

# GENERALIDADES DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

1

## Caracterización general del contrato de seguro de responsabilidad

Los seguros son objeto de múltiples clasificaciones. Para el objetivo del presente escrito se retomará aquella cuya distinción reposa en el objeto del riesgo cubierto; se trata de la clasificación de que trata el artículo 1082 del Código de Comercio, según el cual los seguros pueden ser de daños y de personas.

En los seguros de personas, como su nombre lo indica, el objeto del riesgo cubierto es la persona misma. En esta clase de seguros se estima que el asegurador debe una prestación pecuniaria que presenta un carácter patrimonial.<sup>9</sup> Por su parte, los seguros de daños tienen como objetivo otorgar protección en relación con un eventual daño patrimonial y se clasifican en reales o patrimoniales.

Los seguros reales recaen sobre cosas muebles o inmuebles y cubren el riesgo de una depreciación del activo del patrimonio<sup>10</sup>; ejemplo de estos son los seguros de incendio y hurto. Los seguros patrimoniales, en cambio, están dirigidos a proteger la integridad del patrimonio económico contra un posible detrimento que lo pueda afectar de manera desfavorable<sup>11</sup>, es decir, esta clase de seguro garan-

9 Luc Mayaux, Assurance: généralités, en *Répertoire de Droit Civil*, junio, 2016, p. 48.

10 Luc Mayaux, *ibid.*

11 Efrén Ossa, *Teoría general del seguro. El contrato*. Bogotá: Temis, 1991, p. 63.

tiza contra el aumento del pasivo, por lo cual el seguro de responsabilidad civil (en adelante seguro RC) pertenece a esta última categoría.

Esta modalidad de aseguramiento se encuentra definida en el artículo 84 de la Ley 45 de 1990 (que subrogó el artículo 1127 del Código de Comercio) como aquel que impone, a cargo del asegurador, la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado como consecuencia de la responsabilidad en que este incurra, y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, a partir de lo cual esta se constituye en el beneficiario de la indemnización.

Respecto a la indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales, más precisamente del daño moral, se ha estimado que la interpretación de la norma permite concluir que no está prohibido pactar la cobertura de esta clase de daño, pues ello resquebrajaría la estructura de la responsabilidad civil.<sup>12</sup> En consecuencia, se considera que para obtener mayor claridad sobre este aspecto, lo más adecuado es que el asegurador haga la exclusión respectiva y además se estipule o no, según el caso, la cobertura de manera explícita.

Esta definición resulta de gran importancia por cuanto superó la anterior concepción del artículo 1133 del Código de Comercio, que expresamente señalaba que el contrato de seguro de responsabilidad no era un seguro a favor de tercero, reduciendo a este a ser un simple beneficiario indirecto e imposibilitando igualmente la acción directa de la víctima contra el asegurador.

Este nuevo panorama resultó ser una consecuencia lógica de la definición del seguro RC, pues si este está llamado a atender el pago de las indemnizaciones que resulten en el marco de la responsabilidad civil, lo más razonable es que se pensara en una figura que permitiera tender un puente de conexión directa entre la misma víctima y el asegurador. Ante el apremio de la víctima, la acción directa permite simplificar la mecánica del seguro al imprimir agilidad y eficiencia a la respuesta<sup>13</sup>, permitiendo que sea el asegurador quien directamente atienda la reclamación. A través de la acción directa se sitúa a la víctima en el centro de atención del contrato de seguro.

12 Hilda Sornoza, El riesgo asegurable y los riesgos emergentes de las nuevas tecnologías, *Revista de Derecho Privado*, núm. 17, 2009, pp. 141-173.

13 Francisco Soto, EL seguro obligatorio y el seguro voluntario. Diferenciaciones y coincidencias, en *Boletín* num. 1788-89, 1997, pp. 7-31. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2045053>

Así pues, son asegurables bajo esta figura tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual e incluso la culpa grave. Con respecto al aseguramiento de la culpa grave, es necesario resaltar que la interpretación del artículo 84 de la Ley 45 de 1990, en concordancia con el artículo 1055 del Código de Comercio, ha permitido concluir que la posibilidad de asegurar la culpa grave del tomador, asegurado o beneficiario, constituye un campo exclusivo del contrato RC, pues en cualquier otra modalidad de seguro la culpa grave del asegurado no puede ser cubierta.<sup>14</sup> Igualmente, se ha interpretado que en atención al contenido del artículo 1056 del Código de Comercio, el asegurador es libre de hacerse cargo o no de la culpa grave; es decir, dado que la culpa grave constituye un riesgo propio de la responsabilidad, la aseguradora debe pactar expresamente su exclusión, pues si no lo hace, ha de entenderse que la póliza la cubre, al ser la culpa grave un elemento integrante de la responsabilidad civil.<sup>15</sup>

De igual modo, el seguro RC es un seguro de daños con carácter indemnizatorio, cuyo objeto principal de la garantía es la deuda de responsabilidad que el asegurado tiene con la víctima, es decir, un pasivo.<sup>16</sup> Es un seguro contra daño, en cuanto el interés tutelado es aquel de un posible daño patrimonial que el asegurado puede sufrir como consecuencia de una obligación de indemnización. El seguro RC no garantiza la persona del asegurado sino su actividad, garantiza al asegurado contra los riesgos que amenazan sus bienes o su fortuna y constituye un aseguramiento del patrimonio que presupone como siniestro no que se verifique un hecho material, sino la comprobación de una situación jurídica, esto es, la responsabilidad civil del asegurado.<sup>17</sup>

El seguro RC cumple una doble función de garantía: por una parte, la seguridad del asegurado responsable; por otra, la protección de la víctima. Se caracteriza, entonces, por tener en cuenta dentro de la relación contractual asegurador-asegurado a un tercero, parte acreedora de una indemnización, que por su situación de víctima amerita una protección particular.

