

Las acciones relacionadas con el seguro de responsabilidad*

JUAN MANUEL DÍAZ-GRANADOS ORTIZ**

SUMARIO

Introducción

Capítulo I

Visión panorámica del seguro de responsabilidad, su noción y elementos básicos

1. Panorámica general
 - 1.1 Mapa legal actual en Colombia
 - 1.2. Mapa legal en el derecho comparado
2. Noción
3. Elementos básicos
 - 3.1. Noción de interés asegurable
 - 3.2. Valoración del interés. La suma asegurada
 - 3.3. El riesgo asegurable
 - 3.4. La obligación condicional del asegurador

Capítulo II

Rasgos y tendencias de la responsabilidad

1. Noción y generalidades
2. Tendencias en relación con los elementos de la responsabilidad

* Artículo producto de la investigación realizada por el autor como soporte de su ponencia en el X Congreso Iberoamericano de Derecho de Seguros, Viña del Mar, Chile, noviembre 2007.

** Abogado de la Universidad del Rosario de Colombia, con especialización en Derecho Privado de la Universidad de Derecho y Economía y Ciencias Sociales de París. Correo electrónico: [jdiazgranados @acemi.org.co](mailto:jdiazgranados@acemi.org.co)

- 2.1. El hecho generador
- 2.2. El daño

Capítulo III

Prueba del siniestro y acciones para hacer efectivo el seguro

- 1. Cuestiones generales de la prueba del siniestro
 - 1.1. Reclamación
 - 1.2. Acción ejecutiva
 - 1.3. Otras acciones
- 2. Las acciones de la víctima contra el asegurado
 - 2.1. Acción ordinaria contra los particulares en la jurisdicción civil
 - 2.2. Acción de reparación directa contra la administración pública
 - 2.3. Acción popular
 - 2.4. Acción de grupo
 - 2.5. Definición de la responsabilidad en el proceso penal
 - 2.6. Acción de tutela
 - 2.7. Proceso de responsabilidad fiscal (Ley 610 de 2000)
- 3. Acción del asegurado contra la aseguradora
 - 3.1. Relación del asegurado con el asegurador
 - 3.2. El llamamiento en garantía
 - 3.3. Acción del asegurado en contra del asegurador
- 4. La acción directa de la víctima contra el asegurador
 - 4.1. Fundamentos y naturaleza
 - 4.2. Personas legitimadas para ejercer la acción directa
 - 4.3. Necesidad de establecer la responsabilidad del asegurado
 - 4.4. Necesidad de que la responsabilidad se encuentre cubierta por el contrato
 - 4.5. Necesidad de que la obligación de resarcimiento a cargo del responsable no se encuentre extinguida
 - 4.6. Conductas del asegurador ante una reclamación de la víctima
 - 4.7. Información a la víctima sobre la existencia de la póliza
 - 4.8. Oponibilidad de excepciones
 - 4.9. Pluralidad de víctimas
 - 4.10. Aspectos procesales
 - 4.11. Prescripción

RESUMEN

El objetivo de este trabajo, como su título lo indica, consiste en hacer una presentación de las acciones relacionadas con el seguro de responsabilidad, y, por tanto, examinar la manera como se hacen efectivos los derechos correspondientes a víctimas y asegurados. Esta perspectiva, si bien requiere repasar los aspectos básicos sustanciales de estas instituciones, permite también centrar la atención en los caminos procesales con que se cuenta en el terreno práctico.

El presente trabajo está dividido en tres partes. La primera presenta una visión panorámica del seguro de responsabilidad, su noción y elementos básicos (Capítulo I). La segunda parte recoge las tendencias en materia de responsabilidad civil, entre las cuales se encuentran las acciones que los perjudicados pueden ejercer contra los responsables (Capítulo II). Por último, la tercera parte abordará las acciones que se relacionan con el seguro de responsabilidad y que revisten una alta complejidad por su diversidad y mezcla. Existen acciones de la víctima contra el responsable. La víctima también cuenta con acción contra el asegurador si la ley introdujo la acción directa y, finalmente, el asegurado también es titular de acciones en contra del asegurador (Capítulo III).

Palabras clave: seguro de responsabilidad, beneficiarios, derechos de las víctimas y asegurados, acción directa.

ABSTRACT

The purpose of this dossier, as pointed out by its title, is to describe the actions related to liability insurance and hence examine the enforcement of the rights of both victims and assureds. Even though this perspective entails reviewing the substantial basics of the appropriate institutions, it also allows to focus the attention on the prosecution ways available in practice.

The present dossier is divided into three sections. The first one shows a panoramic view of liability insurance, complete with notion and Basic elements (Chapter I). The second section gathers liability trends, including actions that victims may bring against the responsible persons (Chapter II). And, Lastly, the third section covers actions related to liability insurance, which incorporate high complexity for diversity mix. There are actions that the victims can bring against the responsible persons. Victims also count on actions to be brought against the insurer if the law provides for direct action and, finally, the assured is also entitled to actions against the insurer (Chapter III).

Key words: liability insurance, beneficiary, the rights of both victims and assureds.

INTRODUCCIÓN

Agradezco inmensamente en nombre de la delegación de Colombia la invitación a participar en el X Congreso Iberoamericano de Derecho de Seguros, CILA.

Nos ha correspondido desarrollar el tema de las acciones relacionadas con el seguro de responsabilidad, tema del más profundo interés, dada la evolución permanente de la responsabilidad, así como del seguro que la cubre. Pocas instituciones jurídicas han sido sometidas a tan intensa presión jurisprudencial y legislativa en los distintos ordenamientos.

El principio rector de la aludida evolución es la protección de los derechos de la víctima, tanto en lo que se refiere a la institución de la responsabilidad en sí misma, como en lo que atañe al seguro de responsabilidad¹.

En cuanto a la responsabilidad es común registrar corrientes jurisprudenciales y legales orientadas a beneficiar a los perjudicados facilitando los mecanismos de prueba, trasladando sus fundamentos de la culpa al riesgo, y, en fin, extendiendo el espectro y la cuantía de los daños materia de indemnización.

Dentro de esta misma corriente el seguro de responsabilidad también se transforma: surgen los seguros obligatorios, se impone en la mayoría de los sistemas jurídicos la figura de la acción directa contra la aseguradora y aparecen novedosas formas para la delimitación temporal de la cobertura del seguro.

1 Acerca de la evolución del riesgo de la responsabilidad civil desde el punto de vista técnico, jurídico y social y de su impacto en el seguro de responsabilidad civil véase Fédération Française des Sociétés d'Assurances, *Le livre blanc de l'assurance Responsabilité Civile*, Paris, 2000.

Registramos también el enfoque contemporáneo del derecho orientado hacia su constitucionalización lo que supone interpretar las relaciones jurídicas privadas bajo los principios constitucionales o incluso prescindir de la aplicación de disposiciones legales o estipulaciones contractuales para dar prevalencia a los principios constitucionales².

Igualmente, es pertinente destacar la preocupación de las sociedades modernas por superar las inequidades y proteger efectivamente a los ciudadanos. Dentro de este contexto podríamos decir que la responsabilidad y el seguro de responsabilidad comienzan a fundirse, nutriéndose mutuamente, para dar lugar a una nueva forma de protección de la comunidad.

Algo similar acontece con la seguridad social, la cual, con la participación del sector privado, extiende su cobertura en la búsqueda de la universalidad. Así mismo, dentro de este movimiento el seguro privado en general, antes elemento de consumo de las élites económicas, se profundiza y masifica llegando, a través del microseguro por ejemplo, a los sectores populares de nuestros países.

El objetivo de este trabajo, como su título lo indica, consiste en hacer una presentación de las acciones relacionadas con el seguro de responsabilidad, y, por tanto, examinar la manera como se hacen efectivos los derechos correspondientes a víctimas y asegurados. Esta perspectiva, si bien requiere repasar los aspectos básicos sustanciales de estas instituciones, permite también centrar la atención en los caminos procesales con que se cuenta en el terreno práctico.

El presente trabajo está dividido en tres partes. La primera presenta una visión panorámica del seguro de responsabilidad, su noción y elementos básicos (Capítulo I). La segunda parte recoge las tendencias en materia de responsabilidad civil, entre las cuales se encuentran las acciones que los perjudicados pueden ejercer contra los responsables (Capítulo II). Por último, la tercera parte abordará las acciones que se relacionan con el seguro de responsabilidad y que revisten una alta complejidad por su diversidad y mezcla. Existen acciones de la víctima contra el responsable. La víctima también cuenta con acción contra el asegurador si la ley introdujo la acción directa y, finalmente, el asegurado también es titular de acciones en contra del asegurador (Capítulo III).

2 En cuanto a la constitucionalización del derecho, en particular del derecho de seguros, es muy ilustrativo el trabajo del Dr. ALEJANDRO VENEGAS FRANCO *Constitución Política de 1991 y Derecho de Seguros*, Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, 2004.

CAPÍTULO I

VISIÓN PANORÁMICA DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD, SU NOCIÓN Y ELEMENTOS BÁSICOS

Para aludir al tema asignado conviene, en primer lugar, presentar una panorámica general del seguro en los países de la región (1), luego recordar sin noción (2) y los elementos básicos de este seguro (3).

I. PANORÁMICA GENERAL

El seguro de responsabilidad en un principio no contaba con una clara identificación en las legislaciones de Iberoamérica, ni mucho menos con normas particulares.

Adicionalmente, las leyes de seguros preveían una definición de riesgo asegurable que adolecía de una estrechez tal que impedía su aceptación jurídica.

Tal es el caso de Colombia, cuyo Código de Comercio Terrestre de 1887 disponía en el artículo 636: “Se entiende por riesgo asegurado la eventualidad de todo caso fortuito, que pueda causar la pérdida o deterioro de los objetos asegurados”. Como se aprecia, esta noción contradice la esencia misma del seguro de responsabilidad, pues excluye cualquier posibilidad de amparar actos culposos, los cuales por regla general son los generadores de responsabilidad civil. Admitía el aseguramiento de los hechos fortuitos, que precisamente constituyen causales de exoneración de la responsabilidad civil, lo cual arrojaba como conclusión la ausencia de un marco normativo propicio para aceptar, en rigor jurídico, al citado seguro.

Sin embargo, el desarrollo de la responsabilidad civil hizo plausible la imperiosa necesidad de prever coberturas de seguros, las cuales se difundieron en el mercado bajo la tolerancia de las autoridades de supervisión de la industria aseguradora.

En algunos países los códigos antiguos continúan vigentes. Otros, por el contrario, reformaron sus leyes de seguros, en las que el seguro de responsabilidad adquiere un reconocimiento legal y una identidad propia.

Para ilustrar el tema nos referiremos al mapa legal en Colombia (1.1.) y al mapa legal en el derecho comparado (1.2.)

1.1. Mapa legal actual en Colombia

En 1971 se expidió el Código de Comercio en Colombia con una nueva regulación en lo que concierne a los seguros terrestre, marítimo y aéreo. Entre las principales innovaciones debemos resaltar la introducción de una nueva noción del riesgo asegurable, la cual

supera las coberturas limitadas del pasado y permite el aseguramiento de todo suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, asegurado o beneficiario (artículo 1054), al paso que considera como no asegurables el dolo y la culpa grave (artículo 1055).

Asimismo, en el título atinente a los seguros terrestres —en el capítulo de los seguros de daños— se introduce una sección destinada a regular en forma específica el seguro de responsabilidad civil (artículos 1127-1133). Estas normas resultan igualmente aplicables al seguro marítimo en lo que toca al aseguramiento de las responsabilidades que se generan con ocasión de la navegación acuática, por cuanto las normas del seguro marítimo aluden sólo tangencialmente al citado seguro de responsabilidad civil, lo cual indica que habrá que remitirse a las normas sobre los seguros terrestres (artículo 1765). La misma situación se presenta con relación al seguro aéreo (artículo 1903).

En 1990 se promulgó el Decreto Ley 01 que reformó el contrato de transporte y el contrato de seguro de transporte. Esta reforma introdujo un nuevo texto del artículo 1124 del Código, conforme al cual podrán contratar el seguro de transporte no sólo el propietario de las mercancías, sino también aquellos que tengan responsabilidad en su conservación indicando en la póliza si el interés asegurado es la mercancía o la responsabilidad por su transporte. Así, el seguro de transporte puede cubrir bien el interés sobre la mercancía, con la forma de un seguro real respecto de cosas determinadas, o bien el interés propio del transportador al proteger su integridad patrimonial, con la forma de un seguro de responsabilidad civil, tesis sostenida por la Corte Suprema de Justicia³.

Posteriormente, fue expedida la Ley 45 de 1990, mediante la cual, por una parte, se modernizó el régimen de la empresa de seguros y, por otra, se modificaron algunos aspectos del contrato de seguro. Respecto al seguro de responsabilidad se admitió el aseguramiento de la culpa grave, no extensivo a los actos dolosos del asegurado; fue establecida la acción directa de la víctima en contra del asegurador para hacer efectivo el seguro y se precisaron las normas de prescripción de la acción para reclamar la indemnización al asegurador.

Finalmente, la Ley 389 de 1997 introdujo dos nuevas modalidades de cobertura para el seguro de responsabilidad civil, a saber: la modalidad de reclamación (artículo 4, inciso 1) y la modalidad especial (artículo 4, inciso 2). Esta ley mantuvo vigente la tradicional cobertura de ocurrencia como otra modalidad en el derecho colombiano.

Al margen de este conjunto de normas existen otras disposiciones que crearon distintos seguros obligatorios.

3 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, exp. 4799, 30 de septiembre de 2002.

1.2. Mapa legal en el derecho comparado

Las distintas legislaciones pueden clasificarse en tres grupos, dependiendo de la existencia y alcance de las normas específicas para el seguro de responsabilidad: legislaciones que prevén el seguro de responsabilidad (1.2.1), las que no lo prevén (1.2.2) y las que tienen una regulación alterna (1.2.3).

1.2.1. Legislaciones que prevén el seguro de responsabilidad

Inicialmente, las leyes de seguros no contemplaban específicamente el seguro de responsabilidad y fue necesario introducir reformas o incorporar la figura en las nuevas leyes.

Hoy en día, la mayoría de ordenamientos jurídicos prevén el seguro de responsabilidad, a saber: Argentina (1967); Bolivia (1978); Brasil (2002); Colombia (1971); España (1980); Francia (1930); Guatemala (1970); Honduras (1950); Italia (1942); México (2001) y Paraguay (1987).

El alcance de las disposiciones varía en cada legislación. Todas ellas se refieren al objeto del seguro, algunas delimitan la cobertura a cierto tipo de actos o de personas, la mayoría extienden la protección a los gastos legales y, en fin, establecen reglas relativas a la conducta del asegurado en caso de reclamación por parte del damnificado.

1.2.2. Legislaciones que no prevén el seguro de responsabilidad

Corresponden a países en los cuales continúan vigentes códigos antiguos, como Chile, Nicaragua, República Dominicana y Uruguay. El seguro de responsabilidad, al ser una necesidad para la comunidad, ha tenido que desarrollarse sin contar con una expresa base legal, circunstancia que en ocasiones puede generar problemas cuando este tipo de seguro se examina a la luz de las normas generales del contrato de seguro que por lo general incorporan nociones de riesgo asegurable susceptibles de chocar con la esencia del seguro de responsabilidad.

1.2.3. Legislaciones con regulación alterna para el seguro de responsabilidad

En esta categoría encontramos dos casos atípicos en nuestro continente. El primero es el de Perú, cuya norma de seguros (Código de Comercio de 1902) no contempla ninguna disposición sobre el seguro de responsabilidad, pero el Código Civil, al regular la responsabilidad civil extracontractual, incluye una norma propia de la ley de seguro (artículo 1987) para establecer la acción directa de la víctima contra el asegurador. Es, pues, paradójico que una ley ajena al contrato de seguro hubiese establecido la acción directa para un seguro que no está expresamente consagrado. Al respecto, WALTER VILLA ZAPATA estima que:

“Un tema íntimamente relacionado con la mecánica de los seguros como la acción directa del tercero agraviado contra el asegurador y su asegurado por Responsabilidad Civil, debió corresponder al campo de la legislación comercial, pero no por cuestiones de civilismo o mercantilismo, sino por cuanto una acción como la concedida en el art. 1987 compromete todo un sistema que lamentablemente no se previó, colocando adecuadamente la acción directa por lo menos en el Código de Comercio o ley especial con reglas precisas”⁴.

