Bogotá, México : Legis Editores, 2007.

BERNAL-FANDIÑO, Mariana. TENDENCIAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL SIGLO XXI. Biblioteca Jurídica Dike, Primera Edición, 2009. Bogotá, Colombia.

BONIVENTO FERNÁNDEZ, Jose Alejandro. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales. 11ª ed. Bogotá: Librería del profesional, 1995.

BUSTAMENTE FERRER, Jaime y URIBE OSORIO, Ana Ines. Principios jurídicos del seguro. 2 ed. Bogotá: Colombia Editores, 1994

CORTÉS GONZÁLEZ, Juan Carlos. Derecho de la protección social. 1ª ed. Bogotá: Legis, 2009.

DIAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. El seguro de responsabilidad. 1ª ed. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2006.

DIAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. Aspectos generales del daño corporal y su valoración. En la responsabilidad profesional y patrimonial y el seguro de la responsabilidad civil; Responsabilidad profesional y aseguramiento; la valoración del daño patrimonial. ACOLDESE Asociación Colombiana de Derecho de Seguros. AIDA Association Internationale de droit des assurances. Memorias XXIV Encuentro Nacional Acoldeese. Seminario: La valoración del daño patrimonial y extramatrimonial. Bogotá: Editora Guadalupe Ltda., 2005.

DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. Las Acciones Relacionadas con el Seguro de Responsabilidad. Revista Ibero-latinoamericana de Seguros No. 28. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, Enero-Junio 2008

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. Derecho de daños. 1ª ed. Madrid, España: Civitas Ediciones, 1999.

DONATI, Antigono. Manuale di diritto delle ossicurazioni private. 2ª ed. Milan: Dott A Goifre, 1979.

GARRIGUES, Joaquin. Contrato de seguro terrestre. 1ª ed. Madrid: Aguirre, 1973.

GHERSI, Carlos Alberto. Teoría general de la reparación de daños. Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo de Depalma, Tercera Edición, 2003. Buenos Aires, Argentina

GÜNTHER, Jakobs. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos de la teoría de la imputación, Madrid, Macial Pons, 1995, Pág. 419.

HENAO PEREZ, Juan Carlos. El daño análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

HOYOS DUQUE, Ricardo. El cúmulo de la indemnización por el daño corporal con las prestaciones de la seguridad social. En La responsabilidad profesional y patrimonial y el seguro de la responsabilidad civil; Responsabilidad profesional y aseguramiento; la valoración del daño patrimonial. ACOLOSE Asociación Colombiana de Derecho de Seguros. AIDA Association Internationale de droit des assurances. Memorias XXIV Encuentro Nacional Acoldece. Seminario: La valoración del daño patrimonial y extramatrimonial. Bogotá: Editora Guadalupe Ltda., 2005

HOYOS DUQUE, Ricardo. El cúmulo de la indemnización por el daño corporal con las prestaciones de la seguridad social. Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros. No 21. Mayo de 2004. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas.

ISAZA POSSE, María Cristina. El seguro de responsabilidad civil extracontractual, Dificultades que se presentan en el mercado colombiano. Revista Ibero-latinoamerciana de Seguros #24. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, Junio 2006. Págs. 177-190

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. La responsabilidad civil. Rubinzal – Culzoni Editores, Primera Edición, 2007. Buenos Aires Argentina

LACRUZ BERNEJO, Jose Luis. Elementos de derecho civil. V. 2 T. 2. Barcelona: Bosh, 1977.

LE TOURNEAU, Philippe. La Responsabilidad Civil. Traducido por Javier Tamayo Jaramillo. Ed. Legis, Primera edición en español, 2004. Colombia

LÓPEZ-COBO, Claudio I. El seguro de la responsabilidad civil. Ed. Nacional de Reaseguros. Madrid, España PAG. 127-229

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Comentarios al contrato de seguro. 4ª ed. Bogotá: Dupré Editores, 2004.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Bogotá: Dupre, 2004.

MARTINEZ RAVE, Gilberto y MARTINEZ TAMAYO, Catalina. Responsabilidad civil extracontractual. 11ª ed. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A, 2003.