14 Andrés Ordóñez, *Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 18.

15 Carlos Ignacio Jaramillo, Del contrato de seguro en la legislación colombiana, en *Revista Ibero-Americana de Seguros*, núm. 1, 1992, p. 77.

16 Henri, Leon, Jean Mazeaud y Françoise Chabas, *Traité de la responsabilité civile...*, op. cit., p. 186.

17 Carlo Felice, Assicurazione contro i danni, en *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Treccani, 2005, p. 16.

Entre los seguros de daños, se estima que el seguro de responsabilidad civil es el que presenta la estructura más complicada y el contenido más delicado, tal vez por su carácter que es necesariamente triangular, pues al lado del asegurador y del asegurado, se encuentra el tercero lesionado, que también desempeña un rol significativo.<sup>18</sup>

Al tratarse de un contrato a favor del asegurado mismo y con referencia a su eventual responsabilidad hacia terceros, el asegurador no es personalmente responsable del daño causado a la víctima y solo es deudor de la indemnización en razón de la obligación de garantía que nace del contrato. La finalidad del seguro RC es evitar que el responsable sea arruinado en su patrimonio por la deuda de responsabilidad que le es imputada.

En el seguro de responsabilidad existe, entonces, una particular conexión jurídica entre la deuda del asegurado con el tercero-víctima y la deuda del asegurador con el asegurado, la cual se ha explicado por la existencia de un vínculo implícito de la destinación de la indemnización asegurada al resarcimiento del daño causado al tercero, pues a diferencia del seguro directo de personas o de bienes, el seguro de responsabilidad cubre las consecuencias pecuniarias que recaen sobre una persona por los daños que ella ha causado.

El asegurador es un tercero dentro del proceso de responsabilidad iniciado por la víctima contra el asegurado responsable; sin embargo, se trata de un tercero que, de manera muy especial, se encuentra interesado en el resultado de dicho proceso, por cuanto, en definitiva, es quien asume el riesgo y debe soportar el peso de la indemnización.<sup>19</sup>

El riesgo de responsabilidad civil es por esencia jurídico<sup>20</sup>; resulta de la aplicación de esta institución jurídica que permite a una persona, víctima de un daño, obtener la reparación del autor de este. El acceso de la víctima a dicha reparación está subordinado entonces al establecimiento de una responsabilidad jurídica. En el seguro RC, el evento asegurado implica así una intervención del asegurado

18 Herman Cousy, "La fin de l'assurance ? considérations sur le domaine propre de l'assurance privée et ses frontières", en *Droit et économie de l'assurance et de la santé*, en *Mélanges en l'honneur de Yvonne Lambert-Faivre et Denis-Clair Lambert*. Paris: Dalloz, 2002, p. 115; Claude Delpoux, Les assurances de responsabilité, en *Encyclopédie de l'assurance*. Paris: Economica, 1998, p. 751.

19 Patrice Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 2000, p. 15.

20 Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe*. Paris: Dalloz, 2001, p. 48; Claude Delpoux, Les assurances de responsabilité..., *op. cit.*, p. 753.

mismo, que, aunque no es voluntaria, es culposa y está en relación causal con el daño ocasionado.<sup>21</sup>

Se tiene entonces que mientras el asegurado es el titular del interés asegurable, en el seguro RC es aquella persona que, habiendo asegurado su patrimonio, puede ver a este último afectado por la posible ocurrencia de un siniestro por el que debe responder; la víctima, por su parte, es la persona que, ocurrido el siniestro, sufre un daño y, en consecuencia, es quien debe recibir la respectiva indemnización.

El asegurado puede tener además la condición de tomador del seguro y, como tal, tendría también la calidad de parte en el contrato. La víctima del siniestro, en cambio, no ostenta la calidad de parte en el contrato de seguro RC, sino de tercero que recibe la indemnización. De este modo, mientras el derecho del asegurado se deriva del contrato de seguro, el derecho de la víctima surge de la ocurrencia del daño.

La víctima cuenta de esta manera con la posibilidad tanto de ejercer la acción directa contra el asegurador como de demandar al asegurado; lo anterior, a condición de que no ejerza dichas acciones acumulativamente. Esta acción en cabeza de la víctima hace que adquiera los caracteres de una acción principal<sup>22</sup>, pues su ejercicio es autónomo e independiente.

No obstante, debe tenerse en cuenta que el hecho de que la víctima sea considerada como beneficiario del seguro no significa que el asegurado no pueda reclamar al asegurador, pues lo puede hacer, pero siempre que haya pagado a la víctima la totalidad de los daños patrimoniales causados; si no ha sido así, el beneficiario del seguro sigue siendo la víctima y es quien tendría el derecho de reclamar ante la compañía aseguradora para lograr el pago de la totalidad de los perjuicios, dentro del límite del valor asegurado.

