

**LA ACCIÓN DIRECTA EN EL SEGURO DE
RESPONSABILIDAD CIVIL**

CARLOS HUMBERTO MONTOYA ORTEGA

**DOCTORADO EN DERECHO
UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
2020**

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

PARTE I

LA ACCIÓN DIRECTA EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL ES UN MECANISMO DE PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA PARA SU RESARCIMIENTO POR EL ASEGURADOR DEL RESPONSABLE

CAPITULO I

EL CONCEPTO DE ACCIÓN DIRECTA, SU ORIGEN Y FUNDAMENTO

1.1 El Código Civil francés de 1804 estableció la acción directa para algunos contratos, pero sin esa denominación específica y sin fin único, acción que luego fue acogida por otros ordenamientos jurídicos

1.1.1 La acción directa en el contrato de obra

1.1.2 La acción directa en el contrato de arrendamiento

1.1.3 La acción directa en el contrato de mandato

1.1.4 La extensión de la acción directa a otros contratos

1.2 La acción directa constituye una excepción al principio de la relatividad de los contratos y solo existe por consagración legal

1.3 La acción directa es autónoma y diferente a la acción subrogatoria u oblicua, a la acción revocatoria o pauliana, a la estipulación en favor de terceros, al crédito privilegiado, a la acción de enriquecimiento injusto, a la representación y a la cesión del crédito

1.3.1 La acción subrogatoria u oblicua

1.3.2 La acción revocatoria o pauliana

1.3.3 La estipulación en favor de terceros

1.3.4 El crédito privilegiado

1.3.5 La acción de enriquecimiento injusto

1.3.6 La representación

1.3.7 La cesión del crédito para pago

1.4 La falta de un fundamento único para la acción directa y más bien las razones para cada acción en particular

CAPÍTULO II LA IMPLANTACIÓN DE LA ACCIÓN DIRECTA EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

2.1 En la responsabilidad civil se busca la prevención del daño y el resarcimiento de la víctima antes que la sanción del responsable

2.2 Origen y evolución del seguro de responsabilidad civil

2.3 Los favorecidos en el seguro de responsabilidad civil

2.4 Surgimiento de la acción directa en el seguro de responsabilidad civil en el derecho europeo y latinoamericano

PARTE II LA ACCIÓN DIRECTA EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO COLOMBIANO

CAPÍTULO I EL ORIGEN E INTERESES EN COLOMBIA DE LA ACCIÓN DIRECTA EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

1.1 Los antecedentes normativos del seguro de responsabilidad civil lo consideraron como un seguro solo a favor del asegurado

1.2 El seguro de responsabilidad civil como un seguro a favor de terceros y la implantación de la acción directa sin olvidar la protección del asegurado

1.3 El seguro de responsabilidad civil no es un seguro por cuenta o de estipulación para otro

CAPÍTULO II EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DIRECTA EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA LOGRAR SU PROPÓSITO

2.1 El deber de información del asegurado sobre la existencia y contenido del seguro de responsabilidad civil a la víctima

2.2 Lo que debe entenderse como carga de la prueba de la víctima sobre la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida para el perfeccionamiento del reclamo

2.2.1 La prueba del siniestro

2.2.1.1 Modalidad de ocurrencia

2.2.1.2 Modalidad de reclamación o *claims made*

2.2.2. La prueba de la cuantía de la pérdida

2.3 Los intereses moratorios por el no pago oportuno de la reclamación

2.4 La acción ejecutiva por falta de pago o de objeción a tiempo

2.5 La prescripción de la acción directa

2.6 La exclusión de cobertura de los daños extrapatrimoniales, el lucro cesante, la responsabilidad contractual y la culpa grave

2.6.1 La exclusión de los daños extrapatrimoniales

2.6.2 La exclusión del lucro cesante

2.6.3 La exclusión de la responsabilidad civil contractual

2.6.4 La exclusión de la culpa grave

2.7 No es necesaria la vinculación del asegurado al proceso judicial para determinar su responsabilidad

2.8 La solidaridad entre asegurador y asegurado frente a la víctima reclamante

CAPÍTULO III ACCIONES COMPLEMENTARIAS EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

3.1 La necesidad de demandar al asegurado para el cobro del excedente del valor asegurado y el deducible

3.2 El pago de la indemnización del asegurado a la víctima por la objeción del asegurador al reclamo o por su espera a la sentencia judicial

3.3 El asegurado debe llamar en garantía a su asegurador cuando es demandado por la víctima

3.4 La defensa del asegurado, los gastos de defensa y el reconocimiento de su responsabilidad

3.4.1 La defensa del asegurado

3.4.2 Los gastos de defensa

3.4.3 El reconocimiento de la responsabilidad por el asegurado

**PARTE III
EL RÉGIMEN DE LAS EXCEPCIONES EN EL SEGURO DE
RESPONSABILIDAD CIVIL Y SU ACCIÓN DIRECTA**

**CAPÍTULO I
LA OPONIBILIDAD E INOPONIBILIDAD DE LAS EXCEPCIONES DEL
ASEGURADOR A LA VÍCTIMA**

1.1 Los antecedentes del régimen de oponibilidad de las excepciones en el contrato de seguro y el cambio de las condiciones para su aplicación en el seguro de responsabilidad civil con su acción directa

1.2 Ni la indemnidad absoluta de la víctima ni la exoneración del asegurador. Hacia una solución intermedia de beneficio común entre excepciones oponibles e inoponibles

**CAPÍTULO II
LOS SEGUROS OBLIGATORIOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL
RÉGIMEN DE LAS EXCEPCIONES**

2.1 El seguro obligatorio de responsabilidad civil en accidentes de tránsito. Una meta difícil de alcanzar

2.2 Los seguros obligatorios de responsabilidad civil en Colombia

2.3 La regulación de los seguros de responsabilidad civil en Colombia deja en un limbo jurídico la protección de la víctima

2.3.1 La reglamentación inexistente

2.3.2 La reglamentación deficiente

2.3.3 La reglamentación incumplida. El caso del seguro de responsabilidad civil en la contratación estatal

2.4 Pautas para un régimen adecuado de seguros obligatorios de responsabilidad civil en Colombia y sus excepciones

2.4.1 La debida reglamentación de los seguros obligatorios de responsabilidad civil

2.4.1.1. El reglamento común a todos los seguros obligatorios de responsabilidad civil

2.4.1.2 Los reglamentos específicos

2.4.2 El control necesario del Estado

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

ÍNDICES

Índice de autores

Índice de fuentes

Índice temático

INTRODUCCIÓN

Entrar en la acción directa en el seguro de responsabilidad civil es combinar el derecho de daños con el derecho de seguros para remitirnos a una figura tendiente al resarcimiento de la víctima. Se trata de una acción excepcional que se aparta del principio de la relatividad contractual (*res inter alios acta tertiis nec nocet nec prodest*), según el cual el contrato solo produce efectos entre los contratantes. Aquí la víctima, una persona extraña a la suscripción del seguro, es la beneficiaria de la indemnización a cargo del asegurador por los daños atribuibles a su asegurado, prestación determinada por las condiciones del contrato.

Así como el seguro sirve a los fines de la responsabilidad civil, la acción directa coopera para los objetivos del seguro. No se concibe la función resarcitoria de la responsabilidad civil sin un asegurador solvente que asuma ante la víctima la deuda del asegurado. Como tampoco se obtiene la reparación plena y oportuna sin una acción que permita el cobro del acreedor afectado al asegurador del responsable. La participación obligatoria del asegurado para lograr la indemnización de la víctima se constituía en un obstáculo para infortunio de ambos. Al tiempo que la relatividad de los efectos del contrato impedía el ejercicio del derecho resarcitorio de la víctima ante el asegurador.

Hubo que acudir a la acción que tenía el acreedor frente al deudor de su deudor en otros contratos como mandato, obra y arrendamiento, para establecerla en el seguro de responsabilidad civil en beneficio del afectado. Se impuso así el postulado de la equidad sobre la prohibición de la extensión a terceros de los efectos del contrato. Es la exaltación de la persona y la preocupación por su indemnidad. Ya no era necesario el dilatado paso a paso entre víctima – asegurado – asegurador – asegurado y víctima para el pago de los daños. Se dio prelación al resarcimiento dejando de lado el formalismo que perjudicaba la intención de las partes y las expectativas del contrato.

El camino no ha sido fácil. Unos ordenamientos jurídicos se resisten en aceptar la acción directa en el seguro por respeto a la relatividad contractual, mientras otros la combinan con otras figuras como el litisconsorcio necesario o el llamamiento en garantía. En ninguno de ellos se beneficia a la víctima porque se piensa más en proteger la relación asegurador y asegurado. Guardando las proporciones, nos remite a las épocas, superadas por fortuna, en que el seguro de responsabilidad civil estaba proscrito porque se consideraba inmoral amparar la culpa del responsable. Y cuando se autorizó su puesta en marcha, fue llevado a la penumbra con la prohibición al asegurado de manifestar su existencia con la disculpa de no fomentar los litigios.

La consagración legislativa de la acción directa en el seguro de responsabilidad civil se dio en Colombia en 1990. Fue un recorrido lento, promovido por la doctrina ante su implantación en otros países con la intención de favorecer a la víctima. Aunque la ley no dice de manera expresa que es un seguro a favor de terceros, antes de la modificación sí afirmaba que no lo era, lo es ahora en virtud de la acción directa. La víctima, constituida en beneficiaria del seguro, puede demandar al asegurador en procura de la indemnización, antes debía hacerlo a través del asegurado. Ahora somos uno de los pocos

países que cuenta con este mecanismo de protección de víctimas sin olvidar las ventajas para el asegurado.

Pero el logro se ha visto menoscabado por el desconocimiento de la acción y la interpretación para su funcionamiento. Han pasado 20 años desde su creación y persisten las diferencias de criterio si por la acción directa estamos ante un litisconsorcio necesario pasivo entre asegurador y asegurado, si hay solidaridad entre ambos, si persiste la oponibilidad plena de las excepciones del asegurador frente a la víctima, qué se entiende por siniestro y otros temas no menos polémicos. Aún se demanda solo al responsable porque se ignora la acción directa contra el asegurador y si se desea, se ignoran los datos de la póliza.

De aquí nace la intención de llevar a cabo este trabajo. De compartir inquietudes, hacer reflexiones y plantear soluciones. Para ello recurrimos a la jurisprudencia y doctrina nacional donde encontramos diversas opiniones en vitales aspectos, aún objeto de controversia. Lo que sumado a los principios generales del derecho y al derecho positivo en lo civil y comercial, nos ha servido para la interpretación y aplicación de las normas específicas sobre el seguro de responsabilidad civil y su acción directa. Algunas posiciones propias no serán de recibo, pero hemos querido darles el fundamento necesario para generar su razonabilidad.

El texto se divide en tres partes que van desde el nacimiento de la acción directa en el derecho civil extranjero hasta el análisis de sus características en el seguro de responsabilidad civil en nuestro medio. Es una ruta obligada porque conociendo la historia de las instituciones es posible entenderlas en sus condiciones actuales. De ahí concluimos que la acción directa no nació en el derecho foráneo de manera exclusiva en el seguro para implantarla en nuestro país, como podría pensarse. Fue un largo camino construido por juristas, jueces y legisladores, del que queda aún trecho por recorrer hasta ver que la acción alcanza sus fines, que son los mismos de la responsabilidad civil y su seguro.

