

LA REPARACION DEL DAÑO CIVIL

SEGUNDA PARTE

EXTENSION DEL DAÑO Y FORMAS DE REPARACION

**Por: Dr. FRANCISCO JAVIER TAMAYO J.
Profesor de la Cátedra de Responsabilidad
Civil en la Facultad de Derecho U. P. B.
Director del Departamento de Investigaciones
Facultad de Derecho U. P. B.**

EL DAÑO CIVIL Y SU REPARACION

PARTE SEGUNDA

REPARACION DEL DAÑO

Planteamiento del problema	5
--------------------------------------	---

CAPITULO PRIMERO

LA VICTIMA TIENE DERECHO A RECLAMAR TODO EL DAÑO, PERO SOLO ESO

Introducción	5
------------------------	---

SECCION I

DISTINCION ENTRE PERJUICIOS PREVISIBLES Y DIRECTOS, IMPREVISIBLES E INDIRECTOS

6

SECCION II

ACUMULACION DE LA INDEMNIZACION DEL DAÑO CAUSADO Y DE SUMAS PROVENIENTES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, EL SEGURO O LA ASISTENCIA BENEVOLA U OFICIAL

Bibliografía sumaria.	8
Planteamiento del problema	8
Principio general	8

Subsección I

LA ACUMULACION DEL DAÑO Y LA PRESTACION DEBIDA POR EL ASEGURADOR

La subrogación civil en materia de seguros	11
El cúmulo se permite en los seguros de personas y se prohíbe en los seguros de daños.	12
Justificación de la subrogación legal del asegurador en los seguros de daños	15
El cúmulo de la indemnización y de la asistencia de la seguridad social.	16
El cúmulo de la indemnización proveniente del causante del daño y la ayuda benévola prestada por el Estado o por un particular	17

CAPITULO SEGUNDO

FORMAS DE REPARACION DEL DAÑO

Bibliografía sumaria.	18
Introducción	18

SECCION I	
LA FORMA DE REPARACION EN EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL	
Principio general	19
Subsección I	
EJECUCION FORZOSA POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CONTRACTUALES DE DAR	
	20
Subsección II	
EJECUCION FORZOSA POR OBLIGACION DE HACER	
	21
Subsección III	
REPARACION DEL DAÑO POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DE NO HACER	
	22
SECCION II	
LA FORMA DE REPARACION EN LA RESPONSABILIDAD AQUILIANA	
Terminología	23
Subseccion I	
REPARACION DIFERENTE AL PAGO DE UNA SUMA DE DINERO (EN ESPECIE)	
I. SUPRESION DEL ILICITO.	24
II. REPARACION MEDIANTE LA RESTAURACION O REEMPLAZO DEL BIEN DAÑADO	25
Subsección II	
REPARACION POR EQUIVALENTE	
I. INDEMNIZACION MEDIANTE EL PAGO DE UN CAPITAL	27
II. INDEMNIZACION MEDIANTE EL PAGO DE UNA RENTA	28
Revisión del monto indemnizable.	29

51. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Hasta ahora hemos estudiado todos los elementos que estructuran la esencia del daño. Casi podría decirse que hemos analizado el daño desde un punto de vista estático u ontológico. Se ha diferenciado entre daño y BIEN LESIONADO; igualmente hemos clasificado los daños y perjuicios. Nos corresponde en esta parte del estudio, analizar la dinámica del daño, es decir, la forma cómo la víctima hace efectivos sus derechos para obtener la adecuada indemnización. Esto nos conduce al estudio del principio según el cual el demandante tiene derecho a cobrar todo el daño, pero nada más que ello (capítulo primero); posteriormente se analizará las formas de reparación del daño (capítulo segundo), para finalmente, desembocar en su evaluación y forma de liquidación (capítulo tercero).

CAPITULO PRIMERO

LA VICTIMA TIENE DERECHO A RECLAMAR LA REPARACION DE TODO EL DAÑO, PERO SOLO ESO

52. INTRODUCCION

Sin daño no hay responsabilidad. Este es un dato previo de cualquier responsabilidad jurídica. Todo bien protegido, civil o penal, da origen al daño, cuando se ha visto lesionado. En materia civil, sólo en la medida en que existe un menoscabo patrimonial o moral hay lugar a responsabilidad.

Ahora, una vez que el daño se ha producido y que se han realizado los demás supuestos que consagra la responsabilidad civil, la víctima tiene derecho a cobrar la totalidad del perjuicio. El causante del hecho tiene la obligación de poner a la víctima en las mismas condiciones en que se encontraba antes de producirse la lesión. Desde que haya vínculo directo entre la acción dañina y el BIEN LESIONADO la víctima tiene derecho a la indemnización plena, con las limitaciones que veremos, sobre todo, en materia contractual.

De acuerdo con lo anterior, podemos decir que en aquellos eventos de responsabilidad extracontractual, donde la culpa es fundamento filosófico de la misma, la gravedad de ella no tiene incidencia para efectos de graduar el monto indemnizable. "Una culpa es necesaria pero una culpa es suficiente". En materia aquiliana el demandado debe indemnizar la totalidad del daño aunque la culpa sea grave, leve, levísima o dolosa. Inclusive, la responsabilidad aquiliana permite que la víctima obtenga reparación no sólo de los perjuicios previsibles sino también, de los imprevisibles. Igual criterio se aplica a la responsabilidad extracontractual objetiva.

En cambio, en materia contractual la situación es diferente, ya que la culpa grave y el dolo modifican la extensión del daño indemnizable. En efecto, el artículo 1617 del Código Civil consagra el principio según el cual el daño siempre debe ser directo, pero hay lugar al cobro de daños previsibles e imprevisibles si hay dolo o culpa grave del deudor; existiendo sólo culpa leve o levísima puede cobrarse únicamente los daños previsibles directos.

Por otra parte, el principio de que la víctima tiene derecho a reclamar todo el daño y nada más que ello, encuentra un obstáculo cuando hay de por medio la asistencia de la seguridad social, el pago de un seguro o la asistencia benévola de un tercero o del Estado. En las secciones siguientes estudiaremos lo relativo a los perjuicios previsibles e imprevisibles y lo referente al cúmulo de la indemnización con las sumas provenientes de un seguro, de la seguridad social, o de la ayuda benévola.

SECCION I

DISTINCION ENTRE PERJUICIOS PREVISIBLES Y DIRECTOS, IMPREVISIBLES E INDIRECTOS

53. CONVIENE PRECISAR CONCEPTOS, YA QUE MUCHAS VECES SE CONFUNDE EL DAÑO PREVISIBLE CON EL DIRECTO Y EL IMPREVISIBLE CON EL INDIRECTO.

La noción de "directo" o de "indirecto" se refiere es al nexo causal entre la conducta del deudor y el BIEN LESIONADO; "previsible" o "imprevisible" se refiere a los efectos nocivos que se derivan de la lesión al bien. Obsérvese cómo el artículo 1616 habla de perjuicios directos, previsibles o imprevisibles. Los daños indirectos nunca dan lugar a indemnización, puesto que se considera que no fue el deudor quien los causó (1). Ilustramos con ejemplos las distinciones anteriores: Un peatón atraviesa la calle con un maletín repleto de diamantes; al ser atropellado por un automotor sufre lesiones personales y pierde el maletín con las joyas. Las lesiones personales constituirán un daño directo y previsible; en cambio, la pérdida de los diamantes será un daño directo pero imprevisible. Será directo porque hay una evidente relación de causa a efecto entre el conductor del automotor y el accidente; será imprevisible puesto que normalmente un maletín contiene sólo libros o prendas de ropa; rara vez, contendrá joyas. Como se trata de responsabilidad aquiliana el peatón tiene derecho a cobrar no sólo los daños provenientes de las lesiones personales, sino también los daños provenientes de la pérdida de los diamantes.

Ahora, supongamos que una persona, luego de un contrato de transporte, entrega un maletín cargado de diamantes para que sea llevado de un lugar a otro, sin hacer mención de su contenido. Por un volcamiento del vehículo transportador se pierde el maletín, con tan mala suerte, que se extravía el cargamento de joyas que iba dentro del mismo. Si el volcamiento se hizo en forma dolosa para que se perdiera el maletín, el transportador deberá pagar los diamantes aunque no supiera cuál era el contenido del maletín, puesto que el daño es directo y habiendo dolo de por medio deben pagarse los perjuicios previsibles e imprevisibles. Si no

(1) Sobre este punto puede consultarse: PALUDI O., "La relación de causalidad en la Responsabilidad Civil por el hecho propio", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1976, p. 24 y ss.; ALESSANDRI RODRIGUEZ Arturo, "De la Responsabilidad Civil Extracontractual" en el Derecho Civil Chileno", No. 151 y ss.; GHESTIN-VINEY, Ob. Cit., No. 338 a 347; LE TOURNEAU Philippe, Ob. Cit., No. 526 y ss.; MAZEAUD-TUNC-CHABAS, Ob. Cit., No. 1666 y ss.

hubo dolo habrá lugar a pagar únicamente el valor del maletín y el precio de lo que normalmente se envía dentro de un recipiente de esta índole, por ejemplo, libros, ropa, etc.