El segundo caso es el de Venezuela, donde el Código de Comercio de 1955, que no contemplaba el seguro de responsabilidad, fue sustituido por la Ley de Seguro de 2001, la cual lamentablemente tampoco lo incorporó. Sin embargo, la Ley de Tránsito Terrestre de 1986 estableció un seguro obligatorio de responsabilidad civil, disponiendo que la víctima tiene acción directa contra el asegurador.

2. NOCIÓN

Usualmente los seguros de daños se clasifican en reales y patrimoniales. Los primeros son aquellos que otorgan una protección con relación a una cosa determinada; los segundos, amparan la integridad patrimonial del asegurado y no bienes específicos de su patrimonio. Uno de los principales seguros patrimoniales es el seguro de responsabilidad al lado del seguro de cumplimiento o de caución, figura de la cual amerita diferenciarse.

En un primer momento el seguro de responsabilidad fue concebido como un instrumento que exclusivamente se orientaba a proteger el patrimonio del asegurado (potencial responsable) al margen de cualquier consideración respecto de la víctima del daño.

En muchos países, luego de aparecer en el mundo mercantil, el seguro de responsabilidad se desarrolló con rígidas restricciones explicadas por el temor de que la existencia del seguro se constituyera en un incentivo a la litigiosidad y al incremento de las condenas. Tal es el caso señalado por DONATI de las cláusulas tendientes a conservar el seguro clandestino; es decir, “prohibición de revelar su existencia y de llamar al asegurador en garantía”⁵.

Pero luego esta concepción restringida fue superada en algunos sistemas vía construcciones de la jurisprudencia o reformas legales inspiradas en la tendencia de velar por la protección de las víctimas de los daños. Así el seguro de responsabilidad, en adición a su primigenia función de amparar el patrimonio del asegurado responsable, añadió un segundo objeto al dirigirse también a la protección de la víctima.

4 VILLA ZAPATA, WALTER, “La acción directa y solidaria derivada del seguro de responsabilidad civil en el Perú”, en: *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, núm. 5, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1994.

5 DONATI, ANTÍGONO, *Los seguros privados*, Librería Bosh, Barcelona, 1960, pág. 396.

Según PICARD y BESSON,

“se debe constatar que, como consecuencia de una evolución de la jurisprudencia y de la regulación el seguro de responsabilidad, si bien cubre en principio el daño sufrido por el asegurado, es cada vez más un instrumento de protección dentro de las víctimas, que toman así, en esta institución, un rol mayor, especialmente gracias a la acción directa y al régimen de excepciones inoponibles”⁶.

Esta función dual, de protección simultánea al asegurado causante del daño y a la víctima, se ha hecho explícita en virtud de reformas legales que dispusieron la creación de la acción directa del afectado en contra del asegurador, tal y como se presenta en Argentina (bajo la figura de la citación en garantía), Colombia, España, Francia, Guatemala, Honduras, México, Paraguay y Perú.

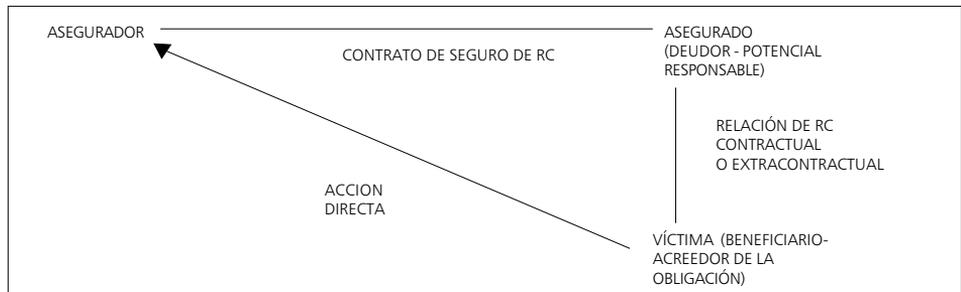
En el caso de Colombia, el artículo 1127 del Código de Comercio, reformado por el artículo 84 de la Ley 45 de 1990, define al seguro de responsabilidad en los siguientes términos:

“El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurre de acuerdo con la Ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado.

Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055”.

Con el seguro de responsabilidad se protege el patrimonio del potencial responsable (asegurado), quien es el deudor de la obligación de indemnizar a la víctima, y a la vez se protege a la víctima.

FIGURA I
Seguro de responsabilidad



Fuente: elaboración del autor.

6 PICARD, A. et BESSON, M., *Les assurances terrestres. Le Contrat d'Assurance*, LGDJ, Paris, 1982, pág. 519.

En síntesis, el seguro de responsabilidad no otorga protecciones sobre cosas determinadas, dado que cubre la integridad patrimonial del responsable, función que se complementa a partir de la Ley 45 de 1990 mediante el resarcimiento de la víctima, que, en principio, se constituye en el beneficiario de la indemnización.

Al respecto resulta ilustrativa la manifestación de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en dos sentencias del 10 de febrero de 2005 (expedientes 7173 y 7614). En la última de las sentencias señaladas (expediente 7614) la Corte manifestó:

“Con la reforma introducida por la Ley 45 de 1990, cuyo *ratio legis*, como *ab-initio* se expuso, reside primordialmente en la defensa del interés de los damnificados con el hecho dañoso del asegurado, a la función primitivamente asignada al seguro de responsabilidad civil se aunó, delantera y directamente, la de resarcir a la víctima del hecho dañoso, objeto por razón del cual se le instituyó como beneficiaria de la indemnización y en tal calidad, como titular del derecho que surge por la realización del riesgo asegurado, o sea que se radicó en el damnificado el crédito de indemnización que pesa sobre el asegurador, confiriéndole el derecho de reclamarle directamente la indemnización del daño sufrido como consecuencia de la culpa del asegurado, por ser el acreedor de la susodicha presentación, e imponiendo correlativamente al asegurador la obligación de abonársela, al concretarse el riesgo previsto en el contrato —artículo 84, previsión con la cual se consagró una excepción al principio del efecto relativo de los contratos— *res Inter. Alios acta*, que como se sabe, se traduce en que éstos no crean derechos u obligaciones a favor o a cargo de personas distintas de quienes concurrieron a su formación, o mejor, no perjudican ni aprovechan a terceros”.

3. ELEMENTOS BÁSICOS

De los elementos esenciales del contrato de seguro aludiremos al interés asegurable (3.1) y su valoración (3.2), al riesgo asegurable (3.3) y a la obligación condicional del asegurador (3.4).

3.1. Noción de interés asegurable

Tratándose de seguro de daños tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por un riesgo. Como acertadamente lo ha puntualizado la doctrina el asegurado es el titular del interés asegurable y, por consiguiente, la persona protegida⁷.

Dado que el seguro de responsabilidad tiene por objeto, además de proteger a la víctima, salvaguardar el patrimonio del potencial responsable, quien ostenta la calidad

7 OSSA GÓMEZ, J. EFRÉN, *Teoría general del seguro. El contrato*. Editorial Temis, Bogotá, 1991, pág. 9.

de asegurado, el interés se circunscribe en la preservación de dicho patrimonio que es susceptible de erosionarse por deudas de responsabilidad.

Al respecto, GARRIGES señala:

“En el seguro de responsabilidad civil esta relación será la que liga a toda persona con su patrimonio, y no con cosas determinadas de ese patrimonio, porque el siniestro, esto es, la asunción de una deuda de responsabilidad grava todo nuestro patrimonio como conjunto de relaciones jurídicas de valor económico”⁸.

Y es sólo el patrimonio del responsable el interés protegido, así la ley confiera a la víctima la calidad de beneficiaria. Tal circunstancia no supone que el seguro se contrate para cubrir intereses de terceros. Por tanto, el interés no se refiere al que pueda tener la víctima sobre un bien determinado, pues, en tal caso, el seguro sería de naturaleza real y el asegurado pasaría a ser la víctima; tampoco al que pueda tener la víctima sobre su patrimonio, ya que lo transformaría en un seguro de cumplimiento que cubre el patrimonio del acreedor (víctima) y no del deudor (responsable) y, en fin, no corresponde al interés que tenga la víctima en su vida o integridad personal, por cuanto el seguro pasaría a ser de vida o de accidentes personales en los cuales la víctima ocuparía la posición del asegurado.

Resulta muy ilustrativo lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en Sentencia de 10 de febrero de 2005, exp. 7614, con relación a la doble finalidad del seguro de responsabilidad, el cual mantiene la cobertura del interés del potencial responsable:

“El propósito que la nueva reglamentación le introdujo, desde luego, no es, *per se*, sucedáneo del anterior, sino complementario “*lato sensu*”, porque el seguro referenciado, además de procurar la reparación del daño padecido por la víctima, concediéndole los beneficios derivados del contrato, igualmente protege, así sea refleja o indirectamente, la indemnidad patrimonial del asegurado responsable, en cuanto el asegurador asume el compromiso de indemnizar los daños provocados por éste, al incurrir en responsabilidad, dejando ilesa su integridad patrimonial, cuya preservación, en estrictez, es la que anima al eventual responsable a contratar voluntariamente un seguro de esta modalidad”.

Y en otra sentencia, también de 10 de febrero de 2005, exp. 7173, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, explica que el otorgamiento por la ley de una acción directa a la víctima no la coloca en la posición de asegurado, éste continuará siendo el potencial responsable. La Corte se expresa en los siguientes términos:

“Como se aprecia, a los seguros de esta clase, en sentido lato, se les ha otorgado una doble función de la que antes carecían, dado que, a más de proteger de algún modo

8 GARRIGES, JOAQUÍN, *Contrato de seguro terrestre*, Imprenta Aguirre, Madrid, 1982, pág. 364.

y reflejamente el patrimonio del asegurado, pretenden directamente reparar a la víctima, quien, de paso, entra a ostentar la calidad de beneficiaria de la indemnización. Mírese así cómo ésta, y por consiguiente sus herederos, según el caso, no ocupan la posición de asegurados, pues su derecho frente al asegurador surge de la propia ley, que ha dispuesto claramente una prestación en su favor⁹, en calidad de beneficiarios, aunque circunscrita a los lineamientos trazados por el contrato de seguro —y en lo pertinente por la misma ley—, de modo que la víctima, ha de reiterarse, no sólo se tendrá como beneficiaria de la indemnización —artículo 1127 *in fine*—, sino que estará asistida, además, de una acción directa como instrumento contra el asegurador, como inequívocamente aflora del tenor del artículo 1133 *ejusdem*, modificado por el 87 de la Ley 45 de 1990, por el cual “en el seguro de responsabilidad civil los damnificados tienen acción directa contra el asegurador. Para acreditar su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077, la víctima en ejercicio de la acción directa podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador”.

3.2. Valoración del interés. La suma asegurada

En principio, en el seguro de responsabilidad el valor del interés es indeterminado, pues es imposible tasar por anticipado la magnitud del daño que eventualmente puede generar el asegurado. Algo distinto ocurre en los seguros de cosas determinadas, en los cuales el interés es susceptible de cuantificarse y encontrar así una concordancia entre el valor asegurable y el valor asegurado.

Teniendo en cuenta lo anterior habría que concluir que no resulta procedente aplicar las figuras de supraseguro ni de infraseguro establecidas para regular los efectos de los casos en que el valor asegurado sea diferente al valor real del interés. En este sentido se pronuncia la doctrina nacional y el tema ha sido pacífico en nuestro medio¹⁰.

En la doctrina internacional se hace hincapié en que el seguro de responsabilidad en casos especiales podría ser valorado con certidumbre cuando cubre la responsabilidad respecto a una cosa determinada (por ejemplo, con referencia a la cosa arrendada); en esta hipótesis podría pensarse aplicar las figuras de supra e infraseguro¹¹.

9 Pie de página que pertenece al texto transcrito de la sentencia: “en este sentido, el proyecto que se convirtió en la Ley 45 de 1990 indicaba que dicho seguro consagraba ‘un contrato a favor de terceros’”. “Ponencia para primer debate del Proyecto de Ley 113 de 1990 Cámara”, *Antecedentes legislativos del derecho de seguros en Colombia*, Acoldece-Acoas, Bogotá, 2002, pág. 334.

10 OSSA GÓMEZ, J. EFRÉN, *op. cit.*, pág. 64. ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, ANDRÉS, “El carácter indemnizatorio del seguro de daños”, en: *Memorias cuadragésimo aniversario Acoldece*, Bogotá, 2001, pág. 152.

11 DONATI, ANTÍGONO, *op. cit.*, pág. 399. GARRIGES, JOAQUÍN, *op. cit.*, pág. 366.

El valor asegurado será aquel que libremente acuerden las partes. En la práctica, reviste varias modalidades: valor asegurado ilimitado, valor asegurado máximo, estipulado en dinero, valor con sublímites para ciertos eventos. Lo anterior se combina con deducibles o franquicias que imponen al asegurado soportar una cuota del riesgo o la primera parte del daño.

3.3. El riesgo asegurable

Hemos dicho que el seguro cubre la responsabilidad del asegurado, para lo cual deben aplicarse las respectivas normas que rigen la responsabilidad. Pero es indispensable que dicha responsabilidad esté cubierta por la póliza; es decir, que se trate de un riesgo asegurado.

Para tal efecto, es necesario centrar el análisis en la problemática del riesgo asegurable en el seguro de responsabilidad, enfatizando previamente que el hecho de tener un seguro de responsabilidad no debe agravar ni atenuar la situación del responsable.

Con la óptica del análisis de las acciones del seguro de responsabilidad destacaremos algunos aspectos del riesgo asegurable. Ciertamente dependiendo del tipo de riesgo materia del amparo, la acción para hacer efectiva la responsabilidad podrá revestir formas específicas:

- Responsabilidad extracontractual y contractual
- Responsabilidad de los particulares
- Responsabilidad del Estado
- Responsabilidad de los servidores públicos
- Responsabilidad civil derivada de los delitos

3.4. La obligación condicional del asegurador

El seguro se hace efectivo y, en consecuencia, el asegurador se encuentra obligado a indemnizar cuando se presenta el siniestro.

La doctrina ha estudiado profusamente el tema buscando explicar el momento en que se configura el siniestro en el seguro de la responsabilidad. Una tarea similar han hecho los tribunales de algunos países y en oportunidades la misma ley se ha pronunciado al respecto.

Por escapar al alcance de este trabajo basta mencionar que se han desarrollado diferentes teorías, tales como: el hecho dañoso u ocurrencia, el reclamo de la víctima, la liquidación de la deuda, el pago y el hecho complejo.

CAPÍTULO II

RASGOS Y TENDENCIAS DE LA RESPONSABILIDAD

Es preciso tener presente que la obligación de la aseguradora surge cuando existe responsabilidad en cabeza del asegurado, conforme a las reglas que regulan esta institución.

Asimismo, la cuantía de la obligación de la aseguradora depende, entre otros factores, de la valoración del daño en el terreno de la responsabilidad.

Lo dicho explica la indefectible necesidad de aludir a su noción (1) y a las tendencias que inciden en las acciones que puedan derivarse del seguro de responsabilidad (2).

I. NOCIÓN Y GENERALIDADES

Siguiendo a PLANIOL y RIPERT, “en un sentido amplio se dice que hay responsabilidad en todos los casos en que una persona está obligada a reparar un daño sufrido por otra”¹².

La pertinencia de esta definición estriba en que reafirma la naturaleza reparadora de la institución y el hecho de que la responsabilidad es una fuente de las obligaciones. Además, es lo suficientemente amplia para abarcar la responsabilidad civil (de los particulares) como administrativa (a cargo del Estado), la responsabilidad contractual y extracontractual, así como la responsabilidad basada en la culpa o en el riesgo.

Los estudiosos distinguen la responsabilidad jurídica (que es relevante para el ordenamiento legal) de la responsabilidad moral que circunscribe su ámbito a la conciencia o a la religión. Como lo señala acertadamente ARTURO ALESSANDRI:

“La responsabilidad moral suscita un mero problema de conciencia, que se plantea en el fuero interno del individuo, y como las acciones u omisiones que la generan no causan daño a la persona o propiedad de otro, ni perturban el orden social, queda fuera del dominio del derecho”¹³.

Igualmente, se distingue la responsabilidad civil (y administrativa) de la responsabilidad penal.