En la Parte I indagamos su origen en otros contratos. El Código Napoleónico de 1804 la consagró por primera vez en los contratos de obra, arrendamiento y mandato por razones que no son claras y ni siquiera tenía la denominación de acción directa. La falta de una manifestación expresa en la ley sobre los motivos para crearla y la inexistencia de un patrón único entre las distintas relaciones contractuales en que se incluyó, impidieron encontrar la razón de su nacimiento. Lo cierto es que continúa vigente en los contratos que la acogieron desde el principio, y discutida en otros en los que la doctrina se divide para considerarla o no como una acción de esa naturaleza.

La comparamos con otras figuras similares para aclarar las confusiones y descartar la posibilidad de que reúnan sus elementos esenciales, pero se les llame de otra manera. Así determinamos que se trata de una acción independiente de naturaleza especial, acogida por la jurisprudencia a instancias de la doctrina, como un concepto propicio para favorecer al acreedor al hacer valer su crédito ante otra persona deudora de su deudor original. Esto le permite al acreedor beneficiarse de una obligación derivada de un

contrato del que no es parte y por ello la crítica ante la incongruencia con el principio de la relatividad de los contratos.

De esta manera, y también por la iniciativa de la doctrina y jurisprudencia ante el legislador, llegó al derecho positivo francés en 1930 para ser aplicada en el seguro de responsabilidad civil. La ley le concedió a la víctima la facultad de reclamar al asegurador la indemnización por los daños sufridos, pero sin que le diera la denominación expresa de acción directa. Sin embargo, era obvia su conceptualización al desaparecer la intervención del asegurado para gestionar el cobro o efectuar el pago de los daños a la víctima para luego solicitar el reembolso a su asegurador. Después fue acogida en el derecho mexicano, sin éxito en su aplicación, y en el derecho español que, sumado al francés, se convirtieron en muestras para su ejercicio.

En la Parte II explicamos el desenvolvimiento del seguro de responsabilidad civil en nuestro país hasta su consideración actual como un seguro en favor de la víctima ante la implantación de la acción directa en 1990. Describimos los antecedentes de su creación, los términos de su consagración legal y las condiciones para su ejercicio, como el perfeccionamiento del reclamo y las opciones judiciales para el cobro. Abordamos la prescripción, los medios de defensa del asegurador con la objeción y las excepciones, así como la ineficacia de algunas exclusiones de cobertura, por ejemplo el lucro cesante de la víctima y los perjuicios extrapatrimoniales, que afectan la esencia misma del seguro.

Nos ocupamos de temas en discusión como la exigencia de la vinculación del asegurado al proceso contra el asegurador promovido por la víctima y el rechazo a la solidaridad entre asegurador y asegurado. Nuestra posición contraria a estas tesis está influida por el objetivo de protección a la víctima y aún del mismo asegurado. Consideramos viable la demanda de la víctima solo contra el asegurador sin accionar contra el asegurado, en virtud de la intención del legislador y sin afectar su derecho de defensa y al debido proceso. Mientras también somos partidarios de la solidaridad asegurador y asegurado, bajo ciertas condiciones, con fundamento en la doctrina mayoritaria española y sin ir en contravía de la normatividad nacional.

Culminamos esta parte con las acciones complementarias a la acción directa para obtener el pago de las pérdidas no cubiertas por el seguro y el deducible, en ocasiones superiores al monto asegurado, con miras al resarcimiento pleno de la víctima y la advertencia al asegurado sobre la debida suscripción del seguro en sus cuantías. Enfatizamos en la necesidad de ser llamado el asegurador en garantía por el asegurado demandado o codemandado, para definir la relación entre ambos y además evitar la prescripción. Concretamos el alcance de la cobertura de defensa del asegurado ante la demanda de la víctima y el reconocimiento de los gastos necesarios para tal fin.

En la Parte III analizamos el régimen de la oponibilidad de las excepciones contra la víctima que el asegurador tuviere contra el tomador o el asegurado. Opinamos que aplicarlo en toda su extensión observando la literalidad de la ley daría al traste con la indemnización de los daños y llevaría al fracaso los propósitos del seguro de responsabilidad civil. Tampoco somos partidarios de su eliminación porque se fomentaría

la impunidad y haría inviable el seguro. Optamos por una posición intermedia para la oponibilidad de algunas excepciones y la inoponibilidad de otras, atendiendo los postulados de justicia y equidad. Se castigan los comportamientos indebidos de la víctima, pero se le deja indemne a raíz de algunos actos del asegurado por los que no debería asumir sus consecuencias.

Finalizamos con el estudio de los seguros obligatorios de responsabilidad civil que desempeñan una función social en otros países para beneficio del mayor número de víctimas. El tema tiene relación con la acción directa porque su falta de regulación, reglamentación y suscripción adecuadas no permiten a la víctima obtener los resultados resarcitorios en sus reclamaciones al asegurador del responsable. En nuestro país, con un buen número de seguros de este tipo vigentes, no cumplen con su finalidad. Se convirtieron en un mero formalismo para el ejercicio de ciertas actividades de alto riesgo o de interés público. Carecen de reglamentación debida y de control efectivo del Estado. No hay un estudio sobre sus deficiencias ni compromiso de los intervinientes o posibles interesados.

Pretendemos así una visión amplia de la acción directa y su papel dentro del seguro de responsabilidad civil. Resaltamos sus características y condiciones excepcionales para lograr su cometido resarcitorio. Hay que sacarla del ostracismo para ponerla en el sitio que se merece en beneficio de víctimas, asegurados y de la misma sociedad. No hay duda de sus beneficios para los fines de la responsabilidad civil y del seguro, pero primero hay que conocerla en toda su dimensión y luego en marcha con los medios para su debido ejercicio.

PARTE I

LA ACCIÓN DIRECTA EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL ES UN MECANISMO DE PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA PARA SU RESARCIMIENTO POR EL ASEGURADOR DEL RESPONSABLE

SUMARIO: Capítulo I- El concepto de acción directa, su origen y fundamento. 1.1 El Código Civil francés de 1804 estableció la acción directa para algunos contratos, pero sin esa denominación específica y sin fin único, acción que luego fue acogida por otros ordenamientos jurídicos. 1.1.1 La acción directa en el contrato de obra. 1.1.2 La acción directa en el contrato de arrendamiento. 1.1.3 La acción directa en el contrato de mandato. 1.1.4 La extensión de la acción directa a otros contratos. 1.2 La acción directa constituye una excepción al principio de la relatividad de los contratos y solo existe por consagración legal. 1.3 La acción directa es autónoma y diferente a la acción subrogatoria u oblicua, a la acción revocatoria o pauliana, a la estipulación en favor de terceros, al crédito privilegiado, a la acción de enriquecimiento injusto, a la representación y a la cesión del crédito. 1.3.1 La acción subrogatoria u oblicua. 1.3.2 La acción revocatoria o pauliana. 1.3.3 La estipulación en favor de terceros. 1.3.4 El crédito privilegiado. 1.3.5 La acción de enriquecimiento injusto. 1.3.6 La representación. 1.3.7 La cesión del crédito para pago. 1.4 La falta de un fundamento único para la acción directa y más bien las razones para cada acción en particular. Capítulo II- La implantación de la acción directa en el seguro de responsabilidad civil. 2.1 En la responsabilidad civil se busca la prevención del daño y el resarcimiento de la víctima antes que la sanción del responsable. 2.2 Origen y evolución del seguro de responsabilidad civil. 2.3 Los favorecidos en el seguro de responsabilidad civil. 2.4 Surgimiento de la acción directa en el seguro de responsabilidad civil en el derecho europeo y latinoamericano.

Resumen: La acción directa no es exclusiva del seguro de responsabilidad civil y por esa razón, para entender sus características, naturaleza y funcionamiento, es necesario remontarse a sus orígenes en el derecho común y su inserción en los contratos de obra, arrendamiento y mandato; precisar su carácter legal y de excepción frente al principio de la relatividad contractual; diferenciarla de otras figuras similares que a veces son objeto de confusión por la doctrina, y delimitar su fundamento. Determinadas estas bases, entramos en el campo de la responsabilidad civil para fijar las funciones de esta institución que nos llevan a los beneficiarios de su seguro y, en consecuencia, a la acción directa aplicable como instrumento para el favorecimiento de los terceros afectados.

CAPÍTULO I EL CONCEPTO DE ACCIÓN DIRECTA, SU ORIGEN Y FUNDAMENTO

1.1 El Código Civil francés de 1804 estableció la acción directa para algunos contratos, pero sin esa denominación específica y sin fin único, acción que luego fue acogida por otros ordenamientos jurídicos

El Código Civil francés de 1804 consagró un derecho a favor de los terceros ajenos a la relación contractual con el fin de que pudieran cobrar una obligación al deudor de su deudor, esto es, reclamar el cumplimiento de la prestación a un sujeto con quien no tienen un vínculo contractual¹. Este derecho fue incluido en los contratos de obra², arrendamiento³ y mandato⁴, lo que constituye el origen de la acción directa⁵. Sin embargo, el legislador francés no tuvo la intención de crearla como una figura especial, como tampoco expresó sus fines⁶. La doctrina se encargó después de desarrollarla y darle esa denominación⁷.

1.1.1 La acción directa en el contrato de obra

En la ejecución de obra se presenta el nexo entre el dueño y el contratista del que se deriva un derecho a su favor por el precio convenido, sin la posibilidad de que el propietario desembolse a persona diferente porque se daría el pago de lo no debido o un

¹ Sobre el surgimiento de la acción directa en el derecho francés y su incorporación posterior en otros códigos, vid. Hernández Arranz, Mariano. *La acción directa como instrumento de garantía*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2005, pp. 24-29.

² Art. 1798: “Los albañiles, carpinteros y demás obreros que han sido empleados en la construcción de un edificio o de otras obras realizadas en la empresa, no tienen acción contra aquel para el que se han ejecutado las obras sino hasta la cantidad que este adeude al contratista cuando se hace la reclamación”.

³ Art. 1753: “El subarrendatario solo será responsable ante el propietario por el total del precio de su subarriendo del que puede ser deudor en el momento del embargo y sin que pueda oponer pagos efectuados por anticipado. Los pagos efectuados por el subarrendatario, bien en virtud de una estipulación introducida en su contrato como a consecuencia del uso del lugar, no se considerarán efectuados por anticipado”.

⁴ Art. 1994: “El mandatario responde de la gestión del sustituto: 1. cuando no se le dio facultad para nombrarlo; 2. cuando se le dio esta facultad sin designar la persona y el nombrado era notoriamente incapaz o insolvente. En todos los casos el mandante puede dirigir su acción contra la persona que sustituye al mandatario”

⁵ En el derecho romano se tenía el carácter personalísimo de las obligaciones por lo que se excluían los no intervinientes de los efectos de la relación contractual. Torrent Ruiz, Armando. *Los contratos a favor de terceros*. Madrid: Edisofer, 2015, p. 15.

⁶ Para Jamin, la doctrina encontró la razonabilidad del reconocimiento de la acción directa en la búsqueda de la equidad a la que se le agregan consecuencias jurídicas. Jamin, Christophe. *La notion d'action directe*. París: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1991, p. 14.