En los dos ejemplos anteriores hemos visto casos de perjuicios directos, previsibles o imprevisibles. Veamos ahora eventos de daños indirectos: Una persona manda a fabricar un maletín; ante el incumplimiento del deudor, debe esperar dos días más para la entrega, razón por la cual debe tomar un vehículo transportador diferente al que hubiese tomado en caso de haberse cumplido el contrato. El vehículo que lo transportaba después de haber salido de la fábrica, sufre un accidente, razón por la cual se pierde el maletín cargado de diamantes y se producen lesiones personales. Si se aplica estrictamente la denominada teoría de la equivalencia de las condiciones hay lugar a decir que el fabricante del maletín es causante del daño puesto que si él no se hubiese retardado en la entrega del encargo, la víctima no hubiese tomado ese vehículo y en consecuencia, el daño no se hubiese producido. En cambio, como lo lógico es que se aplique la teoría de la causalidad adecuada habrá que decir entonces, que el perjuicio es indirecto, es decir, habrá que "ajustar" o romper el nexo causal entre el fabricante y el daño. Así las cosas, las lesiones personales serían un daño previsible pero indirecto y la pérdida de los diamantes sería un daño imprevisible puesto que normalmente, en un maletín no se llevan diamantes, y sería indirecto, puesto que en la relación causal entre el retardo del deudor y el daño no hay un nexo directo.

Trasladados al ejemplo del maletín que se entrega para el transporte puede ocurrir que un terremoto produzca el volcamiento del vehículo transportador, razón por la cual se pierde el maletín. En ese caso habría una fuerza mayor que rompe el nexo causal, es decir, habría un evento imprevisible e irresistible que hace que el perjuicio sea indirecto. Si el maletín fuera equipado con libros o con ropa habría un perjuicio indirecto y previsible; en cambio, si fuera cargado de diamantes sería indirecto e imprevisible. **Lógicamente, estamos partiendo del supuesto de que el remitente no le hubiera dicho al transportador cual era el contenido de la carga, puesto que de lo contrario, el daño sería no sólo previsible sino previsto.**

En general, la causa extraña (fuerza mayor o caso fortuito, hecho de tercero o culpa de la víctima) constituyen siempre un daño indirecto puesto que ellas rompen el nexo causal entre la conducta del demandado y la lesión al bien (1).

En conclusión, habrá perjuicios directos desde que exista una relación causal que le permita al juez inferir que la acción del demandado ha sido la causa del daño; a su vez, los daños serán previsibles cuando el menoscabo patrimonial o moral que se deriva de la acción dañina puede ser imaginado con anterioridad por una persona prudente y normal. Si tal posibilidad de previsión no existe, entonces nos encontraremos frente a un perjuicio imprevisible. Repitamos que tanto en materia contractual como aquiliana sólo el perjuicio directo da lugar a indemnización. En la primera sólo el dolo permite reparación de perjuicios imprevisibles directos; no habiendo dolo o culpa grave, la indemnización sólo cubre los perjuicios directos y

(1) Sobre este punto puede verse el volumen primero de esta obra, No. 322.

previsibles; en la aquiliana en cambio, previsibles o imprevisibles, todos los perjuicios deben ser indemnizados, a condición de que sean directos.

54.

Clarificada la noción de perjuicios directos o indirectos, previsibles o imprevisibles, analizaremos las posibilidades que tiene la víctima para acumular a su favor, la indemnización pagada por el causante del daño, y las sumas provenientes de un seguro, la seguridad social o la asistencia benévola.

SECCION II

ACUMULACION DE LA INDEMNIZACION DEL DAÑO CAUSADO Y DE SUMAS PROVENIENTES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, EL SEGURO O LA ASISTENCIA BENEVOLO U OFICIAL

55. BIBLIOGRAFIA SUMARIA

Sobre el tema de la acumulación de indemnizaciones puede consultarse: DALCQ Roger, "Traite", T. II, No. 3087 y ss.; JACOB Nicolás, "Les Assurances", Ed. Dalloz, París, 1974, No. 202 y ss.; GHESTIN-VINEY, Traite, T. IV, No. 286-287; ALESSANDRI RODRIGUEZ Arturo, Ob. Cit., No. 487 y ss.; MAZEAUD-TUNC-CHABAS, Traité, T. I., No. 232 y ss.; LAMBERT-FAIVRE Ivonne, "Droit des Assurances", Ed. Dalloz, París, 1982, No. 239 y ss.; CHARTIER Yves, "La réparation du prejudice", Ed. Dalloz, 1983, No. 495 y ss.; PICARD-BESSON, "Les assurances Terrestres", L.G.D.J., París, 1975, T. I., No. 327 y ss.; PEIRANO FACIO Jorge, Ob. Cit., No. 208 y ss.; SAVATIER René, "Traité", T. II, No. 576 y ss.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Con el auge del seguro y de la seguridad social, las víctimas de daños causados por terceros se ven casi siempre, beneficiadas por el pago de cifras pecuniarias que en cierta forma permiten que el perjudicado obtenga ingresos que lo dejan en situación económica similar a la que tenía antes del hecho dañoso. Los demandados, a menudo, invocan el argumento de que la víctima no tiene derecho a reclamar indemnización puesto que no ha sufrido ningún daño ya que el seguro social o el seguro particular han cubierto la indemnización, y que chocaría con los principios jurídicos la posibilidad de que la víctima reciba dos veces el pago de la indemnización correspondiente. Ante semejantes planteamientos ¿cuál será el criterio correcto de interpretación del principio según el cual la víctima tiene derecho a reclamar la totalidad del daño pero nada más que ello? Para resolver la pregunta es indispensable efectuar algunas precisiones de los diversos nexos jurídicos existentes a raíz del hecho dañoso.

56. PRINCIPIO GENERAL

Como principio general podemos decir que la víctima tiene derecho al cúmulo de la indemnización debida por el responsable de su daño, y de la prestación en-

tregada por un tercero (asegurador, seguridad social, auxilio benévolo, etc.) siempre y cuando se llene estos dos requisitos:

a. Que el pago del tercero no tenga por objeto extinguir la obligación que tiene el responsable de reparar; es decir, cuando un tercero paga por el responsable, no hay lugar a la acumulación puesto que el tercero que pagó, se subroga en los derechos que tenía la víctima contra el causante del daño. Para que tal subrogación se presente efectivamente, deben cumplirse todos los requisitos que para la subrogación consagran los artículos 1666 y ss del Código Civil. En consecuencia, se trata de una subrogación basada en el pago que una persona hace a nombre de otra. En tal caso, habría que demostrar que la intención del tercero que pagó consiste realmente en extinguir la obligación del responsable, hacia la víctima.

b. Fuera del anterior requisito, es necesario también, para que proceda la acumulación de la indemnización y de la prestación de un tercero, que no haya una norma especial que ceda al tercero que pagó su propia deuda, los derechos que tenía la víctima, contra el responsable de su daño. En este caso, el tercero que pagó (asegurador, seguridad social, etc.) no está pagando por el responsable del daño, ya que simplemente está cumpliendo una obligación contractual o legal previamente sometida a una condición. Lo que acontece simplemente, es que en algunos casos, la ley, mediante una norma especial le quita a la víctima los derechos que tenía contra el responsable, y los traslada al tercero que cumplió la prestación legal o contractual. En tal virtud, el asegurador o la seguridad social gozan de una subrogación especial para reclamar al tercero responsable, hasta el monto de lo pagado por ellos a la víctima.

Estos dos tipos de subrogación son diferentes. De un lado, la subrogación del artículo 1666 del Código Civil está basada en el hecho de que una persona extingue la obligación de otra; en cambio, en esta subrogación especial de que hablamos, el tercero extingue su propia deuda, sin que su intención, sea pagar a nombre del responsable. Como lo veremos más adelante, el legislador busca impedir que el responsable tenga que pagar dos veces el mismo daño

57.

Sin embargo, el principio general, así esbozado, ha estado sometido a una serie de confusiones conceptuales que queremos comentar.

En efecto, la mayoría de los autores sostienen que la acumulación está prohibida cuando el pago hecho por el tercero tiene carácter indemnizatorio. No teniendo dicha finalidad, la acumulación es permitida (1). Al respecto, pensamos que la apreciación es cierta pero siempre y cuando se tenga clara la noción de "indemnización". Sobre este punto hay una gran confusión doctrinal, puesto que, por ejemplo, se sostiene que en los seguros de daños la acumulación está prohibida ya que ellas tienen un carácter indemnizatorio (2). Con muy buen criterio, los señores MAZEAUD—TUNC—CHABAS han sostenido que, en este tipo de seguros, el

(1) DALCQ Roger, *Traite*, T. II, No. 3135; MAZEAUD—TUNC—CHABAS, *Traite*, T. I., No. 262.