La víctima tiene pues la posibilidad de ejercer, dada la solvencia de la compañía aseguradora, una acción directa contra ella, la cual se convierte en la mejor garantía de su indemnización. Se trata de una acción autónoma, creada con el fin de que el seguro de responsabilidad cumpla su función social de protección de las

21 Herman Cousy, *La fin de l'assurance ?...*, *op. cit.*, p. 115.

22 Francisco Soto, *El seguro obligatorio y el seguro voluntario...*, *op. cit.*, p. 20.

víctimas, ya que afecta la indemnización del seguro a la reparación del perjuicio causado al tercero lesionado.

La acción directa ha adquirido una autonomía indiscutible con relación a la propia acción que el asegurado tiene frente a su asegurador; esta acción confiere a la víctima derechos más completos que aquellos que el asegurado posee en virtud del mismo contrato de seguro. El derecho de la víctima adquiere, desde su nacimiento, autonomía con relación al derecho del cual dispone el asegurado.

La acción directa es diferente de la acción oblicua, única acción que, según el derecho común, posee el tercero lesionado en caso de insolvencia o negligencia del autor del daño. La acción oblicua resulta inadecuada a la protección de los derechos del tercero lesionado, ya que tiene como único objetivo hacer que la indemnización del seguro entre en el patrimonio del responsable-asegurado, sin conferir ningún privilegio al crédito de reparación de la víctima, corriendo esta el riesgo de que dicha indemnización sea absorbida por el pasivo que grava el patrimonio del responsable. En tal entendido, la víctima puede verse privada del beneficio de la indemnización, por cuanto esta tiene por causa la acción de la víctima y por objetivo la indemnización de la víctima por el asegurado.<sup>23</sup>

La acción directa ha sido reconocida expresamente por el sistema colombiano desde la Ley 45 de 1990, implícitamente por el sistema francés<sup>24</sup> y limitada a los eventos de seguro RC obligatorio por el derecho italiano.<sup>25</sup> En efecto, la Corte de Casación francesa, mediante fallo del 14 de junio de 1926, decidió que la Ley sobre seguros contra accidentes causados a terceros (28 de marzo de 1913) creaba implícitamente una acción directa, pues al establecerse una relación de derecho entre la víctima y el asegurador de responsabilidad, se obligaba a este último a conservar la suma prevista en el contrato a título de indemnización hasta que la persona respecto la cual el asegurado era responsable se desinteresara. La consecuencia necesaria de esta obligación era permitir que esta persona (víctima) reclamara directamente el pago al asegurador. Este fallo marcó el inicio de

23 Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité...*, *op. cit.*, p. 48 ; Claude Delpoux, *Les assurances de responsabilité...*, *op. cit.*, p. 31.

24 Geneviève Viney y Patrice Jourdain, *Les effets de la responsabilité*. Paris : LGDJ, 2001, p. 637 ; Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité...*, *op. cit.*, p. 33.

25 Rosella Cavallo, *Responsabilità e assicurazione*. Milán: Giuffrè, 2004, p. 224; Mariano Hernández, *El seguro de responsabilidad civil ante la armonización del derecho europeo de contratos*, en coords. Santiago Espiau y Antoni Vaquer (coords.), *Bases de un derecho contractual europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 529.

una inexorable evolución de los derechos de la víctima en el seguro de responsabilidad, que finalmente terminó por consagrar la acción directa en el Código de Seguros (artículo L 124-3).

Por su parte, en Italia los seguros RC voluntario y obligatorio no tienen una regulación idéntica. El seguro RC voluntario previsto en el artículo 1917 del Código Civil impide la posibilidad de utilizar, por parte del perjudicado, la acción directa, la cual sí está prevista para los casos de seguro obligatorio. El perjudicado tiene a su favor, como regla general, únicamente el privilegio establecido en el artículo 2767 del Código Civil, en virtud del cual tendrá preferencia respecto de la suma indemnizatoria sobre el resto de acreedores. Se debe tener presente que en Italia esta acción se basa en un derecho propio y sustancial de la víctima, el cual deriva de la relación de aseguramiento obligatorio y es distinta de la acción que la misma víctima puede iniciar contra el responsable.

La introducción de la figura de la acción directa parecía la lógica consecuencia del desarrollo de un ramo del seguro en el que la posición del tercero perjudicado, anteriormente en la sombra, había impuesto la condición de céntrico de su papel. Pero el rechazo a admitir legalmente esta realidad se debía más bien al temor de que se podría desnaturalizar el seguro de responsabilidad, desviándolo del cauce tradicional del contrato limitado a las relaciones internas entre asegurador y asegurado, para transformarlo en una fuente de ventajas económicas, verdaderos y auténticos derechos para el tercero perjudicado; sin embargo, el fin primordial de la protección de la víctima hizo que se eliminaran todos los obstáculos al reconocimiento de la acción directa.<sup>26</sup>

En Colombia, el legislador diferenció en el seguro RC dos fenómenos que en los demás ramos del seguro se suceden al mismo tiempo: la ocurrencia del siniestro y la exigibilidad de la obligación del asegurador. En efecto, en el seguro de responsabilidad la exigibilidad de la obligación del asegurador se produce únicamente cuando la víctima formula una reclamación al asegurado; en consecuencia, la prescripción extintiva de la acción contra el asegurador comienza a contarse desde ese momento posterior —la reclamación—, y no desde el momento mismo de ocurrencia del hecho externo imputable al asegurado.