⁷ Este mérito se le confiere a Duranton, quien consideró que en esas disposiciones legales había una acción directa porque el acreedor ejerce en su propio nombre un derecho prestacional frente al deudor de su deudor, a diferencia de la acción oblicua calificada de indirecta por cuanto el acreedor obra en reemplazo de su deudor para el ejercicio de las acciones que este tuviere contra terceros. Gracias a la influencia de la doctrina, fue acogida por la jurisprudencia francesa a partir de la mitad del siglo XIX. Hernández Arranz. Ob. cit., pp. 26-27. Como lo expresa Hinestrosa sobre la acción directa: “No se encuentra identificada como tal en los códigos, sino que es producto de la elaboración doctrinal francesa e italiana del siglo XIX”. Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones II*. Volumen II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 1031.

enriquecimiento sin causa a favor del tercero pagado. Aparte encontramos el vínculo entre el contratista y el trabajador que aporta su labor a cambio de una remuneración y sin intervención del dueño de la obra. De esta forma, se evidencia una actividad en la que aparecen dos relaciones contractuales con prestaciones independientes a cumplirse de manera exclusiva entre las partes.

No obstante, se configura una tercera alternativa excepcional por ministerio de la ley, con la posibilidad de que dependiente del contratista le cobre al dueño de la obra el valor por el trabajo ejecutado sin que exista una relación contractual entre ellos. El legislador francés se refirió a los albañiles, carpinteros y demás obreros empleados en la construcción de un edificio u otra obra, quienes podían reclamar su crédito al dueño. Esta misma acción aparece, en términos similares, en los códigos civiles de Italia⁸ y España⁹. El presupuesto común es que el dueño de la obra no haya pagado al contratista y el monto de lo debido constituye el límite de lo que debe pagarle al acreedor del contratista.

En Colombia se consagró la acción directa dándole este nombre al cobro de los obreros y artífices del empresario contratista al dueño de la obra por las sumas a cargo de aquel y hasta el monto de la deuda del empresario¹⁰. Se trata de una acción subsidiaria, como lo dice la norma, por lo que primero deben realizar el cobro al contratista como requisito previo para el ejercicio de la acción contra el propietario. La acción directa en este contrato fue reforzada después al establecerse la solidaridad legal laboral entre el beneficiario de la obra y el contratista frente a sus trabajadores, siempre que exista afinidad entre la obra contratada y la actividad empresarial del dueño de la obra¹¹.

La controversia se suscita en quiénes están legitimados para ejercerla. La ley francesa menciona a las personas que realizan trabajos manuales, pero excluye a los aportantes intelectuales. En Italia se faculta a los trabajadores o prestadores del servicio y se deja por fuera a los proveedores, trabajadores autónomos del contratista y subcontratistas. La

⁸ Art. 1676: “Aquellos que, en el empleo del contratista, hayan realizado su actividad para llevar a cabo el trabajo para proporcionar el servicio, podrán proponer una acción directa contra el comitente para lograr lo que se les debe, hasta el monto de la deuda que el comitente tenga con el contratista en el momento en que proponen la demanda”. Esta disposición modificó el art. 1645 del C.C. de 1865 adicionándole quienes prestan un servicio y la denominación expresa de acción directa.

⁹ Art. 1597: “Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que este adeude a aquel cuando se hace la reclamación”.

¹⁰ C.C., art. 2060: “Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes: (...) 5. Si los artífices u obreros empleados en la construcción del edificio han contratado con el dueño directamente por sus respectivas pagas, se mirarán como contratistas independientes, y tendrán acción directa contra el dueño; pero si han contratado con el empresario, no tendrán acción contra el dueño sino subsidiariamente y hasta concurrencia de lo que este debía al empresario”. En la primera hipótesis, obreros y dueño de la obra, no hay una verdadera acción directa en el sentido que aquí nos referimos porque existe una relación contractual y por ello el cobro no es excepcional. Lo que sí sucede en la segunda hipótesis es que a pesar de que no hay vínculo previo, los obreros pueden cobrarle al dueño de la obra. Sobre la interpretación de esta disposición legal, vid. Gómez Estrada, César. *De los principales contratos civiles*. Bogotá: Temis, 2008, pp. 382-383.

¹¹ D. 2351/1965, art. 3.º, modificadorio del CST., art. 34.

disposición legal española le confiere el derecho a los trabajadores y proveedores de materiales. En Colombia se le otorga el derecho a los obreros y artífices, extendido a los subcontratistas en atención al espíritu de la norma¹². Lo mismo sucede en el derecho francés y español al ser considerada la subcontratación como una necesidad económica, y así quedó plasmada en su legislación¹³.

1.1.2 La acción directa en el contrato de arrendamiento

En el arrendamiento se autorizó al arrendador para cobrarle al subarrendatario el precio debido por el subarriendo y cubrir así la deuda contraída por el arrendatario, pero sin que el subarrendatario pueda oponerle los pagos anticipados efectuados al arrendatario. El monto pretendido por el arrendador no puede superar el valor de la obligación a cargo del arrendatario ni lo debido por el subarrendatario. En igual forma lo tienen establecido la legislación civil italiana¹⁴ y española¹⁵. En Colombia no hay en la codificación civil y comercial una norma que faculte al arrendador cobrarle al subarrendatario, por lo que no podemos hablar de acción directa en el contrato de arrendamiento en nuestro país.

Al igual que en el contrato de obra, estamos ante dos relaciones contractuales autónomas: arrendador y arrendatario, arrendatario y subarrendatario. Por esta razón, el cobro del arrendador al subarrendatario del precio adeudado por el arrendatario, hasta el límite de la deuda entre ellos, es una acción directa entre personas sin vínculo contractual. Para la doctrina fue una medida de protección del subarrendatario debido a su situación desfavorable antes del código de 1804. En efecto, el propietario a quien no se le pagaba la renta podía disponer de los muebles de la vivienda, así fueren del subarrendatario y este solo podía recuperarlos con el pago de todo lo adeudado al arrendador. La doctrina y la jurisprudencia francesa la consideraron como una acción directa¹⁶.

1.1.3 La acción directa en el contrato de mandato

Se le confirió al mandante la acción contra el sustituto del mandatario en todos los casos, exista o no la facultad para nombrarlo. El Código Civil italiano la estableció en estas

¹² Cárdenas Mejía, Juan Pablo. “El subcontrato”. En *Estudios de Derecho Privado, Iberamicurum a César Gómez Estrada*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2005, p. 226.

¹³ Ley francesa de diciembre de 1975 sobre subcontratación y Ley española 31/2006. Vid. Hidalgo García, Santiago. *El contrato y los terceros*. Valladolid: Lex Nova, 2012, pp. 63-65.

¹⁴ Art. 1595: “El arrendador, sin perjuicio de sus derechos hacia el inquilino, tiene acción directa contra el subarrendatario para exigir el precio del subarrendamiento, del cual todavía está en deuda al momento de la solicitud judicial, y para obligarlo a cumplir todas las demás obligaciones derivadas del contrato de subarrendamiento. El subarrendatario no puede oponerle los pagos por adelantado, a menos que se hayan realizado de acuerdo con las costumbres locales. Sin perjuicio de las razones del subarrendatario al subarrendador, la nulidad o la rescisión del contrato de arrendamiento también afectan al subarrendatario, y la sentencia pronunciada entre el propietario y el arrendatario también tiene efecto contra él”. El código civil de 1865 había establecido en su art. 1574 una posibilidad semejante, pero sin llamarla acción directa.

¹⁵ Art. 1552: “El subarrendatario queda también obligado para con el arrendador por el importe del precio convenido en el subarriendo que se halle debiendo al tiempo del requerimiento, considerando no hechos los pagos adelantados, al no haberlos verificado con arreglo a la costumbre”.

¹⁶ Pasquau Liaño, Miguel. *La acción directa en el derecho español*. Madrid: Editora General de Derecho, 1989, pp. 25-26.

mismas características¹⁷, mientras el Código Civil español consagra la acción del mandante contra el sustituto cuando el mandatario no tenga la facultad para nombrarlo o teniéndola no se identificó la persona, y si era notoriamente incapaz o insolvente¹⁸. A su vez, la legislación civil colombiana guarda similitud en la redacción con el código francés e italiano sobre la acción del mandante contra el delegado en todos los casos¹⁹.

No existe consenso si en el mandato hay una verdadera acción directa²⁰. Quienes están en contra²¹, la identifican con la representación. Los que la reconocen como tal²² distinguen entre: (i) la sustitución autorizada por el mandante que lo desliga del mandatario y lo une al sustituto, lo cual representa una trasmisión del mandato y por ello se concede la razón a quienes niegan la acción directa; (ii) el mandatario adelanta su gestión con la intervención de sus auxiliares, por lo que tampoco hay acción directa ya que sus actos constituyen el incumplimiento contractual del mismo deudor principal²³, configurándose así la responsabilidad del mandatario por el hecho propio y los dependientes no tienen responsabilidad contractual frente al mandante, y (iii) el mandatario le confiere el mandato recibido a otro para que lo ejerza, pero sin desligarse del mandante, situación en que sí hay acción directa frente al nuevo interviniente²⁴.

¹⁷ Art. 1717: “El mandatario que, en la ejecución del mandato, se sustituye por otro, sin estar autorizado o sin que esto sea necesario debido a la naturaleza de la asignación, es responsable del trabajo de la persona sustituta. Si el mandante había autorizado el reemplazo sin indicar a la persona, el mandatario solo responde cuando tiene la culpa en la elección. El mandatario es responsable de las instrucciones dadas al sustituto. El mandante puede actuar directamente contra la persona sustituta del mandatario”. Se conservó así la misma esencia que traía el art. 1748 del código de 1865 en cuanto a la posibilidad de acción del mandante contra el sustituto del mandatario en todos los casos y ya con la denominación de acción directa.

¹⁸ Art. 1722: “En los casos comprendidos en los dos números del artículo anterior puede además el mandante dirigir su acción contra el sustituto”. Los dos casos del artículo anterior son: 1. Si el mandatario no tenía facultad para nombrar el sustituto, y 2. Si tenía la facultad pero no se designó la persona y el nombrado era notoriamente incapaz o insolvente. Agrega que son nulos los actos del sustituto nombrado en contra de prohibición del mandante.

¹⁹ C.C., art. 2164: “El mandante podrá, en todos los casos, ejercer contra el delegado las acciones del mandatario que le ha conferido el encargo”.

²⁰ Nos referimos a la relación entre el mandante y el tercero designado por el mandatario para que ejerza el mandato. No a la que existe entre el mandante y la otra persona con quien contrata el mandatario en su propio nombre o en representación del mandante. En esta hipótesis no hay acción directa porque si es mandato sin representación, el tercero responde de manera extracontractual, y si es con representación, la relación contractual es entre mandante y el tercero, mientras el mandatario es responsable extracontractual. Recordemos que en la acción directa deben existir dos contratos para que el acreedor en uno de ellos cobre al deudor de su deudor del otro contrato, con excepción del seguro de responsabilidad civil en el que hay una obligación contractual (la del seguro) y otra extracontractual (entre el asegurado y la víctima).

²¹ Como Visintini, para quien el mandato no es más que la aplicación de las normas de la representación, porque el sustituto asumió la posición originaria del mandatario y entró en relación contractual con el mandante. Visintini, Giovanna. *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*. Padova: Casa Editrice Dott Antonio Milani –Cedam-, 1965, p. 83.

²² Cfr. Hinestrosa, Fernando. *La representación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 282, que considera la posibilidad de que el poderdante pueda ejercer contra el procurador delegado las acciones propias del apoderado como una hipótesis singular de acción directa.

²³ Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*. Tomo I. Bogotá: Legis, 2011, p. 124.

²⁴ Pasquau Liaño. Ob. cit., p. 34-36.