La responsabilidad penal está llamada a castigar y reprimir conductas que amenazan o afectan el orden social, tipificadas previamente en el ordenamiento legal como delitos.

12 PLANIOL, MARCEL et RIPERT, GEORGES, *Traité pratique de Droit Civil Français*, t. VI, Obligations, LGDJ, Paris, 1930, pág. 638.

13 ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*, t. I, Imprenta Universal, Santiago de Chile, 1987, pág. 26.

La responsabilidad civil, por su parte, tiene una finalidad reparadora más que punitiva, aunque algunos autores le atribuyen una función de prevención de comportamientos antisociales¹⁴. En cualquier caso, lo cierto es que en nuestro derecho la reparación del daño deber ser íntegra, independientemente de la gravedad de la conducta del agente. En otras palabras, si la conducta refleja una culpa leve y el daño es cuantioso tal circunstancia no tiene como efecto que el responsable no sea condenado a reparar la integridad del daño. Al contrario, la condena sólo habrá de comprender el daño causado, así éste sea de baja entidad, a pesar de que el causante haya actuado con una conducta altamente reprochable. Sin embargo, otros ordenamientos jurídicos como el norteamericano atribuyen a la responsabilidad civil una función de castigo mediante la figura de *daños punitivos* que permite al juez castigar, vía una condena económica, las conductas censurables de los responsables.

2. TENDENCIAS EN RELACIÓN CON LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD

La responsabilidad se configura cuando se presentan los siguientes elementos: el hecho generador, el daño, la relación de causalidad entre el hecho generador y el daño y algunos autores incluyen también la antijuridicidad.

Haremos alusión a continuación a las tendencias que se observan en relación con el hecho generador (2.1), el daño (2.2) y las acciones de reparación (2.3), advirtiendo que como elemento rector la protección de la víctima juega un papel preponderante.

2.1. El hecho generador

Las principales tendencias respecto del hecho generador de la responsabilidad podrían ser condensadas en las siguientes:

- **Inversión de la carga de la prueba.** La víctima es dispensada de probar la culpa del agente. Esta creación jurisprudencial supone entonces que corresponde al demandado probar su diligencia y cuidado.
- **Desplazamiento del fundamento de la responsabilidad de la culpa hacia el riesgo.** La adopción de la teoría del riesgo tiene como consecuencia que las víctimas obtendrán indemnizaciones incluso si el agente obró con diligencia y cuidado.
- **Decaimiento de las fronteras entre la responsabilidad contractual y extracontractual.** En la vida moderna un mismo hecho puede dar lugar simultáneamente a responsabilidades contractuales y extracontractuales, las cuales

14 TUNC, ANDRÉ, *La responsabilité civile*, Editorial Economica, Paris, 1989, pág. 134.

tienen reglas diferentes, algunas de ellas en materia de ejercicio de acciones por parte de las víctimas.

- **Profundización de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos.** El derecho público también ha extendido los ámbitos de responsabilidad de los entes y funcionarios públicos, objetivizando la responsabilidad en ciertos casos y reconociendo nuevos tipos de daños e indemnizaciones más generosas.

2.2. El daño

Los ordenamientos de Iberoamérica se caracterizan en general por considerar que en los casos de responsabilidad el daño debe ser reparado integralmente (principio de reparación integral), que el responsable debe indemnizar única y exclusivamente el daño causado con independencia del grado de culpa (principio indemnizatorio) y que es menester examinar la situación particular de la víctima para el establecimiento de la indemnización (principio de la evaluación en concreto del daño).

En la mayoría de los casos la jurisprudencia ha construido con base en los principios reseñados un conjunto de reglas, tales como:

- **Ampliación del espectro de víctimas para incluir a las víctimas por rebote.** Inicialmente se estimaba que solamente la víctima “directa” tenía legitimación para obtener el resarcimiento de sus perjuicios. Pero luego se admitió que las personas próximas a dicha víctima “directa” (esposa, compañera, hijos, etc.), con absoluta prescindencia de su posible condición de herederos, podían experimentar un daño propio, como rebote de la afectación de la víctima “directa”.
- **Inclusión de nuevos daños indemnizables.** Al respecto destacamos que la jurisprudencia ha admitido el resarcimiento íntegro del daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante incluso de carácter futuro) y del ajuste monetario por inflación.
- **Reconocimiento de nuevos tipos de daños en el terreno extrapatrimonial.** Así mismo, la jurisprudencia ha aceptado el daño moral como indemnizable en el campo extrapatrimonial (*pretium doloris*) y más recientemente otro tipo de daños extrapatrimoniales como el perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación. Este perjuicio no consiste en la lesión física misma sino en las consecuencias que dicha lesión producen en la vida de relación del afectado (pérdida o limitación el goce de la vida, privación de vivir en igualdad de condiciones de los demás, limitación de las actividades rutinarias, etc.).
- **Incorporación de presunciones de daño.** Para facilitar la prueba del daño la jurisprudencia ha incorporado presunciones que permiten considerar, por ejemplo, la existencia de un daño moral por la dolencia física de la víctima o presumir el daño moral “por rebote” por la muerte o la lesión de un ser querido.

- **Discusión sobre la acumulación de prestaciones.** Un daño puede activar múltiples mecanismos de reparación o compensación provenientes de diferentes figuras jurídicas, tales como la responsabilidad, la seguridad social y los seguros. Es frecuente e intensa la discusión de si la víctima puede acumular las distintas prestaciones y, de no ser ello posible, si el tercero que ha pagado a la víctima (seguridad social o aseguradora) puede repetir lo pagado contra el responsable del daño.
- **Utilización de métodos técnico-actuariales para la valoración del daño.** La valoración del daño comporta la aplicación de fórmulas actuariales, elementos técnicos, tasas de interés, índices de inflación, cuya complejidad afecta la cuantificación práctica en el terreno procesal o extraprocésal. Para facilitar tal propósito han surgido nuevas herramientas tecnológicas de cuantificación, como por ejemplo el VALORADOR DE DAÑO CORPORAL desarrollado por la Asociación Colombiana de Derechos de Seguros, ACOLDESE. Esta es una poderosa herramienta que permite calcular en forma inmediata y automática los daños corporales, mediante su acceso en línea vía Internet (www.acoldeseaida.org). Este es un aporte de ACOLDESE a la comunidad, el cual también está a disposición de todas las asociaciones miembros del CLA.
- **Aparición de los baremos.** El incremento desmesurado de indemnizaciones, la cuantificación del daño extrapatrimonial por arbitrio judicial y los criterios disímiles en materia de indemnización entre los distintos jueces y jurisdicciones generan incertidumbre jurídica y afectan el aseguramiento de la responsabilidad. Los baremos surgen como un mecanismo de cuantificación y homogeneización de las indemnizaciones, tal como acontece en el sistema español.

CAPÍTULO III

PRUEBA DEL SINIESTRO Y ACCIONES PARA HACER EFECTIVO EL SEGURO

La efectividad del seguro de responsabilidad depende de que se pruebe el siniestro y que, por supuesto, se ejerzan las acciones pertinentes previstas en la ley. Así las cosas, este capítulo tratará brevemente y en primer lugar algunas cuestiones sobre la prueba del siniestro (1), para luego referirnos a las acciones que tiene la víctima contra el asegurado (2), a la acción del asegurado contra el asegurador (3) y, por último, a la acción directa de la víctima contra el asegurador (4).

I. CUESTIONES GENERALES DE LA PRUEBA DEL SINIESTRO

El siniestro se define como la realización del riesgo asegurado y es el hecho constitutivo de la condición que da lugar al nacimiento de la obligación del asegurador. En este orden

de ideas, podría decirse que el siniestro será la responsabilidad del asegurado, siempre y cuando cumpla con los requisitos señalados en el contrato de seguro.

La jurisprudencia de nuestro país señala que tanto el asegurado como la víctima en ejercicio de la acción directa podrán reclamar la indemnización del asegurador, para lo cual tienen la posibilidad de probar el siniestro y su cuantía judicial o extrajudicialmente. Adicionalmente, son ineficaces las cláusulas de los contratos de seguro que exijan una prueba judicial del siniestro.

No obstante este importantísimo señalamiento, en la práctica la prueba extrajudicial del siniestro de responsabilidad y de su cuantía genera un mayor grado de complejidad en comparación con seguros de otro tipo, por ejemplo, un seguro de incendio o de terremoto.

En efecto, es más sencillo llevar a cabo una verificación fáctica de un hecho como el incendio que formular un juicio de valor sobre la conducta del asegurado y determinar si la misma da lugar a responsabilidad, lo cual se torna más difícil respecto a responsabilidades subjetivas que requieren que la conducta sea calificada como culposa. Asimismo, con relación a la cuantificación del siniestro en los seguros de daños, usualmente se valora el siniestro extrajudicialmente con el concurso de ajustadores sin mayores dificultades, al paso que en el terreno de la responsabilidad la aludida tarea supone una dosis de mayor complejidad. Particularmente, los daños extrapatrimoniales son valorados por arbitrio del juez respectivo. Entonces, ¿cómo puede la víctima cuantificar ante el asegurador estos daños?

La situación de la víctima es complicada, especialmente porque en nuestro país no existe aún el sistema de baremos que prevea una metodología homogénea de valoración de los daños, cuya aplicación no requiere de pronunciamientos judiciales.

Ahora bien, la prueba del siniestro de carácter judicial consiste en una decisión judicial en la cual se condene al asegurado por responsabilidad y se cuantifique la correspondiente indemnización de perjuicios. Estas decisiones son de diferentes tipos, dependiendo de la jurisdicción a la que se acceda y de la clase de acción que se adelante, lo cual se explicará más adelante.

Para hacer efectivo un seguro de responsabilidad es preciso agotar exitosamente dos etapas ya mencionadas:

- En primer lugar se requiere que el asegurado sea responsable, prueba que como hemos visto podrá ser extrajudicial o judicial. La prueba judicial de la responsabilidad es susceptible de revestir distintas clases dependiendo del camino judicial empleado por la víctima, tal como se presenta si ejerce una acción ordinaria ante la jurisdicción civil o una acción de grupo o si, en fin, se acude a la jurisdicción administrativa.
- En segundo lugar es necesario acreditar que esta responsabilidad se encuentra cubierta por el respectivo contrato de seguro de responsabilidad.

Para tal propósito es posible que el asegurador sea vinculado judicialmente si el asegurado lo llama en garantía (vía más común) o si el asegurado demanda al asegurador por separado o si, por último, la víctima demanda al asegurador en ejercicio de la acción directa.

La víctima y el asegurado, según el caso, con el objeto de hacer efectivo el seguro de responsabilidad, cuentan por regla general con caminos diferentes: formular una reclamación al asegurador (1.1), iniciar un proceso ejecutivo (1.2), o iniciar un proceso con base en otras acciones (3.1).

1.1. Reclamación

Siguiendo los artículos 1077 y 1080 del Código de Comercio, la víctima o el asegurado tienen la posibilidad de buscar el pago de la indemnización mediante la presentación de una reclamación, la cual debe cumplir dos requisitos: probar el siniestro y probar la cuantía de la pérdida. En el terreno del seguro de responsabilidad hemos dicho que este cometido no es fácil.

El asegurador debe pagar su obligación dentro del mes siguiente a la presentación de la reclamación en debida forma; de no hacerlo, queda incurso en mora. Si transcurre dicho mes sin que dicha reclamación sea objetada por la compañía de manera seria y fundada, la póliza prestará mérito ejecutivo (artículo 1053).

1.2. Acción ejecutiva

La víctima y el asegurado tienen la posibilidad de recurrir a una acción judicial de carácter ejecutivo si se reúnen los requisitos que exige el numeral 3 del artículo 1053 del Código de Comercio, éstos son: la presentación de una reclamación al asegurador y que la reclamación no haya sido objetada por la compañía o que la objeción formulada no sea seria ni fundada. La póliza se asimila a un documento que contiene una obligación clara, expresa y exigible sólo si se reúnen dichos requisitos.

El hecho de que el asegurador no haya objetado o que su objeción carezca de fundamento no quiere decir en modo alguno que sea despojado de todo mecanismo de defensa en el proceso. El asegurador, por el contrario, tendrá la oportunidad de oponer todas las excepciones que permitan enfrentar la demanda. Bajo esta perspectiva, en Sentencia de 28 de junio de 1993 la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, consideró que:

“Si el beneficiario reclama pago ante el asegurador, con base en un riesgo no amparado, ya sea porque el siniestro ocurrido es totalmente ajeno al contratado o porque la especie reclamada está excluida contractualmente del género constitutivo del siniestro, ningún derecho puede surgir para el primero de la simple circunstancia

de que su reclamación no sea objetada por el segundo en el plazo legal, porque esa omisión no es en el derecho colombiano fuente de obligaciones”.

Debemos anotar que, habiendo sido objetada la reclamación, para el demandante es altamente riesgoso recurrir a la acción ejecutiva, pues presentada la demanda, junto con la póliza y la carta de objeción, si el juez considera que sí había fundamento en la objeción rechazará el mandamiento ejecutivo. Esta circunstancia supone que la prescripción de la acción ha seguido corriendo en contra de la víctima y del asegurado y podría haberse consumado.

1.3. Otras acciones

La segunda clase de acción judicial con la que cuentan la víctima y el asegurado para perseguir el pago del siniestro de la aseguradora es la acción ordinaria, que corresponde a un proceso declarativo en el cual no hay una obligación previa, clara y exigible, sino que la finalidad del proceso es que la misma sea establecida.

Usualmente se sigue este camino cuando el asegurador objeta la reclamación en forma seria y fundada (pues de lo contrario se abriría la vía ejecutiva). También es viable si la víctima o el asegurado no han reclamado, sino que se dirigen de una vez ante el juez. Es claro entonces que, a diferencia de la acción ejecutiva, para la ordinaria no se requiere formular previamente la reclamación.

En adición, la legislación prevé algunas otras acciones tales como la acción de reparación directa procedente contra la administración pública, la acción de grupo, la popular o la acción para obtener la reparación dentro del proceso penal, entre otras, todo lo cual será desarrollado en los puntos siguientes.

2. LAS ACCIONES DE LA VÍCTIMA CONTRA EL ASEGURADO

En las siguientes líneas trataremos los distintos caminos procesales que, ejercidos contra el asegurado, darían lugar a un pronunciamiento de responsabilidad y, por tanto, de resarcimiento de perjuicios; la acción ordinaria en la jurisdicción civil (2.1), la acción de reparación directa contra la administración pública (2.2), la acción popular (2.3), la acción de grupo (2.4), la definición de la responsabilidad en el proceso penal (2.5), la acción de tutela (2.6) y la acción de responsabilidad fiscal (2.7)

2.1. Acción ordinaria contra los particulares en la jurisdicción civil

En el derecho privado el camino natural para demandar al agente y obtener una condena de responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual, es el proceso ordinario previsto en el Código de Procedimiento Civil.

Este es un proceso declarativo o de conocimiento en desarrollo del cual el juez, por una parte, hará un juicio de valor acerca de si la conducta del agente permite considerarlo responsable y, por otra, cuantificará los perjuicios irrogados a la víctima.

La acción ejecutiva no es apropiada para conseguir que el agente sea declarado responsable, pues la citada acción versa sobre obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o que emanen de una sentencia de condena.

La acción ordinaria ejercida en el proceso civil es viable incluso tratándose de conductas de tipo penal, pues la víctima podrá solicitar la reparación de perjuicios dentro del proceso penal o ejercer la acción civil en un proceso independiente, lo cual podría generar, en principio, una situación de prejudicialidad penal. En tal caso, el proceso civil habrá de suspenderse hasta tanto se decida el proceso penal.

El asegurado demandado por la víctima cuenta con la alternativa de llamar en garantía al asegurador, en desarrollo del artículo 57 del Código de Procedimiento Civil, evento en el cual el juez se pronunciará sobre la relación víctima-asegurado y la relación asegurado-asegurador.

Igualmente, en el proceso civil la víctima estará facultada para demandar no sólo al responsable, sino también para ejercer la acción directa en contra del asegurador. Ciertamente, la Ley 45 de 1990 modificó el artículo 1133 del Código de Comercio para establecer la acción directa de la víctima contra el asegurador. Dicho precepto dispuso en forma complementaria que: "Para acreditar su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077, la víctima en ejercicio de la acción directa podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador". Siendo el juez civil competente para conocer los asuntos atinentes a la responsabilidad civil; asimismo, respecto al contrato de seguro, para la víctima es clara la posibilidad de accionar en contra del asegurado y del asegurador en un solo proceso.