MARTINEZ VAZQUEZ DE CASTRO, Luis. La clausula compromisoria en el arbitraje civil. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1991.

Memorias del XIX Encuentro Nacional. ACOLDESE Y AIDA. Noviembre de 1994, Bogotá, Colombia

MONROY VICTORIA, William. Lecciones de derecho Penal, Parte General. Causales de exclusión de responsabilidad. Universidad Externado de Colombia

MOSSET ITURRASPE, Jorge y PIEDECASAS, Miguel A. Contratos, aspectos generales. Rubinzal – Culzoni Editores, Primera Edición, 2005. Buenos Aires Argentina

MOSSET ITURRASPE, Jorge y PIEDECASAS, Miguel A. Responsabilidad contractual. Rubinzal –Culzoni Editores, Primera Edición, 2007. Buenos Aires Argentina.

NEVEIRA ZARRA, Maita María. El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual.

OBANDO GARRIDO, José María. Derecho procesal laboral. 2ª ed. Bogotá: Tunvivor, 1999.

ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés. Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato. 1ª edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

OSSA GÓMEZ, Julian Efrén. Teoría general del seguro. Bogotá: Temis, 1988.

OSSA GÓMEZ, Julian Efrén. Vida y obra de un maestro. Bogotá : Colombo Editores : AIDA : ACOLDESE, 1998.

PAILLET, Michel. La responsabilidad administrativa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

PARRA GUTIÉRREZ, William René. Manual de procedimiento contencioso administrativo. 2ª ed. Bogota: Librería del Profesional, 1997.

PEÑA TRIVIÑO, Eduardo. Manual de derecho de seguros. Ed. Edino, 1999. Guayaquil, Ecuador.

Revista Ibero-latinoamericana de Seguros No. 27. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, Diciembre 2007

ROCA, Encarna. Derecho de daños. Textos y materiales. 2ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998.

SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Instituciones de responsabilidad civil. Vol.3. 1ª ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1996.

SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Instituciones de responsabilidad civil. Vol.1. 2ª ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2006. p. 21

SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. Reparación in natura. En: Universitas: Ciencias jurídicas y socioeconómicas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Junio 2005. No 109

SOBRINO, Waldo Augusto. SEGUROS Y RESPONSABILIDAD CIVIL. Ed. Universidad, 2003. Buenos Aires Argentina.

SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo. En: Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana: Biblioteca jurídica Dike, 2009

STIGLITZ, Rubén S. El siniestro. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1980

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de la responsabilidad civil. Vol 1. Teoría general de la responsabilidad civil; De la responsabilidad civil contractual; De la responsabilidad civil extracontractual. 2ª ed. Bogotá; México: Legis Editores, 2007.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de la responsabilidad civil. Vol. 2. Los medios de defensa del causante del daño; El daño y su reparación. 2ª ed. Bogotá; México: Legis Editores, 2007.

TATO PLAZA, Anxo. La subrogación del asegurador en la ley de contrato de seguro. 1 edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002

UNIVERSIDAD DE LA SABANA. Seguros, temas esenciales. 2ª edición. Bogotá: Ecoe ediciones, 2005.

VALDÉS SÁNCHEZ, Roberto. La transacción: solución alternativa de conflictos. 1ª ed. Bogotá: Legis, 1997.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo III. De las obligaciones. 5ª ed. Bogotá: Temis 1978.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo IV. De los contratos. 6ª ed. Bogotá: Temis 1985.

VICENTE DOMINGO, Elena. Comentario al Tratado de responsabilidad civil. Luis Fernando Regleros. Editorial Arazandi, 2002.

VINEY, Geneviève. Tratado de derecho civil introducción a la responsabilidad. Traductor Fernando Montoya Mateus. 1a ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual. Madrid, España: Editorial Dykinson, 2001.

ZANNONI, Eduardo Antonio. El daño en la responsabilidad civil. 3ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005.