Compartimos esta distinción entre las relaciones de mandante, mandatario y sustituto (llamado también delegado o submandatario²⁵), porque si el mandatario cedió el contrato de mandato al sustituto y terminó así su relación con el mandante, no hay acción directa ya que fue reemplazada por el nuevo vínculo entre mandante y sustituto. Tampoco la habrá cuando el mandatario se vale del apoyo de sus dependientes para ejercitar el mandato, puesto que está realizando sus propios actos y solo él responde de manera contractual ante el mandante. Estas personas que trabajan para el mandatario son responsables por vía extracontractual ante el mandante y por ello no podemos hablar de acción directa. Pero sí existe acción directa cuando el mandatario delegó su labor en otro y mantuvo su relación con el mandante, porque también tendrá acción por vía contractual contra el mandatario y el delegado o submandatario. Partimos del supuesto de que la sustitución, delegación o submandato no están prohibidos por el mandante, de lo contrario los actos del sustituto son nulos y debe responder ante el mandante por vía extracontractual²⁶, por lo que no puede haber acción directa²⁷.

1.1.4 La extensión de la acción directa a otros contratos

Con posterioridad al Código Civil francés de 1804 la acción directa fue incluida de manera expresa en otros contratos. En Francia, en 1898 para la reclamación al empresario de los gastos médicos por accidente laboral del trabajador, en el seguro obligatorio de responsabilidad civil en 1930, en el subcontrato de transporte de 1966 y del subcontratista de obra en 1975²⁸. Por elaboración jurisprudencial se amplió la responsabilidad contractual del fabricante frente al subcomprador y del proveedor de materiales frente al dueño de la obra²⁹. En el Código Civil italiano con la reclamación por el precio de venta

²⁵ Preferimos denominar sustituto a quien reemplaza al mandatario y asume su posición ante el mandante, y delegado (como lo llama el CC., art. 2164) o submandatario al que ejercita el mandato por encargo del mandatario, pero conserva su relación con el mandante. Para no confundirse con la delegación a que hace referencia la novación (C.C., arts. 1687 y ss.) cuando quien delega encarga al delegado el cumplimiento de una prestación a favor del delegatario.

²⁶ Sobre la responsabilidad que se genera cuando se actúa con falta de representación, vid. Hinestrosa, *La representación*. Ob. cit., pp. 392-414. Sobre la responsabilidad extracontractual en los contratos nulos, vid. Tamayo Jaramillo. Ob. cit., pp. 70-71.

²⁷ Por ejemplo, en doctrina cfr. Bonivento Fernández, José Alejandro. *Los principales contratos civiles*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2017, p. 630, quien comentando el CC., art. 2164, afirma que el tipo de acción es la oblicua: “cuando el mandatario tiene acciones frente al delegado, se confiere una acción oblicua al mandante: pedir al delegado todo cuanto pueda hacer el mandatario por el encargo conferido”. En igual sentido, Gómez Estrada. Ob. cit., p. 439.

²⁸ Hernández Arranz. Ob. cit., pp. 27.

²⁹ Larroumet admite la acción contractual del subcomprador y del dueño de la obra ante el fabricante y el proveedor de materiales, pero aclara que no se constituyen en verdaderos terceros (*penitus extraneus*) sino en causahabientes del primer adquirente o del constructor, y se les transfiere la obligación de garantía debida por el fabricante o por el proveedor de materiales. Por tanto, no hay una excepción al principio de la relatividad de los contratos. Larroumet, Christian. *Teoría general del contrato*. Volumen II. Bogotá: Temis, 1999, pp. 204-207. En igual sentido, Tamayo Jaramillo. Ob. cit., pp. 112-113. Se ha querido reforzar esta tesis, incluso para extender el campo de la responsabilidad contractual a otras personas, con los denominados grupos de contratos homogéneos (tienen por objeto la enajenación sucesiva del mismo bien o servicio) y heterogéneos (la prestación de un contrato es una parte de la prestación debida en el otro). Para Tamayo Jaramillo la acción en ambas cadenas es contractual y continúa siendo una excepción aparente a la relatividad de los contratos. Tamayo Jaramillo. Ob. cit., pp. 114- 117. Sin embargo, Larroumet expone las

de finca hipotecada, la obligación alimentaria, y en el seguro obligatorio de responsabilidad civil en 1969. En España, en el seguro de responsabilidad civil según LCS de 1980³⁰.

En la Unión Europea, con la Directiva 85/374 de 1985, se estableció la responsabilidad de quien participa en el proceso de fabricación de un producto defectuoso, legitimando al consumidor para adelantar la acción y reclamar la reparación del daño. El Código Italiano de Consumo –D.L. 206/2005-, en sus arts. 3 y 103 permite al consumidor reclamar a todo productor y distribuidor de la cadena de producción y comercialización. Igual acción se estableció en España en la LGDCU, arts. 4.º a 6.^º³¹.

En Argentina el Código Civil y Comercial de la Nación promulgado en el año 2014 consagró en sus arts. 736-738 la acción directa, con esta denominación específica, para que el acreedor pueda cobrar el crédito al deudor de su deudor. Se tiene como una acción excepcional, de interpretación restrictiva y solo para los casos previstos en la ley. Ambos créditos deben ser homogéneos, no estar embargados y requiere de citación del deudor a juicio. El tercero puede oponer las defensas que tuviere contra su deudor o contra el demandante. El monto recibido por este entra directamente a su patrimonio.

En Colombia se creó la acción directa para la víctima en el seguro de responsabilidad civil por la L. 45/1990, art. 83. Además, se incluyó en la L. 820/2013, art. 17, par., régimen de arrendamiento de vivienda urbana, que estableció la posibilidad de la intervención litisconsorcial del subarrendatario con el arrendatario en el trámite procesal en caso de que el arrendador haya consentido el subarriendo. Esto quiere decir que en cualquier proceso entre arrendador y arrendatario puede intervenir el subarrendatario como litisconsorte de este último, bien sea demandante o demandado. Por su parte, la L. 1480/2011, arts. 2, 3, num. 1.5; 6, num. 1; 10, 19 y 20, dispuso la responsabilidad solidaria de productores y proveedores en las acciones de grupo y de protección al consumidor³².

1.2 La acción directa constituye una excepción al principio de la relatividad de los contratos y solo existe por consagración legal

dificultades en su aplicación, como determinar con precisión la noción de conjunto contractual y atribuir al acreedor extremo derechos más amplios contra el deudor extremo que los disponibles contra su deudor inmediato. Larroumet. Ob. cit., pp. 210-212.

³⁰ Hernández Arranz. Ob. cit., pp. 27-28.

³¹ Moreno, Carlos Iván. *Acción del consumidor, procedimientos de consumo y sujetos demandados*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 29 y ss.

³² En la vigencia del antiguo Estatuto del Consumidor (D. 3466/1982), a pesar de la limitación en su art. 11 de la responsabilidad directa ante el consumidor solo de los proveedores y expendedores, la Corte Constitucional declaró “exequibles las expresiones acusadas de los artículos 11 y 29 (parciales) del Decreto 3466 de 1982, bajo el entendido de que el consumidor o usuario también puede exigir de manera directa del productor el cumplimiento de las garantías de calidad y pago de los perjuicios por concepto de los daños derivados de los productos y servicios defectuosos”. Citada por Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones II*. Volumen II. Ob. cit., pp. 1041-1042.

El principio de la relatividad contractual conlleva a que el contrato genere de manera exclusiva obligaciones y derechos para las partes, es decir, solo aprovecha o perjudica a los intervinientes (*res inter alios acta aliis neque nocere, neque prodesse potest*)³³. En Colombia está consagrada en el Código Civil³⁴ al equiparar el contrato con la ley y darle fuerza a las partes³⁵. Este principio está ligado a la autonomía de la voluntad y por ello se considera el contrato como un reglamento propio de intereses privados, por lo que ha de expresar su eficacia respecto de las partes y no respecto de terceros³⁶. De ahí el término “relatividad” como expresión de que el alcance contractual no es general sino limitado a los contratantes³⁷. Se trata de una regla universal.

En el derecho romano se consideró parte a quien adquiría derechos y obligaciones a causa del contrato, y tercero, por exclusión, a quien no era parte ni en lo material ni lo formal³⁸. Pero este principio no es tan absoluto como se planteó en sus comienzos y presenta hoy excepciones³⁹ como la estipulación para otro⁴⁰ y la acción directa. Como se evidencia, la

³³ *Ibíd.*, p. 486.

³⁴ Art. 32: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. El artículo contempla en realidad el principio de la normatividad de los actos jurídicos, Barrera Tapias, Carlos Darío y Céspedes Ríos, Helena Lucía. *La reforma al derecho de los contratos, al régimen general de las obligaciones y a su prueba en el Derecho Civil francés*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, 2016, p. 28. Pero ha servido para el propósito de sustentar la relatividad de los contratos. Sobre la lectura del art. 1602 como una expresión del carácter vinculante del contrato, cfr., Chinchilla Imbett, Carlos Alberto. “Los límites de la autonomía privada en el mutuo disenso”. En Martha Lucía Neme (coord.) *Autonomía privada. Perspectivas del derecho contemporáneo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 247-251.

³⁵ La doctrina y la jurisprudencia de nuestro país acudieron al art. 1602 como fundamento al principio de la relatividad de los contratos al no existir norma expresa que lo estipule, porque nuestro ordenamiento no tuvo en cuenta el art. 1165 del Código Civil francés que reza: “Los contratos solo tendrán efecto entre las partes contratantes; no afectarán a terceros, y solo les aprovecharán en el caso previsto en el artículo 1121” (se refiere a la estipulación para otro). El D.L. 131/2016 contentivo de la reforma al régimen de los contratos y las obligaciones en el derecho civil francés, sustituyó el art. 1165 por el art. 1199 que dice: “El contrato no crea obligaciones sino entre las partes”, y adicionó al art. 1200: “Los terceros deben respetar las situaciones jurídicas surgidas del contrato”, consagrando así en lo legislativo la diferencia que había hecho la jurisprudencia y la doctrina entre la relatividad del contrato (el tercero por el contrato no se convierte en acreedor ni en deudor) y la oponibilidad del contrato (el tercero debe respetar el orden jurídico surgido del contrato), como solución a la redacción defectuosa del art. 1165 al utilizar la palabra “efecto”, demasiado vaga y con significado demasiado amplio. Sobre las dificultades en la interpretación del citado artículo y la diferencia entre relatividad y oponibilidad, vid. Grimaldi, Michel. “El contrato y los terceros”. En *El contrato: problemas actuales, evolución, cambios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 105-124.

³⁶ Bianca, Massimo. *Derecho Civil*. (trad. Fernando Hinestrosa y Edgar Cortés). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 587.

³⁷ Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones II*. Volumen II. Ob. cit., pp. 485-506.

³⁸ Pájaro Moreno, Marta Elena. *La relatividad de los contratos y los terceros*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 27-28. Aunque aclaramos que se puede ser parte aún sin la intervención material como sucede en la representación o con los causahabientes universales.

³⁹ La doctrina no es unánime en la identificación de las excepciones. Por ejemplo, para Ospina Fernández lo son el compromiso unipersonal o unilateral (con la estipulación para otro como la más representativa) y los contratos colectivos (el contrato sindical, la convención colectiva de trabajo y el concordato), Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá: Temis, 2018, pp. 362-386; mientras Tamayo Jaramillo menciona como excepciones reales la estipulación para otro, los acreedores *intuitu persone* (como sucede en los actos médicos y el transporte de pasajeros), el destinatario en el contrato de

acción directa rompe con el postulado de la relatividad de los contratos al facultar a un tercero para el cobro de un crédito a quien es deudor de su deudor y con quien no tiene vínculo contractual. Ninguno de los fundamentos planteados justifica la creación y operatividad de esta acción sin que el principio de la relatividad se mantenga incólume. Ni siquiera la prédica sobre su abandono o la necesidad de atenuar su rigidez, como tampoco la idea de que se encuentra en crisis⁴¹. Luego, no hay duda de que la acción directa constituye una verdadera excepción a este principio.