2.2. Acción de reparación directa contra la Administración Pública

El Código Contencioso Administrativo prevé la acción de reparación directa destinada a obtener la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por trabajos públicos o por cualquier otra causa.

Mediante el ejercicio de esta acción se obtendrá un pronunciamiento sobre la responsabilidad de una entidad estatal, con la cuantificación de los correspondientes perjuicios. La acción de reparación directa caduca al vencimiento del plazo de dos años contados desde el hecho (artículo 136, num. 8 del Código Contencioso Administrativo).

Cuando la víctima ejerce la acción de reparación contra la entidad pública cuya responsabilidad está asegurada, dicha entidad tiene la facultad de llamar en garantía a la

aseguradora, la cual podrá ser condenada por parte del juez administrativo a pagar la indemnización proveniente del contrato de seguro.

2.3. Acción popular

La Constitución Política de 1991 creó en el artículo 88 las acciones populares (e igualmente las acciones de grupo). Las definió como aquellas destinadas a la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otras de similar naturaleza.

Estas acciones fueron desarrolladas por la Ley 472 de 1998, cuyo artículo 2 establece que las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Surge el interrogante de si con ocasión de una acción popular el juez competente estaría facultado para hacer un pronunciamiento sobre la responsabilidad del demandado y la indemnización de perjuicios. Si nos atenemos a las finalidades de la acción indicadas en el artículo 2 de la Ley 472 de 1998, la respuesta sería que en algunos casos definitivamente no, dado que la responsabilidad supone siempre un daño cierto y no una simple amenaza, peligro o daño contingente. Pero otras expresiones de la norma, tales como “restituir las cosas al estado anterior” o “cesar (...) la vulneración o agravio sobre los derechos”, denotan una finalidad resarcitoria que llevaría a pensar que el juez que resuelva una acción popular se pronuncie sobre la responsabilidad del demandado, claro está, siempre y cuando se trate de daños ciertos.

Esta opinión es corroborada por el artículo 34 de la citada ley, en desarrollo del cual la sentencia que acoja las pretensiones podrá

“condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo a favor de la entidad pública no culpable que las tenga a su cargo y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho”.

Ahora bien, siguiendo a JAVIER TAMAYO, en el caso enunciado la indemnización de perjuicios requiere que el demandado sea declarado responsable, ya que el trámite procesal no altera la institución de la responsabilidad ni la carga de la prueba¹⁵.

Por último, nos referimos a la viabilidad que dentro de una acción popular proceda el llamamiento en garantía o el ejercicio de la acción directa de la víctima contra el asegurador.

15 TAMAYO JARAMILLO, JAVIER, *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*, Raisbeck, Lara, Rodríguez & Rueda, Bogotá, 2001, pág. 108.

JAVIER TAMAYO sostiene la procedencia del llamamiento en garantía y el ejercicio de la acción directa para la acción de grupo, pero respecto a la popular no dice nada. La jurisprudencia se encuentra dividida al respecto.

2.4. Acción de grupo

La acción de grupo, al igual que la acción popular, está contenida en el artículo 88 de la Constitución, regulada por la Ley 472 de 1998. El artículo 46 de esta ley la define así:

“Las acciones de grupo son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnan condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de los elementos que configuran la responsabilidad.

La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios.

El grupo estará integrado al menos por veinte (20) personas”.

Como salta a primera vista la acción de grupo es básicamente de responsabilidad, siendo su principal característica que la parte demandante está conformada por un grupo de personas de condiciones similares, cuyo ejercicio y resultado tiene la potencialidad de involucrar a la aseguradora.

Es viable que el asegurado que es demandado por medio de una acción de grupo llame en garantía al proceso a su asegurador.

Sin duda, quienes ejercen una acción de grupo pueden simultáneamente utilizar la acción directa contra el asegurador dentro del mismo proceso. Sin embargo, ¿será procedente que el grupo demandante ejerza dicha acción en contra del asegurador, sin que simultáneamente demande al responsable? Nos inclinamos por una respuesta negativa, pues, en principio, creemos que se trata de un caso de litisconsorcio necesario que exige la presencia en el proceso del asegurador y del asegurado. En caso de conformarse el litisconsorcio el juez dictará su sentencia resolviendo la acción respecto a todo el grupo e, igualmente, se pronunciará acerca del contrato de seguro. Sobre este asunto volveremos más adelante.

2.5. Definición de la responsabilidad en el proceso penal

El seguro de responsabilidad ampara los efectos civiles del delito (salvo conductas dolosas del asegurado). Por otro lado, la jurisdicción penal, sumada a su función puramente punitiva, tiene competencia para pronunciarse sobre la responsabilidad civil proveniente del delito.

A la luz del Código de Procedimiento Penal anterior la acción civil podía ser ejercida en el proceso penal o ante la jurisdicción civil a elección del demandante. La acción civil podía dirigirse contra el sindicado y también contra el tercero civilmente responsable. La compañía de seguros no es un tercero civilmente responsable, pues no es de aquellos que “de acuerdo con la ley sustancial, deban reparar el daño”, ya que su obligación dimana del contrato de seguro y no del hecho punible.

Si bien la aseguradora no es un tercero civilmente responsable, sí puede ser llamada en garantía al proceso, pues existía una norma específica que lo admitía.

El nuevo Código establece un sistema acusatorio, en el cual se restringe fuertemente la participación en el proceso de los interesados en la responsabilidad civil derivada del delito. El nuevo código elimina la figura de la parte civil, al igual que el llamamiento en garantía.

La reparación de los daños provenientes del delito es materia de un incidente (denominado incidente de reparación integral) que se surte solamente cuando se declare la responsabilidad penal del acusado, previa solicitud del perjudicado.

En consecuencia, la aseguradora ya no tiene las facultades del régimen anterior, cuando era llamada en garantía, consistentes en participar en todo el proceso, durante la instrucción y el juzgamiento. Ahora, como veremos, su participación es viable únicamente luego de producirse la condena penal.

Se incorporó una norma especial referente a la citación del asegurador:

“Art. 108. Exclusivamente para efectos de la conciliación de que trata el artículo 103, la víctima, el condenado, su defensor o el tercero civilmente responsable podrán pedir la citación del asegurador de la responsabilidad civil amparada en virtud del contrato de seguro válidamente celebrado, quien tendrá la facultad de participar en dicha conciliación”.

La norma transcrita no tiene antecedente en el derecho nacional y su texto genera más de un interrogante. Definitivamente, el asegurador ya no podrá participar en el proceso penal; lo hará sólo luego de la condena si es citado al incidente de reparación.

2.6. Acción de tutela

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, creó la acción de tutela como un procedimiento preferente y sumario destinado a la protección de derechos constitucionales fundamentales. Ella procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La protección consistirá en una orden para que aquél contra quien se dirige actúe o se abstenga de hacerlo. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o, en ciertos casos, contra los particulares.

Tratándose de casos de responsabilidad, la víctima cuenta con claras medidas judiciales para solicitar que se declare responsable al agente y sea condenado a la respectiva indemnización de perjuicios; por esta razón no habría cabida a la procedencia de una acción de tutela respecto a un caso de responsabilidad en contra de un particular o en contra del Estado.

Sin embargo, la citada norma añade que la acción de tutela sí procederá, a pesar de que existan otros mecanismos de defensa procesal, cuando se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Es pertinente destacar que en el caso analizado la acción de tutela tiene como fin “evitar” un perjuicio irremediable (es una medida preventiva), al paso que la responsabilidad civil busca reparar el perjuicio causado (es una medida resarcitoria). Tal circunstancia permitiría concluir que resulta imposible que una acción de tutela como mecanismo transitorio pueda ser un mecanismo para definir la reparación de un daño, con fundamento en la responsabilidad.

No obstante lo anterior, respecto a la acción de tutela en general (al margen de aquella ejercida como mecanismo de protección contra un daño irremediable) se plantea la pregunta de si un fallo de tutela tiene la potencialidad de generar indemnización de perjuicios.

En nuestra opinión, en el fondo estas condenas se fundamentan en la responsabilidad, no sólo por las expresiones usadas por la norma, sino por cuanto es la institución que, con criterios de justicia, dispone la indemnización de perjuicios por la acción u omisión del agente. En consecuencia, el seguro de responsabilidad en la búsqueda de dejar indemne al asegurado, está llamado a cubrirlas.

Por último, mencionamos que, en nuestra opinión, la naturaleza especial de la acción de tutela impide que proceda tanto el llamamiento en garantía contra el asegurador como el ejercicio de la acción directa simultáneamente con ella.

2.7. Proceso de responsabilidad fiscal (Ley 610 de 2000)

La Ley 610 de 2000 dispone que los servidores públicos y los particulares que tengan a su cargo la administración de recursos públicos serán responsables de los daños causados al Estado en caso de dolo o culpa grave.

El proceso de responsabilidad fiscal se encuentra definido en el artículo 1 de la Ley 610 de 2000:

“Art. 1. Definición: El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las contralorías con el fin de determinar y establecer

la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado”.

Este es un proceso de naturaleza administrativa, no jurisdiccional, aunque como lo señala CARLOS ARIEL SÁNCHEZ “todo su contenido está estructurado en forma muy similar a un proceso judicial, siguiendo con ello la tendencia de otros procedimientos administrativos especiales”¹⁶.

El proceso de responsabilidad fiscal culmina con un fallo que determina si hay responsabilidad fiscal o no; si es positivo, cuantifica el daño a cargo del responsable fiscal (artículo 53). Por ser un proceso de naturaleza administrativa el fallo es un acto administrativo que será impugnabile ante la jurisdicción contencioso administrativa (artículo 59).

Ahora bien, la ley incorpora una norma sobre garantías que tiene una incidencia muy marcada en las aseguradoras, incluidas aquellas que expidan pólizas de seguro de responsabilidad civil.

La norma corresponde al artículo 44 que reza así:

“Art. 44. Vinculación del garante: Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado.

La vinculación se surtirá mediante la comunicación del auto de apertura del proceso al representante legal o al apoderado designado por éste, con la indicación del motivo de procedencia de aquella”.

Llama poderosamente la atención que la norma califique a la aseguradora de tercero civilmente responsable, pues en rigor, y según lo hemos dicho, la aseguradora no responde por los actos de los funcionarios: la fuente de la obligación de la compañía proviene del contrato de seguro y no de la conducta impropia del responsable.

Ahora bien, la vinculación de la aseguradora al proceso de responsabilidad es una figura legal especial que no corresponde ni a una reclamación extrajudicial regida por el Código de Comercio y mucho menos a una acción jurisdiccional (sea directa o por llamamiento en garantía), dado que se surte como un procedimiento administrativo sujeto a una normatividad propia. No obstante, según el artículo 66 de la Ley 610 de 2000 en los aspectos no previstos en ella, al proceso de responsabilidad fiscal le serán

16 SÁNCHEZ TORRES, CARLOS ARIEL y otros, *Responsabilidad fiscal y control del gasto público*, Biblioteca Jurídica Diké-Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2004, pág. 136.

aplicables las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, del Código de Procedimiento Civil y del Código de Procedimiento Penal en cuanto fuesen compatibles.

En la sentencia C-648 de la Corte Constitucional se da a entender que el llamamiento en garantía es aplicable al proceso de responsabilidad fiscal.

En consecuencia, estaremos en presencia de un proceso especial de carácter administrativo que contiene normas particulares (como la citación al asegurador) y al que por remisión se aplica el Código de Procedimiento Civil (el cual prevé el llamamiento en garantía). Este llamamiento en garantía será útil únicamente si el asegurador no es citado al proceso por parte de la Contraloría.

FIGURA 2

Vías para definir la responsabilidad del asegurado y para hacer efectivo el seguro

Acción de responsabilidad de la víctima contra el asegurado	Llamamiento en garantía del asegurado contra el asegurador	Acción directa de la víctima contra el asegurador
Acción ordinaria (jurisdicción civil)	sí	sí
Acción de reparación directa (jurisdicción contencioso administrativa)	sí	sí
Acción popular	?	?
Acción de grupo	sí	sí
Jurisdicción penal - código Anterior	sí	no
Jurisdicción penal - nuevo código	No	No
¿Acción de tutela?	No	No
Juicio de responsabilidad Fiscal	(*)	(*)

(*) La Contraloría debe vincular al asegurador como tercero civilmente responsable.

Fuente: elaboración del autor.

3. ACCIÓN DEL ASEGURADO CONTRA LA ASEGURADORA

El asegurado como potencial responsable es el titular del interés cubierto por el seguro de responsabilidad. La acción directa a favor de la víctima no altera dicha situación, sino que la complementa al asignarle al seguro la finalidad adicional de proteger también a la víctima, quien pasa a desempeñar un papel preponderante.

A continuación se examinarán las relaciones del asegurado con el asegurador (3.1), el llamamiento en garantía (3.2) y, por último, la acción del asegurado en contra del asegurador (3.3).

3.1. Relación del asegurado con el asegurador

El asegurado protege su interés mediante la contratación del seguro, por lo cual la obligación del asegurador nacerá cuando ocurra un siniestro; es decir, si el asegurado incurre en responsabilidad (por la ocurrencia del hecho o por la reclamación, según la modalidad de cobertura) y si tal responsabilidad se encuentra amparada bajo el contrato. La Ley 45 de 1990 al instituir la acción directa no alteró la obligación a cargo del asegurador, pero sí las relaciones de éste frente al asegurado. En efecto, según las normas originales del Código de Comercio, el seguro de responsabilidad protegía exclusivamente al asegurado responsable, por lo cual los pagos hechos a él tenían el carácter de liberatorios de la obligación del asegurador. Es decir, el asegurado era el acreedor de la obligación aunque era de usanza que el asegurador, en ciertos casos, indemnizara a la víctima.

El artículo 84 de la Ley 45 de 1990 modificó el artículo 1127 del código, con lo cual el seguro de responsabilidad, además de proteger al responsable, también “tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado”. En concordancia con lo anterior, se concede a la víctima acción directa contra el asegurador.

Como consecuencia de la reforma, en principio, el asegurador sólo podrá pagar a la víctima del daño para que el pago lo libere de su obligación, pues ahora la víctima es el acreedor.

No obstante, el asegurador debe pagar directamente al asegurado ciertos conceptos en los siguientes casos:

- En primer lugar, los gastos efectuados por el asegurado destinados a evitar la extensión y propagación del siniestro. Estos gastos muchas veces se confunden con la reparación misma del daño irrogado a la víctima.
- En segundo lugar, el reembolso de los pagos indemnizatorios que hubiere hecho el asegurado a la víctima (por ejemplo, en virtud de una condena en su contra). No obstante, hay quienes opinan que estos pagos no pueden ser hechos al asegurado, ya que la acción directa indicaría otra cosa y suprimiría, en principio, la acción del asegurado contra el asegurador. Si el asegurado es demandado sólo le estaría dado entonces recurrir al llamamiento en garantía, aspecto que examinaremos posteriormente.

- Finalmente, también deben ser hechos directamente al asegurado los pagos correspondientes a los gastos del proceso que la víctima hubiere iniciado en su contra.

3.2. El llamamiento en garantía

Cuando la víctima ejerce su acción de responsabilidad en contra del asegurado, éste tiene dos caminos para ejercer su derecho en contra del asegurador: o bien llamarlo en garantía o bien ejercer contra él la acción en un proceso independiente. Esta última opción deberá emplearse cuando el llamamiento en garantía no es admitido por razones de competencia o de naturaleza de la acción ejercida contra el responsable.

A continuación haremos referencia a los tópicos más relevantes del llamamiento en garantía en el seguro de responsabilidad, a saber: su naturaleza (3.2.1), los efectos frente al asegurado y la víctima (3.2.2), la prescripción (3.2.3) y los casos en los que su procedencia es admitida (3.2.4).

3.2.1. Naturaleza del llamamiento

El llamamiento en garantía se encuentra regulado en el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil, cuyo texto es del siguiente tenor:

“Art. 57. Llamamiento en garantía. Quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. El llamamiento se sujetará a lo dispuesto en los dos artículos anteriores”.

