

**SEÑORES**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA**  
**SALA CUARTA DE DECISION CIVIL- FAMILIA**  
**DR. JUAN CARLOS CERON DIAZ**  
**E.S.D**

**REFERENCIA:** PROCESO VERBAL DE MAYOR CUANTÍA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL.

**DEMANDANTE:** ELKIN DE MOYA PÉREZ Y OTRAS.

**DEMANDADO:** CONSTRUCTORA BOLÍVAR Y OTRAS.

**RADICADO:** 080013153001-2022-00114-00.

**RAD. INT:** 44.834

**ASUNTO:** SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN PARCIAL EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE FECHA 29 DE MAYO DE 2023.

Actuando en mi condición de apoderada judicial de los demandantes, respetuosamente acudo ante usted, a fin de sustentar el **recurso de apelación parcial** en contra de la sentencia escritural de fecha 29 de Mayo de 2023, en cuanto a los siguientes puntos:

1. El señor juez decidió negar el reconocimiento de los perjuicios materiales a título de lucro cesante fundado en el hecho de que el actor Elkin de Moya Pérez venía percibiendo una pensión de invalidez por efecto de las secuelas que sufrió producto del accidente que fue debatido en el proceso ocurrido el día 2 de Septiembre de 2017.

La decisión, que viene reseñada en el párrafo anterior, se motivó en los siguientes argumentos:

Estos conceptos vienen siendo cubiertos y a cargo del sistema de seguridad social, lo que impide que el actor solicite nuevamente su pago.

Al respecto en la obra Responsabilidad Civil Extracontractual del profesor Gilberto Martínez Rave manifiesta:

*b) Del monto fijado como perjuicios materiales en su manifestación de lucro cesante consolidado debe descontarse el subsidio que por incapacidad temporal paga la entidad promotora de salud (EPS) a la que está afiliado el trabajador. Este riesgo, por ser patrimonial es indemnizatorio y el pago que de él hace la EPS libera al empleador de la obligación de pagarlo nuevamente. No importa que se reclame por responsabilidad civil u ordinaria pues por ser indemnizatorio no se puede reconocer dos veces.*

*c) Del monto fijado como lucro cesante futuro deben desconocerse las indemnizaciones que por incapacidad permanente le hayan sido reconocidas al trabajador por la ARL a la cual cotiza el empleador, como una prestación que corresponde a la responsabilidad laboral.*

Revisado el acervo probatorio se advierte que el señor **ELKIN ENRIQUE DE MOYA PEREZ** fue calificado por la **ARL SURA** con pérdida de capacidad laboral, gozando en la actualidad de pensión por invalidez. En consecuencia, no hay lugar al pago del lucro cesante. De conformidad con lo anterior, esta excepción prospera.

Las prestaciones económicas que se reconocen en el sistema de seguridad social en pensiones están soportadas en cotizaciones oportunamente efectuadas por el afiliado o su empleador, que cubren contingencias tales como la vejez, la invalidez o la muerte. Si bien en el mencionado sistema subyace un entramado asegurativo cuyo principal objetivo es salvaguardar los riesgos más comunes en el trasegar de la vida del ser humano, no es posible equiparar el reconocimiento de los mismos a la indemnización a la que tiene derecho la víctima producto de la materialización de un hecho dañoso.

Si bien el hecho que origina el pago de la pensión de invalidez es, precisamente, las secuelas físicas que se produjeron en la humanidad de Elkin de Moya Pérez producto del accidente sufrido el día 2 de Septiembre de 2017, no lo es menos que, la causa que origina el pago de la mesada pensional y la causa que podría originar el virtual reconocimiento de la indemnización patrimonial por lucro cesante, son enteramente disimiles.