Debemos resaltar la tesis de Larroumet para quien la mayoría de las acciones directas admitidas sobre la base de disposiciones legales (y menciona como ejemplos los contratos de obra y arrendamiento) no constituyen una excepción al principio de la relatividad de los contratos. Tiene como argumento que son acciones unilaterales y no recíprocas (el arrendador tiene acción contra el subarrendatario y el subcontratista contra el dueño de la obra, pero no al contrario) y el titular de la acción tiene un privilegio sobre los demás acreedores de su deudor, que es un derecho frágil susceptible de desaparecer si el acreedor cede su crédito, cesión que es oponible al beneficiario de la acción directa⁴². Sin embargo, consideramos que por el hecho de que la acción directa no sea recíproca no la descalifica como excepción al principio de la relatividad contractual, como tampoco constituye un crédito privilegiado⁴³.

Por otro lado, se plantea la inquietud si la acción directa obedece siempre a una consagración legal o puede darse para casos específicos por elaboración doctrinal⁴⁴ o jurisprudencial⁴⁵. Los tribunales franceses y españoles aceptaron la acción directa de la

transporte, el transportador de hecho, la acción contractual contra el dueño del vehículo transportador, la responsabilidad del transportador en la comisión de transporte y la acción directa en el contrato de seguros. Tamayo Jaramillo. Ob. cit., pp. 117-122. Para nuestra Corte Suprema de Justicia no son terceros quienes tienen el derecho de causahabientes de las partes a título universal o singular, por *mortis causa* o por acto entre vivos, luego el comprador que sucede al vendedor no es un tercero respecto de su causante y queda ligado por el contrato del que deriva su título y afecta la cosa transmitida (CSJ, Cas. Civil, Sent. feb. 8/2016, Rad. 0064. M. P. Ariel Salazar Ramirez). Según Hidalgo García, para identificar las excepciones hay que establecer cuándo ese tercero interviene en la relación contractual como tercero y no como parte por vía alguna, y actúa o le afecta el contrato. Ob. cit., p.25.

⁴⁰ Vid. infra., numeral 1.3.3.

⁴¹ *Ibid.*, p. 27. Por su parte, De los Mozos habla de “El cuestionamiento de la relatividad del contrato” porque las demandas sociales quebraron el esquema tradicional de los contratos con la ampliación de su eficacia al vincular personas que no pertenecían a la relación contractual, como sucede en el derecho de consumo. De los Mozos, José Luis. “El contrato y sus transformaciones”. En *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de rectoría 1963-2003*. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 374-382. Para el mismo autor “la doctrina de la ‘relatividad del contrato’ no se tiene en pie con la propagación de responsabilidades y legitimaciones”, pero concluye que el contrato no está en crisis “cuando se habla de una ‘sociedad contractual’ como modelo de la sociedad postindustrial”. De los Mozos, José Luis. “La autonomía privada: notas para una relectura del título de los contratos del Código Civil español”. En *Contratación contemporánea. Teoría general y principios*. Lima: Palestra - Bogotá: Temis, 2000, pp. 186-212.

⁴² Larroumet. Ob. cit., pp. 259-260.

⁴³ Vid. infra 1.3.4.

⁴⁴ No obstante, como se acotó, el rastreo histórico denota que su identificación y delimitación tienen origen doctrinal (cfr., pie de página 6).

⁴⁵ Sobre la elaboración jurisprudencial de la acción directa antes de su consagración en la ley, vid., Pasquau Liaño. Ob. cit., pp. 104-143.

víctima contra el asegurador antes de su fijación legal en el seguro de responsabilidad civil, pero hoy no es posible esta construcción por fuera de la ley. Ante un principio universalmente aceptado y establecido en los ordenamientos jurídicos como el de la relatividad de los contratos, la excepción de la acción directa debe estar prevista en el derecho positivo. Las normas excepcionales son de interpretación restrictiva y no permiten la analogía, de ahí la necesidad de su sustento legal.

1.3 La acción directa es autónoma y diferente a la acción subrogatoria u oblicua, a la acción revocatoria o pauliana, a la estipulación en favor de terceros, al crédito privilegiado, a la acción de enriquecimiento injusto, a la representación y a la cesión del crédito

La imposibilidad de considerar la acción directa como una categoría jurídica independiente con características propias y fundamento único, lleva a asimilarla a otras figuras o tenerla como una subclase de algunas de ellas, lo que no es cierto. Estamos frente a una acción especial y para justificarla no es necesario hacer elucubraciones ni interpretaciones forzosas. Existe por mandato de la ley y con fines particulares. Veamos las razones para no confundirla con otras instituciones.

1.3.1 La acción subrogatoria u oblicua

La acción subrogatoria u oblicua consiste en la subrogación legal de los acreedores en los bienes, derechos y acciones del deudor en riesgo por su inercia. Es un derecho conferido a los acreedores de perseguir en su ejecución los bienes del deudor⁴⁶ y una vez identificados se subrogan en los derechos del deudor de naturaleza real, de retención o como arrendador o arrendatario⁴⁷. Se extiende a las medidas de conservación o conservación de los bienes del deudor⁴⁸. Es lo que se conoce como garantía general de los acreedores, categoría que supone la existencia de un proceso concursal de liquidación obligatoria o de ejecución singular contra el deudor. Además, la acción debe ser patrimonial, con un derecho cierto del acreedor y el demandado será el deudor del deudor⁴⁹. Mientras no se inicie la actuación procesal, el deudor conserva su administración y el derecho a cederlos⁵⁰.

⁴⁶ C.C., art. 2488: “Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677”.

⁴⁷ C.C., art. 2489: “Sobre las especies identificables que pertenezcan a otras personas por razón del dominio, y existan en poder del deudor insolvente, conservarán sus derechos los respectivos dueños, sin perjuicio de los derechos reales que sobre ellos competan al deudor, como usufructuario o prendario, o del derecho de retención que le concedan las leyes, en todos los cuales podrán subrogarse los acreedores. Podrán, así mismo, subrogarse en los derechos del deudor, como arrendador o arrendatario, según lo dispuesto en los artículos 2023 y 2026”.

⁴⁸ Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones II*. Volumen II. Ob. cit., pp. 1025.

⁴⁹ Para Hinestrosa se excluyen las acciones derivadas de relaciones de familia y derechos de la personalidad, y no hay certeza de que sean necesarias las condiciones de liquidez y exigibilidad del crédito. *Ibíd.*, pp. 1026-1027

⁵⁰ Según Ospina, el legislador francés se apartó de este concepto de la acción subrogatoria y fijó en el art. 1166 la posibilidad de que los acreedores puedan intervenir en la administración de los bienes del deudor,

La acción directa fue considerada en sus comienzos como una acción subrogatoria u oblicua, al menos como una modalidad de la misma, porque en ella el acreedor reclama al tercero un derecho del cual es titular su deudor. Pero hay importantes distinciones entre ambas: (i) en la acción directa el acreedor ejercita un derecho propio con preferencia crediticia sobre los demás acreedores del deudor intermedio y el resultado obtenido se integra al patrimonio del acreedor, mientras en la acción subrogatoria el acreedor no ejercita un derecho propio sino el que corresponda al deudor intermedio, sin derecho de preferencia y el resultado de la acción se integra al patrimonio del deudor; (ii) la acción directa atiende razones de diversa índole con miras a obtener el pago de una obligación, mientras la acción subrogatoria es de naturaleza cautelar para evitar los efectos de la inactividad del deudor; (iii) en la acción directa no interesa la situación patrimonial del deudor ni su inactividad, mientras en la acción subrogatoria estos son presupuestos para su ejercicio, y (iv) la acción directa puede ser ejercida dentro o fuera del proceso, mientras que la acción subrogatoria es de carácter exclusivamente judicial⁵¹.

1.3.2 La acción revocatoria o pauliana

La acción pauliana tiene como finalidad la revocación de los actos fraudulentos del deudor (*quae cum fradis gesta erunt*) que deterioran la garantía general de los acreedores⁵². Es una reconstitución del patrimonio del deudor afectado por estos actos dolosos y no simplemente culposos⁵³, cometidos durante la administración de sus bienes y con el riesgo de colocarlo en estado de insolvencia en perjuicio de sus acreedores. Prevista en nuestra codificación civil⁵⁴, debe reunir dos requisitos para que sea procedente: (i) el daño comprobado al acreedor, y (ii) el ánimo fraudulento, sin llegar a

así no estuviere sometido a un proceso de ejecución o liquidación. Allí la llaman acción oblicua (*action oblique*) en la que los acreedores pueden asumir la personería del deudor, obrando en su reemplazo y en su nombre con el ejercicio de las acciones que tuviere contra terceros. Se le conoce también como acción indirecta porque el acreedor no obra en su propio nombre. Se presentan así diferencias entre la acción subrogatoria u oblicua, como está concebida en el derecho colombiano, y la acción oblicua vigente en el derecho francés. La acción subrogatoria solo puede ejercitarse en el proceso judicial, el acreedor no interviene en la administración de los bienes y no hay cesión de la titularidad de los bienes, acciones y derechos. Por su parte, la acción oblicua no requiere autorización del juez, el acreedor participa en la administración de los bienes del deudor y hay cesión de la titularidad de los bienes, acciones y derechos. Ospina Fernandez. Ob. cit., pp. 195-199.

⁵¹ Hernández Arranz. Ob. cit., pp. 108-112.

⁵² Sobre la acción pauliana, vid. Alarcón Palacio, Yadira. “La acción pauliana”. *Revista de Derecho. Universidad del Norte*, núm. 12, 1999, pp. 41-50. Igualmente, Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones II*. Volumen II. Ob. cit., pp. 1000 *passim*.

⁵³ Así haya incurrido en imprevisión, temeridad, negligencia o descuido en la libre administración de sus bienes. Ospina Fernández. Ob. cit., p. 510.

⁵⁴ Art. 2491: “En cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o a la apertura del concurso, se observarán las disposiciones siguientes: 1. Los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos onerosos, y las hipotecas, prendas y anticresis que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, siendo de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero. 2. Los actos y contratos no comprendidos en el número precedente, incluso las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, serán rescindibles, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores. 3. Las acciones concedidas en este artículo a los acreedores, expiran en un año, contado desde la fecha del acto o contrato”.

probar el dolo. Basta que se pruebe el conocimiento del deudor sobre el mal estado de sus negocios y el mayor perjuicio por sus actos⁵⁵.

Las diferencias entre la acción directa y la acción revocatoria o pauliana son claras: (i) la acción directa no requiere de la existencia de un daño al acreedor, mientras en la acción revocatoria debe demostrarse que los actos del deudor son perjudiciales para el acreedor por generar o agravar su estado de insolvencia, y (ii) en la acción directa no es necesario probar el ánimo fraudulento del deudor, mientras es una condición indispensable para la viabilidad de la acción revocatoria.