JURISPRUDENCIA

1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

1.1 SALA DE CASACIÓN CIVIL

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil. Sentencia de 13 diciembre de 1962.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil. Sentencia de octubre 5 de 1992
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil. Sentencia de septiembre 23 de 1993. MP.: Doctor Pedro Lafont Pianeta.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil. Sentencia de junio 24 de 1996. M.P.: Doctor José Fernando Ramírez Gómez. Actor: Ernesto Leyton Romero. Exp.: 4424
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil. Sentencia de octubre 22 de 1998. M.P.: Doctor José Fernando Ramírez Gómez. Actor: Luis Armando Clavijo. Exp.: 4866
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil. Sentencia de mayo 12 de 2000. M.P.: Doctor Jorge Antonio Castillo Rugeles. Actor: María Alicia Gómez Gutiérrez. Exp.: 5260
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil. Sentencia de julio 27 de 2006. MP: Doctor César Julio Valencia Copete. Actor: ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A. Ref.: Exp. 05001-3103-017-1998-0031-01
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil. Sentencia de mayo 13 de 2008. M.P.: Doctor César Julio Valencia Copete. Actor: Jorge Edic Carvajal Gómez, Luz Marina Prieto Rojas y los menores Jhon, Harly, Maritza Viviana y Eliana Ximena Carvajal Prieto, así como por la parte demandada GDS Ingenieros Ltda. e Inmuebles Industriales Zeta Ltda. Ref.: Exp. 11001-3103-006-1997-09327-01
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil. Sentencia de 18 de octubre de 2005. M.P.: Doctor Pedro Octavio Munar Cadena. Actor: María Elva Palacios Marín. Ref.: Exp. 14.491

1.2 SALA DE CASACIÓN LABORAL

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral. Sentencia de abril 10 de 1975
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral, Sección Primera. Sentencia de mayo 24 de 1978. MP: Doctor Fernando Uribe Restrepo. Actor: Actor: Zoila Vergara y otros. Rad: 6190
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral, Sección Segunda. Sentencia de agosto 9 de 1979. M.P.: Doctor Juan Hernández Sáenz. Ref.: Exp. 6666
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral. Sentencia de septiembre 9 de 1991. MP: Doctor Manuel Enrique Daza Álvarez. Ref.: Exp. 5480
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral, Sección Primera. Sentencia de marzo 10 de 1993. M.P.: Doctor Manuel Enrique Daza Alvarez. Actor: Hector Dario Angel Muriel. Rad: 5480
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral. Sentencia de noviembre 12 de 1993. M.P.: Doctor Rafael Méndez Arango. Actor: Polímeros Colombianos, S.A. Exp: 5864
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral. Sentencia de mayo 7 de 1997. M.P.: Doctor Rafael Méndez Arango. Actor: Empresa Textiles Rionegro & Cia. Ltda. Rad: 9389
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral. Sentencia de noviembre 9 de 2000. M.P.: Doctor Germán G. Valdés Sánchez. Actor: Ingenio La Cabaña S.A. Exp: 14847
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral. Sentencia abril 11 de 2002
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral. Sentencia junio 6 de 2002 M.P.: Doctora Isaura Vargas Diaz. Actor: Comercializadora San Fernando Limitada y Montoya de Betancur y Cia S. en C. Rad: 17251
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral. Sentencia de julio 25 de 2002. MP: Doctor José Roberto Herrera Vergara. Actor: Sociedad Mineros Nacionales S.A. Rad: 18520
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral. Sentencia de Marzo 7 de 2003. M.P.: Doctora Isaura Vargas Díaz. Actor: Ana Zoraida Ramírez Hernández. Ref: 18515
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral. Sentencia de agosto 8 de 2003. M.P.: Doctor Luis Javier Osorio López. Actor: Raúl Gilberto Correa Puerta. Rad: 20186
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral. Sentencia de febrero 26 de 2004. M.P.: Doctor Eduardo López Villegas. Actor: sociedad ASISTENCIA TEMPORAL S.A. Exp:22175
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral. Sentencia de marzo 16 de 2005. M.P.: Doctor Gustavo José Gnecco Mendoza. Actor: Virgilio Angarita Rad: 20240
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral. Sentencia de marzo 16 de 2005. M.P.: Doctor Gustavo José Gnecco Mendoza. Actor: WACKENHUT DE COLOMBIA S.A. Rad: 23489
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral. Sentencia de junio 24 de 2005. MP: Doctor Francisco Javier Ricaurte Gómez. Actor: Alberto Losada Silva. Exp: 23643