(2) CHARTIER Yves, *Ob. Cit.*, No. 500, 501; GHESTIN—VINEY, *Traite*, T. IV, No. 287; PICARD—BESSON *Ob. Cit.*, No. 331; DALCQ Roger, *Traite*, T. II, No. 3122.

asegurador no indemniza sino que paga su propia deuda. Al respecto expresan: "En realidad, a pesar de las apariencias el contrato de seguros de cosas, al igual que el de personas, no es un contrato indemnizatorio. En un caso como en el otro, la suma convertida no es una reparación del daño; es la contrapartida de las primas pagadas; constituye la ejecución de una obligación condicional, cuando el evento escogido como condición se realiza. Así como lo ha dicho muy exactamente LABBE: La pérdida no es la causa jurídica de la deuda por la cual el asegurador está obligado. El seguro no procura una indemnización. El seguro convierte en capital los ingresos suministrados durante un tiempo variable. La suma debida por el asegurador correspondiente como intercambio de valores, no al inmueble destruido, sino a las primas acumuladas. . . en todas las hipótesis, el seguro es un contrato de capitalización aleatoria" (3).

Por el resto, los autores citados siguen el lineamiento general según el cual, la acumulación sólo estaría prohibida cuando el pago hecho por el tercero fuera indemnizatorio. (1).

Para nosotros el pago hecho por un tercero sólo constituye una indemnización, cuando con él, el tercero que pagó, no está cumpliendo una obligación que le pertenece en virtud de la ley o de un contrato, sino que está pagando a nombre del responsable, es decir, esté extinguiendo la obligación del causante del daño. Al producirse dicho pago, el tercero que pagó, se subroga en los derechos que tenía la víctima contra el responsable y en tal virtud la posibilidad de acumulación y prestación, desaparece (artículo 1666 del código civil).

Si se aplicara con todo rigor este principio, ni los seguros particulares, de personas o de daños, ni la seguridad social podrían repetir contra el causante del daño, razón por la cual, en ninguno de estos casos el cúmulo estaría prohibido para la víctima, ya que ninguno de ellos tiene carácter indemnizatorio, pues el asegurador simplemente cumple su obligación. Como dijimos, ha sido el legislador quien ante la imposibilidad de acudir a la subrogación del Código Civil, ha impuesto disposiciones especiales en algunos casos, para que el tercero que paga, (asegurador, seguridad social, etc.), pueda repetir contra el causante del daño.

Basados en el principio general anteriormente descrito, estudiemos por separado cómo funciona su aplicación en materia de seguros, de seguridad social, o en el evento de auxilios benévolos.

(3) MAZEAUD—TUNC—CHABAS, *Traite*, T. I, No. 242.

(1) MAZEAUD—TUNC—CHABAS *Traite*, T. I., No. 262; DALCQ Roger, *Traite*, T. II, No. 3104 y ss.

SUBSECCION I

LA ACUMULACION DEL DAÑO Y LA PRESTACION DEBIDA POR EL ASEGURADOR

58 LA SUBROGACION CIVIL EN MATERIA DE SEGUROS

Ya hemos visto cómo en materia civil, un tercero puede pagar la deuda de otro y en tal virtud, se subroga en los derechos que tenía el acreedor contra el deudor por el cual pagó. En este caso el subrogatario paga la deuda original y libera al deudor de la obligación, frente al primer acreedor. A raíz de dicho pago el subrogatario, que pagó, le cobra al deudor, ejerciendo los mismos derechos que tenía el acreedor inicial.

En materia de seguros terrestres ha existido una evolución jurisprudencial que ha tratado de encontrar la posibilidad de que el asegurador ejercite algún recurso contra el tercero que causó el daño pues éste ha dado lugar a que se realice la condición que era presupuesto necesario para el pago del seguro.

Inicialmente se pensó que el asegurador podría utilizar su calidad de simple tercero, para cobrar el daño, argumentando que el delito o cuasidelito cometido por el tercero responsable le había causado un perjuicio, puesto que a raíz del hecho lesivo había surgido para el asegurador la obligación de pagar el seguro (1).

Es decir, se pretendía ejercer una acción personal del asegurador contra el causante del daño, sobre la base del artículo 2341 del Código Civil. Sin embargo, esta teoría no obtuvo progreso alguno ya que no había un vínculo directo entre la acción dañina y la erogación que había tenido que realizar el asegurador, puesto que la obligación de éste encontraba su causa directa en el contrato de seguros y no en el cuasidelito (2). En resumen, el asegurador carecía de una acción propia, por no haber un nexo causal entre el cuasidelito y la erogación hecha por el asegurador.

Ante la inconsistencia de la teoría anterior las compañías aseguradoras recurrieron a la cesión de derechos y en esta forma, el asegurado se comprometía a ceder todas las acciones eventuales que, por concepto de indemnización, tuviese contra el causante del daño (3). Esta solución tiene el inconveniente de que puede ser atacada jurídicamente sobre la base de la indeterminación del objeto cedido.

Por otro lado, se contempló la posibilidad de que el asegurador acudiera a los principios de la subrogación legal que consagra el Código Civil en sus artículos

(1) En ese sentido: JACOB N., Ob. Cit., No. 202; LAMBERT Faivre, Ob. Cit., p. 239; PICARD-BESSON, Ob. Cit., T. I, No. 327.

(2) PICARD-BESSON, Ob. Cit., No. 328; JACOB N., Ob. Cit., No. 202; LAMBERT-FAIVRE, Ob. Cit., No. 239.

(3) LAMBERT-FAIVRE Ivonne, Ob. Cit., No. 239; PICARD-BESSON, Ob. Cit., T. I No. 330; MAZEAUD-TUNC-CHABAS, Traite, T. I No. 245.

1666 y ss (4). Sin embargo, tal criterio carecía de fundamento legal puesto que como ya lo vimos, la subrogación del Código Civil exige que el subrogatario haya pagado la deuda contraída por el obligado inicial; ahora, como también lo dijimos, el asegurador no paga la deuda del tercero responsable, sino la suya. El asegurador no se coloca en la misma posición jurídica del causante del daño. La obligación del tercero ni se ha extinguido ni se ha novado.

Así las cosas, ninguno de los esguinces ensayados ha sido suficiente para que el asegurador pudiese cobrar al tercero responsable el monto de lo que hubiese tenido que pagar al asegurado, que fue víctima del hecho dañino, y, en consecuencia, ante la ausencia de texto legal expreso, el asegurado tendría pleno derecho a cobrar no sólo el valor del seguro, sino también la reparación del daño causado por el tercero responsable del delito o cuasidelito.

Ha sido la intervención de legislador la que ha variado sustancialmente las cosas permitiendo en algunos casos, que el asegurado pueda acumular el valor del seguro y la reparación del daño, mientras que en otros, el asegurador obtiene el derecho de ejercer un recurso contra el tercero causante del daño, sin que en consecuencia, el asegurado pueda acumular las dos sumas. Se ha prescrito entonces, que, en algunos seguros, el asegurador se subrogue contra el tercero causante del daño, por disposición expresa de la ley (1).

En el Derecho Colombiano, los artículos 1096 y 1134 del Código de Comercio consagran disposiciones relativas a dicha subrogación especial; y sobre ello volveremos más adelante (Infra).

EL CUMULO SE PERMITE EN LOS SEGUROS DE PERSONAS Y SE PROHIBE EN LOS SEGUROS DE DAÑOS:

De acuerdo con el artículo 1096 del Código de Comercio, "el asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado".

Es decir, cuando se trata de un seguro de daños (de cosas o de responsabilidad civil), el asegurador se subroga hasta el monto de lo pagado, en todos los derechos que el asegurado tenga contra el tercero causante del daño, y a raíz del cual el asegurador debió pagar el siniestro (1). Esto quiere decir que el asegurado no tiene derecho a acumular el valor del seguro y el valor de la indemnización puesto

(4) LAMBERT FAIVRE, Ob. Cit., No. 239; JACOB N., Ob. Cit. No. 202.

(1) Esa subrogación es distinta de la consagrada en el C.C., artículo 1666. Sobre la subrogación del asegurador, en el Derecho Colombiano, puede verse "Las memorias del VII Encuentro de ACOLDESE", dedicado al tema, celebrado en Cali, 1981, publicado por SKANDIA.

(1) Si el seguro no cubre la totalidad del daño, el asegurado, víctima, podrá cobrar al responsable la parte no cubierta por el contrato.

que la ley consagra uno de esos casos especiales en que el asegurador se subroga contra el tercero. Solamente podrá cobrar aquella parte del daño no cubierta por el seguro, tal, por ejemplo, la franquicia.

En cambio, tratándose de seguros de personas, entre los cuales el de vida, la ley establece un principio diferente puesto que como lo dice el artículo 1139 del Código de Comercio, "la subrogación a que se refiere el artículo 1096 no tendrá cabida en esta clase de seguros".

En resumen, en los seguros de daños la víctima no tiene derecho a acumular la indemnización y el valor del seguro; por el contrario, en los seguros de personas tal acumulación es posible y en consecuencia el asegurador no puede repetir contra el tercero causante del daño, para cobrar lo que le debió pagar al asegurado como valor del seguro.