1.3.3 La estipulación en favor de terceros

Ante la posibilidad de que el contrato pueda tener un efecto favorable hacia alguien que no es parte, sería injusto negarle esa posibilidad al amparo del principio de la relatividad de los contratos y la libertad del sujeto, por lo que se creó la estipulación en favor de terceros o estipulación para otro⁵⁶. Así, una de las partes –estipulante- designa a un tercero como beneficiario de la prestación debida por la contraparte –promitente- y es revocable si el tercero no ha dado su aceptación. Se trata de un efecto querido por las partes, no una consecuencia del contrato frente a terceros. Para unos, se trata de una evidente excepción al principio de la relatividad contractual, mientras para otros, mas que una excepción, es una concepción más amplia del postulado que permite al contrato producir efectos favorables a un tercero⁵⁷.

La acción directa no funciona de igual manera que la estipulación en favor de un tercero y por ello no puede explicarse su régimen jurídico a través de este mecanismo. Una y otra presentan importantes diferencias que impiden su asimilación: (i) en la acción directa no existe la voluntad de generar una prestación a favor de un tercero, lo que sí sucede en la estipulación a favor de un tercero, como lo indica su misma denominación, y (ii) en la acción directa se reclama al deudor del deudor, cuando en la estipulación para otro el tercero se dirige solo ante el promitente y no contra el estipulante⁵⁸.

1.3.4 El crédito privilegiado

⁵⁵ Para Ospina Fernández, con el fin de facilitar el ejercicio de esta acción, hubiese sido mejor que el legislador crease la presunción del dolo del deudor porque debe conocer el estado de sus negocios y prever el perjuicio a sus acreedores por sus actos que generen o agraven su insolvencia, *ibíd.*, p. 511. Sin embargo, no nos parece correcta esta opción ya que se daría un grave precedente al establecer en nuestro ordenamiento la presunción de la mala fe.

⁵⁶ C.C. art. 1506: “Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero solo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él. Constituyen aceptación tácita los actos que solo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato”

⁵⁷ Es lo que propone Bianca para delimitar el principio de la relatividad del contrato a las hipótesis de favorabilidad de un tercero con facultad o poder, sin imponerle cargas ni obligaciones. Bianca. *Ob. cit.*, p. 589.

⁵⁸ Hernández Arranz. *Ob. cit.*, p.118.

En el privilegio crediticio⁵⁹ se fijan unos órdenes de preferencia dependiendo del tipo de crédito, derecho que es transmisible por cesión, subrogación u otra forma o de otra manera. Es una facultad de cobro preferente con exclusión de los demás acreedores y supone un conflicto entre ellos. Se diferencia de la acción directa en que: (i) esta produce un efecto de preferencia, pero no es un privilegio, mientras el crédito privilegiado sí lo es; (ii) la acción directa puede ser ejercida en el escenario extrajudicial, mientras el crédito privilegiado requiere del proceso judicial, y (iii) la eficacia de la acción directa no depende de un concurso ni de la posible insuficiencia patrimonial del deudor, requisitos para el crédito privilegiado⁶⁰.

1.3.5 La acción de enriquecimiento injusto

El principio del enriquecimiento injusto fue creado por la jurisprudencia y la doctrina sobre la base de los principios de equidad y justicia, y luego consagrado como fuente de obligaciones en el Código de Comercio colombiano⁶¹. Su esencia radica en el desplazamiento de la riqueza a otro sin causa jurídica, por lo que se acrecienta un patrimonio a costa del menoscabo de otro. Para contrarrestar sus efectos se dotó al afectado de la llamada acción de devolución de la cosa (*actio in rem verso*) con el fin de obtener el restablecimiento de su patrimonio en la proporción aminorada⁶². La jurisprudencia fijó como condiciones para el ejercicio de esta acción que exista un enriquecimiento, un empobrecimiento correlativo y un desequilibrio patrimonial sin causa jurídica. Se estableció como una acción subsidiaria, siempre y cuando el demandante no pretenda desconocer una disposición legal imperativa⁶³.

Entre la acción directa y la acción de enriquecimiento sin causa hay diferencias: (i) en la acción directa no siempre se produce el enriquecimiento con el empobrecimiento correlativo⁶⁴, mientras es una condición esencial para el enriquecimiento injusto, y (ii) la acción directa es una acción autónoma, mientras la acción por el enriquecimiento sin causa es subsidiaria ya que el demandante no debe contar con otros medios para restablecer el equilibrio patrimonial.

1.3.6 La representación

En virtud de la representación una persona actúa en nombre de otra, por su facultad expresa o por mandato de la ley, y los actos comprometen a la representada como si hubiera actuado por sí misma. Consagrada en nuestro Código Civil⁶⁵, es una figura aplicable a todo tipo de contratos y actos unilaterales (salvo el testamento por prohibición

⁵⁹ Regulado en el C.C., arts. 2493 a 2511.

⁶⁰ Pasquau Liaño. Ob. cit. pp. 74-75.

⁶¹ Art. 831: “Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro”.

⁶² Cfr. para todos, Fábrega Ponce, Jorge. *El enriquecimiento sin causa*. Bogotá: Colombia S. A., 1999, *passim*

⁶³ CSJ, Cas. Civil, Sents. sep. 6/1935 y nov. 19/1936. G.J., Tomo XLIV, pp. 474 y s.s.

⁶⁴ Porque, como lo dijimos al analizar esta acción en el contrato de obra, se puede mantener vigente el crédito entre el deudor intermedio (contratista) y el deudor director (comitente).

⁶⁵ Art. 1505: “Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo”.

expresa del art.1060). Constituye una posibilidad amplia de actuar por medio de representantes, tornándose en un medio de valía en el mundo moderno para la contratación por parte de capaces, incapaces y personas jurídicas. Nos referimos a la representación directa o en nombre ajeno en la que el representado se convierte en parte del contrato y el representante en un simple intermediario⁶⁶.

En la acción directa habría una especie de representación legal cuando el acreedor ejercita el derecho de su deudor principal en virtud de una declaración tácita y de ahí la similitud entre las dos figuras⁶⁷. A pesar de esta posible semejanza, hay diferencias: (i) en la acción directa el acreedor ejercita un derecho propio, mientras en la representación el representante no actúa en nombre propio sino de su representado; (ii) en la acción directa el pago del deudor principal al acreedor compensa la deuda del deudor intermedio, cuando en la representación el patrimonio del representante no se afecta en la relación del representado con el tercero, y (iii) como consecuencia de la primera diferencia anotada, la acción directa es una excepción al postulado de la relatividad contractual, mientras la representación lo respeta porque el representante no es un tercero a quien se extienden los efectos del contrato.

1.3.7 La cesión del crédito para pago

Esta figura, denominada también transferencia del crédito en función solutoria o “*pro solvendo*”, consiste en la cesión del crédito del acreedor a un tercero para extinguir una obligación entre ambos. Su soporte legal en nuestro derecho lo encuentra en la tradición de derechos personales⁶⁸ y en la cesión de los créditos personales⁶⁹. Cabe destacar que la responsabilidad del cedente comprende la solvencia presente del deudor y no la futura, salvo pacto expreso⁷⁰.

Si bien podría pensarse en una similitud con la acción directa porque en ambas no se elimina la obligación entre acreedor y deudor intermedio mientras no se haya pagado el

⁶⁶ A diferencia de la representación indirecta o representación de intereses o por cuenta ajena, en la que el sujeto obra en nombre propio pero en interés ajeno y en la que el representado no es parte en el contrato. Bianca. Ob. cit., pp. 92-93.

⁶⁷ De esta manera, el acreedor obraría en representación y en nombre de su deudor ante el deudor de este. Hernández Arranz. Ob. cit., p. 119.

⁶⁸ C.C., art. 761: “La tradición de los derechos personales que un individuo cede a otros, se verifica por la entrega del título, hecha por el cedente al cesionario”.

⁶⁹ Consagrada en el C.C., arts. 1959 a 1966.

⁷⁰ C.C., art. 1965. Díez-Picazo distingue entre cesión *pro soluto* o “en pago de crédito”, cuando el cesionario considera pagado todo el crédito por el hecho de recibirlo y solo responde por la solvencia del deudor si hay pacto expreso, y la cesión *pro solvendo* o “para pago del crédito”, si el cedente asume la garantía de solvencia del deudor y la deuda solo se extingue cuando el crédito cedido lo haya cobrado de manera efectiva el cesionario. Díez-Picazo. Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Pamplona: Civitas, 2008, pp. 473-474. A esta última es que nos referimos. La garantía de solvencia de hecho, denominada así por requerir de pacto expreso, es aceptada en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, mientras la garantía de solvencia de derecho opera como consecuencia de la insolvencia pública y anterior del deudor y es aceptada en los códigos civiles de España (art. 1529), Argentina (art. 1476) y México (art. 2043). Vid. Camacho López. María Elisa. *La cesión de créditos: del derecho romano al tráfico mercantil moderno*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 526-542.

crédito, hay claras diferencias: (i) la acción directa tiene origen legal, la cesión del crédito proviene de una convención; (ii) en la acción directa el acreedor puede desistir de la reclamación ante el deudor directo, en la cesión del crédito para pago solo sería posible si lo autoriza el acuerdo, y (iii) en la acción directa no hay sustitución de ninguno de los sujetos, lo que sí existe en la cesión del crédito con una novación en la que un crédito reemplaza al anterior⁷¹.

1.4 La falta de un fundamento único para la acción directa y más bien las razones para cada acción en particular

Se discute sobre cuál es el fundamento de la acción directa porque no se conoce una causa única para que el legislador la introdujera en algunos contratos. Si examinamos cada una de las acciones de esta naturaleza previstas en la ley y aceptadas como una excepción al principio de la relatividad contractual, no hallamos un patrón común para su ejercicio. Incluso, si se pudiera determinar su naturaleza jurídica, esta nos llevaría a identificar diferentes motivos que llevaron al legislador a crearla. Aplica en tal diversidad de contratos y en situaciones tan heterogéneas que no es posible fijar un régimen común ni un solo principio de su justificación o, al menos, una clasificación de las acciones directas por categorías.

La doctrina ha intentado encontrar un principio para todas las acciones directas. El primero fue Labbé⁷² al considerar que quien hubiera contribuido al crédito de su deudor contra un tercero tenía derecho a ser reintegrado. Si bien este privilegio podía tener algo de cierto en las acciones directas del Código Civil francés de 1804, no es posible sostenerlo en la del seguro de responsabilidad civil porque la víctima no participa en la creación del crédito que tuviere el asegurado como causante del daño frente a su asegurador. Además, pensar en que ser sujeto pasivo del daño implica esa contribución, es una interpretación forzosa a descartar. Esta tesis encierra una premisa de preferencia del crédito basada en la equidad que no puede extenderse a otras figuras por esa sola razón⁷³.

Otra hipótesis es evitar el enriquecimiento sin causa, lo que podría darse en el contrato de obra cuando se concede la acción directa al subcontratista para evitar el lucro del comitente que ha recibido el trabajo del contratista y no lo ha pagado. Esto no es cierto porque si el dueño de la obra no paga por la acción directa, mantiene su deuda frente al contratista que la puede hacer efectiva sin la intervención del subcontratista. De manera correlativa, se pensaría en el empobrecimiento de quien tiene la acción a su favor, pero en contra se esgrime que puede presentarse en todo acreedor cuyo crédito se vea afectado por la insolvencia del deudor. Si fuese así, existiría acción directa para todos los acreedores con el fin de ejercitar los créditos de su propio deudor contra terceros, lo que sería propio de la acción subrogatoria⁷⁴.

⁷¹ Hernández Arranz. Ob. cit., pp. 116-117.

⁷² *Ibíd.*, p. 34

⁷³ *Ibíd.*, p. 34-37.

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 37-38.