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral. Sentencia de junio 30 de 2005. M.P.: Doctora Isaura Vargas Díaz. Actor: Laureano Mora Carreño. Exp: 22656

2. CORTE CONSTITUCIONAL

- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-408 de 1994. MP: Doctor Fabio Morón Díaz. Actor: Luis Carlos Pérez y otros. Acción: Acción pública de inconstitucionalidad norma demandada o revisada: Artículos 11, 13, 14, 17, 18, 20, 29, 44, 48, 53, 60, 161, 168, 194 a 197, 204, 236, 242, 273, 279 y 288 de la Ley 100 de 1993. Exp: D-544 CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-577 de 4 de diciembre de 1995. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Actor: Marcela Monroy Torres y Fernando Álvarez Rojas. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 22 numeral 2, 145 inciso 2°, 5 literal m) del Decreto 1298 de 1994, y los artículos 172 numeral 2°, 204 inciso 2° y 156 literal m) (parcial) de la Ley 100 de 1993 "Por el cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones". Exp. D-830
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia SU-039 de 1998
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C – 893 de 2001. M.P.: Doctor Clara Inés Vargas Hernández. Actor: Andrés De Zubiría Samper. Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 12, 23, 28, 30, 35 y 39 (parciales) de la Ley 640 de 2001 "Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones". Exp: D-3399.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional. Sentencia T-236 de 26 de marzo de 2003. M.P.: Doctor Jaime Córdoba Triviño. Acción de tutela instaurada por Carlos Alberto Medina Yanguas contra el Seguro Social Seccional Cauca.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C – 425 de 2006. MP: Doctor Humberto Sierra Porto. Actor: Jaime Campos Jácome. Acción: Acción pública de inconstitucionalidad norma demandada o revisada: Código de Procedimiento Penal ley 906 de 2004. Exp: D-6027
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia T-760 de 31 de julio de 2008. MP: Doctor Manuel José Cepeda Espinoza. Actor: Luz Mary Osorio Palacio y otros. Acción de Tutela.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C - 409 de 2009. Magistrado Ponente: Doctor Juan Carlos Henao Pérez. Actor: Manuel Antonio Echavarría Quiroz. Acción: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 108 (parcial) de la Ley 906 de 2004. Ref: expediente D- 7478.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C – 858 de 18 de octubre 2006. MP: Doctor Jaime Córdoba Triviño. Actor: Leonardo Cañón Ortegón. Acción: Demanda de inconstitucionalidad contra Ley 32 de 1979 Decreto 663 de 1993, Ley 142 de 1994, Ley 174 De 1994, Ley 222 de 1995, Ley 298 De 1996, Ley 454 de 1998, Ley 510 de 1999. Exp: D-4350
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C – 858 de 18 de octubre 2006. MP: Doctor Jaime Córdoba Triviño. Actor: Leonardo Cañón Ortegón. Acción: Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 9, 10 y 13 (parcial), del Decreto 1295 de 1994. Exp: D-6261.