Habrán seguros de daños cuando el asegurado adquiera una póliza que le garantice el pago de los daños que sufra una cosa en la cual tiene un interés asegurable. Tal ocurre con los seguros de incendio o los seguros automovilarios por daños al vehículo. En estos casos el asegurador paga al asegurado lo que valgan los daños de la cosa afectada, lógicamente, dentro de las condiciones de la póliza. Una vez efectuado el pago de ese seguro, el asegurador puede repetir contra el tercero que causó el daño, y en tal virtud el asegurado pierde toda acción contra el tercero causante del daño. No obstante, el asegurado puede cobrarle al tercero aquella parte de la pérdida que no fue cubierta por el seguro, ya que el asegurador sólo se subroga hasta el monto de lo pagado al asegurado.

Igual cosa sucede con los seguros de responsabilidad. En efecto, cuando el asegurado causa un daño que ha sido cometido conjuntamente con otra u otras personas, el asegurador deberá cubrir el valor de la condena que se profiera contra el asegurado. Como este último tiene derecho a repetir contra los otros coautores, en virtud de la subrogación proveniente de la solidaridad, sus derechos le son transmitidos al asegurador, quien por la subrogación del artículo 1096, adquiere los derechos de repetir parcialmente contra los otros coautores. Así las cosas, el asegurado ya no podrá repetir contra los coautores sino en la medida en que el asegurado no haya cubierto ciertas partes de la condena.

Aclarado que la subrogación es posible en unos seguros y en otros no, es preciso encontrar una justificación que explique por qué el legislador discriminó en esa forma.

Algunos autores sostienen que la acumulación es posible en aquellos seguros que no tienen un carácter indemnizatorio tales como el seguro de vida; en cambio, cuando el seguro tiene un carácter indemnizatorio la víctima no tendría derecho a acumular el seguro y la indemnización ya que el primero cumplió la función de la segunda, al haber reparado el daño causado (1).

(1) En ese sentido CHARTIER Ybes, Ob. Cit., No. 500 y 501; GHESTIN-VINEY, Traité, T. IV, No. 287; PICARD-BESSON, Ob. Cit. No. 331.

Sin embargo, la distinción está montada sobre un sofisma. En efecto, ningún seguro tiene carácter indemnizatorio en sentido estricto, ya que el asegurado paga una prima que le da derecho a participar en un álea frente al asegurador (supra).

El término "indemnizatorio" es una simple denominación que se le da a los seguros en que la subrogación legal le es concedida al asegurador. El argumento de que el asegurado sólo tiene derecho a cobrar un seguro equivalente al perjuicio sufrido, no es suficiente pues tal límite tiene su explicación en la precaución que toma el legislador para que los asegurados no realicen voluntariamente el siniestro con miras a obtener el pago de un seguro cuyo valor es superior al interés asegurado. Tanto en los seguros de personas como en los de daños el asegurado busca obtener un beneficio patrimonial que le reemplace la pérdida sufrida por un determinado evento. En los seguros de personas la suma asegurada puede ser mayor al perjuicio realmente sufrido puesto que es más difícil la realización del siniestro en forma voluntaria. En conclusión, ningún seguro tiene realmente carácter indemnizatorio. En realidad, lo que la víctima recibe de un tercero, asegurador o no, sólo tiene carácter indemnizatorio cuando con ese ingreso se paga la propia deuda del tercero causante del daño, y como ya vimos, el asegurador paga su propia deuda, y en tales circunstancias no indemniza (1) (supra).

Los argumentos hasta ahora expuestos no son suficientes para explicar por qué la acumulación del seguro y de la reparación del daño son permitidos en ciertos eventos, mientras que en otros es negado. En nuestro concepto, la víctima tiene derecho a acumular el valor del seguro y de la indemnización que debe el tercero causante del daño, cuando no haya una norma especial, diferente al artículo 1666 y ss. del Código Civil, que establezca la subrogación a favor del asegurador que pagó el seguro. A contrario sensu, si alguna disposición especial le concede tal subrogación al asegurador que pagó, la víctima no tendrá derecho a acumular la indemnización y el valor del seguro. La regla pues, en cada caso concreto, consiste en saber si el asegurador o la seguridad social tienen el derecho especial de subrogación.

En caso afirmativo, la víctima pierde todo derecho de acumular y el asegurador adquiere todas las acciones contra el tercero, al momento de haber pagado el valor del seguro. Si no hay subrogación especial el responsable deberá indemnizar a la víctima; existiendo aquella, deberá pagársele al asegurador que cubrió el seguro a la víctima asegurada.

Realmente, lo que el legislador busca con la permisión del cúmulo en los seguros de daños, y su prohibición en los de personas es impedir que el causante del daño se vea abocado a la posibilidad de tener que afrontar acciones judiciales no sólo de parte del perjudicado (asegurado), sino también del asegurador de éste. Si tales normas no existieran, el cúmulo sería posible en todos los casos y a su vez, el asegurador podría iniciar acciones indemnizatorias contra el causante del siniestro, creando una gran confusión, pues como vimos, podría discutirse que el

asegurador sufrió un daño por la actividad del causante del hecho que dio lugar al pago del seguro (1).

61.

En lo que hace referencia a los seguros de personas, ya vimos cómo el asegurado o sus beneficiarios tienen derecho a cobrar no sólo el valor del seguro, sino también el valor de la indemnización que debe pagar el causante de la muerte o de las lesiones. En consecuencia, la compañía aseguradora no puede repetir contra el tercero causante del daño, ya que la subrogación está expresamente prohibida en el artículo 1139 del Código de Comercio.

Sin embargo, hay que destacar que los gastos médicos, clínicos, quirúrgicos o farmacéuticos en que incurra el asegurado, en relación con un accidente no se registrarán por los seguros de personas, sino por los de daños, y en tal virtud, la acumulación no es posible en estos casos (artículo 1140 del Código Civil). De acuerdo con lo anterior, si ocurre un accidente que termina con la muerte del asegurado, los beneficiarios de un seguro de vida tendrán derecho a acumular el valor del seguro y lo que valían los ingresos que hubiesen recibido del asegurado en caso de no haber fallecido; en cambio, no podrán cobrar al tercero causante del daño el valor de los gastos clínicos y médicos ocurridos entre el momento del accidente y el de la muerte.

A su vez, el asegurador no podrá cobrar al tercero causante del daño el valor de ese lucro cesante, pero en cambio, podrá cobrarle lo que valieron los gastos clínicos y médicos a que ya hemos hecho referencia, siempre y cuando hayan sido pagados por él.

JUSTIFICACION DE LA SUBROGACION LEGAL DEL ASEGURADOR EN LOS SEGUROS DE DAÑOS

No existe un argumento legal ni axiológico que justifique el derecho a la subrogación que le concede el Código de Comercio al asegurador, en los seguros de daños. En efecto, si el asegurado paga una prima para estar cubierto de un riesgo, no vemos por qué pierda su derecho a exigir del tercero causante del daño, la reparación de éste, puesto que la causa jurídica es diferente en uno y otro caso.

Obsérvese cómo nuestro argumento es aceptado por el legislador en los seguros de personas y es por ello, que en tales seguros, la acumulación sí existe, habida cuenta de la imposibilidad que tiene el asegurador para subrogarse.

Jurídicamente, la situación es la misma tanto en los seguros de personas como en los seguros de daños. Ya hemos visto cómo ningún seguro tiene carácter indemnizatorio puesto que el asegurador no paga la deuda del causante del daño,

(1) Antes de la Ley de 1930, que en Francia consagra la subrogación especial, a favor del asegurador en los seguros de daños, tanto el asegurador que pagaba el seguro, como el asegurado que recibía el pago del mismo, podían demandar, y de hecho lo hacían, al tercer causante del daño. En ese sentido MAZEAUD—TUNC—CHABAS *Traite*, T. I, No. 235, nota 3.

sino su propia deuda, proveniente de un vínculo contractual. Si el legislador le da el nombre de "indemnizatorios" a los seguros de daños, es simple cuestión de términos. Por eso la doctrina contemporánea reclama que la subrogación desaparezca y en tal virtud, cualquiera sea el tipo de seguros, la víctima tenga derecho a acumular la reparación del daño y el valor del seguro (1).

No se diga que la subrogación del artículo 1096 ha sido establecida con el fin de que el tercero causante del daño no se quede impune. Este argumento no tiene consistencia lógica puesto que la finalidad del derecho privado no tiene un carácter punitivo. Correspondería al derecho penal reprimir al causante del daño. De otro lado, si lo que se quiere es que el causante del daño indemnice en forma adecuada, no vemos por qué no se le conceda al asegurado el derecho de reclamar la indemnización. Para el tercero es lo mismo cancelarle al asegurado que al asegurador. Eso es lo que ocurre en los seguros de personas y no hay razón válida para que se varíe de criterios según la clase de seguros. En última instancia, el legislador podría acordar que el tercero pague la indemnización a una entidad de beneficio o al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, pero no hay ningún motivo válido para que sea el asegurador quien conserve esta facultad.

SUBSECCION II

EL CUMULO DE LA INDEMNIZACION Y DE LA ASISTENCIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El principio es el mismo: mientras un tercero no pague la reparación a nombre del causante del daño, o, mientras no haya una norma especial que prohíba el cúmulo y subrogue a un tercero que pagó, la víctima tiene derecho a acumular la indemnización pagada por el causante del daño y cualquier otra pensión o asistencia médica u hospitalaria originada por el pago de prestaciones periódicas (Supra) Tal es el caso, como ya vimos, de los seguros de personas y de daños. El planteamiento es el mismo tratándose de la seguridad social, sea que ésta se preste a través de Estado, o a través de los particulares.