Para otros, la justificación de la acción directa radica en la existencia de una responsabilidad contractual en un grupo o cadena de contratos ligados entre sí o vinculados a un contrato inicial⁷⁵, tal como se da en el contrato de obra con el surgimiento del subcontrato y una conexión funcional que justifica la acción directa. Se le critica que la noción de grupo de contratos es más económica que jurídica porque todas las partes no están vinculadas jurídicamente entre sí y, además, existe la acción directa en el seguro de responsabilidad civil sin grupo de contratos ya que se origina en un supuesto de responsabilidad civil extracontractual⁷⁶.

Algunos ante estas dificultades consideran más conveniente resaltar las ventajas que ofrece la acción directa: (i) la protección de algunos créditos, con la pretensión contra el deudor o un deudor de este mediante la simplificación del procedimiento creándose una obligación *in solidum* entre ambos; (ii) una especie de preferencia del crédito para eludir la concurrencia de los acreedores en la mayoría de los casos, salvo que se anticipen con la acción subrogatoria, embargo del crédito del deudor común contra su deudor, declaración de quiebra o concurso, casos en los que se compartirá el riesgo de insolvencia del deudor, y (iii) su eficacia depende de la rapidez en la reclamación judicial o extrajudicial para la inoponibilidad del pago, la cesión del crédito, la condonación, el embargo u otra afectación de la relación entre el deudor intermedio y su deudor⁷⁷.

Concluimos que no es posible hallar un fundamento único para todas las acciones directas⁷⁸, búsqueda que se torna más infructuosa al aumentar el número de acciones distintas a las tres del Código Civil francés de 1804, sin un hilo conductor entre ellas. Cada acción está sujeta a la ley que la soporta para conocer sus requisitos, características, legitimados y forma de servir de garantía, por lo que no pueden determinarse por igual para todas. Tampoco podemos establecer como objetivo la protección de la persona más vulnerable en una situación jurídica, porque el arrendador o el mandante no son la parte débil en sus respectivos contratos para obtener las prerrogativas de la acción.

La solución está en identificar por separado la razón para cada una de las acciones directas. Sobre las vistas en un comienzo -contrato de obra, arrendamiento y mandato- podemos esbozar la finalidad en cada una. En el contrato de obra, la protección del trabajo de los subcontratistas, incluyendo los trabajadores, de especial trascendencia en el sector de la construcción. En el contrato de arrendamiento, el privilegio del arrendador

⁷⁵ Es la tesis de Teyssie, citado por Hidalgo García. Ob. cit., pp. 31-32.

⁷⁶ Hidalgo García menciona otras diversas teorías tendientes a establecer un fundamento para las acciones directas remontándose a sus orígenes, todas con oposiciones y sin consenso. Entre ellas, se trata de una manifestación de la acción subrogatoria u oblicua, pero no es más que la aplicación de la representación y gestión de negocios ajenos; obedece a la equidad como mecanismo corrector del sistema al estilo de la doctrina del abuso del derecho o del fraude, pero es un principio de justicia material como protección a una de las partes en el grupo de contratos. *Ibid.*, pp. 30-34.

⁷⁷ Pasquau Liaño. Ob. cit., pp. 100-101, en referencia a la acción directa como categoría autónoma en el derecho español.

⁷⁸ En igual sentido se pronuncia Ordoqui Castilla y agrega que subyacen razones de orden práctico para evitar el desgaste judicial que resulta de una doble demanda, primero contra el deudor de su deudor y luego contra su deudor, para la satisfacción del crédito. Ordoqui Castilla, Gustavo. *Tratado de Derecho de los Contratos*. Tomo VII. Montevideo: AMF, IJ Editores y Ediciones del Foro, 2017, p. 499.

sobre los bienes o frutos del deudor existentes en la finca se vería truncado ante un subarriendo si no se dota al arrendador de una acción directa contra el subarrendatario, evitándose así la frustración de su crédito. En el mandato, la protección del patrimonio del mandante en riesgo por las actuaciones del sustituto actuante sin expresa autorización de su parte, pero tampoco bajo su prohibición, supuesto en el que sí existe acción directa.

CAPÍTULO II

LA IMPLANTACIÓN DE LA ACCIÓN DIRECTA EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

2.1 En la responsabilidad civil se busca la prevención del daño y el resarcimiento de la víctima antes que la sanción del responsable

La responsabilidad tuvo como objetivo en sus comienzos la sanción del responsable por su conducta ilícita. Se prestaba más atención al responsable que al afectado⁷⁹. Muestra de ello es la redacción de los artículos sobre la responsabilidad de nuestro Código Civil que hacen referencia a “el que ha cometido un delito o culpa” (art. 2341), “es obligado a la indemnización” (art. 2343), “si un delito ha sido cometido por dos o más personas” (art. 2344), “el ebrio es responsable” (art. 2345), “toda persona es responsable” (2347), entre otros, que enfatizan en el sujeto responsable del ilícito antes que en la víctima. De esta manera, el precepto de Ulpiano de no dañar (*alterum non lædere*) era dirigido como prohibición al actor y su inobservancia llevaba al castigo de la conducta reprochable⁸⁰. Este contenido sancionador aproximaba la responsabilidad civil al derecho penal, incluso en su terminología, y por ello el capítulo II del título IV del libro III del Código Civil francés se tituló “De los delitos y cuasidelitos”⁸¹.

Después, y gracias al humanismo, la atención se desvía hacia la víctima en procura de su reparación⁸². Es la magnificación de la persona en todas sus facetas y aquel precepto de “no dañar” se traduce en el derecho a que no sea perjudicada. Entra así la nueva función de la responsabilidad civil llamada “tutela resarcitoria”. Se busca la reparación del daño en todas sus formas y se habla de una reparación integral en aras de llevar, en lo posible, a la víctima al estado en que se encontraba antes del hecho lesivo⁸³. El legislador actual,

⁷⁹ “Se miraba de manera prevalente al agente del mismo (del daño) y no a la víctima o al damnificado, *recta vía*, como hoy acontece”. Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. “El deber de mitigar el daño ya producido en el Derecho Privado y su estrecha relación con el deber de evitarlo. Aproximación Internacional”. *Revista de Derecho de Daños*, t. 2016-2, p. 75.

⁸⁰ Por ello, el daño debía recaer en el sujeto que lo ha provocado con intención o con culpa, y ahí se consolidó el principio “no hay responsabilidad sin culpa” aplicado por las codificaciones del siglo XIX y principios del siglo XX. Con posterioridad se incluyeron entre los responsables a quienes participaron en la creación del “riesgo” generador del daño ligado al ejercicio de actividades peligrosas. Alpa, Guido. *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil*. (trad. Leysser L. León). Lima: Jurista Editores, 2006, pp. 202-203.

⁸¹ Alterini, Atilio Aníbal. *Treinta Estudios de Derecho Privado*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Temis, 2011, p. 401. Al igual, en nuestro Código Civil el título XXXIV sobre la responsabilidad civil extracontractual se denomina “Responsabilidad común por los delitos y las culpas”.

⁸² La transformación del derecho de la responsabilidad puede tener igualmente origen en el proceso de socialización del derecho privado que es consecuencia de la metamorfosis de la propiedad, sobre el particular. Cfr., Cortés Moncayo, Edgar. “Constitución y responsabilidad civil. Una relación ambivalente”. *Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia*, N° 11, 2006, p. 172.

⁸³ Para Alterini es el tercer modelo (después de la culpa y el riesgo) en que el derecho se preocupa más de la víctima que del autor del daño y el derecho de daños centra en aquella su atención. Ob. cit., pp. 404-405. Sobre la tutela de la persona, cfr., Koteich Khatib, Milagros. *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, y Cortés Moncayo, Edgar. *Responsabilidad civil y daños a la persona*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

caracterizado por su sensibilidad colectiva y social, busca la protección de la persona, desprotegida y desvalida en los códigos decimonónicos⁸⁴.

Con las nuevas actividades del mundo actual, las modernas tecnologías y otras formas de colaboración económica se aumentaron los riesgos porque hay probabilidad de causar más y mayores daños. A su vez, con las afectaciones al medioambiente, a la salud y a los derechos personalísimos el resarcimiento se tornó insuficiente. Muchas veces es imposible lograr con la reparación, por más integral que sea, el restablecimiento a la situación anterior. Las indemnizaciones no hacen justicia y las afectaciones extrapatrimoniales se vuelven irreparables. Hubo que cambiar la concepción de que el derecho y la responsabilidad cumplen su cometido con la reparación, bajo un claro sentido materialista a reevaluar, para que ese lugar sea ocupado por la protección a la persona con un criterio más humanista⁸⁵.

Se hace necesario entonces acudir a la prevención para que, en lo posible, el daño no se presente. Es mejor prevenir que reparar, prevención que no solo significa evitar el daño sino también mitigarlo, aminorarlo o no agravarlo⁸⁶. En la evitación no hay daño, solo un riesgo a eliminar, con lo que la idea tradicional del daño como elemento esencial de la responsabilidad debe revisarse. Hoy no podemos afirmar que sin daño no hay responsabilidad, porque ante la amenaza latente hay que adoptar las medidas necesarias para que el daño no se materialice y sus costos debe asumirlos quien la origina. Pero no todos los daños pueden ser evitados, por lo que subsisten ambas funciones, preventiva y reparadora, o se complementan, la una con aplicación previa y la otra posterior al daño. Incluso, la función sancionatoria no ha desaparecido y se mantiene dado el interés de que las indemnizaciones a cargo del responsable preventivo lo animen a no incurrir de nuevo en la conducta ilícita⁸⁷.

⁸⁴ Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. *Derecho de Seguros*. Tomo IV. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana - Temis, 2013, p. 494.

⁸⁵ Sobre la función preventiva de la responsabilidad civil, vid. Jaramillo Jaramillo, “El deber de mitigar el daño ... Ob. cit.

⁸⁶ Le Tourneau enfatiza en el peligro que representa el paso del deber preventivo, con un enfoque racional fundado en el riesgo evaluado y advertido, a un principio de precaución basado en riesgos hipotéticos e inverificables, que puede paralizar los avances científicos y el emprendimiento audaz. Es el miedo al progreso por sus consecuencias cuestionables y no comprobadas, muchas de ellas provenientes de movimientos ecologistas. Con el principio precautorio, Pierre y Marie Curie no hubieran adelantado sus investigaciones sobre el radio, Pasteur no hubiera desarrollado el suero antirrábico o Carpentier habría sido incapaz de implantar prótesis de corazón totalmente artificial. Hay que dejar que los investigadores, inventores y empresarios audaces continúen modificando el mundo. Le Tourneau, Philippe. “Evolución de la responsabilidad civil: ¿de la prevención a la precaución?” (trad. Pascual Alferillo). *Revista Iberoamericana de Derecho Privado*, núm. 4, 2016. Sobre la carga de mitigar el daño en la responsabilidad civil, cfr., San Martín Neira, Lilian C. *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño. Estudio histórico-comparado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

⁸⁷ Anzoátegui sostiene que la orientación de la responsabilidad civil no es solo resarcitoria ni excluyente de la función sancionatoria. Muchas veces al definir la responsabilidad o la indemnización, el sistema toma como criterio la reprochabilidad de la conducta y no el daño causado. Así queda claro que los objetivos actuales de la responsabilidad civil son la sanción, la reparación y prevención. Pero también pretende la eficiencia económica bajo un sistema de incentivos, minimización de costos, eficiencia en la causación de daños, motivación de las transacciones socialmente beneficiosas, entre otros. Y con fundamento en esto último razona que si el beneficio obtenido con el daño es menor a la obligación de reparar, provoca

Esta tutela preventiva fue acogida por el Código Civil y Comercial de Argentina, en vigencia a partir de agosto de 2015, como una de las funciones de la responsabilidad civil, juntamente con la reparación⁸⁸. También fijó el deber de toda persona de evitar el daño, de aminorarlo o de no agravarlo si ya se produjo, con la carga para el causante de asumir los gastos que demanden tales medidas. Hay que propender por los deberes de conducta de la persona, incluida la víctima, para asumir un papel activo ante el daño con el fin de disminuirlo⁸⁹. Se tiene como una figura de origen procesal en las acciones de tutela por la amenaza a derechos fundamentales y en las medidas cautelares para evitar el daño o su extensión, llevada ahora al campo sustancial⁹⁰.