.....  
26 Antonio La Torre, Responsabilidad y seguro..., *op. cit.*, pp. 25-52.

De este modo, se entiende que si el siniestro ocurre desde el momento en que acaece el hecho externo imputable al asegurado, a partir de esta fecha comienza a correr la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado, en cambio, la prescripción cuenta a partir de que la víctima le formula la reclamación judicial o extrajudicial.

Según la jurisprudencia constitucional<sup>27</sup>, al no haber igualdad en la posición jurídica del asegurado y de la víctima en el contrato de seguro de responsabilidad, se explica por qué en el artículo 1131 del Código de Comercio (subrogado por el artículo 86 de Ley 45 de 1990) no se les otorgó un trato igual respecto del momento a partir del cual comienza a correr el término de prescripción. No obstante, esta diferencia de trato no ha sido considerada contraria a la Constitución por parte de la misma jurisprudencia.

Por otra parte, debe entenderse claramente que la responsabilidad y el seguro no están ligados de tal modo que la responsabilidad quede limitada al valor de la suma asegurada. En consecuencia, si la deuda de responsabilidad es superior al techo de garantía, el excedente queda a cargo del patrimonio del asegurado, cuya eventual insolvencia podría impedir la indemnización total a la víctima del daño.

En este orden de ideas, el asegurado suscriptor que pretende hacer garantizar su responsabilidad civil debe estar muy atento a la determinación de la actividad cubierta, a la naturaleza de la responsabilidad, a la determinación de las personas responsables cubiertas y a las condiciones de la garantía; de igual manera, deberá hacer mucho énfasis en la existencia de las denominadas cláusulas *claims made*,<sup>28</sup> inaceptables por su contrariedad con la finalidad del contrato de seguro RC.

En verdad, estas cláusulas, “inadmisibles en derecho y en equidad”,<sup>29</sup> son admisibles en nuestro país y constituyen una gran amenaza a los intereses de los asegurados. En efecto, la insuficiencia de la garantía puede originarse por muchas razones, entre ellas, el establecimiento de una limitación de la garantía, un techo de garantía (*plafond*) o una franquicia. A continuación se revisará brevemente la figura de la franquicia y posteriormente se detallará con mayor suficiencia la figura de las cláusulas *claims made*.

27 Corte Constitucional, Sentencia C-388 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

28 Para cuyo estudio se remite a nuestro ensayo: Mónica Fernández, Las cláusulas *claims made* en el contrato de seguro de responsabilidad civil, en *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 4, n.º 2, 2002, pp. 213-245.

29 Yvonne Lambert-Favre, *Droit des assurances*. París: Dalloz, 2001, p. 480.

Recuérdese que generalmente el asegurador limita su garantía fijando en el contrato un *plafond* más allá del cual no está obligado a indemnizar (la mayor parte de los seguros de responsabilidad profesional se limitan de esta manera); sin embargo, es posible que se pacte un coaseguro obligatorio o una franquicia (*découvert obligatoire* o *franchise d'avarie* o *scoperto obligatorio* o *franchigia*, en Francia e Italia, respectivamente) a través de los cuales se logra que el seguro no provea a la indemnización total del daño y se busca que el asegurado se comprometa en la actividad de prevención del peligro. A través de cada uno de estos mecanismos, el asegurado está llamado a compartir el riesgo.

El coaseguro significa un riesgo convencionalmente compartido entre el asegurador y el asegurado; por ejemplo, el asegurador asume el 80% y el asegurado el restante 20%, debiendo distribuirse la pérdida en la misma proporción. La franquicia, por su parte, es aquel nivel contractual de pérdida por debajo del cual ninguna indemnización es reconocida por el asegurador. En un contrato de seguro con cláusula de franquicia, si la pérdida no sobrepasa el monto de la franquicia, ninguna indemnización es pagada por el asegurador.

La franquicia es, entonces, la primera parte del daño que ha de soportar el asegurado en virtud de expresa estipulación del contrato, y puede ser deducible o no deducible. Es deducible cuando el asegurado debe cargar con la primera parte del daño y el asegurador con el excedente. Y es no deducible cuando el asegurador debe cargar con la totalidad del daño si su valor excede la franquicia estipulada. Así, si se estipula una franquicia del 1% del valor asegurado (\$500.000), para que el daño sea indemnizado en su totalidad por el asegurador debe exceder de ese 1%, o sea, debe ser superior a \$5000; si el daño no supera esa suma, debe absolverlo el asegurado. Gracias a la franquicia, es posible no tomar en consideración siniestros de un monto inferior a una suma previamente determinada; solo los siniestros por encima de ella serán entonces garantizados. Debido a ello, se ha estimado que es posible que se trate de exagerar los daños “pequeños”, a fin de recibir una indemnización integral. Sin embargo, para evitar esta maniobra, los contratos pueden prever una franquicia única que es deducida de la indemnización sin importar la gravedad del siniestro.<sup>30</sup>

30 Yvonne Lambert-Faivre, *Droit des assurances...*, op. cit., p. 402; Efrén Ossa, *Teoría general del seguro...*, op. cit., p. 245; Christian Gollier, *Franchise, Risques*, n.º 17, 1994, p. 73.