3. CONSEJO ESTADO

- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de diciembre 10 de 1982. CP: Doctor Valencia Arango. Actor: Rosa Rodríguez viuda de M. Exp: 3332
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de diciembre 13 de 1983. CP: Dr. Low Murtra, actor: Martha Lucia Arango viuda de Diaz. Exp. 10807,
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de febrero 20 de 1989.
- CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena. Sentencia de marzo 27 de 1990 C.P.: Doctor Guillermo Chahin Lizcano. Actor: Esther Bodmer viuda de Garavito. Rad. S-021.
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de septiembre 12 de 1991. C P: Doctor Julio César Uribe Acosta. Actor: Rosa Nelly Londoño. Exp. 6572.
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de mayo 13 de 1993, C.P.: Doctor Julio César Uribe Acosta, Actor: Sociedad Unimos de Colombia LTDA., Exp. 8192
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera Sentencia octubre 13 de 1994. CP.: Doctor Juan de Dios Montes Hernández, Actor: Ladys Aruacán de Burgos, Exp. 7775,
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia febrero 7 de 1995 C.P.: Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora, Actor: Mélida Inés Domínguez de Medina y otros, Exp. S-247
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia noviembre 20 de 1995. CP.: Doctor Carrillo Ballesteros,.Exp: 10488
- CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena. Sentencia julio 16 de 1996, C.P.: Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, Actor: Susana Becerra de Medellín y otros. Exp: S-422
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de julio 22 de 1996, C.P.: Doctor Jesús María Carrillo Ballesteros, Actor: Sociedad Compañía Importadora Automotriz de Partes y Accesorios LTDA, CIMAC y otros. Exp. 10396
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia febrero 20 de 1997, C.P.: Doctor Jesús María Carrillo Ballesteros, Actor: Janerd Sáenz Salape y otros, Exp. 11756
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de marzo 20 de 1997, C.P.: Doctor Daniel Suarez Hernández, Actor: Alberto Laverde Martínez, Exp. 11183
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de abril 10 de 1997, C.P.: Doctor: Jesus Maria Carrillo Ballesteros. Actor: Gladys María Rodríguez de Medina y otros. Exp. 11866
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia abril 24 de 1997, C.P.: Doctor Ricardo Hoyos Duque, Actor: Eduardo Navarro, Exp. 9997
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia julio 4 de 1997, C.P.: Doctor Ricardo Hoyos Duque, Actor: Ma. Luisa Valenzuela G. y otros, Exp. 10182

- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de julio 4 de 1997 C.P.: Doctor Ricardo Hoyos Duque. Actor: María Luisa Valenzuela G. y otros. Exp: 10182
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de agosto 6 de 1997, C.P.: Doctor Jesús María Carrillo Ballesteros, Actor: Carlos Arturo Rodríguez, Exp. 11073,
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de octubre 30 de 1997, C.P.: Doctor Carlos Betancur Jaramillo, Actor: Mary Bustos Hormaza, Exp. 11960
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de noviembre 6 de 1997, CP: Doctor Betancur Jaramillo, Actor: Jesús Erberth Almeciga Sastoque .exp.: 11049
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de enero 29 de 1998. C.P.: Doctor Jesus Maria Carrillo Ballesteros. Actor: Alba Miriam Molano. Exp: 10807
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia de julio 4 de 2002. C.P.: Doctor Augusto Trejos Jaramillo. Solicitud: Ministro del Interior. Rad: 1420.
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de octubre 3 de 2002. C.P.: Doctor Ricardo hoyos duque. Actor: Juan Manuel Caro González. Exp: 14207

NORMATIVIDAD

- COLOMBIA, PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. DECRETO-LEY 2158 (24, junio, 1948) Sobre los procedimientos en los juicios del trabajo. Diario Oficial, Bogotá, D.C., 1948, No. 26.754 del 26 de junio de 1948
- COLOMBIA, PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. DECRETOS-LEY 2663 y 3743 (5 agosto y 20 diciembre) Por los cuales se expide el Código Sustantivo del Trabajo y se introducen algunas modificaciones. Diario Oficial, Bogotá D.C., No 27.407 del 9 de septiembre de 1950 y No 27.504 del 11 de enero de 1951.
- COLOMBIA, PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 3170 de 1963
- COLOMBIA, PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. DECRETO 1400 (6, agosto, 1970). Por los cuales se expide el Código de Procedimiento Civil. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1970, no. 33.150
- COLOMBIA, PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. DECRETO 410 (27, marzo, 1971). Por el cual se expide el Código de Comercio. Diario Oficial, Bogotá, D.C., 1971, No. 33.339
- COLOMBIA, PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 433 (27, marzo, 1971). Por el cual se reorganiza el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Diario Oficial, Bogotá, D.C., 1971, No. 33302.
- COLOMBIA, PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 1031 de 1991
- COLOMBIA, PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 1032 (18, abril, 1991). Por el cual se regula integralmente el seguro obligatorio de daños corporales causados a las personas en accidentes de tránsito. Diario Oficial, Bogotá, D.C., 1991, No. 39.802
- COLOMBIA, PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 1570 (12, agosto, 1993). Por el cual se reglamenta la Ley 10 de 1990 en cuanto a la