En efecto, los trabajadores tienen derecho a que la seguridad social les dé la asistencia médica y hospitalaria indispensables y que además les pague el valor de la incapacidad laboral. Esos derechos son adquiridos mediante sumas periódicas vertidas por los patronos y los trabajadores mismos.

No cabe duda que aquella parte del daño no asumida por la seguridad social o por el patrono puede ser cobrada directamente al causante del daño, ya que la víctima tiene derecho a ser indemnizada en su totalidad. En lo que se refiere a la posibilidad de acumulación de las sumas pagadas por la seguridad social o por el patrono y lo que se le deba cobrar al causante del daño, basta averiguar simplemente si hay disposición expresa que prohíba el cúmulo o que por lo menos, traslade los derechos de la víctima a la institución o patrono que cumplieron sus obligaciones legales.

Si la seguridad social, generalmente el Instituto de Seguros Sociales, se subroga

(1) MAZEAUD-TUNC-CHABAS, Traite, T. I No. 238 y ss. - esp. 242.

por ministerio de la ley, la víctima sólo podrá demandar al causante del daño, por aquellas sumas que no fueron pagadas por la seguridad social. A su vez, el seguro social podrá repetir contra el causante del daño ejerciendo los derechos que por disposición legal, cesan de estar en cabeza de la víctima.

En la práctica, el Instituto de los Seguros Sociales, en Colombia, nunca inicia acciones judiciales contra los terceros causantes del daño. En consecuencia, pensamos que cuando la víctima ha recibido tratamiento médico y hospitalario en los Seguros Sociales, podrá acumular estas prestaciones con la indemnización proveniente del agente que produjo el perjuicio. La liquidación se hará teniendo en cuenta lo que valga tal asistencia, dentro del medio social en el cual se produjo el daño. Si se prohibiera esta acumulación el beneficiado sería el responsable del daño, quien en el fondo, sería el verdadero asegurado. En efecto, al negar la acumulación, sale más perjudicada la víctima que está afiliada al seguro que quien no lo está. En realidad, la víctima, al pagar la cotización simplemente estaría pagando lo necesario para que el responsable quedara impune (1).

SUBSECCION III

EL CUMULO DE LA INDEMNIZACION PROVENIENTE DEL CAUSANTE DEL DAÑO Y LA AYUDA BENEVOLO PRESTADA POR EL ESTADO O POR UN PARTICULAR

Ocurre, a menudo, que las víctimas son llevadas a una policlínica, o un particular se encarga de colaborar económicamente para que el lesionado reciba la existencia médica y hospitalaria del caso. Igualmente, puede suceder que un tercero reponga el bien dañado o entregue sumas de dinero a la víctima o a sus familiares, para que suplan las necesidades de la vida diaria. En estos casos los donantes no están pagando la deuda del causante del daño y en tal virtud, no están al amparo de la subrogación legal consagrada en el artículo 1666 del Código Civil. En efecto, ninguna de estas entidades podrá reclamarle al causante del daño ya que éste no la estaba autorizando para que pagase por él. Por otro lado, no hay disposición legal especial que traslade los derechos de la víctima a quien por pura gratuidad le socorrió, tal como sí existe en el Código de Comercio, para los seguros de daños, aunque en este caso, no se trata de una gratuidad, sino del cumplimiento de un contrato (Supra).

En consecuencia, el hecho de que la víctima haya sido atendida en policlínica o en cualquiera otra entidad del Estado en forma gratuita, o socorrido por un particular, no impide que el perjudicado obtenga del responsable del daño, la total reparación de éste (2). Al igual que en el caso anterior, la liquidación del perjuicio se hará teniendo en cuenta el costo normal que tales servicios tengan en el medio social dentro del cual se produjo el daño o donde éste sea reparable.

Es lógico que tal gratuidad sea hecha por el Estado o los particulares tratando

(1) Sobre este argumento puede verse: DALCQ Roger, *Traite*, T. II, No. 3097 y 3098; MAZEAUD-TUNC-CHABAS, *Traite*, T. I No. 243 - 271.

(2) En ese sentido: MAZEAUD-TUNC-CHABAS, *Traite*, T. I No. 271; DALCQ Roger, *Traite*, T. II, No. 3408 y ss.

de proteger a la víctima y no a quien causó el daño. Riñe con la lógica y la equidad que quien se beneficie de la gratuidad sea el causante del perjuicio y no la víctima misma. Impedir el cúmulo equivaldría a que la víctima recibiera una asistencia de menor calidad, lo que en última instancia sólo beneficiaría al causante del daño quien la mayoría de las veces, tampoco recibe sanción penal (2). La dura realidad, es que la ausencia de sanciones penales y civiles que se producen en la práctica en nuestro medio, merma el cuidado y la atención que los conductores de automotores debieran guardar. Ello se debe a que las víctimas casi nunca demandan indemnización, puesto que los gastos clínicos fueron sufragados por el Estado. Otras veces, los jueces consideran que con tal asistencia ya el daño fue reparado, solución equívoca puesto que como ya vimos la asistencia hospitalaria prestada no puede ser considerada como un pago hecho a nombre del causante del daño, ni existe norma especial que permita a quien socorrió a la víctima, repetir lo pagado, contra el responsable del daño.

Lo que se dice de las lesiones personales, cabe ser dicho igualmente, de los daños a las cosas. Por ejemplo, si Pedro destruye un vehículo de Juan y el padre de éste le regala un nuevo automotor a su hijo, sería absurdo que Pedro alegare que no tiene obligación de reparar puesto que ya el padre de la víctima lo hizo; tampoco podría el padre repetir contra Pedro pues éste alegaría justamente que quien pagó no lo hizo a su nombre y en consecuencia, no hay subrogación civil. Por lo tanto, en estos casos, la víctima conserva el derecho de cobrar la indemnización del daño sufrido, demandando al causante del hecho, poco importa que su bien haya sido reemplazado por un tercero.

CAPITULO SEGUNDO

FORMAS DE REPARACION DEL DAÑO

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

De CUPIS Adriano, Ob. Cit.; CHARTIER Yves, Ob. Cit.; LE TOURNEAU Philippe, Ob. Cit., No. 872 y ss.; DALCO Roger, *Traité*, T. II, No. 4138 y ss.; ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, Ob. Cit., No. 440 y ss.; FLOUR et AUBERT, "Droit Civil, Obligations", T. II, No. 817 y ss.; ed. A. Colin, París, 1981; PLANIOL—RIPERT, *Traité*, T. VI, No. 680, T. VII, No. 770 y ss.

INTRODUCCION

Tradicionalmente, la doctrina habla de que tanto el daño contractual como el extracontractual pueden ser reparados IN NATURA (en especie) o por equivalente (1). Sin embargo, existe una gran confusión doctrinal en cuanto a la utilización de términos. Así, por ejemplo, algunos autores sostienen que en materia

(2) DALCO Roger, *Traité*, T. II, No. 3097; MAZEAUD—TUNC—CHABAS, *Traite*, T. I, No. 271.

(1) DALCO Roger, *Traite*, T. II, No. 4150

contractual la reparación en especie es imposible. A su vez, los autores no están de acuerdo con la extensión de la reparación por equivalente y es así como para algunos, esta última no sólo se refiere al pago de sumas de dinero, sino también, a la reparación mediante el reemplazo por objetos de las mismas características del bien dañado (2).

Por todo lo anterior, nosotros preferimos no alinearnos frente a ninguna de las teorías que clasifican la forma de reparar el daño. En el fondo, sólo es cuestión de términos que no hace más que confundir una serie de conceptos idénticos para todas las clasificaciones en disputa. Por lo pronto, analizaremos las formas de indemnización por incumplimiento contractual (SECCION I) y las que se derivan de la responsabilidad civil aquiliana (SECCION II).

SECCION I

FORMA DE REPARACION EN EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL (0)

PRINCIPIO GENERAL

El acreedor que cumplió sus obligaciones o se allanó a cumplirlas, puede demandar al deudor incumplido para que le indemnice los daños causados a raíz del incumplimiento. En tal virtud, podrá solicitar que el obligado cumpla específicamente lo estipulado en el contrato; asimismo, podrá optar más bien, porque se repare el perjuicio, mediante el pago de una suma de dinero.

Sin embargo, no siempre es factible que el deudor pueda cumplir la obligación inicialmente pactada.

Por un lado, puede haber imposibilidad física de entregar la cosa debida porque la misma ha perecido, o ya ha sido enajenada a un tercero que la adquirió de buena fe. En tales eventos, necesariamente, la indemnización deberá hacerse mediante el pago de sumas de dinero, o, si la obligación era de género, mediante la entrega de un objeto de la misma especie y calidad de la cosa debida (1). Por otro lado, cuando la obligación debida es de hacer, y fue contraída en razón de las calidades artísticas o intelectuales del deudor, es imposible obligar a este último a que cumpla una obligación contra su voluntad (2).