La doctrina francesa distingue tres clases de franquicia: *franchise relative* (conforme la cual los siniestros cuyo monto es inferior a la franquicia quedan a cargo del asegurado), *franchise absolue* (es la más corriente y corresponde al monto que será deducido de la indemnización a pagar, cualquiera sea el monto de la indemnización) y la cláusula de *découvert obligatoire* (según la cual el asegurado es su propio asegurador respecto una suma determinada; esta cláusula obliga al asegurado a tener a su cargo una parte del daño).<sup>31</sup>

Para la doctrina italiana, por su parte, el pacto de una franquicia en total desproporción con el tipo de cobertura y la prohibición para el asegurado de contratar otro seguro con otra compañía para cubrir la parte del daño que queda a su cargo es considerado como abusivo, por no tener presente los legítimos intereses del contratante débil, por ir contra el régimen de libertad de mercado de los seguros limitando la competencia entre empresas y, finalmente, por restringir la libertad contractual del asegurado. Una franquicia así, no proporcional al tipo de cobertura a la cual, se refiere se considera entonces abusiva al provocar para el asegurado un desequilibrio significativo de sus propios derechos y obligaciones respecto al asegurador.<sup>32</sup>

Así pues, la insuficiencia de la garantía genera problemas particulares sobre todo en el caso de concurso de varias víctimas de un mismo hecho dañoso, ya que estas deben ser indemnizadas pero solo en la medida de la garantía disponible. Por lo tanto, toda víctima cuyo crédito de responsabilidad es parcialmente cubierto por la garantía del asegurador dispone, respecto al excedente de la deuda, de una acción de responsabilidad contra el responsable del daño, el cual, agotado el seguro, tendrá que ser indemnizado con el patrimonio personal.

### Del principio indemnizatorio

Este principio es considerado como un principio esencial del seguro de daños que lo distingue fundamentalmente del seguro de personas, y se justifica por el deseo de evitar la ocurrencia de siniestros voluntarios y de eliminar cualquier idea de especulación por parte del asegurado.<sup>33</sup>

31 Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité...*, op. cit., p. 284.

32 Ibid., p. 65.

33 Catherine Caillé, Assurance de dommages, en *Répertoire de droit civile*, 2016.

Como se indicó anteriormente, el riesgo asegurado en el seguro RC es el daño sufrido en el patrimonio del responsable, es decir, está representado por el nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños ocasionados por un hecho previsto en el contrato y de cuyas consecuencias sea civilmente responsable.<sup>34</sup>

Dado que el seguro de daños se concibe con el objetivo de reparar el daño patrimonial sufrido por el titular del interés asegurable como consecuencia del siniestro, restablecer el equilibrio económico roto por la realización del riesgo asegurado e indemnizarlo, la función específica del contrato de seguro RC es la de liberar el patrimonio del asegurado de la obligación de resarcimiento.

El contrato de seguro RC garantiza las consecuencias de la responsabilidad del asegurado; de este modo, tanto la responsabilidad de derecho común contractual o extracontractual como una responsabilidad especial —excepto la responsabilidad penal— pueden ser garantizadas mediante este contrato. En principio, el contenido de la responsabilidad que se garantiza a través del seguro está sujeto a lo que determinen las partes, salvo cuando se trata de un seguro obligatorio; en consecuencia, el asegurado debe velar porque el contenido de la responsabilidad garantizada sea acorde a sus necesidades.

Así pues, los seguros de daños se caracterizan por estar basados en el “principio indemnizatorio”, de acuerdo con el cual la obligación esencial del asegurador es indemnizar al asegurado, es decir, dejarlo indemne de los daños producidos en el interés asegurado del que es titular, a consecuencia de la ocurrencia del riesgo previsto en el contrato o siniestro; es decir, este principio significa que el asegurado no debe enriquecerse gracias al seguro, sino solamente ser protegido en su patrimonio por las pérdidas que ocasiona a la víctima. En consecuencia, el monto del daño sufrido constituye el límite extremo de la indemnización que paga el seguro.<sup>35</sup>

Este principio indemnizatorio se encuentra consagrado en el artículo 1088 del Código de Comercio, conforme al cual los seguros de daños son contratos de mera indemnización y jamás pueden constituir para el asegurado fuente de enriquecimiento. Este principio implica, entonces, hacer una evaluación del

34 Francisco Alonso, *Derecho mercantil de contratos*. Pamplona: Civitas, 2011, p. 213.

35 Catherine Caillé, *Assurance de dommages...*, *op. cit.*

daño; dado que la indemnización no puede sobrepasar ese valor, el seguro no puede excederlo.

Si bien la norma prohíbe toda posibilidad de enriquecimiento para el asegurado, no impone a cargo del asegurador la plenitud de la indemnización.<sup>36</sup> Esta puede comprender el daño emergente o parte de él, y por virtud del citado artículo 1088, el lucro cesante no se entiende asegurado, salvo que las partes así lo expresen. Esto significa que con la sola reparación del daño efectivo el seguro cumple su función protectora, pues no importa cuál sea la suma asegurada, ya que esta se concibe como límite de la prestación indemnizatoria a cargo del asegurador y como base para la determinación de la prima a cargo del asegurado. De ahí pues el contenido del artículo 1089 del Código de Comercio y la importancia de suscribir un seguro adecuado al valor del interés asegurable, sobre todo porque en los seguros patrimoniales generalmente este interés no es susceptible de estimación previa en dinero, por lo cual la suma asegurada debe ser estipulada libremente por los contratantes.