El llamamiento en garantía es procedente, puesto que al asegurado demandado le asistiría el derecho eventual de obtener el reembolso total o parcial del pago que tuviese que hacer como resultado del proceso que inicie la víctima. Se trata, realmente, de una acumulación de procesos, por lo que el juez deberá hacer dos razonamientos jurídicos: uno sobre la existencia o no de responsabilidad frente al asegurado y otro distinto sobre si dicha responsabilidad se encuentra cubierta en el contrato de seguro frente al asegurador. Una respuesta afirmativa al primer punto no significa que el segundo deba ser también afirmativo.

El asegurado podrá proponer las excepciones relativas a la pretensión en su contra sobre responsabilidad, al paso que el asegurador, además de auxiliar al asegurado frente a la víctima demandante, puede oponer las excepciones atinentes al contrato de seguro, aunque en algunos sistemas esta posibilidad ha sido suprimida.

El llamamiento en garantía es, ciertamente, la formulación de una pretensión contra un tercero inicialmente ajeno al proceso, quien es vinculado en desarrollo del principio de economía procesal. Si tal camino no estuviese habilitado por la ley procesal el asegurado responsable, en caso de ser demandado, sólo tendría la posibilidad de ejercer su pretensión mediante un proceso independiente cuyo resultado dependerá, en lo que a la responsabilidad del asegurado se refiere, de lo que acontezca en el primer proceso judicial.

Al respecto, la Corte ha señalado que:

“Ahora, sea que el llamamiento en garantía lo proponga una u otra parte, lo significativo es que éste comporta el planteamiento de la llamada pretensión revérsica, o la “proposición anticipada de la pretensión de regreso” (PARRA QUIJANO), o el denominado “derecho de regresión” o “de reversión”, como lo ha indicado la Corte, que tiene como causa la relación sustancial de garantía que obliga al tercero frente a la parte llamante, “a indemnizarle el perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia” (artículo 57). De modo que, de acuerdo con la concepción que sobre el llamamiento en garantía establece el texto legal antes citado, la pretensión que contra el tercero se formula es una pretensión de condena eventual (*in eventum*), es decir, que ella sólo cobra vigencia ante el hecho cierto del vencimiento de la parte original y que con ocasión de esa contingencia de la sentencia “se vea compelido a resarcir un perjuicio o a efectuar un pago”, como lo ha dicho la Corte”¹⁷.

Si bien, como quedó expuesto, el llamamiento en garantía contiene la formulación de una pretensión que convierte al llamado en parte y lo vincula al resultado del proceso, lo cierto es que la ley procesal no asimila expresamente el llamamiento a demanda. Es por ello que, por ejemplo, los requisitos de demanda y llamamiento son distintos y que el llamado no tiene la carga de contestar el llamamiento.

En cuanto a la conducta que pueda desplegar el llamado en el proceso, como lo señala HERNANDO MORALES MOLINA,

“mas por analogía con el demandado, puede proponer excepciones previas y de mérito, pedir pruebas dentro de los cinco días siguientes que se le otorgan para intervenir según las mismas disposiciones, contradecir las de las otras partes, proponer incidentes y recursos, alegar y realizar todos los actos procesales propios del litisconsorte”¹⁸.

17 República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 24 de octubre de 2000, exp. 5387, en: *Jurisprudencia de seguros*, t. II, Acoldese-Fasecolda, Bogotá, 2002, pág. 448.

18 MORALES MOLINA, HERNANDO, *Curso de Derecho Procesal Civil*, Parte General, Editorial ABC, Bogotá, pág. 259.

Algunos autores¹⁹ sostienen que el llamamiento en garantía puede ser formulado tanto por el demandado (que es lo usual) como por el demandante. ¿Esta última posibilidad tendrá cabida en el seguro de responsabilidad? Creemos que carece de utilidad, ya que la víctima cuenta con la acción directa contra el asegurador. Aquella “podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador” (artículo 1133 del Código de Comercio).

3.2.2. Efectos del llamamiento frente al asegurado y la víctima

El llamamiento en garantía tiene como consecuencia lógica que el juez deba pronunciarse sobre dos tópicos diferentes, cada uno de los cuales tiene partes también distintas:

- Una acción de responsabilidad incoada por la víctima contra el asegurado, mediante la cual se persigue una declaratoria de responsabilidad, así como la cuantificación de los respectivos perjuicios.
- Una pretensión del asegurado (llamante) contra el asegurador (llamado), con el objetivo de que si procede el primer pronunciamiento (condena del asegurado a título de responsable) se le reembolse la suma por la cual fue condenado, en desarrollo de un contrato de seguro. Para tal propósito el juez deberá verificar si conforme a las cláusulas del contrato de seguro dicha responsabilidad es materia de cobertura.

En consecuencia, la condena al asegurado no produce automáticamente una condena del asegurador llamado en garantía, pues su obligación es diferente a la que se encuentra en cabeza del asegurado. En efecto, como lo señala HERNÁN FABIO LÓPEZ:

“(…) bien puede acontecer que de acuerdo con las condiciones del contrato de seguro no exista obligación de reembolsar lo que debe pagar el demandado. Es más, en algunos casos la misma circunstancia que permite condenar al demandado sirve para exonerar al llamado en garantía, como sucedería en el evento de que se demuestre que el que ocasionó el accidente estaba embriagado, circunstancia que a la par que sirve para considerar su culpa en el accidente, excluye la obligación de indemnización, esto en las pólizas donde se establece esta circunstancia como motivo de exclusión del amparo”²⁰.

En el mismo sentido, en sentencia de 24 de octubre de 2000, ya citada, la Corte Suprema de Justicia expresó:

19 LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO, *Procedimiento civil*, Parte general, t. I, Ediciones Dupre, Bogotá, 2005, pág. 344.

20 *Ibid.*, pág. 345.

“No necesariamente la pretensión de regresión, que es la que se formula contra el llamado, debe tener éxito por el hecho de que el llamante haya obtenido una sentencia adversa, pues como antes se dijo, las relaciones sustanciales que subyacen a las pretensiones de las partes y de una de éstas con el tercero llamado, son distintas, y es en el marco de cada una de ellas donde se debe verificar las condiciones de éxito de las correspondientes pretensiones”.

Ciertamente, el juez habrá de resolver dos relaciones jurídicas diferentes, lo cual podrá revestir las siguientes alternativas:

- Que se condene al asegurado por la indemnización de los perjuicios de la víctima, pero se absuelva al asegurador por no estar cubierta la situación por el contrato de seguro.
- Que se condene al asegurado como responsable y que el asegurador sea condenado a reembolsar al asegurado en todo o en parte la indemnización de los perjuicios. Por ejemplo, el deducible queda en cabeza del asegurado o la suma asegurada puede resultar insuficiente.
- Que no se condene al asegurado. Obviamente, por sustracción de materia, tampoco podrá condenarse al asegurador.

Para terminar, no debe olvidarse que en las pólizas de seguro, incluidas las de responsabilidad, es usual que se pacte la cláusula compromisoria, mediante la cual se estipula que los conflictos derivados del contrato de seguro serán resueltos por un tribunal de arbitramento, esquema que impide, en principio, a cualquier otro juez conocer tales conflictos.

Cuando en el contrato de seguro se ha introducido un pacto de tal naturaleza, si la víctima demanda al asegurado, éste tendrá cerrada la vía del llamamiento en garantía. Si el asegurado desea interrumpir la prescripción, tendrá que iniciar, con base en el arbitramento, un proceso en contra del asegurador que dependerá de los resultados del proceso iniciado por la víctima.

3.2.3. La prescripción y el llamamiento en garantía

Siguiendo el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil la interrupción de la prescripción sucede cuando se presente la demanda, siempre que se cumpla con los demás requisitos exigidos. Por otro lado, el código no se pronuncia sobre la interrupción de la prescripción en caso de llamamiento en garantía ni tampoco lo asimila expresamente a demanda. Así, entonces, ¿el llamamiento interrumpirá la prescripción de la acción del asegurado contra el asegurador?

En nuestra opinión la respuesta debe ser afirmativa porque el llamamiento es el ejercicio de una pretensión dentro de un proceso judicial, el cual debe asimilarse a

demanda para estos efectos. El llamamiento en garantía, según lo señala JAIRO PARRA QUIJANO, "implica innegablemente el ejercicio de la acción"²¹.

Responder el interrogante en forma negativa tendría como consecuencia borrar su utilidad práctica, dado que nadie recurrirá a esta figura, pues preferirá iniciar un proceso independiente que sí le garantice la interrupción de la prescripción. Con esta perspectiva, HERNÁN FABIO LÓPEZ indica:

"(...) se observa igualmente lo útil que resulta para el asegurado realizar el llamamiento en garantía, debido a que al ser notificado el mismo a la aseguradora, se generan idénticos efectos a los de notificar la demanda, es decir, constituye un caso de interrupción civil de la prescripción"²².

En sentencia de 18 de mayo de 1994, exp. 4106, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, despejó toda duda, pues al estudiar un recurso de casación de un caso de seguro de responsabilidad en el cual el asegurado demandado había llamado en garantía a la aseguradora, manifestó que "esa 'prescripción' se interrumpió desde el 11 de junio de 1990, comoquiera que el llamamiento en garantía se presentó en esa fecha".

Acerca de la prescripción de la acción del asegurado contra el asegurador, cuando existe cláusula compromisoria en el contrato de seguro se presenta una situación especial. Habiendo sido demandado el asegurado por la víctima, si aquél llama en garantía al asegurador, debe tenerse en cuenta que dicho llamamiento sí interrumpe la prescripción según la sentencia C-662 de 8 de julio de 2004 de la Corte Constitucional.

3.2.4. Casos en los que procede el llamamiento

Vimos que la víctima, según las particularidades del caso, cuenta con diversos caminos judiciales para obtener una declaración de responsabilidad en cabeza del asegurado y la consecuente condena a la reparación de los daños. También señalamos que dependiendo de la naturaleza del proceso y de las normas aplicables cabrá o no el llamamiento en garantía.

El llamamiento procederá en los siguientes procesos: civil ordinario, reparación directa ante la jurisdicción contencioso administrativa y acción de grupo. No procede en la acción de tutela, dudamos que sea viable en la acción popular y existen normas especiales de vinculación del asegurador en los juicios de responsabilidad fiscal. Finalmente, en materia del proceso penal el anterior código aceptaba expresamente el llamamiento al paso que el nuevo código no lo contempla.

21 PARRA QUIJANO, JAIRO, *Los terceros en el proceso civil*, Editorial Librería del Profesional, Bogotá, 1989, pág. 153.

22 LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO, *Comentarios al contrato de seguro*, Ediciones Dupre, Bogotá, 2004, pág. 371.

3.3. Acción del asegurado en contra del asegurador

El asegurado también tiene la posibilidad de accionar en forma independiente en contra del asegurador, caso en el cual no escapa a la doble tarea de acreditar la responsabilidad del asegurado y la cobertura de ésta por parte del seguro. Esta hipótesis es frecuente cuando hay una declaratoria judicial previa de responsabilidad, aunque nada se opone para que en el proceso acredite su responsabilidad por cualquier medio probatorio. Podría pensarse que existiendo acción directa a favor de la víctima no tenga objeto que el asegurado accione en contra del asegurador. No obstante, la no procedencia del llamamiento en garantía en algunos casos y la necesidad de obtener el reembolso de pagos efectuados por el asegurado harán que sea usual esta hipótesis.

Lo dicho anteriormente constituye el argumento para sostener que la acción directa de la víctima no es sustitutiva de la acción del asegurado contra el asegurador. El asegurado sigue siendo el titular del interés que consiste en mantener indemne su patrimonio y, en tal virtud, ostenta un derecho propio cuya fuente es el contrato y que de ninguna manera se extingue por razón de la acción directa de la víctima. Admitir que la acción del asegurado subsiste solamente si no procede el llamamiento en garantía sería como afirmar que la existencia de un derecho sustancial es dependiente de cuestiones de procedimiento. Si el asegurado ha indemnizado previamente a la víctima no podrá decirse que su derecho se haya extinguido. Estaremos en presencia de un acto inoponible al asegurador que no impide al asegurado demostrar que efectivamente sí hubo responsabilidad de su parte y que ella estaba bajo el amparo de la póliza.

En el artículo 1132 del Código de Comercio existe una norma protectora de los derechos de la víctima en caso de quiebra o concurso de acreedores del asegurado. El artículo establece: "En caso de quiebra o concurso de acreedores del asegurado, el crédito del damnificado gozará del orden de prelación asignado a los créditos de primera clase, a continuación de los del fisco". Con relación a esta norma, J. EFRÉN OSSA se pregunta: "¿y para qué este privilegio si la víctima pudiera hacer efectivo su derecho a la indemnización del daño en el patrimonio del asegurador?"²³.

En efecto, si la víctima ejerce la acción directa, la indemnización le será pagada por el asegurador sin que pase por el patrimonio del asegurado. Como beneficiaria de la indemnización, la víctima es titular de un derecho propio.

Luego de la creación de la acción directa, la aplicación de la norma en comento es residual. Se circunscribe a los casos en que sea el asegurado quien se dirija en contra del asegurador, bien mediante el llamamiento en garantía o bien con la iniciación de un proceso independiente. Estos son los únicos eventos en los cuales existe la posibilidad de que la indemnización ingrese al patrimonio del asegurado con destino al damnificado.

23 OSSA GÓMEZ, J. EFRÉN, *Teoría general del seguro. El contrato*, Editorial Temis, Bogotá, 1991, pág. 450.

4. LA ACCIÓN DIRECTA DE LA VÍCTIMA CONTRA EL ASEGURADOR

En nuestro ordenamiento la víctima ha sido catalogada como beneficiario y, como consecuencia de ello, tiene acción directa en contra del asegurador.

En este capítulo trataremos los fundamentos y naturaleza de la acción directa (4.1), las personas legitimadas para ejercerla (4.2), la necesidad de establecer la responsabilidad del asegurado (4.3), la necesidad de que la responsabilidad esté cubierta (4.4), la necesidad de que la obligación de indemnización no esté extinguida (4.5), las conductas del asegurador (4.6), la información a la víctima sobre la póliza (4.7), la oponibilidad de excepciones (4.8), la concurrencia de víctimas (4.9), los aspectos procesales (4.10) y la prescripción (4.11).

4.1. Fundamentos y naturaleza

La atribución de la acción directa a la víctima es una de las principales manifestaciones de la evolución del seguro de responsabilidad. Muchas legislaciones, con distintos matices, la han creado para el seguro de responsabilidad en general (Argentina, España, Francia, Guatemala, Honduras, Italia, México, Paraguay y Perú). Otras legislaciones la han establecido para los seguros obligatorios o sólo para alguno de ellos, tal como acontece en Venezuela y Brasil. En este último país se discute si la acción directa se extiende también a los seguros no obligatorios de responsabilidad civil²⁴. Un solo país ha establecido la acción directa para los eventos de fuga, impedimento o muerte del asegurado (Bolivia). Finalmente, un grupo reducido no la han establecido, naciones que coinciden con aquellas cuya legislación de seguros no prevé normas especiales para el seguro de responsabilidad.

Para explicar la naturaleza de la acción directa se han expuesto diferentes fundamentos, los cuales explican en buena parte las consecuencias que existen en materia de oponibilidad de excepciones, vinculación obligatoria del asegurado y prescripción.

4.1.1. La acción directa nace del contrato

Se ha dicho que la acción directa se justifica en una estipulación que hacen asegurador y asegurado a favor de un tercero, que sería la víctima, con lo cual la acción nacería del contrato y el derecho estaría delimitado por el mismo, tesis que ha generado más de una crítica.

24 TZIRULNIK ERNESTO y otros, *O contrato de seguro de acordo com o novo Código Civil Brasileiro*, Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, pág. 141.

Como señala FERNANDO DE TRAZEGNIES, “ninguna de las partes tiene intención alguna de estipular a favor de tercero: el asegurado estipula con el asegurador en su propio favor, para evitar problemas en el futuro”²⁵. Idéntica posición adopta FERNANDO SÁNCHEZ CALERO:

“(…) por el hecho de que el perjudicado tenga un derecho propio frente al asegurador, el seguro no se transforma en un contrato a favor de tercero, ya que el contrato se efectúa en interés del asegurado. El asegurador cubre el riesgo del nacimiento de una deuda en el patrimonio del asegurado. Cuando el asegurador paga al tercero perjudicado, libera al asegurado de una deuda que gravaba su patrimonio”²⁶.