Ante la imposibilidad física o moral de cumplir lo pactado, al acreedor sólo le queda la alternativa de verse indemnizado mediante el pago de una suma de dine-

(2) DALCQ Roger, *Traite*, T. II, No. 4174; MAZEAUD-TUNC-CHABAS, *traite*, T. III, No. 2319; CARBONNIER Jean, "Droit Civil", T. II, p. 530.

(0) Sobre este tema en especial, puede verse: CHARTIER Ives, *Ob. Cit.* No. 383 a 393.

(1) DALCQ Roger, *Traite*, T. II, No. 4162.

(2) DALCQ Roger, *Traite*, T. II, No. 4162; MAZEAUD-TUNC-CHABAS, *Traite*, T. III, No. 2311; PLANIOL-RIPERT, *traite*, T. VII, No. 780; CHARTIER Ives, *Ob. Cit.*, No. 380; INFRA

ro o, de ser posible, de la entrega de un objeto de las mismas características y calidades (3).

Las obligaciones contractuales cuyo incumplimiento dan lugar a reparación pueden ser de dar, hacer o no hacer.

SUBSECCION I

EJECUCION FORZOSA POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CONTRACTUALES DE DAR

Cuando se trata de la reparación del daño causado por el incumplimiento de obligaciones contractuales de dar, la víctima puede obtener por vía ordinaria, una sentencia en la que se obligue al deudor a cumplir lo pactado. Si el deudor no cumple espontáneamente lo prescrito en la sentencia, el acreedor puede demandar por vía ejecutiva para que el fallo ordinario se haga cumplir. La obligación puede consistir en dar una suma de dinero, una especie mueble, bienes de género diferente al dinero, o un bien inmueble.

Si la obligación inicial es de dar una suma de dinero, será ésta, necesariamente, la única forma de cumplir la obligación. En consecuencia, lo único problemático será lo relativo a la insolvencia del deudor.

Si el incumplimiento radica en la no dación de una especie mueble el acreedor tiene derecho a que por vía ejecutiva, se obligue al deudor a entregar la especie debida, incluyendo los perjuicios moratorios respectivos (artículo 493 del Código de Procedimiento Civil). Mientras la dación sea posible, el acreedor tiene derecho a forzar la entrega de la misma, para lo cual puede, inclusive, embargarla y secuestrarla (artículo 499 y 513 del Código de Procedimiento Civil). De todas formas, el artículo 495 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 504 de la misma ley, permite al acreedor, desde un principio, optar porque se le cancele, más bien, el pago de perjuicios por la no entrega de la especie mueble; podrá asimismo pedir, en forma principal, la entrega de la especie debida y, subsidiariamente, el pago de perjuicios.

Tratándose de una obligación de dar bienes de género, diferentes de dinero, la situación es más o menos la misma que se presenta en la obligación de dar una especie mueble. En consecuencia, desde un principio, el acreedor tiene derecho a que en vez del pago de un bien de género diferente de dinero, se le pague indemnización de perjuicios. Asimismo, podrá pedir en forma principal la entrega del bien, y en forma subsidiaria, indemnización de perjuicios.

Finalmente, puede suceder que el deudor haya incumplido la obligación de dar un bien inmueble. El hecho se presenta, a menudo, cuando el incumplimiento surge de una promesa de compraventa de bienes inmuebles. En semejante situación, previa la obligación de dar el bien prometido en venta, existe una obligación de

(3) DALCQ Roger, Traite, T. y No. Cit.

hacer, cual es el otorgamiento de las escrituras respectivas, es decir, cumplir el contrato prometido.

Frente a tal incumplimiento, el acreedor tiene derecho a demandar, por vía ejecutiva, la suscripción de la escritura pública (artículo 501 del Código de Procedimiento Civil) siempre y cuando "que el objeto de la escritura se haya embargado como medida previa, y que se presente certificado sobre su propiedad actual". Si el demandado no suscribe la escritura a que está obligado, "el juez procederá a hacerlo en su nombre".

Ahora, si el acreedor lo desea, en vez de solicitar la suscripción de la escritura pública podrá, de acuerdo con el artículo 495 del Código de Procedimiento Civil, demandar desde un principio, el pago de perjuicios.

Por otro lado, si la ejecución forzosa es imposible porque ya el bien ha sido enajenado a un tercero, o por cualquier otra circunstancia, el artículo 495 del Código de Procedimiento Civil seguirá siendo aplicable y el demandante podrá solicitar no ya la suscripción del documento, sino, más bien, la indemnización de perjuicios.

SUBSECCION II

EJECUCION FORZOSA POR OBLIGACION DE HACER

Cuando la obligación contractual incumplida consiste en hacer algo, el acreedor tiene, de acuerdo con el artículo 1602 del Código Civil, las siguientes posibilidades:

a) Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido; b) que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor; c) que el deudor lo indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.

El Código de Procedimiento Civil en sus artículos 495 y 500, regula la forma como el acreedor puede demandar por vía ejecutiva cualquiera de estas tres alternativas.

Cuando el acreedor insiste en que el deudor cumpla la obligación inicialmente pactada, el juez le ordenará a este último la ejecución de la obligación debida. Si no lo hace, y el acreedor pidió en forma subsidiaria el pago de perjuicios, el juez ordenará el pago de estos últimos. No habiéndose demandado tal pago subsidiario "el demandante podrá solicitar que se autorice la ejecución del hecho por un tercero a expensas del deudor, y así lo ordenará el juez, siempre que aquella sea susceptible de tal forma de ejecución". Es aquí donde pensamos que si la obligación de hacer está relacionada con una especial aptitud del deudor, no podrá ni forzarse al deudor, ni permitirse que la obligación la cumpla un tercero y entonces, necesariamente, el juez sólo podrá condenar al pago de una suma de dinero (1).

(1) CHARTIER Ives, Ob. Cit. No. 380.

Siguiendo el derrotero general, cuando la obligación de hacer se vuelve de imposible cumplimiento tendrá aplicación el artículo 495 del Código de Procedimiento Civil, y en tal virtud, el demandado está obligado al pago del equivalente de la obligación, mediante la entrega de una suma de dinero.

SUBSECCION III

REPARACION DEL DAÑO POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DE NO HACER

Cuando el incumplimiento contractual consiste en la violación de una obligación de no hacer, se procederá en la siguiente forma, para efectos de la reparación: De acuerdo con el artículo 495 el acreedor podrá pedir desde un principio el pago de perjuicios, en lugar de la destrucción de lo hecho. Aunque el artículo 1612 del Código Civil no contempla esta facultad, la citada norma procedimental permite tal forma de indemnización. Así lo entiende el Dr. HERNANDO MORALES MOLINA, quien al respecto dice: "El deudor puede desde un principio pedir el pago de perjuicios compensatorios. . . , lo que indica que no tiene interés en la destrucción o que ésta no puede realizarse por la naturaleza del hecho que estaba prohibido (1).

Ahora, cuando no puede deshacerse lo hecho, el acreedor sólo tendrá la alternativa de recurrir a la indemnización de perjuicios, los cuales estimará y especificará bajo juramento si es que no figuran en un título ejecutivo.

Pero si la cosa hecha puede destruirse y el acreedor no pidió indemnización de perjuicios, tiene derecho a solicitar que tal destrucción se efectúe, pero siempre y cuando sea necesaria para el objeto que se tenía como finalidad al momento de celebrar el contrato. En tal caso, si el deudor no lo hace y el acreedor no pidió en forma subsidiaria indemnización de perjuicios, éste será autorizado para que él mismo lo haga, y los gastos corran por cuenta del deudor. Piénsese por ejemplo, en el propietario de un predio superior, que paga al del predio inferior, para que no levante un muro que tapanía la vista a los clientes de un restaurante que se encuentra en el predio superior. En este caso, la destrucción de la obra es necesaria puesto que no hay otra forma de obtener el resultado buscado al contraer la obligación. Por ello, la destrucción será decretada.

En cambio, si el resultado buscado por el acreedor, al celebrar el contrato, puede obtenerse por otros medios, el deudor tiene derecho a proponer una solución distinta a la destrucción. En este caso creemos que el juez podrá ordenar una reparación de hecho, distinta.

Inclusive, nos atrevemos a pensar que en un momento determinado, si la destrucción de la obra atenta contra la economía nacional, el juez deberá abstenerse de ordenar la destrucción y en su defecto, condenará a una compensación equivalente a todos los daños y perjuicios sufridos por el acreedor, con la realización de

(1) MORALES M., Hernando. "Curso de Derecho Procesal Civil", parte Especial, No. 208.

la obra. Así, si se levanta un edificio que tapa la vista a una casa, y en esta forma se contraviene una obligación de no hacer, aunque de hecho no haya una solución diferente a la destrucción del edificio, es preferible pagar una indemnización completa al acreedor, puesto que es antieconómico destruir lo hecho. En ese sentido hay que considerar que la imposibilidad a que se refiere la ley no es sólo física sino también práctica.

De todas formas, el juez deberá buscar la reparación menos costosa para la economía nacional. En efecto, por muy costoso que sea el edificio levantado, puede suceder que el daño causado a la casa sea de tal embergadura, que sea preferible la destrucción de la obra nueva. El juez es soberano para evaluar cada caso concreto.