La figura de la subrogación del asegurador es un desarrollo del principio indemnizatorio de los seguros de daños; es una institución dirigida a apuntalar el carácter indemnizatorio de esta clase de seguros. En efecto, en esta clase de seguros se reconoce al asegurador que haya pagado la indemnización prevista en el contrato el derecho de subrogación en la posición del asegurado, frente a las personas responsables de la pérdida indemnizada en virtud del seguro y hasta el límite de la indemnización.<sup>37</sup> La subrogación genera, a favor del asegurador, acción de responsabilidad contra la persona causante del siniestro.

La subrogación es concebida entonces como el derecho del asegurador a suceder al asegurado en sus derechos contra el responsable del siniestro. Así, el asegurador que indemniza ocupa *ipso jure* el lugar del asegurado frente al tercero responsable de la pérdida indemnizada. Esta figura fue creada para evitar que se produjera un enriquecimiento sin causa, no solo a través de la contravención del carácter indemnizatorio del contrato, cuando el asegurado obtuviera un provecho del seguro, sino también a través de una contravención al principio de relatividad de los efectos del contrato, cuando el responsable quedara exento de sanciones

36 Efrén Ossa, *Teoría general del seguro*, op. cit., p. 182.

37 Francisco Alonso, *Derecho mercantil de contratos...*, op. cit., p. 213.

civiles y, de este modo, obtuviera una utilidad del contrato de seguro del que no ha formado parte.<sup>38</sup>

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la subrogación opera con cierta especificidad en el seguro de responsabilidad; de este modo, si la responsabilidad a cargo del asegurador proviene de la responsabilidad directa del asegurado, la subrogación es inoperante por sustracción de materia, no habría tercero responsable. Pero si encuentra su origen en la responsabilidad indirecta, la subrogación sí es viable.<sup>39</sup> Igualmente, se reconoce al asegurador el derecho a repetir contra el asegurado en el evento que el daño causado al tercero sea debido a la conducta dolosa de aquel. Lo anterior, teniendo en cuenta que los actos dolosamente provocados se excluyen del ámbito de la cobertura del seguro RC; por lo tanto, donde haya habido una voluntad consciente y maliciosa de causar un daño por parte del asegurado, se justifica el derecho de repetición.

### Condiciones para la puesta en marcha de la garantía

La puesta en marcha de la garantía puede iniciar por el hecho del asegurado o de la víctima, quien dispone de una acción directa contra el asegurado; pero, en todo caso, la obligación del asegurador está subordinada a que la responsabilidad del asegurado haya sido establecida.

El establecimiento de dicha responsabilidad puede acaecer por distintas vías; sin embargo, debe tenerse en cuenta que como medida de protección del asegurador, se considera peligroso para la compañía que el asegurado reconozca su responsabilidad, pues una vez ello es hecho, el asegurador no podría rebatirlo ni amigablemente ni en justicia. Además, se considera que podría haber un riesgo de colusión fraudulenta entre el asegurado y la víctima. Por este motivo, es posible que el asegurador estipule que cualquier reconocimiento de la responsabilidad (o cualquier transacción realizada sin su intervención) no pueda serle oponible y, en consecuencia, pueda discutir en justicia la responsabilidad de su asegurado; sin embargo, esta prohibición debe quedar expresamente señalada en la póliza.

Ahora bien, como la responsabilidad del asegurado puede ser establecida a través de una decisión judicial como resultado de un proceso oponible a la

38 Efrén Ossa, *Teoría general del seguro...*, p. 177.

39 *Ibíd.*, p. 182.

víctima, la decisión condenatoria del asegurado constituye para el asegurador la realización del riesgo garantizado en el contrato; por lo tanto, es perfectamente comprensible el interés del asegurador en el resultado del proceso, y por esta razón puede reservarse el derecho de dirigir el proceso.

La cláusula de dirección del proceso otorga ciertos poderes al asegurador en la medida en que puede decidir las medidas a ejecutar. En efecto, puede elegir el abogado, los medios de defensa, puede llamar a un tercero en garantía, decidir las vías para el recurso; y el asegurado no puede oponerse y debe soportar, por ejemplo, las consecuencias del recurso de apelación interpuesto, incluso si se traduce en una condena más grande que sobrepasa el *plafond* de garantía.<sup>40</sup>

La reforma hecha por la Ley 45 de 1990 representa, sin duda, un cambio significativo al artículo 1133 del Código de Comercio, que impedía tajantemente que la víctima ejerciera la acción directa contra el asegurador; por lo tanto, la atribución de dicha acción se convierte en una de las principales manifestaciones de la evolución del seguro RC. Es importante tener en claro que la víctima solo puede pretender lo que por derecho obtendría el asegurado y que la prosperidad de su pretensión exige que la responsabilidad civil del asegurado deba establecerse, bien sea mediante decisión judicial o por reconocimiento directo del asegurador de su obligación con la víctima, ya que es requisito indispensable para que opere el seguro.