En efecto, la indemnización a la que resulta obligado el causante del daño no está soportada en ninguna cotización periódica y dineraria antecedente, que respalde la puesta en marcha de ningún sistema asegurativo objetivo de seguridad social, su fuente, al contrario, es, fundamentalmente, atender el deber de reparar integralmente los daños causados a terceros.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en distintos precedentes, ha respaldado la acumulación del pago de una pensión con el reconocimiento de una indemnización patrimonial por lucro cesante. Estos pronunciamientos, fueron soslayados por el juzgador de primer grado, y por ende, no fueron aplicados al caso concreto. Veamos:

*«El caso que se analiza, concretamente, comparte rasgos comunes con la controversia que se resolvió en la sentencia de 24 de junio de 1996, en donde la Corte concluyó que una pensión de sobreviviente es independiente de la indemnización derivada de la responsabilidad civil y, por tanto, acumulable con ésta, porque ambas prestaciones derivan de títulos o relaciones jurídicas distintos. (Exp. 4662)*

En ese orden, nada se opone a la acumulación de la indemnización de perjuicios que se reclama en este proceso con la pensión de sobreviviente que recibe la demandante como beneficiaria del occiso, toda vez que esta prestación deriva de un título autónomo y distinto de la obligación indemnizatoria que está a cargo del tercero responsable del daño; y su concurrencia no podría implicar jamás un enriquecimiento sin causa para la actora porque la prestación pensional no guarda en realidad ningún tipo de relación con los perjuicios que deben ser resarcidos, por lo que no podría sostenerse que es una compensación de los mismos.

En efecto, para hacerse acreedor de una pensión de vejez; de jubilación; **de invalidez de origen común o profesional**; de sobreviviente por muerte común o por razón del trabajo; de sustitución; o a la indemnización sustitutiva de esas prestaciones si aquéllas no fueron procedentes, solo es necesario cumplir con los requisitos contemplados en las normas pertinentes del sistema general de pensiones o de riesgos profesionales, o en los regímenes especiales o exceptuados, según sea el caso; **sin que para el reconocimiento de esa especie de derechos tenga incidencia el hecho de que ellos tengan su causa adecuada en los actos de un tercero, o que el beneficiario de esas prestaciones haya sufrido o no un daño comprobado, o que haya recibido el pago de una indemnización de perjuicios o de un seguro de vida.**

Los beneficios pensionales tienen su origen en los aportes realizados para cada uno de esos riesgos, o en el tiempo de servicios, según sea el caso; y por lo tanto son ajenos a cualquier circunstancia que resulte extraña al respectivo sistema; de suerte que al no haber ningún factor de conexión entre ellos y la actividad de un tercero, no podría estatuir la ley, como en efecto no lo hace, la facultad de repetir en contra de éste, toda vez que esas obligaciones se radican de modo exclusivo en la entidad aseguradora y a nadie más pueden transmitírsele».

Contrariamente,

*«Los daños patrimoniales futuros sufridos por los deudos de la [víctima] raíz del hecho lesivo, consisten en la pérdida de aquellas contribuciones o utilidades económicas que el finado les habría aportado presumiblemente. Ellos constituyen el lucro cesante y su resarcimiento está condicionado a la demostración, entre otros hechos, de la renta que en promedio recibía el occiso y, en particular, de la parte que éste habría destinado de sus propios ingresos a cubrir las necesidades de sus familiares, o a prodigarles una ayuda económica aunque no tuvieran necesidad de ella; es decir que se debe probar la dependencia económica que existía respecto del difunto.*

De lo anterior se deduce que para el cálculo de los daños patrimoniales futuros resarcibles no interesa que los deudos hayan resultado beneficiados con una pensión de sobreviviente, no sólo porque tal atribución se fundamenta sobre un título diferente del hecho lesivo sino porque la existencia de una pensión no tiene ningún nexo de causalidad con las contribuciones patrimoniales o las utilidades económicas que el fallecido habría aportado presumiblemente a sus familiares» (resalta la Sala, SC del 9 de julio de 2012, Exp. No. 11001-3103-006-2002-00101-01).

En fallo donde se cita al anterior, y a título de conclusión, dijo la corte:

*Bajo este panorama, la jurisprudencia de esta Sala ha ultimado, que si bien el otorgamiento de una pensión laboral y el resarcimiento de los perjuicios materiales pueden provenir de un mismo hecho dañoso, el reconocimiento de uno no implica la denegación del otro y por ende, es viable la acumulación de esos emolumentos, pues, se reitera, sus fuentes son distintas y no tienen conexión entre sí, en tanto que la mesada pensional proviene del derecho de la seguridad social y el cumplimiento de los presupuestos contemplados en la Ley 100 de 1993, mientras que el lucro cesante es de naturaleza indemnizatoria y se fundamenta en la responsabilidad civil extracontractual prevista en los artículos 2341 y 2356 del Código Civil.*