SECCION II

LAS FORMAS DE REPARACION DEL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD AQUILIANA

TERMINOLOGIA

Como ya lo habíamos anotado (Supra), la doctrina no está de acuerdo en cuanto a la terminología utilizada para clasificar las formas de reparación del daño. Todo mundo está de acuerdo en que la reparación puede ser en especie o en equivalente. Sin embargo, el contenido de dichos términos es equívoco pues para algunos, la reparación por equivalente es sinónimo de reparación en dinero (1), mientras que para otros, hay otras formas de reparar englobadas en el concepto de equivalencia. De igual forma, algunos sostienen que la supresión del ilícito no es forma de reparación en especie, lo que contribuye aún más, a la confusión (2).

La discusión carece de importancia, mas nosotros, por simple conveniencia sistemática, preferimos decir que la reparación puede ser con dinero o en ausencia de éste, tratando de dejar a la víctima en las mismas condiciones de hecho que tenía antes de ocurrir el daño. En este último caso, se podrá suprimir la situación ilícita, reparar el objeto dañado o reemplazarlo por uno de igual calidad. Si se quiere, llamemos a lo primero, reparación por equivalente, y a lo segundo, reparación en forma específica.

SUBSECCION I

REPARACION DIFERENTE AL PAGO DE UNA SUMA DE DINERO (EN ESPECIE)

La forma más perfecta de reparar (1) el daño, consiste en dejar a la víctima en las mismas condiciones en que se encontraba antes de ocurrir el hecho dañoso. Una auténtica teoría de la responsabilidad civil debería tener como mira el alcance

(1) En este sentido: FLOUR et AUBERT, "Droit Civil, Les Obligations", T. II, No. 817

(2) LE TOURNEAU Philippe, Ob. Cit., No. 882; CHARTIER Yves, Ob. Cit., No. 375.

(1) FLOUR ET AUBERT, Ob. Cit. No. 817; CHARTIER Yves, Ob. Cit., No. 375.

de tal forma de reparación (2). Sin embargo, en la práctica se presentan una serie de circunstancias que hacen imposible llevarla a cabo. A continuación veremos algunas de las formas que reviste dicho tipo de indemnización.

SUPRESION DEL ILICITO

Cuando la acción dañina se prolonga en el tiempo, la víctima tiene derecho a reclamar la supresión de la causa que le está produciendo el daño. Igualmente, tiene la facultad de cobrar los perjuicios que hasta el momento de la supresión del ilícito hayan sido causados (0).

Esta facultad de pedir la supresión del ilícito no sólo está fundamentada en los principios generales que regulan la responsabilidad civil, sino también en las acciones que para daño contingente, consagra el artículo 2359 del Código Civil. Aunque esta norma sólo habla de daño contingente, creemos que con mucha mayor razón se debe aplicar al daño que ya se viene produciendo. La supresión del ilícito puede ir desde la destrucción total de una cosa o situación, hasta la toma de medidas tendientes a hacer desaparecer el perjuicio, corrigiendo lo hecho. De otro lado, si el demandado ofrece al demandante la supresión del ilícito, el actor no podrá rechazar tal propuesta, argumentando que se le debe pagar la indemnización en dinero, pues en realidad nadie está obligado a permanecer en la ilicitud (1). En tales circunstancias, se suprimirá el ilícito y se indemnizará a la víctima del daño que ya haya sido causado.

Ahora, la víctima puede solicitar desde un principio la supresión del ilícito. En ese caso, el juez está obligado a decretarlo (2), a menos que ello sea contrario a la economía nacional o se viole una autorización administrativa que permitía al demandado desplegar la actividad dañosa. En estas circunstancias, el juez deberá ordenar las medidas idóneas para suprimir el ilícito y siendo éstas ineficaces, ordenará la indemnización mediante el pago de sumas de dinero. De todas formas, el juez, dentro de lo posible, tratará de suprimir el ilícito aunque la víctima no lo solicite ni el demandado lo ofrezca, orientado siempre, por la necesidad de no causar un perjuicio a la economía del país (3).

Algunos tribunales franceses, acertadamente en nuestro concepto, se han negado a ordenar la destrucción de una obra ya edificada y en su defecto han ordenado una reparación pecuniaria. La Corte de Casación Francesa y parte de la doctri-

(2) DALCQ Roger, *Traite*, T. II, No. 4152; MAZEAUD—TUNC—CHABAS, *Traite*, T. III, No. 2303; CARBONNIER Jean, *Ob. Cit.*, T. II, No. 503 y ss.; PLANIOL—RIPERT, *Traite*, T. VI, No. 682.

(0) LE TOURNEAU Philippe, *Ob. Cit.*, No. 882

(1) DALCQ Roger, *Traite*, T. II, No. 4155; LE TOURNEAU PHILIPPE, *Ob. Cit.* No. 883.

(2) CHARTIER Yves, *Ob. Cit.*, No. 377

(3) DALCQ Roger, *Traite*, T. II, No. 4158

na, han rechazado tal solución, pues consideran que la víctima tiene derecho a exigir la demolición de la obra construida (4).

Aceptar la posición de la Corte de Casación, significa darle un excesivo valor al individualismo liberal, pues no hay razón para que la economía de un país tenga que soportar la pérdida de objetos valiosos, por proteger excesivamente y en forma caprichosa, los derechos individuales de la persona. Sólo cuando el daño es superior a la nueva obra, cabrá ordenar la destrucción de ésta, si es que no se pueden tomar medidas correctivas. Asimismo, sólo en casos de un altísimo valor afectivo, o cultural la víctima podría insistir en la destrucción de la nueva obra, pero en tales casos habría que demostrar lo valioso del bien que se evita destruir. En caso contrario, es decir, si la destrucción de la nueva obra supone una pérdida mayor que el daño causado, y el bien dañado no tiene un afecto especialísimo y excepcional para la víctima, o un alto valor cultural, el juez ordenará la indemnización en dinero, y la nueva obra permanecerá.

SUBSECCION II

REPARACION MEDIANTE LA RESTAURACION O REEMPLAZO DEL BIEN DAÑADO

Sobre la base de una indemnización perfecta, podría pensarse que en ciertas circunstancias, el bien que recibió la acción dañina pueda ser restaurado o en caso de destrucción, cuasicompleta o total, el juez condene a la restauración o a la entrega de un objeto de las mismas calidades y características del bien dañado (0).

Pero no siempre la restauración o el reemplazo del bien dañado puede llevarse a cabo. Así, en las lesiones personales con pérdida de un miembro, o en la destrucción total o parcial de un cuerpo cierto del cual no existe más en el mercado, la indemnización necesariamente deberá hacerse en dinero, ante la imposibilidad material del reemplazo o la restauración.

Cuando la reparación puede hacerse mediante el reemplazo o la restauración, la víctima tiene derecho a solicitar que sea esa la forma de condenación del responsable (1). Ahora, el juez deberá considerarla siempre y cuando no sea demasiado gravosa para el demandado, pues sería injusto que los caprichos del demandante impusieran al demandado una carga pecuniaria más pesada que la que significaría el pago de una suma de dinero (2). De igual manera, el demandado puede ofrecer el reemplazo del bien dañado por otro de las mismas características y en tal virtud,

(4) CHARTIER Yves, Ob. Cit., No. 391 – 394

(0) LE TOURNEAU Philippe, Ob. Cit., No. 885

(1) En ese sentido: SAVATIER Rene, Traite, T. II, No. 597; CARBONNIER Jean, "Droit Civil", T. II, p. 530; DALCQ Roger; Traite, T. II, No. 4154; CHARTIER Yves, Ob. Cit., No. 383.

(2) DALCQ Roger, Traite, T. II, No. 4158

el demandante deberá aceptar tal propuesta (3). En tratándose de la restauración del objeto dañado, si el demandado ofrece llevarla a cabo, será el juez quien decida si se ordena la entrega de otro objeto de las mismas características, o si decide la restauración. Finalmente, si el demandante solicita el equivalente, o no menciona la forma de indemnización, el juez queda facultado para decretar la forma que le parezca más oportuna (4).

Sin embargo, aunque el juez decrete la restauración o la entrega de un objeto de las mismas características del bien dañado, podríamos encontrarnos con la posibilidad del incumplimiento de la condena pues ella se traduciría en una obligación de dar o de hacer, que se resolvería en la obligación de pagar una suma de dinero si no se cumpliere voluntariamente lo ordenado por el juez (5). Nos ceñimos entonces, por lo ya descrito en párrafos anteriores cuando estudiamos lo relativo a la indemnización en materia contractual (Supra) .

Finalmente, cabría la posibilidad de que el juez, al momento de entrar a fallar, condenase el pago de una suma de dinero, cuyo monto estaría determinado en función del valor que, al día del pago, tuviere el objeto dañado o reparado. Así, por ejemplo, en caso de que el bien destruido sea un vehículo marca Renault, modelo 1983, el juez condenaría al responsable al pago de lo que valiere un vehículo de las mismas características, el día del pago de la condena.