organización y funcionamiento de la medicina prepagada. Diario Oficial, Bogotá, D.C., 1991, No. 41.443

- COLOMBIA, PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 1486 (13, julio, 1994). Por el cual se reglamenta el Estatuto Orgánico del Sistema General de Seguridad Social en Salud en cuanto a la organización y funciones de la Medicina Prepagada, se modifica el Decreto 1570 de 1993 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial, Bogotá, D.C., 1994, No. 41.443
- COLOMBIA, PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. DECRETO 1938 (5, agosto, 1994). Por el cual se reglamenta el plan de beneficios en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con las recomendaciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, contenidas en el Acuerdo número 008 de 1994. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1994, No. 41.478 (215)
- COLOMBIA, PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 1771 (3, agosto, 1994). Por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto 1295 de 1994. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1994, No. 43.527
- COLOMBIA, PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 876 (2, mayo, 1994). Por el cual se reglamentan parcialmente los artículos 81, 86, 87, 94, 100, 107 y
- 108 de la ley 100 de 1993. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1994, No. 41.342.
- COLOMBIA, PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 1283 (23, julio, 1996). Por el cual se reglamenta el funcionamiento del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1996, No. 42.840
- COLOMBIA, PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 803 (30, abril, 1998). por el cual se amplía el término de presentación de la liquidación privada de la contribución parafiscal, correspondiente al año de 1997. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1998, No.43.291
- COLOMBIA, PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 806 (30, abril, 1998). Por el cual se reglamenta la afiliación al régimen de seguridad social en salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de seguridad social en salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1998.
- COLOMBIA, MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. Decreto 3990 (17, octubre, 2007) Por el cual se reglamenta la Subcuenta del Seguro de Riesgos Catastróficos y Accidentes del Tránsito del Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, se establecen las condiciones de operación del aseguramiento de los riesgos derivados de daños corporales causados a las personas en accidentes de tránsito, eventos catastróficos y terroristas, las condiciones generales del seguro de daños corporales causados a las personas en accidentes de tránsito, Soat, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1999, No. 46.785.
- COLOMBIA. CONSEJO NACIONAL LEGISLATIVO. Ley 57 (15, abril, 1887). Sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación Nacional. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1887, No. 7.019
- COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 90 (26, diciembre, 1946). Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1946, No. 26.322

- COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 21 (22, enero 1982). Por la cual se modifica el régimen del Subsidio familiar y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1982,
- COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 45 (18, diciembre, 1990). Por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1990, No. 39.607.
- COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100. (23, diciembre, 1993) Por el cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1993, No. 41148.
- COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 387 (18, julio, 1997). Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1997, No. 43.091
- COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 478 (26, diciembre 1997) Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1997
- COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 446 (7, julio, 1998). Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1998, No. 43.335.
- COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 (24, julio 2000). Por el cual se expide el Código Penal. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2000, No. 44.097
- COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 782 (23, diciembre 2002). Por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y se modifican algunas de sus disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2002, No. 45.093
- COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 789 (27, diciembre 2002). Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2002, No. 45.046
- COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 726 de 2003 Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2003,
- COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 795 (14, enero, 2003). Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2003, No. 45.064.
- COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 797 (20, enero, 2003) Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2003, No. 45.079

- COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 (31, agosto, 2004). Por el cual se expide el código de Procedimiento Penal. Diario Oficial, Bogotá, D.C., 2004, No. 45.658