*En esas condiciones, estuvo desacertado el Tribunal accionado al haber denegado el reconocimiento de los daños materiales en la modalidad de lucro cesante a favor del demandante, aquí actor, sólo por el hecho de que gozaba de una pensión de invalidez". (CSJ, Sala de Casación Civil, sentencia de tutela de fecha 8 de Julio de 2020, radicado STC4281-2020).*

Ahora bien, si bien algún sector de la doctrina nacional ha insistido en la necesidad de analizar si es posible la acumulación del lucro cesante y de la indemnización de perjuicios en la modalidad de lucro cesante, cuando se trata de accidentes de trabajo, en donde la ARL tiene un supuesto derecho de subrogación contra el causante del "daño" a fin de recobrar los valores que ha de pagar al afiliado a título de pensión de invalidez, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 del decreto 1771 de 1994, que reza:

**ARTÍCULO 12.-** Subrogación. La entidad administradora de riesgos profesionales podrá repetir, con sujeción a las normas pertinentes, contra el tercero responsable de la contingencia profesional, hasta por el monto calculado de las prestaciones a cargo de dicha entidad administradora, con sujeción en todo caso al límite de responsabilidad del tercero.

Lo dispuesto en el inciso anterior **no excluye que la víctima, o sus causahabientes, instauren las acciones pertinentes para obtener la indemnización total y ordinaria por perjuicio**, de cuyo monto deberá descontarse el valor de las prestaciones asumidas por la entidad administradora de riesgos profesionales.

Lo cierto es que, dicha norma no puede impedir la acumulación por un presunto doble pago, en la medida que su constitucionalidad y recta aplicación en la actualidad ha sido cuestionada, y la misma alude, en gracia de discusión, al tema de la indemnización total y ordinaria de perjuicios prevista en el artículo 216 del CST cuyo sujeto llamado a resistirla es el patrono (empleador), no el causante del daño.

En este puntual caso, el señor Elkin de Moya era un afiliado independiente que pagaba su seguridad social de forma directa y su vinculación con la contratista de Constructora Bolívar era en calidad de prestador de servicios derivado de la celebración de un contrato de obra, tal cual, quedó acreditado en el expediente. En ese orden de ideas, en principio, estaba desprovisto de la facultad de reclamar por culpa patronal.

Al respecto, el doctrinante Ricardo Hoyos Duque en el artículo denominado "El cúmulo de indemnizaciones" plantea:

*"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 PÚBLICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL, COMO HA SUCEDIDO HASTA AHORA- otorgara a ésta para que sustituyera a la víctima y pudiera obtener del responsable el reembolso de lo pagado”.***<sup>1</sup>

Por ejemplo, el doctrinante Néstor Alejandro García Franco, no solo cuestiona la validez del artículo que introduce la figura de la subrogación de la ARL dado que la misma ha de estar contenida en una ley, y no en un decreto reglamentario, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1667 del Código Civil, que reza:

*"ARTÍCULO 1667. <FUENTES DE LA SUBROGACION>. Se subroga un tercero en los derechos del acreedor, **o en virtud de la ley** o en virtud de una convención del acreedor”, sino además porque el ámbito de la norma restringe el supuesto de hecho en ella contenido es la indemnización de perjuicios que se impetra frente al patrono conforme al artículo 216 del CST, excluyendo de su radio de acción a la indemnización de perjuicios derivados de la responsabilidad civil. Veamos:*

*(...) Emerge una nueva vicisitud no menos traumática y se concreta en establecer la validez del Decreto 1771 de 1994, pues por ser reglamentario y expedido por el Gobierno, podría haberse excedido en sus mandatos al regular aspectos propios del legislador, como es la creación de acciones subrogatorias, además de regular aspectos no contemplados en las normas que reglamenta, pues ni el Libro III de la Ley 100 de 1993 ni el Decreto – Ley 1295 de 1994 contemplaron la acción subrogatoria para el componente de riesgos profesionales.*

Ahora bien, si aceptáramos que el artículo 12 del Decreto reglamentario 1771 de 1994 es válido, nos vemos en la necesidad de salvar un nuevo obstáculo: ¿Procede aquí la acción subrogatoria a favor de las A.R.P. y en contra del empleador culpable? Frente al artículo 83 del Decreto 3170 de 1964 es clara la expresa mención en cuanto a la procedencia de la acción de subrogación en contra del empleador culpable, pero no tiene tal claridad el artículo 12 del Decreto 177, pues simplemente menciona al tercero responsable (...).