Nos parece que tal medida no sólo es viable sino también saludable a los intereses de las partes. Es viable por cuanto ya los tribunales colombianos, al fallar la sentencia de primera instancia, ordenarían que tales montos fueron actualizados al momento efectivo del pago del daño. En este caso la solución sería mucho más justa, por cuanto que el proceso no se prestaría a especulaciones de tipo económico y en consecuencia, la víctima recibiría la totalidad de su reparación, pero nada más que eso. Por otra parte, la mejor manera de que la víctima se proteja de la devaluación monetaria sería considerando esta forma de indemnización, pues, si la reparación tiene por objetivo colocar a la víctima en las mismas condiciones en que se encontraba al momento del daño, es ésta, inigualable forma de protección al demandante. Lógicamente, para que esta solución sea viable se requiere que en el mercado se encuentre el objeto que debe servir como punto de referencia para la evaluación respectiva. No existiendo, la indemnización deberá hacerse mediante el otorgamiento de una suma de dinero y excepcionalmente, mediante la obligación para el demandado de entregar un objeto de características más o menos similares a las del objeto dañado. En el ejemplo del vehículo podría pensarse, no en la entrega de un automóvil modelo 1983, pero sí en la de un automóvil "mirafiori" de más o menos la misma capacidad del vehículo dañado o destruido.

(3) DALCQ Roger, *Traite*, T. II, No. 4155; PLANIOL RIPERT, *Traite*, T. VII, No. 781; MAZEAUD-TUNC-CHABAS, *Traite*, T. II, No. 621

(4) DALCQ Roger, *Traite*, T. II, No. 4157

(5) DALCQ Roger, *Traite*, T. II, No. 4163; FLOUR et AUBERT, *Ob. Cit.*, No. 818; LE TOURNEAU Philippe, *Ob. Cit.*, No. 884.

SUBSECCION II

REPARACION POR EQUIVALENTE

Cuando el juez lo considera conveniente, en razón de las circunstancias del daño o de las partes, puede ordenar que la reparación del daño se haga por equivalente, es decir, mediante el pago de una cierta cantidad de dinero. Es ésta una forma imperfecta de reparar, pero ante la imposibilidad fáctica de pedir reparación en especie, el dinero es una medida de cambio que hace posible la adquisición de bienes más o menos similares a los que se vieron afectados con la acción dañina. En efecto, salvo rarísimas excepciones, lo hecho al producirse la lesión al bien, no puede deshacerse, tal por ejemplo la destrucción de una pintura famosa, la causación de un perjuicio moral, etc. Es entonces, cuando el dinero ocupa un lugar prominente como forma de reparación.

Cuando el juez ordena que la reparación se haga en dinero, puede hacerlo imponiendo bien sea una renta, bien sea un capital, bien sea parte en renta y parte en capital.

I. INDEMNIZACION MEDIANTE EL PAGO DE UN CAPITAL

En economías inflacionarias y de inseguridad patrimonial, es la forma más adecuada de reparación por equivalente, pues, hecho el pago, se terminan las relaciones entre las partes, lo que evita eventuales conflictos entre ellas. Por otro lado, como la entrega de una renta periódica está seriamente afectada por la depreciación monetaria, el pago de un capital permite que la víctima se proteja de ella colocando su dinero a producir en lo que más le convenga. Finalmente, en la medida en que pueda producirse la insolvencia del deudor, sobre todo en economías inestables como la nuestra, el otorgamiento de un capital permite que la víctima escape a la bancarrota o mala fe de su deudor.

El pago de un capital hace que la víctima sea su propietario y en consecuencia, podrá disponer libremente del mismo, sin que el demandado pueda interferir tal disposición.

Ahora, el hecho de que se pague un capital no indica que por ese solo motivo haya lugar a una reducción parcial del monto indemnizable (1). De todas maneras, las partes deben correr un áleas, puesto que si bien el estado de la víctima se puede agravar, también es cierto que se puede mejorar. Igualmente, si bien la víctima puede morir más rápido de lo esperado, también es cierto que su existencia se puede prolongar más allá de la vida probable.

Cosa bien diferente de la reducción del perjuicio por pago de un capital, es el hecho de que al liquidar el perjuicio el costo financiero de ese capital haga que la

(1) DALCO Roger, *Traite*, T. II, No. 4182

suma nominalmente indicada se vea reducida (2). Pero ello no quiere decir que se produzca la disminución de la reparación. Veamos: Si la víctima no hubiera sufrido el daño, sus ingresos sólo se hubieran producido periódicamente, a medida que su trabajo le fuera produciendo algunas ganancias. A nadie le pagan todo su salario por anticipado y en una misma fecha. Lo normal es que cada ocho o quince días, la persona reciba un ingreso. Entonces, al liquidar el perjuicio el responsable tiene derecho a que se tenga en cuenta lo que hubiese producido ese capital durante todo el período en que teóricamente se hubiera hecho el pago periódico. Por ejemplo, si treinta días después de la condena, la víctima tuviera derecho a cobrar veinte mil pesos, el demandado se hace esta reflexión: Para obtener veinte mil pesos dentro de un mes, ¿cuánto dinero debo poner en este momento a un interés del 6% anual? La misma pregunta cabe para los veinte mil pesos que se deben pagar dos meses más tarde y así sucesivamente. Suponiendo que el último pago deba hacerse veinte años más tarde, la pregunta consistiría en saber cuánto dinero hay que poner en este momento, a una tasa del seis por ciento anual, para obtener veinte mil pesos dentro de veinte años? Como se ve, el capital liquidado inicialmente sufre una disminución por el costo financiero ya anotado. Sin embargo, si de hecho la víctima colocara el dinero a la misma tasa con la que se hizo la operación financiera, no vería reducida su indemnización, puesto que al reclamar mensualmente la reparación, se le entregará la misma suma que fue liquidada en principio. Cuando estudiemos lo relativo a la forma de evaluación del daño, veremos en detalle cómo existen unas tablas de mortalidad que permiten mediante una operación de matemáticas financieras, determinar cuál es, al momento de hacer la operación, el valor de una renta periódica que deba pagarse durante "X" número de años.

En conclusión, cuando la indemnización se hace mediante el pago de un capital anticipado, sólo hay lugar a disminuir el costo financiero de esa suma durante el período del perjuicio. Aparte de dicha reducción, cualquiera otra merma es ilógica e injusta.

II. INDEMNIZACION MEDIANTE EL PAGO DE UNA RENTA

La manera más ajustada de una reparación por equivalente, consiste en el otorgamiento de una renta periódica durante el período dentro del cual se produce el lucro cesante, bien sea por muerte de la víctima directa, bien sea por incapacidad parcial o total de ésta.

Tal forma de reparación es recomendada cuando la víctima no está lo suficientemente preparada para administrar su fortuna, ni tiene quién lo haga por ella. Tal por ejemplo, el caso de un menor que podría en un momento determinado, dilapidar el capital que como indemnización le haya sido entregado.

Sin embargo, el otorgamiento de una renta tiene varios problemas entre los cuales la ya anotada posible insolvencia futura del demandado. Efectivamente, puede

(2) En el primer caso la reducción del monto indemnizable se haría independientemente del costo financiero; inclusive, de aceptarse por la jurisprudencia, tal criterio, la reducción del daño sería doble: de un lado, el costo financiero de un capital anticipado; por la otra, la reducción proveniente del simple hecho de pagar un capital que presuntamente le evita "aleas" a la víctima.

sucedir que meses o años más tarde el deudor carezca de dinero para pagar la suma periódica que por renta, le fue asignada a la víctima. Por otro lado, la devaluación monetaria hace que pocos años más tarde el envilecimiento de la moneda haga irrisorio el valor adquisitivo de la renta.

Este último obstáculo podría solucionarse legalmente si existiese una disposición que ordenase la indexación automática de las obligaciones periódicas. No obstante, personalmente creemos que el juez podría desde un principio, señalar mecanismos para que una renta fuese actualizada. Por ejemplo, podría ordenar que el demandado esté obligado a pagar uno, dos, tres o más salarios mínimos mensuales, de acuerdo con la intensidad del daño; también podría ordenar el pago en dinero colombiano, de "X" número de gramos de oro. Siempre y cuando se pague en pesos colombianos, también podría fijarse como medida de la indexación de la renta, alguna unidad de moneda extranjera, tal como el dólar o el franco.

REVISION DEL MONTO INDEMNIZABLE

Cuando intrínsecamente el daño se ha agravado o ha aparecido uno nuevo, con posterioridad a la condena, la víctima tiene derecho a una revisión de la condena sin que se le pueda proponer la excepción de cosa juzgada, ya que se trata de un nuevo daño que constituye un objeto diferente dentro de la litis. Claro que lo más lógico sería una nueva acción en la que tampoco cabría hablar de cosa juzgada, puesto que el objeto de la nueva demanda sería distinto al de la primera. Se trataría de dos daños distintos, provenientes de un mismo hecho. Sin embargo, no debe confundirse la modificación intrínseca del daño (caso anterior), con la devaluación monetaria. En efecto, si al fijar una renta, o un capital, el juez no tuvo en cuenta la posible devaluación monetaria, y no fijó bases para corregirla, no se podrá argumentar una nueva pretensión so pretexto de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda. Nótese que en este último evento, intrínsecamente, el daño sigue siendo el mismo y lo que varió fue la unidad de valor que lo cuantificaba.