Si el derecho de la víctima nace o se deriva del contrato la conclusión es que le serían aplicables absolutamente todas las exclusiones contractuales y las excepciones que el asegurador pudiese tener contra el asegurado. Y obviamente la prescripción se regiría exclusivamente por las normas que regulan el contrato de seguro. Así mismo, por tratarse de un derecho derivado, la acción directa no podría ser ejercida en forma autónoma en contra del asegurador sino que para mantener la consistencia conceptual, debe ejercerse conjuntamente con la acción en contra del responsable.

4.1.2. La acción directa es un derecho de stirpe legal, no autónomo delimitado por el contrato

En segundo término la acción directa se ha basado en la decisión de la ley de crear este mecanismo como protección a las víctimas, al margen de cualquier estipulación contractual. Pero este derecho no es completamente ajeno al contrato de seguro, por lo cual carece de autonomía. Se entiende que la acción directa está delimitada en mayor o menor grado por el contrato.

En Francia, una sentencia de la Corte de Casación de 28 de marzo de 1939²⁷ precisó la naturaleza de la acción directa en los siguientes términos:

“si la acción de la víctima de un accidente contra el asegurador está subordinada a la existencia de una convención entre este último y el autor del accidente y no puede ejercerse sino dentro de sus límites, ella encuentra, en virtud de la ley su fundamento en el derecho a la reparación del perjuicio causado por el accidente del cual el asegurado es reconocido responsable”.

25 DE TRAZEGNIES FERNANDO, *La responsabilidad extracontractual*, t. II, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990, pág. 131.

26 SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, “Líneas generales de la evolución de la responsabilidad civil y de su seguro”, en: *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, núm. 15, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2000, pág. 63.

27 Citado en LAMBERT-FAIVRE, YVONNE, *Droit des assurances*, Dalloz, Paris, 1985, pág. 326.

En nuestro país, la Corte Suprema de Justicia se pronunció en sentido similar en sentencia de 10 de febrero de 2005, exp. 7173 (ratificada en otra sentencia de la misma fecha, exp. 7614), conforme a la cual la acción directa emana de la ley, pero las estipulaciones del contrato delimitan el derecho de la víctima. La Corte manifestó en la primera de las sentencias reseñadas que:

“Conviene insistir una vez más que en lo tocante con la relación externa entre asegurador y víctima, la fuente del derecho de ésta estriba en la ley, que expresa e inequívocamente la ha erigido como destinataria de la prestación emanada del contrato de seguro, o sea, como beneficiaria de la misma (artículo 1127 C. de Co.). Acerca de la obligación condicional de la compañía (artículo 1045 C. de Co.), en efecto, ella nace de esta especie de convenio celebrado con el tomador, en virtud del cual aquella asumirá, conforme a las circunstancias, la reparación del daño que el asegurado pueda producir a terceros y hasta por el monto pactado en el respectivo negocio jurídico, de suerte que la deuda del asegurador tiene como derecho correlativo el de la víctima —por ministerio de la ley— para exigir la indemnización de dicho detrimento, llegado el caso. Con todo, fundamental resulta precisar que aunque el derecho que extiende al perjudicado los efectos del contrato brota de la propia ley, lo cierto es que aquél no podrá pretender cosa distinta de la que eficazmente delimite el objeto negocial, por lo menos en su relación directa con el asegurador, que como tal está sujeta a ciertas limitaciones”.

Como puede apreciarse la situación en Francia y en Colombia es similar, pues en ambos países se considera que el derecho nace de la ley pero está delimitado por el contrato y, en consecuencia, serían aplicables a la víctima las exclusiones y estipulaciones contractuales, así como las excepciones que el asegurador tenga contra el asegurado. Sin embargo, existe una diferencia entre los dos sistemas por cuanto en Francia la acción directa está fundada en realidad sobre el derecho a la reparación de la víctima, por lo cual la prescripción de la acción directa de la víctima no se rige por las reglas del contrato de seguro, sino por las normas de prescripción de la responsabilidad civil²⁸. En Colombia la jurisprudencia señala que la fuente del derecho está en la ley sin afirmar que se trate de un derecho a la reparación, sino precisando en cambio que la acción atribuye a la víctima la prestación emanada del contrato de seguro. Como consecuencia de ello en Colombia la prescripción aplicable a la acción directa es la prevista para el contrato de seguro.

4.1.3. La acción directa constituye un derecho legal autónomo

Una tercera alternativa consiste en afirmar que la acción directa es un derecho nacido de la ley con carácter autónomo, lo cual equivale a decir que su fundamento en realidad es el hecho que da lugar a la responsabilidad. El seguro de responsabilidad tendría entonces un papel secundario pues no delimitaría los aspectos fundamentales del derecho de la víctima.

28 LAMBERT-FAIVRE, YVONNE, *op. cit.*, pág. 326.

En esta materia es preciso referirnos a los casos de España y del Perú.

La ley española establece en el artículo 76 que las víctimas tienen acción directa en contra del asegurador y agrega que el asegurador, incluso, está obligado a indemnizar en caso de conductas dolosas del asegurado (al asegurador se le concede el derecho de repetición en contra del asegurado). Este artículo dispone que como regla general la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado, excepto la culpa exclusiva de la víctima o las excepciones personales del asegurador contra la víctima. En este sentido FERNANDO SÁNCHEZ CALERO manifiesta que:

“La ley, al reconocer al tercero perjudicado un derecho propio frente al asegurador, lo fundamenta en el propio hecho ilícito del que deriva la responsabilidad civil del causante del daño que se encuentra asegurado. Sin embargo, como se ha dicho, el derecho del tercero al resarcimiento del daño por el causante del daño que se encuentre asegurado, no se confunde con el derecho que por ese mismo hecho nace en virtud de la ley contra el asegurador. Porque este derecho tiene como presupuesto la necesaria existencia de un contrato de seguro que cubra la responsabilidad del causante del daño: contrato que nos va a precisar quién es el asegurador contra el que puede ejercitar el tercero perjudicado su derecho y los límites dentro de los cuales el asegurador ha de hacer frente a su reclamación”²⁹.

En otras palabras, para este autor la acción directa es creada por la ley, que la fundamenta en la responsabilidad misma del asegurado. En su opinión, esta circunstancia explica que en España la tesis de la solidaridad entre la deuda del asegurado y la del asegurador frente al tercero perjudicado sea defendida por la doctrina y la jurisprudencia. Al respecto, señala que se trata de dos obligaciones que tienen por objeto la misma prestación y que cumplen la misma función de resarcir al tercero perjudicado. Este grado de autonomía y de independencia de la acción directa con relación al contrato de seguro encuentra una muy importante manifestación en el artículo 76 de la ley española del contrato de seguro: “La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador frente al asegurado”.

En el caso del Perú el Código Civil de 1984 establece la acción directa en contra del asegurador, preceptuando que el asegurador responderá solidariamente con el responsable del daño.

En relación con la calificación de solidaria de la acción tanto en España como en Perú la acción directa toma una autonomía que desborda el alcance del contrato de seguro y que plantea algunos interrogantes. Dicha calificación hace pensar que frente a la víctima el asegurador es deudor de una obligación de reparación nacida del hecho

29 SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, *La acción directa del tercero damnificado contra el asegurador*, en: *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, núm. 10, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1997, pág. 74.

dañoso. En otras palabras, que es deudor de la misma obligación del asegurado responsable. Por ser solidaria la acción podría ser ejercida contra el asegurador, contra el asegurado o contra ambos. Igualmente, si la acción directa nace del derecho a la reparación y es autónoma sería inmune a las excepciones que pudiesen predicarse contra el asegurado y la prescripción aplicable no sería la del contrato de seguro sino la de la responsabilidad.

La solidaridad también implica que los deudores respondan por el todo, circunstancia que choca con la existencia de una suma asegurada en la póliza que limitaría la responsabilidad máxima de la compañía.

4.2. Personas legitimadas para ejercer la acción directa

La acción directa la pueden ejercer todas las personas legitimadas en la causa activa en materia de responsabilidad civil y no sólo la víctima directa del daño. Así, son titulares de la acción:

- La víctima directa, naturalmente.
- Las víctimas por rebote, quienes sufren un daño propio.
- Los herederos de unos u otros.
- Los causahabientes a título singular de los derechos de la víctima (incluida la aseguradora que ha pagado una indemnización por un seguro de daños, la cual se subroga contra el responsable del siniestro y, obviamente, contra la aseguradora de la responsabilidad).

En sentencia de 10 de febrero de 2005, exp. 7173, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia coincide con lo expuesto al decir:

“Por consiguiente, la legitimación en la causa para su promoción será la que corresponda en materia de responsabilidad civil a todo aquel que ha recibido directa o indirectamente un daño, esto es, a la víctima o sus herederos, siempre que sean titulares de intereses que se hayan visto afectados por la conducta nociva del agente del referido daño”.

En materia de responsabilidad civil, ninguna víctima tiene un mejor derecho frente a las demás. Ello tampoco ocurre en materia de seguro de responsabilidad, asunto que será examinado posteriormente en el caso de concurrencia de víctimas.

4.3. Necesidad de establecer la responsabilidad del asegurado

Recordemos que la prosperidad de la pretensión de la víctima exige que la responsabilidad del asegurado deba ser establecida, pues esto es requisito indispensable para la operancia

del seguro y, claro está, que dicha responsabilidad sea materia de amparo en el contrato de seguro.

Acerca de los presupuestos básicos para el ejercicio de la acción directa, procede destacar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de 10 de febrero de 2005, exp. 7173:

“Así las cosas, este preámbulo permite deducir, *grosso modo*, los presupuestos principales de la efectividad de la acción directa conferida al perjudicado frente a la compañía, destinada a obtener la realización de los mencionados y actuales fines del seguro, y que se integran, primeramente, por la existencia de un contrato cuya cobertura abarque la responsabilidad civil en que pueda incurrir el asegurado, acompañada, en segundo término, de la acreditación de la “responsabilidad del asegurado” frente a la víctima, así como la de su cuantía, esto es, del hecho que a aquél sea atribuible la lesión producida, a voces del citado artículo 1133 del Código de Comercio”.

Con relación al establecimiento de la responsabilidad como uno de los presupuestos básicos, existen dos posibilidades cuando la víctima ejerce la acción directa: que la responsabilidad se encuentre previamente establecida (4.3.1) o que no lo haya sido (4.3.2).

4.3.1. Responsabilidad previamente establecida

Una primera alternativa es que la responsabilidad del asegurado ha podido ser previamente establecida, bien mediante una decisión judicial en firme o porque el asegurador haya reconocido la obligación directamente con la víctima. En estos eventos estamos en presencia de una prueba de la responsabilidad del asegurado y su cuantía, que son suficientes para esgrimirse en ejercicio de la acción directa (pruebas que, tratándose de una sentencia resultado de un proceso en el que no participó el asegurador, de todas formas es controvertible por éste, dada la relatividad de la cosa juzgada).

4.3.2. Responsabilidad no establecida previamente

Veamos ahora la segunda alternativa, que es el ejercicio por la víctima de la acción directa sin haberse establecido previamente la responsabilidad del asegurado.

¿Podrá acaso declararse responsable al asegurado para efectos de condenar al asegurador sin la presencia del primero en el proceso y qué ocurre si en un proceso posterior con la participación del asegurado la decisión judicial es contraria?

La lógica y el sentido común indican que si la víctima es titular de dos acciones debe ejercerlas conjuntamente, de suerte que un solo juez sea quien decida los dos asuntos relevantes ante la presencia de todos los interesados. A continuación se expone la situación en el derecho comparado (4.3.2.1) y en el derecho colombiano (4.3.2.2).

4.3.2.1. Situación en el derecho comparado

El problema existió en Francia y en tres sentencias de 13 de diciembre de 1938 de la Sala de Casación Civil, reiteradas continuamente, se determinó que

“El ejercicio de la acción directa exige necesariamente, en ausencia de un texto en contrario, la presencia del asegurado, cuando (...) ninguna condena ha sido previamente impuesta contra él, con el objeto de fijar contradictoriamente entre las partes, primero la existencia de la obligación de reparación y su monto y, en segundo lugar, la indemnización debida por el asegurador”³⁰.

En consecuencia, la víctima sólo puede ejercer la acción directa contra el asegurador con la citación del asegurado al proceso.

Como lo afirma YVONNE LAMBERT-FAIVRE, tal conclusión permite, por un lado, respetar el derecho de defensa del asegurado y, por otro, constituye una extensión de la cosa juzgada, útil cuando la víctima es parcialmente indemnizada (deducible o insuficiencia de la suma asegurada) y desea dirigirse contra el asegurado para obtener la indemnización plena³¹.

No obstante, la solución encontrada en Francia tiene algunas excepciones señaladas por GENEVIÈVE VINEY³²: no se requiere citar obligatoriamente al asegurado cuando su responsabilidad ha sido previamente establecida por una sentencia o reconocida por el asegurador o cuando no sea posible jurídicamente por no ser competente la respectiva jurisdicción para pronunciarse sobre la responsabilidad del asegurado.

En Argentina, según lo manifiesta CARLOS IGNACIO JARAMILLO, la doctrina y la jurisprudencia están divididas, pues un sector considera que el litisconsorcio debe ser necesario (citación obligatoria del asegurado), mientras que otro opina que es facultativo. En Paraguay tal citación es forzosa³³.

4.3.2.2. Situación en el derecho colombiano

Examinemos la situación en Colombia a raíz de la reforma adoptada por la Ley 45 de 1990. La víctima como titular de dos acciones distintas puede formular pretensiones contra varios sujetos en una misma demanda según el artículo 82 del Código de Procedimiento

30 Encyclopédie Dalloz, “Assurances de dommages”, n° 74, pág. 1970.

31 LAMBERT-FAIVRE, YVONNE, *op. cit.*, pág. 320. En el mismo sentido se pronuncian PICARD, MAURICE et BESSON, ANDRÉ, *Les Assurances Terrestres. Le contrat d'assurance*, LGDJ, Paris, 1982, pág. 576.

32 VINEY, GENEVIÈVE, *op. cit.*, pág. 543.

33 JARAMILLO JARAMILLO, CARLOS IGNACIO, “La acción directa en el seguro voluntario de responsabilidad civil y en el seguro obligatorio de automóviles”, *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, núm. 8, pág. 148.

Civil, que permite hacerlo cuando las pretensiones provienen de la misma causa o versen sobre el mismo objeto o se hallen entre sí en relación de dependencia o deban servirse específicamente de unas mismas pruebas.

Esto se corrobora expresamente con el artículo 1133 del Código de Comercio, modificado por el 87 de la Ley 45 de 1990, que señala que para acreditar su derecho ante el asegurador, la víctima en ejercicio de la acción directa podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador. Esta disposición no estaba incluida en el proyecto original del Gobierno, fue una sugerencia de Fasecolda expresada en memorando de 21 de octubre de 1990³⁴, presentado a su ponente, con la precisión de que el asegurado debía citarse al proceso.

En el documento citado se manifestó:

“Dado que en el texto propuesto para el artículo 82 queda consignada la acción directa del damnificado contra el asegurador, debe aprovecharse este artículo para aclarar puntos fundamentales que en otros países han suscitado largas e innecesarias controversias. De un lado, es necesario indicar que cuando la víctima ejerce la acción directa tiene que acreditar no solamente la responsabilidad del asegurado, **para lo cual se citará a este al proceso**, sino también la existencia de cobertura en el seguro”. (Negritas fuera del texto).

El ponente no acogió esta propuesta, que sólo fue aceptada durante las discusiones en la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes, pero parcialmente, al no preverse la necesidad de citar al asegurado al proceso, ya que se consideró que ello correspondía a normas propias de los códigos de procedimiento. Así las cosas, ¿qué ocurre cuando la víctima, sin establecer previamente la responsabilidad civil del asegurado, ejerce la acción directa únicamente en contra del asegurador? ¿Podrá obtener una condena favorable sin la intervención del asegurado?

Al respecto, en nuestro medio se han expuesto dos posiciones antagónicas: la primera estima que cuando la víctima ejerce su acción directa, el asegurado no debe citarse forzosamente al proceso; la segunda sostiene que tal citación procede.