Ahora bien, de la redacción del citado Decreto resulta preciso determinar si al empleador se le puede tener como tercero para efectos de la subrogación. Si así se aceptare, en caso de ocurrir el accidente o producirse la enfermedad con la mediación de culpa de parte de éste o de sus agentes, no estaría llamada a ser aceptada la acumulación, por ser de recibo la acción subrogatoria, pues el empleador se vería avocado a pagar el total de los perjuicios al trabajador y posteriormente a restituir a la A.R.P. las sumas que esta debió pagar como prestaciones de la seguridad social. Lo que si se acepta es que el empleado no solo obtenga de la A.R.P. las correspondientes prestaciones, sino que además reciba del patrono aquellos rubros indemnizatorios que ésta no cubre, tales como los inmateriales que llegaren a configurarse.<sup>2</sup>

El doctrinante Enrique Gil Botero, en el mismo sentido, indica:

*(...) Y en lo que respecta al derecho a la subrogación de la seguridad social cuando el hecho dañoso es atribuido a un tercero diferente al empleador, ésta no se da, **toda vez que no existe ley que así lo disponga y se tiene en consecuencia derecho a la acumulación de las prestaciones laborales con la indemnización de perjuicios.***<sup>3</sup>

Por ende, no había razones para negar la acumulación pretendida en la demanda, y el tema del lucro

---

<sup>1</sup> **HOYOS DUQUE**, Ricardo. El cúmulo de indemnizaciones. En: Responsabilidad Civil y del Estado No. 13. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín, Noviembre del 2002, p.49.

<sup>2</sup> **GARCÍA FRANCO**, Néstor Alejandro. Procedencia de acumulación de indemnizaciones y las prestaciones derivadas del sistema general de riesgos profesionales. En: Responsabilidad Civil y del Estado, Tomo 19. Noviembre de 2005.

<sup>3</sup> **GIL BOTERO**, Enrique. Concurrencia de la Indemnización y las Prestaciones Sociales. En: Responsabilidad Civil y del Estado No. 16. Febrero 2004.

cesante, debió estudiarse y abrirse paso su reconocimiento.

2. El señor juez decidió reconocer reparación por daño moral a JALINETH MICHELL DE MOYA MUÑOZ, SHARITH ANDREA DE MOYA MUÑOZ, SHAROLL NINEL DE MOYA MUÑOZ, SHAYLA CAROLINA DE MOYA MUÑOZ, SHEYNIKA NICOLL DE MOYA MUÑOZ, MERY PEREZ BUSTILLO: la suma de DIEZ (10) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES a cada una.

Respecto al reconocimiento anterior resulta importante destacar que en este caso como víctimas indirectas se presentaron las hijas y madre de ELKIN DE MOYA, recordemos que las hijas del demandante como menores de edad vivieron el dolor y la angustia, al enterarse del accidente, al tener a su padre en la clínica durante 9 meses con pronóstico reservado dado por el personal de la salud y en la actualidad son ellas quienes ayudan a su padre en el día a día, debido a secuelas permanentes. Si bien es inestimable establecer en términos económicos el daño moral y este queda a discreción del juzgador, nos permitimos solicitar se tenga en cuenta lo acreditado en el desarrollo del proceso y el principio de dignidad humana consagrado en los artículos 1.º y 5.º de la Constitución Política, y a lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia, «para ello deberán evaluarse las consecuencias psicológicas y personales, así como las posibles angustias o trastornos emocionales que las personas sufran como consecuencia del daño». (CSJ SL-4570-2019). En tal sentido consideramos que tiene vocación de prosperidad la pretensión en una suma de dinero equivalente a quince (15) salarios mínimos, tal como se planteó en la demanda.

Con base en lo discurrido, planteamos nuestra sustentación al recurso de apelación parcial frente a la sentencia de primer grado y, en consecuencia, solicitamos al honorable tribunal se sirva proceder conforme lo expuesto.

Cordialmente,

**TATIANA ELIZABETH RIVERA RODRIGUEZ**  
**C.C No. 1'129.537.297**  
**T.P No. 191.493 del CS de la J**  
**Abogada parte demandante.**