En ejercicio de la acción directa, la víctima podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización por parte del asegurador. El juez, para condenar a la compañía aseguradora, debe entonces declarar no solo que el asegurado ha incurrido en responsabilidad, sino también que dicha responsabilidad se encuentra cubierta por el seguro.

La Ley 45 de 1990 atribuyó a la víctima el carácter de beneficiario de la indemnización; en consecuencia, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 1044 del Código de Comercio, al beneficiario le son oponibles, salvo excepción en contrario, todas las excepciones que el asegurador pueda formular contra el tomador o asegurado; por ejemplo, inexistencia del seguro, nulidad o extinción de este, exoneración de la responsabilidad por causa extraña, entre otras.

40 Catherine Caillé, Assurance de dommages..., *op. cit.*

•Generalidades del seguro de responsabilidad civil.

En este orden de ideas, el asegurador puede oponer las excepciones propias del contrato de seguro no solo frente al asegurado, sino también frente la víctima, lo que permite que el contrato otorgue un mismo derecho con prescindencia de quien formule la reclamación, evitando de este modo que el asegurador repita contra el asegurado los pagos realizados a la víctima.<sup>41</sup>

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que al no haberse consagrado excepciones a la aplicación del principio de la comunicabilidad de las excepciones, la víctima en acción directa, al asumir el carácter de beneficiario del seguro RC, no puede sustraerse a ninguna de las excepciones que el asegurador le pueda oponer. Esta circunstancia ha hecho concluir que la protección que la acción directa pretendía otorgar a las víctimas se ve disminuida, dado que ellas estarán expuestas a todas las excepciones que podrían oponerse contra el tomador y contra el asegurado, sin ninguna restricción.<sup>42</sup> Sin embargo, hay que considerar también que la víctima debe contar con el cumplimiento de los hechos constitutivos del derecho que esgrime.<sup>43</sup>

### La garantía en el seguro de responsabilidad civil

El siniestro o hecho dañoso puede articularse en varias fases, tal como puede ocurrir en el caso de la responsabilidad civil de los médicos, donde es posible que pueda transcurrir un periodo entre el momento que se verifica el hecho idóneo a producir el daño y el momento en el que el daño se produce o manifiesta —esto es, desde el momento en que se lleva a cabo la intervención quirúrgica sin la cautela requerida hasta el momento en que el paciente desarrolla una grave infección—. Este hecho ha causado el desarrollo de cláusulas contractuales que no solo permitan determinar con certeza el momento del siniestro, sino además que pongan límites al resarcimiento del daño. Así, el primer problema se ha resuelto

41 Juan Manuel Díaz-Granados, El seguro de responsabilidad civil en Colombia, en *Revista Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario*, n.º 561, 1993, pp. 5-22.

42 Andrés Ordóñez, *El contrato de seguro. Ley 389 de 1997 y otros estudios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 150; Andrés Ordóñez, *Elementos esenciales...*, op. cit., p. 67; Hilda Sornoza, *El riesgo asegurable...*, 12.

43 Francisco Soto, *El seguro obligatorio...*, op. cit.

a través de las cláusulas denominadas *claims made* y el segundo, a través de la previsión de máximos para el caso de daños en serie.<sup>44</sup>

Tanto en España como en Colombia se consideran lícitas las cláusulas *claims made* o cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, por cuya virtud estos se circunscriben a periodos determinados dentro de los cuales se produzca la reclamación por parte del perjudicado.<sup>45</sup> En Francia, al contrario, el evento ha sido objeto de variadas revisiones, como se verá a continuación.

Si bien la extensión de la garantía en el espacio no tiene dificultad, la cuestión de su extensión en el tiempo ha generado un sinnúmero de críticas, y luego de un largo itinerario recorrido, la jurisprudencia francesa tomó posición frente a las cláusulas *claims made*. Así, después de haber admitido la validez de ellas en defensa de la libertad contractual, en 1985 terminó condenándolas luego de haberlas declarado inoponibles a las víctimas y nulas.

Así, a través de varios fallos, la Corte de Casación francesa declaró nula aquella cláusula que subordinaba la garantía del asegurador a que la reclamación de la víctima fuera presentada durante el periodo de validez del contrato, afirmando que el pago de las primas durante el periodo comprendido entre la celebración del contrato y su expiración tenía como contrapartida necesaria la garantía de los daños originados por un hecho ocurrido durante dicho periodo. En consecuencia, se consideró que la cláusula dirigida a privar al asegurado del beneficio del seguro en razón a un hecho que no le era imputable —esto es, la reclamación de la víctima— creaba una ventaja ilícita en provecho de la aseguradora que habría recibido primas sin contrapartida.<sup>46</sup> Esta condena fue generalizada para todos los tipos de cláusulas que establecían una extensión en el tiempo de la garantía del asegurador y resultó de ella que el único criterio para establecer el siniestro residía en que el hecho dañoso ocurriera durante el periodo de validez de la garantía.