- No citación forzosa del asegurado

Ha sido expuesta por HERNÁN FABIO LÓPEZ³⁵, quien afirma que no estamos en presencia de un litisconsorcio necesario por no existir una identidad de relación sustancial:

“Debemos cuidarnos de pensar que entre asegurado (causante del daño) y aseguradora existe, frente al damnificado y beneficiario un litisconsorcio necesario por cuanto no

34 ARBOLEDA GÓMEZ, SAULO, [ponente de ley], “Consolidación y futuro del sector financiero”, articulado, documentos, Bogotá, 1991.

35 LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO, *Comentarios al contrato de seguro*, Editorial Dupre, Bogotá, 2005, pág. 377.

se presenta el requisito esencial estructurante de la figura, de identidad de relación sustancial, lo que se evidencia en que no existe comunidad de suerte, pues bien puede suceder que la aseguradora triunfe y que el damnificado, que no demandó al asegurado, inicie en su contra proceso ordinario, el que es posible precisamente por cuanto la sentencia del primer proceso no lo cobijó y por ende no generó efectos de cosa juzgada y en esa otra actuación obtenga decisión favorable”.

El autor complementa su posición, precisando que no se trata “de obtener una sentencia en contra del asegurado sin su citación, circunstancia a todas luces ilegal”, sino de “demostrar la responsabilidad del tercero sin que necesariamente se le tenga que demandar y, obviamente, sin que se solicite sentencia condenatoria en su contra”. Concluye que cuando la víctima opta por demandar al asegurador y al asegurado se conforma un litisconsorcio facultativo pasivo.

FERNANDO SÁNCHEZ CALERO³⁶ manifiesta una conclusión cercana, pero partiendo de un argumento diferente. Este autor estima que no existe un litisconsorcio pasivo necesario con base en que en España existe solidaridad entre las obligaciones del asegurado y del asegurador, lo cual hace procedente que la víctima demande al asegurador sin tener que demandar al asegurado. En nuestro país, las citadas obligaciones no son solidarias, cada una es diferente, lo cual no constituirá un argumento a favor de la no citación forzosa del asegurado al proceso.

- Citación forzosa del asegurado

La segunda tesis consiste en sostener la citación forzosa del asegurado al proceso que la víctima ejerza contra el asegurador. Para condenar al asegurador el juez debe, ante todo, efectuar dos declaraciones indispensables: que el asegurado ha incurrido en responsabilidad y que dicha responsabilidad está cubierta en el contrato de seguro en cuestión.

La primera declaración es común e interesa tanto al asegurado como al asegurador; ella deberá resolverse de manera uniforme para ambos, en razón a que la responsabilidad es una sola, exista o no un seguro que la ampare. El juez no podría declarar responsable a una persona sin habersele citado al proceso así ello sólo tenga por objeto condenar al asegurador.

Podría pensarse, entonces, que se trata de un litisconsorcio necesario contemplado por el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil que reza:

“cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales por su naturaleza o por disposición legal no fuere posible resolver de mérito sin la

36 SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, “La acción directa del tercero damnificado contra el asegurador”, en: *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, núm. 10, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1997, pág. 81.



comparecencia de las personas que sean sujetos en tales relaciones (...) la demanda deberá formularse por todos o dirigirse contra todos”.

Por su parte, el artículo 51 del mismo código también se refiere al litisconsorcio necesario, así:

“Art. 51. Litisconsortes necesarios. Cuando la cuestión litigiosa haya de resolverse de manera uniforme para todos los litisconsortes, los recursos y en general las actuaciones de cada cual favorecerá a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio sólo tendrán eficacia si emanan de todos”.

En este caso, en una parte la demanda versa sobre la responsabilidad civil del asegurado; sobre su existencia no puede resolverse sin su participación. Esto induce a pensar que por la vía del litisconsorcio necesario se obtiene la intervención forzosa del asegurado. Sin embargo, aparecería un impedimento, pues el artículo 51 del Código de Procedimiento Civil podría interpretarse en el sentido de que si el litisconsorcio es necesario la cuestión litigiosa deberá resolverse de manera uniforme para todos los litisconsortes. Y en la hipótesis que examinamos los resultados del proceso no son siempre uniformes, ya que el asegurado puede ser condenado, mientras que el asegurador ser absuelto por ausencia de cobertura, por ejemplo.

Ante este reparo, puede responderse que la uniformidad de decisión atribuida por algunos al litisconsorcio necesario se predicaría únicamente de la cuestión litigiosa que es común a todos los litisconsortes, en este caso de la pretensión relativa a la declaración de responsabilidad del asegurado, mas no respecto a la segunda declaración que atañe, exclusivamente, al contrato de seguro.

Además, debe tenerse en cuenta que por disposición misma del Código de Procedimiento Civil (artículo 4), la interpretación de la ley procesal debe buscar la efectividad del derecho sustancial y que las normas se aclararán mediante la aplicación de los principios generales de derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso y que se respete el derecho de defensa. Esto lo ratifica el artículo 29 de la nueva Constitución Nacional, según el cual el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales, acción que definitivamente y sin lugar a dudas permite la intervención forzosa del asegurado.

CARLOS IGNACIO JARAMILLO sostiene una tesis similar, al decir que:

“No se concibe, por lo menos en sana lógica, que pueda condenarse al asegurador sin que previamente se haya establecido la responsabilidad del asegurado. Y sabido es que en un Estado de derecho no es posible realizar un reproche de responsabilidad, es decir, responsabilizar a una determinada persona, sin que se le haya oído y vencido en juicio.

Esta elemental garantía, nos referimos a la del debido proceso orientada a evitar los juicios secretos, ocultos o clandestinos, debe observarse en Colombia en todos y cada uno de los casos o asuntos, nada menos que por expreso e inequívoco mandato de la Constitución Política (art. 29), a la cual se encuentran subordinados todos los ordenamientos jurídicos, incluido, claro está, el Código de Comercio, que es precisamente el que regula la acción directa entre nosotros.

Adelantar un proceso o una causa judicial contra el asegurador de la responsabilidad civil sin la oportuna vinculación previa, simultánea o posterior del asegurado, virtual responsable del daño, con el propósito de que la víctima obtenga el resarcimiento pleno de sus perjuicios, a nuestro juicio resulta no solamente impropio y violatorio de la estructura y cometido del seguro de responsabilidad civil —que hundan sus raíces en el débito de indemnidad, esto es en el deber de preservar el patrimonio del asegurado, en tanto en cuanto él sea responsable del daño—, sino también inconstitucional, por cuanto ello sería atentatorio de las mínimas garantías de índole constitucional, connaturales, por lo demás, a todo sujeto de derecho.

No se olvide, en efecto, que la prosperidad de la pretensión de la víctima o perjudicado, dependerá, desde un punto de vista sustancial, de la responsabilidad del asegurado. Al fin y al cabo, de manera general, el riesgo sobre el que descansa este seguro es precisamente la responsabilidad civil en que eventualmente pueda incurrir el asegurado, bien en el campo contractual o bien en el extracontractual.

De lo anterior se desprende, por regla, que el asegurador es responsable frente a la víctima siempre que sea responsable su asegurado, es decir, que si éste no resulta responsable del daño a él atribuido, tampoco resultará obligado el asegurador (situación funcional de dependencia).

Por consiguiente, la concurrencia judicial del asegurado —o causahabientes, según el caso— en la causa o litigio promovido contra el asegurador en nuestro entender, es en Colombia necesaria, tal y como acontece, ello es ilustrativo, en la generalidad de países que consagran tan novísimo mecanismo tuitivo. No de otra manera, válidamente, podría establecerse la responsabilidad de la entidad aseguradora, de suerte que la víctima o damnificado, para evitar posibles dificultades —sustanciales y procedimentales— dentro del respectivo proceso judicial, deberá vincular (en sentido amplio) al asegurado, o sea al causante del daño, con miras a establecerse, por contera, la responsabilidad del asegurador, con sujeción —eso sí— a los términos del contrato de seguro, marco de referencia de la relación jurídica trabada previamente con el tomador³⁷.

37 JARAMILLO JARAMILLO, CARLOS IGNACIO, "La acción directa en el seguro voluntario de responsabilidad civil y en el seguro obligatorio de automóviles", en: *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, núm. 8, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, pág. 149.

4.4. Necesidad de que la responsabilidad se encuentre cubierta por el contrato

Hemos repetido sinnúmero de ocasiones que habrá lugar al surgimiento de la obligación a cargo del asegurador cuando se configure el siniestro, lo cual requiere que se acredite que el asegurado es responsable y que la citada responsabilidad se encuentra cubierta por el contrato de seguro.

El hecho de que la ley haya otorgado una acción directa no significa que la misma pueda obtener una indemnización del asegurador con prescindencia de las condiciones del contrato de seguro.

En sentencia de 10 de febrero de 2005, exp. 7614, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, expresó claramente lo anterior:

“(…) el buen suceso de la precitada acción está supeditado principalmente a la comprobación de los siguientes presupuestos: 1) La existencia de un contrato en el cual se ampare la responsabilidad civil del asegurado, porque sólo en cuanto dicha responsabilidad sea objeto de la cobertura brindada por el contrato estará obligado el asegurador a abonar a la víctima, en su condición de beneficiaria del seguro contratado, la prestación prometida y 2) la responsabilidad del asegurado frente a la víctima, y la magnitud del daño a ella irrogado, pues el surgimiento de una deuda de responsabilidad a cargo de aquel es lo que determina el siniestro, en esta clase de seguro”.

En su calidad de beneficiario, le compete a la víctima acreditar la ocurrencia de dicho siniestro; es decir, la responsabilidad y su específica cobertura por el contrato de seguro; al asegurador le corresponderá la carga de probar los hechos o circunstancias excluyentes de su obligación. Para esto el asegurador tendrá como vía desvirtuar la configuración de la responsabilidad en cabeza del asegurado y, además, debatir asuntos relativos a los límites y condiciones propias del contrato de seguro.

4.5. Necesidad de que la obligación de resarcimiento a cargo del responsable no se encuentre extinguida

En el derecho de la responsabilidad y en el derecho de seguros es un principio sin discusión que una víctima no puede válidamente acumular indemnizaciones que resarzan el daño sufrido más de una vez. Si el perjuicio ha sido previamente indemnizado, la víctima no tendría la posibilidad, por virtud de la acción directa, de obtener del asegurador una nueva indemnización. Tal camino sólo procederá respecto al daño no indemnizado por el asegurador, por el asegurado o por un tercero.

En efecto, puede suceder que la suma asegurada resulte insuficiente frente al valor de los perjuicios o que algunos de éstos no sean materia de cobertura; en estos eventos

la víctima podrá demandar su reparación del asegurado. A la inversa, si la obligación indemnizatoria a cargo del asegurado responsable se ha extinguido, la víctima no podrá reclamar la indemnización al asegurador mediante la acción directa. La extinción de la obligación indemnizatoria tiene lugar en los casos previstos en las normas generales, tales como el pago, la confusión, la compensación o la prescripción.

Si bien la extinción del derecho le impide a la víctima ejercer la acción directa contra el asegurador, no en todos los eventos dicha situación tiene como consecuencia que el asegurador quede liberado de su obligación respecto del asegurado. La prescripción del derecho de la víctima frente al asegurado le impide igualmente dirigirse en contra del asegurador (además, por razones de tiempo es previsible que se consume primero la prescripción del derecho de la víctima en contra del asegurador que en contra del asegurado). Ahora bien, en los demás supuestos, a pesar de que se hubiese extinguido el derecho de la víctima, no podría sostenerse que el patrimonio del asegurado permanece indemne, lo que finalmente indicaría la subsistencia de la obligación del asegurador frente al asegurado que ha visto afectado su patrimonio.

Según quedó dicho, el seguro de responsabilidad civil tiene el doble propósito de indemnizar a la víctima y cubrir el patrimonio del responsable y el hecho de que ocurra lo primero por extinción del derecho de la víctima no significa necesariamente que el derecho del asegurado corra la misma suerte. En tal virtud, tratándose de extinción por pago del asegurado estaremos en presencia de una situación ya analizada, en el sentido de que el pago no hace que el asegurado pierda su derecho, sino que éste no le sea oponible al asegurador.

Con relación a la compensación, es pertinente tener en cuenta que conforme a las reglas generales de la responsabilidad, la culpa de la víctima es una causal de exoneración total o parcial de la responsabilidad que impide el nacimiento de la obligación de reparar el daño. En tal caso, no se tratará de una compensación que comprometa al asegurador, pues no se configura responsabilidad en cabeza del asegurado.

En rigor, por lo general, la compensación se presenta cuando hay daños recíprocos entre el asegurado y la víctima. No es que estas personas se exoneren del daño inferido al otro por haber, simultáneamente, sufrido un perjuicio, sino que cada quien es considerado responsable frente a su contraparte y obligado a reparar el daño correspondiente. Las obligaciones recíprocas de indemnización se compensan y si el saldo es positivo para la víctima, a su cuantía se circunscribirá la indemnización a cargo del asegurador. El monto compensado representa para el asegurado un desmedro patrimonial amparado, en principio, por el seguro.

4.6. Conductas del asegurador ante una reclamación de la víctima

Al tenor del artículo 1077 del Código de Comercio, la carga de la prueba del siniestro y de su cuantía pesa sobre el asegurado o la víctima, según el caso. La prueba, de acuerdo

con el artículo 1080 del mismo código, podrá ser judicial o extrajudicial. La prueba judicial es la practicada en el proceso en el que se haga parte el asegurador, dado que la sentencia judicial de responsabilidad del asegurado en un proceso en el cual no intervenga el asegurador, no le es oponible a éste ni tampoco constituye la prueba del siniestro. Una sentencia de tal naturaleza es sólo la prueba, por demás controvertible, de la existencia de responsabilidad del asegurado, pero de ninguna manera acredita que dicha responsabilidad se encuentre amparada por la póliza de seguro.

Cuando la víctima formula una reclamación al asegurador, éste podrá adoptar diversas conductas que serán examinadas brevemente. En primer lugar, el asegurador puede pagar la correspondiente indemnización, en principio, sin requerir el consentimiento del asegurado. No obstante, podría estipularse en la póliza que los pagos del asegurador deberán hacerse con la anuencia del asegurado, lo cual cabría en seguros que involucran el nombre, la aptitud o idoneidad del asegurado, tales como el seguro de responsabilidad civil profesional.

Aunque se hubiese estipulado la restricción descrita, creemos que de todas maneras el asegurador podría pagar directamente a la víctima, incluso contra la opinión del asegurado, cuando tenga la convicción de que en realidad sí se configuró el siniestro. De acatar la voluntad del asegurado el asegurador se vería expuesto a los efectos bastante severos de que lo consideren en mora de atender el pago de la indemnización.

Por otro lado, el asegurador también podría optar por celebrar un acuerdo de conciliación o de transacción con la víctima y ojalá ello se haga con la participación del asegurado para precaver futuros litigios entre éstos últimos. La ausencia del asegurado o su oposición no son obstáculo para que el asegurador los celebre, a menos que exista pacto en contrario que produce efectos similares a los examinados anteriormente. Claro está, el asegurador no podrá transar el conflicto por un monto superior al cubierto por el seguro, pues, si el asegurado no es parte, dicho acuerdo no le será oponible.

4.7. Información a la víctima sobre la existencia de la póliza

La efectividad del derecho de la víctima requiere que ésta conozca la existencia del seguro y sus condiciones. Si la existencia del seguro no es revelada, indudablemente los derechos de la víctima podrían ser vulnerados. Por esta razón en algunos ordenamientos existen obligaciones de información y de entrega de documentos a cargo del asegurador y del asegurado. En el caso colombiano el asegurador tiene la obligación de entregar al tomador, asegurado o beneficiario duplicado de las pólizas (artículo 1046 del Código de Comercio). Dado que la víctima ha sido calificada expresamente por la ley como beneficiaria del seguro, tiene el derecho de obtener copia de las pólizas de seguro, lo cual facilita el ejercicio de la acción directa.

De otro lado, también existe el deber del asegurado de informar a la víctima acerca de la existencia del seguro de responsabilidad. En España el artículo 76 de la ley establece

que el asegurado tiene el deber de “manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato del seguro y su contenido”. En esta materia queremos registrar el reciente pronunciamiento jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil³⁸, la cual, inspirada en las normas constitucionales y en el principio de la buena fe, entendió que la adopción de la acción directa a favor de los perjudicados “comporta el correspondiente derecho de ellos de ser oportuna y suficientemente informados sobre el contrato y sus especificaciones”, por lo cual entiende que el asegurado tiene un deber de informar a la víctima acerca de la existencia del seguro. Precisa la Corte que si el asegurado se abstiene de atender su deber de comunicar, la víctima podrá recurrir a la práctica de pruebas tales como el interrogatorio, la inspección judicial o la exhibición de documentos.

4.8. Oponibilidad de excepciones

La obligación del asegurador encuentra su delimitación en el contrato de seguro, circunstancia que no puede verse afectada por el hecho de que la ley conceda a la víctima una acción directa para exigir el cumplimiento de dicha obligación. En este orden de ideas, la víctima no puede pretender un derecho distinto del que tendría el asegurado, de lo cual se infiere que frente a ambos, asegurado y víctima, el asegurador tiene la facultad de oponer las excepciones propias del contrato de seguro. Cosa diferente acontece en otros ordenamientos, como en España o el Perú, en donde la acción directa es inmune a las excepciones del asegurador contra el asegurado.

En Colombia las normas atinentes al seguro de responsabilidad civil, al conceder la acción directa, no previeron que la oponibilidad de excepciones fuera procedente, pero esto no se opone para que ello sea posible, con base en los principios generales enunciados y también con apoyo en el artículo 1044 del Código de Comercio, aplicable sin ninguna distinción a todos los seguros. Dicho artículo preceptúa que el asegurador podrá oponer al beneficiario (la víctima ostenta por ley tal carácter) las excepciones que hubiere podido alegar contra el tomador o el asegurado en caso de ser estos distintos de aquel. Esta fórmula permite que el contrato brinde un mismo derecho con prescindencia de quien presente la reclamación y, de esta manera, evita que el asegurador deba repetir contra el tomador o asegurado pagos hechos al beneficiario.

Expedida la Ley 45 de 1990, algunos comentaristas han afirmado, con base en la jurisprudencia internacional, especialmente en la francesa, que es necesario distinguir las excepciones anteriores y posteriores al momento de ocurrencia del siniestro, para concluir que, dado que con el siniestro nace un derecho propio para la víctima, absolutamente todas las excepciones posteriores a dicho momento son inmunes a hechos acaecidos luego.

38 República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 29 de junio de 2007, expediente 11001, magistrado ponente CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

Estas afirmaciones no son exactas, pues lo que realmente sostiene la jurisprudencia francesa, a partir de la Sentencia de la Corte el 15 de junio de 1931, citada por YVONNE LAMBERT-FAIVRE³⁹, es que además de la diferencia entre excepciones anteriores y posteriores al siniestro, es indispensable con relación a las posteriores distinguir entre aquellas personales del beneficiario y las que se predicen frente al asegurado.

Se concluye entonces que las excepciones por hechos del asegurado posteriores al siniestro son inoponibles, ya que el derecho de la víctima nace el día del daño y no podría ser modificado por actos del asegurado. Por el contrario, sí son oponibles las excepciones personales de la víctima posteriores al siniestro, por ejemplo, la pérdida del derecho a la indemnización de que trata el artículo 1078 del Código de Comercio en caso de fraude en la reclamación o comprobación del siniestro. Este es un hecho personal de la víctima que obviamente puede ser invocado como medio de defensa por el asegurador. CARLOS IGNACIO JARAMILLO comparte esta interpretación en su estudio acerca de la acción directa⁴⁰.

No obstante, la adopción de la solución francesa en nuestro medio acusa una limitante, pues la ley calificó expresamente a la víctima como beneficiario, a quien en desarrollo del artículo 1044 del Código de Comercio le son oponibles, salvo estipulación en contrario, todas las excepciones que el asegurador hubiere podido alegar en contra del tomador o asegurado.

4.9. Pluralidad de víctimas

Es frecuente que un acto del asegurado produzca una pluralidad de víctimas, sean directas del hecho o bien víctimas por rebote, que podrán reclamar la indemnización del daño al asegurador de la responsabilidad. Interesa saber entonces si unas víctimas cuentan con un mejor derecho frente a otras o si todas deberán tener el mismo tratamiento por parte del asegurador. La ley no concede privilegios a unas víctimas respecto de otras, razón por la cual en caso de que la suma asegurada resulte insuficiente para atender todos los reclamos, el asegurador no podrá más que indemnizarlos a prorrata. Esta situación se presentaría incluso cuando concurren reclamantes de diverso género, por ejemplo, las víctimas y el asegurado que solicita el reembolso de pagos.

Un ejemplo ilustrativo es el artículo 119 de la ley argentina de seguros, el cual dispone que “si existe pluralidad de damnificados, la indemnización debida por el asegurador se distribuirá a prorrata”. En el mismo sentido se pronuncian los hermanos MAZEAUD:

39 LAMBERT-FAIVRE, YVONNE, *op. cit.*, 1985, pág. 346.

40 JARAMILLO JARAMILLO, CARLOS IGNACIO, “La acción directa en el seguro voluntario de Responsabilidad Civil y en el seguro obligatorio de automóviles”, en: *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, núm. 8, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1996, pág. 146.

“El asegurador no puede cumplir esta obligación en caso de pluralidad de víctimas, sino pagando a ellas a la vez, en concurso, proporcionalmente al monto de sus acreencias, teniendo cada una derechos iguales sobre la indemnización”⁴¹.

Ahora bien, en caso de pluralidad de víctimas, si tan sólo algunas de ellas reclaman, ¿cuál será la conducta que debe adoptar el asegurador? En nuestro sentir, si el asegurador no conoce la existencia de otras víctimas, tiene que pagar dentro de los términos previstos en el Código de Comercio una vez se haya acreditado la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, so pena de incurrir en mora. En tal evento, los pagos tendrán carácter liberatorio. Pero, en caso de que el asegurador conozca la existencia de otras víctimas, convendría, aunque esta no es su función, darles aviso para que formulen sus respectivas reclamaciones.

FERNANDO DE TRAZEGNIES⁴² comparte tal apreciación. Expresa que ante una pluralidad de víctimas “el asegurador paga en la medida en que las víctimas se van presentando y hasta donde alcance. Una vez que se ha llegado al tope del monto asegurado, la compañía de seguros se encuentra liberada de responsabilidad frente a las víctimas que aún no han cobrado”.

4.10. Aspectos procesales

El uso de la acción directa depende, en buena parte, de los alcances de las normas procesales, que en ocasiones introducen limitaciones que impiden su ejercicio en un determinado proceso.

Lo anterior a pesar de que el legislador buscó favorecer la situación de la víctima y facilitar el ejercicio de esta herramienta, con el objetivo de que pudiese demandarse al asegurado y al asegurador en un solo proceso. En efecto, el artículo 1133 del Código de Comercio dispone:

“Artículo 1133. Modificado por el Ley 45/90, art. 87. En el seguro de responsabilidad civil los damnificados tienen acción directa contra el asegurador. Para acreditar su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077, la víctima en ejercicio de la acción directa podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador”.

La finalidad que la norma persigue encuentra obstáculos en los distintos códigos de procedimiento, bien por la naturaleza específica del proceso, por el alcance de la acción ejercida por la jurisdicción de conocimiento o, en fin, por disposiciones en contra de la posibilidad buscada.

41 MAZEAUD, HENRI et MAZEAUD, LEÓN, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. III, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1950, pág. 907.

42 DE TRAZEGNIES, FERNANDO, *La responsabilidad civil extracontractual*, t. II, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990, pág. 149.

El asunto cardinal para la víctima es que si se requiere iniciar previamente un proceso en contra del asegurado para luego con la sentencia condenatoria ejercer la acción directa en contra del asegurador, probablemente dicha acción directa se encontrará prescrita, dado que contra la víctima la prescripción corre desde la ocurrencia del hecho.

Así, resulta indispensable que, cuando la acción directa no pueda ser ejercida simultáneamente con la acción contra el responsable, la misma se ejerza paralelamente en un proceso aparte el cual habrá de suspenderse por prejudicialidad a la espera del resultado del primero, aunque algunos sostienen la licitud de que se condene al asegurador sin que en el proceso se cite forzosamente al asegurado.

En suma, el ejercicio de la acción directa procederá en un proceso ordinario civil, en un proceso de reparación directa en la jurisdicción contencioso administrativa y junto con una acción de grupo. No se admite su ejercicio en una acción popular, en una acción de tutela, en un juicio de responsabilidad fiscal ni en un proceso penal.

En el proceso de responsabilidad fiscal existe una figura especial en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, esto es, la vinculación de la compañía de seguros en calidad de tercero civilmente responsable que podrá ordenar la Contraloría. Por sustracción de materia, la acción directa no tiene cabida.

En el nuevo proceso penal se ha previsto también otra figura especial diferente del llamamiento en garantía. Consiste en la citación de la aseguradora al incidente de reparación integral por solicitud de la víctima, el condenado o el tercero civilmente responsable. La aseguradora tendrá la facultad de participar en dicha audiencia (artículo 108 del nuevo Código de Procedimiento Penal).

4.10. Aspectos procesales

La prescripción es uno de los temas más polémicos y complejos de aplicar en materia de seguro de responsabilidad.

En primer lugar, existe una relación de la víctima con el responsable que emana de la institución de la responsabilidad, la cual tiene una regulación propia en materia de prescripción.

En segundo lugar, encontramos la acción directa de la víctima contra el asegurador, situación que puede dar lugar a dos alternativas en materia de prescripción:

- Que la acción directa tenga la prescripción prevista en la responsabilidad civil, tal como acontece en España, Francia y Perú.
- Que la acción directa se rija por las normas propias del contrato de seguro, regla aplicable en Colombia.

En tercer lugar surge la acción que tendría el asegurado en contra del asegurador la cual se ejerce cuando el asegurado ha pagado la indemnización y solicita su reembolso o cuando el asegurado es demandado por la víctima y decide llamar en garantía a la aseguradora. En principio, la prescripción de estas acciones debería regirse por las normas propias del contrato de seguro.

A lo anterior debemos agregar que la aplicación de las reglas de prescripción se complica aun más dependiendo de la modalidad de cobertura pactada en la póliza, en relación con la delimitación temporal del siniestro. En efecto ha sido tradicional que los sistemas del seguro de responsabilidad consideren que el siniestro corresponda a la ocurrencia del hecho dañoso, momento que coincide con el nacimiento de la responsabilidad. Pero cuando se pactan pólizas bajo modalidades basadas en la reclamación, denominadas “*claims made*” el siniestro se transforma y la aplicación de las reglas de prescripción reviste una mayor complejidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ARBOLEDA GÓMEZ, S. [ponente de ley], “Consolidación y futuro del sector financiero”, articulado, documentos, Bogotá, 1991.
- A. TUNC, ANDRÉ, *La responsabilité civile*, Editorial Economica, Paris, 1989; pág. 134.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, expediente. 4799, 30 de septiembre de 2002.
- DE TRAZEGNIES, F., *La responsabilidad extracontractual*, t. II, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990; pág. 131.
- DE TRAZEGNIES, F., *La responsabilidad civil extracontractual*, t. II, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990; pág. 149.
- DONATI, A., “Ponencia para primer debate del Proyecto de Ley 113 de 1990 Cámara”, *Antecedentes legislativos del derecho de seguros en Colombia*, Acoldese-Acoas, Bogotá, 2002.
- DONATI, A., *Los seguros privados*, Librería Bosh, Barcelona, 1960, pág. 396.
- Encyclopédie Dalloz, “Assurances de dommages”, N° 74, 1970.
- GARRIGES, J., *Contrato de seguro terrestre*, Imprenta Aguirre, Madrid, 1982.
- GARRIGES, J., “Ponencia para primer debate del Proyecto de Ley 113 de 1990 Cámara”, *Antecedentes legislativos del derecho de seguros en Colombia*, Acoldese-Acoas, Bogotá, 2002, Joaquín, pág. 366.
- JARAMILLO JARAMILLO, C. I., “La acción directa en el seguro voluntario de Responsabilidad Civil y en el seguro obligatorio de automóviles”, N° 8, *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, Pontificia Universidad Javeriana, Javegraf, Bogotá, 1996; pág. 146.

- JARAMILLO JARAMILLO, C. I., "La acción directa en el seguro voluntario de responsabilidad civil y en el seguro obligatorio de automóviles", N° 8, *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, pág. 148.
- JARAMILLO JARAMILLO, C. I., "La acción directa en el seguro voluntario de responsabilidad civil y en el seguro obligatorio de automóviles", n° 8, *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, Pontificia Universidad Javeriana, Javegraf. Bogotá, 1996; pág. 149.
- LAMBERT-FAIVRE, Y., *Droit des assurances*, Dalloz, Paris, 1985.
- LAMBERT-FAIVRE, Y., En el mismo sentido se pronuncian PICARD, MAURICE et BESSON, ANDRÉ, *Les Assurances Terrestres. Le contrat d'assurance*, LGDJ, Paris, 1982; pág. 320.
- LAMBERT-FAIVRE, Y., *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, n° 15, 2000; pág. 326, 63.
- Le livre blanc de l'assurance Responsabilité Civile*, Fédération Française des Sociétés d'Assurances Paris, 2000.
- LÓPEZ BLANCO, H. F., *Procedimiento civil*, Parte general, t. I, Ediciones Dupre, Bogotá, 2005.
- LÓPEZ BLANCO, H. F., *Comentarios al contrato de seguro*, Ediciones Dupre, Bogotá, 2004.
- MAZEAUD, H. et MAZEAUD, L., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. III, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1950.
- MORALES MOLINA, H., *Curso de Derecho Procesal Civil*, Parte General, Editorial ABC, Bogotá.
- M. PLANIOL, MARCEL et G. RIPERT, GEORGES, *Traité pratique de Droit Civil Français*, t. VI, Obligations, LGDJ, Paris, 1930; pág. 638.
- OSSA GÓMEZ, J. E., *Teoría general del seguro. El contrato*. Editorial Temis, Bogotá, 1991.
- Ossa Gómez, J. E., *op. cit.*, p. 64. A. ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, ANDRÉS, "El carácter indemnizatorio del seguro de daños", en: *Memorias cuadragésimo aniversario Acoldese*, Bogotá, 2001; pág. 152.
- PARRA QUIJANO, *Los terceros en el proceso civil*, Editorial Librería del Profesional, Bogotá, 1989.
- PICARD, A. et BESSON, M., *Les assurances terrestres. Le Contrat d'Assurance*, LGDJ, Paris, 1982 ; pág. 519.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 24 de octubre de 2000, expediente. 5387: Jurisprudencia de seguros, t. II, Acoldese-Fasecolda, Bogotá, 2002; pág. 448.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 29 de junio de 2007, expediente 11001, magistrado ponente CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.
- RODRÍGUEZ A. ALESSANDRI, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*, t. I, Imprenta Universal, Santiago de Chile, 1987, pág. 26.
- SÁNCHEZ CALERO, F., "Líneas generales de la evolución de la responsabilidad civil y de su seguro", n° 15, *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2000; pág. 63.

- SÁNCHEZ CALERO, F., "La acción directa del tercero damnificado contra el asegurador", n° 10, *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, Pontificia Universidad Javeriana, Javegraf, Bogotá, 1997; pág. 74.
- SÁNCHEZ CALERO, F., "La acción directa del tercero damnificado contra el asegurador", n° 10, *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, Pontificia Universidad Javeriana, Javegraf, Bogotá, 1997; pág. 81.
- SÁNCHEZ TORRES, C. y otros, CARLOS ARIEL y otros, *Responsabilidad fiscal y control del gasto público*, Biblioteca Jurídica Diké-Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2004; pág. 136.
- TAMAYO JARAMILLO, JAVIER, *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*, Raisbeck, Lara, Rodríguez & Rueda, Bogotá, 2001; pág. 108.
- TZIRULNIK, E. *et al.*, O contrato de seguro de acordo com o novo Código Civil Brasileiro, Editorial Revista *dos Tribunais*, São Paulo, 2003; pág.141.
- VENEGAS FRANCO, A., *Constitución Política de 1991 y Derecho de Seguros*, Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, 2004.
- VILLA ZAPATA, W., "La acción directa y solidaria derivada del seguro de responsabilidad civil en el Perú", n° 5, *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, Pontificia Universidad Javeriana, Javegraf. Bogotá, 1994.