El objetivo de esta decisión era evidentemente preservar los intereses de las víctimas y de los asegurados, por lo cual fue duramente criticada por los aseguradores, pues sin importar la fecha de la reclamación, desde la producción del

44 Antigono Donati y Giovanna Volpe Putzolu, *Manuale di diritto delle assicurazione*. Milán: Giuffrè, 2002, p. 178.

45 Francisco Alonso, *Derecho mercantil de contratos...*, op. cit., p. 213.

46 Cass. 1er. Civ., 19 de diciembre, 1990, n.º 88-12.

hecho dañoso eran obligados a garantizar las consecuencias de este; es decir, poco importaba que el contrato se hubiese terminado. Esta situación tornaba, de acuerdo con los aseguradores, prácticamente inasegurables los riesgos cuyos efectos dañinos se manifestaban tardíamente, como, por ejemplo, la contaminación postransfusional, la enfermedad de la vaca loca, los daños derivados del amianto o asbesto.<sup>47</sup>

En 2003, el legislador francés reguló finalmente la materia a través de la ley de seguridad financiera<sup>48</sup>, otorgando una definición de siniestro a efectos de poder determinar las reglas relativas a la extensión de la garantía en el tiempo. Esta ley es aplicable para los siniestros ocurridos después de su entrada en vigencia; por lo tanto, aquellos ocurridos con anterioridad deben regirse por la jurisprudencia. Esta norma realiza una precisión importante cuando establece que el hecho dañoso es aquel que constituye la causa generadora del daño. Así pues, en el conflicto entre la jurisprudencia y los aseguradores, el legislador decidió a favor de los aseguradores, restaurando el principio de libertad de las partes para escoger el evento desencadenante de la garantía. Sin embargo, se trata de una libertad controlada, pues las partes son, en principio, libres de elegir entre el hecho dañoso o la reclamación de la víctima; pero esta opción solo es permitida en los contratos de aseguramiento profesional y aquellos suscritos por las personas jurídicas. En consecuencia, para aquellos contratos que cubren la responsabilidad de las personas físicas por fuera de su actividad profesional, la garantía se desencadena siempre por el hecho dañoso.<sup>49</sup>

En Colombia, por su parte, las cláusulas *claims made* fueron aceptadas en 1997 a través de su consagración en la Ley 389, la cual admitió el aseguramiento de la responsabilidad civil bajo el concepto de las cláusulas *claims made* o ‘reclamo hecho’. Con estas cláusulas se vincula la cobertura del seguro a la reclamación que la víctima realiza a la aseguradora por la vía de la acción directa o al asegurado de manera judicial o extrajudicial, siempre que lo haga dentro de la vigencia de la póliza o dentro de un término posterior, pudiendo incluso indemnizarse hechos ocurridos en el pasado de los cuales el asegurado no tenga conocimiento.

47 Catherine Caillé, Assurance de dommages..., *op. cit.*, n.º 213.

48 Loi n.º 2003-706 du 1<sup>er</sup> août 2003 de sécurité financière.

49 Code des assurances, art. L. 124-5, al. 1<sup>er</sup>.

La aceptación de estas cláusulas en el sistema colombiano generó varias críticas por la posible vulneración de los derechos de los asegurados que podrían traer consigo, y en beneficio de los intereses de las compañías aseguradoras. Estas cláusulas se concibieron como una forma de limitación de la cobertura y el artículo 4 de la Ley 389 de 1997 señala las modalidades posibles que bajo esta figura se pueden pactar; la más rigurosa de ellas es aquella que exige que la cobertura dependa no solo de que el hecho dañoso suceda dentro de la vigencia del contrato, sino además de que el reclamo se realice dentro del mismo lapso.

La primera gran crítica dirigida contra esta modalidad de aseguramiento se relaciona con la validez de las cláusulas, en la medida en que se considera que estas pueden ser eventualmente lesivas para los intereses tanto del asegurado como del beneficiario.<sup>50</sup> En efecto, desde 1991 ya el Tribunal Supremo español se había pronunciado sobre esta clase específica de cláusula, manifestando que cuando se limitaba el cubrimiento a la exigencia de que tanto el hecho dañoso como la reclamación de la víctima se realicen en el periodo de vigencia del contrato, esta estipulación resultaba lesiva para el asegurado y, en consecuencia, afectaba su eficacia, con el consiguiente efecto de nulidad que ello comportaba. En efecto, con este tipo de cláusula el seguro podía dejar de ofrecer la seguridad que le es propia.

Y este problema se vuelve más evidente en aquellos casos donde se logra configurar el denominado *vacío de cobertura temporal*, no obstante el asegurado haya contratado ininterrumpidamente su seguro con distintas aseguradoras.<sup>51</sup> En estos eventos, el asegurado puede encontrarse con que el siniestro no es cubierto bajo ninguno de los contratos que ha suscrito de manera ininterrumpida, y al quedar viva la responsabilidad civil, es él —no la aseguradora— quien debe hacer frente a la indemnización del daño.

Entre las críticas que han sido continuamente elevadas contra la consagración de las cláusulas *claims made* resalta aquella que las califica como abusivas, debido al claro atentado que contra los intereses de los asegurados se puede eventualmente producir, por la asimetría en las prestaciones del contrato y por el abuso de la posición dominante que de ellas se deriva, máxime cuando la aseguradora no resulta obligada al pago de la indemnización, pese a haber recibido el pago de las primas respectivas.

50 Mónica Fernández, *Las cláusulas claims made...*, op. cit., p. 225.

51 *Ibíd.*, p. 231.