La función preventiva no tiene consagración legislativa en el Código Civil colombiano, pero la doctrina la aplica en el ámbito de la responsabilidad civil⁹¹ y sostiene la imposibilidad de tolerar actitudes pasivas y de egoísmo frente a los agravios y lesiones que perjudican los derechos de otros⁹². A lo que agregamos que este deber de conducta también atañe a la víctima, porque no puede asumir una posición inactiva en espera de la

incentivos en el agente de no dañar, mientras sí tendría incentivo para dañar si la proporción fuera a la inversa. Tratándose de daños culposos, se incentivan las medidas preventivas si su costo es inferior al daño que pueda provocar. Anzoátegui, Ignacio. “Algunas consideraciones sobre las funciones del derecho de daños”. En Bernal Pulido, Carlos y Fabra Zamora, Jorge (ed.), *La filosofía de la responsabilidad civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 282-321. Se trata de un interesante análisis económico del derecho de daños que debiera aplicarse en nuestro medio a los famosos carteles empresariales de los papeles suaves, el cemento, los cuadernos, los pañales, el arroz, el azúcar, entre otros, con acuerdos artificiales de precios en perjuicio de los consumidores y por los cuales la Superintendencia de Industria y Comercio impuso cuantiosas multas con beneficios por delación. Pero quedaron en la impunidad para el resarcimiento de las pérdidas a los compradores, lo que sumada a la superación del beneficio económico sobre los montos de las sanciones, incentiva las conductas empresariales ilícitas.

⁸⁸ Artículo 1708: “Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación”.

⁸⁹ Artículo 1710: “Deber de prevención del daño Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo”. Sobre el artículo mención, cfr., Galdós, Jorge Mario. “Artículo 1710”. En *Código Civil y Comercial de la Nación comentado dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti*. Tomo VIII. Buenos Aires- Santa Fe: Rubinzal- Culzoni Editores, 2015, pp. 294 y ss., quien afirma que en el citado artículo “se consagra deber de actuar para evitar causar a las personas y a las cosas un daño no justificado, es decir, de adoptar las conductas positivas o de abstención conducentes para impedir su producción o agravamiento. Ello así en la medida que esa conducta dependa de la persona (‘en cuanto de ella dependa’, dice la norma) y en base a los dos parámetros: la buena fe y la razonabilidad, lo que implica analizar las circunstancias de cada caso”.

⁹⁰Cfr. Jalil, Julián Emil, *Teoría general de la responsabilidad civil*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2020, pp. 57-58.

⁹¹ Igual sucede en el derecho español, mientras la jurisprudencia francesa niega el principio de mitigación, lo que es reprochable. Otros países consagran en sus legislaciones el deber de los terceros, en especial de las víctimas, de mitigar o aminorar el daño, entre ellos Alemania, Suiza, Austria, Italia, Holanda, Rumanía, Bolivia y Perú, así como la Convención de Viena y el Reglamento de la Unión Europea. Jaramillo Jaramillo. “El deber de mitigar el daño... Ob. cit., pp. 137 y ss.

⁹² “El Derecho ha dado férreas muestras de no tolerar la pasividad, la indolencia, la indiferencia, el cinismo, la incoherencia, la deslealtad, la indecencia, y el egoísmo a ultranza, particularmente cuando se erigen en percutores de agravios y lesiones que menoscaban derechos y prerrogativas legítimas de otros”. *Ibíd.*, p. 83.

consolidación del daño para reclamar el resarcimiento del agente responsable. A ella también le corresponde procurar su no extensión, so pena de ver reducida la indemnización en la proporción de lo que no evitó pudiendo hacerlo.

El derecho de seguros no es ajeno al principio de prevención al establecer la obligación del asegurado de evitar la extensión y propagación del siniestro, así como la obligación del asegurador de asumir los costos razonables en que incurra el asegurado para tal fin⁹³. Si el asegurado no evita los daños que no se hubiesen producido con su intervención, el asegurador queda eximido de reconocerlos. Al ser una norma de carácter general para todos los seguros, se hace extensiva al seguro de responsabilidad civil. La obligación también se aplica a la víctima por su carácter de beneficiaria y por el principio de prevención al que nos hemos referido.

2.2 Origen y evolución del seguro de responsabilidad civil

Antiguamente se consideró el seguro de responsabilidad civil como inmoral. No se concebía que alguien causara un daño por culpa y el asegurador asumiera las consecuencias económicas de su conducta, razón por la que fue rechazado por legisladores y tribunales⁹⁴. Solo a través de un largo proceso de transformación del concepto de responsabilidad se logró configurarlo como un nuevo tipo de seguro⁹⁵. Conocido como “el seguro de la culpa”, su aparición, por aceptación jurisprudencial, data de mediados del siglo XIX⁹⁶.

Las primeras pólizas de seguro de responsabilidad civil surgieron bajo la modalidad de reembolso, lo que implicaba el pago previo del asegurado a la víctima y el reintegro posterior por el asegurador. Esto representaba un problema para el asegurado en situaciones de iliquidez o insolvencia, mientras que el asegurador no podía intervenir en la determinación de responsabilidad del asegurado ni en la cuantificación del daño. Se temía una colusión entre el asegurado y el tercero, el reconocimiento de responsabilidades inexistentes o dudosas y el pago por sumas superiores al daño real causado. Se trataba de un seguro reparador en beneficio del asegurado, con la víctima y

⁹³ C.Co., art. 1074: “Ocurrido el siniestro, el asegurado estará obligado a evitar su extensión y propagación, y a proveer al salvamento de las cosas aseguradas. El asegurador se hará cargo, dentro de las normas que regulan el importe de la indemnización, de los gastos razonables en que incurra el asegurado en cumplimiento de tales obligaciones”.

⁹⁴ Además, en la concepción de todo seguro se tenía como riesgo asegurable solo el caso fortuito.

⁹⁵ Reglero Campos, Fernando. “El seguro de responsabilidad civil”. En *Tratado de responsabilidad civil*. Tomo I. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2008, p.1350.

⁹⁶ Mediante sentencia de la Corte de París de 1 de julio de 1845. “Desde entonces, la validez del seguro de responsabilidad civil ha sido afirmada siempre”. Mazeaud, Henri y León, y Tunc, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1993, p. 157. Esto en cuanto al seguro terrestre, porque en materia marítima existía un seguro de responsabilidad del naviero por las culpas del capitán y la tripulación, es decir, por el hecho ajeno. *Ibíd.* pp. 155-156.

su daño relegados a un segundo plano⁹⁷, y se prohibía al asegurado manifestar al tercero la existencia del seguro para no estimular las reclamaciones⁹⁸.

El trámite de reclamo fue modificado para obviar estos inconvenientes y obtener la intervención activa del asegurador en la verificación de la responsabilidad del asegurado, la colaboración en su defensa judicial y la determinación de la suma indemnizable. Así se permitió el trato directo entre asegurador y víctima, como también el pago del siniestro sin afectar el patrimonio del asegurado con el desembolso como requisito previo. Además, se eliminó la prohibición de informar al tercero la existencia del seguro, para establecer en su lugar el deber de suministrarle los datos del seguro de responsabilidad civil. De esta manera, pasamos de una fase “egoísta” a otra más social. El seguro de responsabilidad civil se vuelve un seguro preventivo, antes que reparador, desde la óptica del patrimonio del asegurado que ya no se verá afectado por el pago al tercero y la espera del reintegro por el asegurador.

2.3 Los favorecidos en el seguro de responsabilidad civil

Bajo este nuevo esquema el interrogante es si estamos ante un seguro a favor del asegurado o de terceros. No hay consenso ya que algunos rechazan la idea de que sea un seguro a favor de la víctima con el argumento de que no estamos ante una estipulación en favor de otro⁹⁹. Es la posición mayoritaria de la doctrina española al afirmar que: (i) no existe la intención de favorecer a un tercero; (ii) no hay aceptación del tercero, y (iii) el tercero no está determinado¹⁰⁰. Pero se trata de una confusión, Una cosa es un contrato a favor de terceros por mandato legal, como sucede en Francia, España y Colombia con el seguro de responsabilidad civil, al conferirle a la víctima el carácter irrevocable de beneficiaria y con acción para reclamar de manera directa al asegurador su indemnización. Otra distinta es la estipulación en favor de otro por vía convencional con la intención del estipulante de beneficiar a un tercero y con la posibilidad de revocarla si este aún no la ha aceptado. Es imposible afirmar que el seguro de responsabilidad civil no es un contrato a favor de terceros porque no cumple con los requisitos de la estipulación para otro. El seguro de responsabilidad civil, como un seguro a favor de terceros, es distinto a la estipulación para otro¹⁰¹.

⁹⁷ Calzada Conde, María Ángeles. *El seguro de responsabilidad civil*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2005, pp. 14-15.

⁹⁸ Morandi, Juan Carlos Félix. *Estudios de Derecho de Seguros*. Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1971, p. 385.

⁹⁹ En tal sentido se pronuncian: Stiglitz, Rubén S. y Stiglitz, Gabriel A. *Derecho de Seguros*. Tomo IV. Buenos Aires: La Ley, 2008, pp. 36-37; Morandi. Ob. cit., pp. 398- 400, y Reglero Campos. Ob. cit., p. 1359. Para Perán Ortega es un contrato a favor de terceros con una naturaleza especial propia, pues no le es aplicable el régimen para este tipo de contrato. Perán Ortega, Juan. *La responsabilidad civil y su seguro*, Madrid: Tecnos, 1998, p. 122.

¹⁰⁰ Reglero Campos. Ob. cit., p. 1360.

¹⁰¹ Sin embargo, para Reglero Campos la discusión es más teórica que práctica, porque ante la acción directa la víctima no necesita servirse de los contratos a favor de terceros (refiriéndose a los contratos que contienen una estipulación para otro). *Ibíd.*, pp. 1360-1361.

En algunas legislaciones sobre el seguro de responsabilidad civil se consagró la obligación del asegurador de mantener indemne al asegurado, como es el caso de Italia¹⁰², Argentina¹⁰³ y Perú¹⁰⁴; mientras en Alemania se fijó el resarcimiento al asegurado de lo que este haya de entregarle a un tercero¹⁰⁵. Otras establecieron la indemnización de la víctima a cargo del asegurador, tal como sucede en Francia¹⁰⁶, México¹⁰⁷ y España¹⁰⁸. Para la doctrina hay que distinguir entre seguros de responsabilidad civil voluntarios y obligatorios para fijar sus objetivos por separado. En los voluntarios, el tomador tiene la intención de proteger su patrimonio, mientras los obligatorios benefician a la víctima porque así lo dispuso la ley¹⁰⁹. Nos apartamos de estas consideraciones subjetivas ante la dificultad de demostrar la intención del sujeto al tomar el seguro. Más bien hay que decir que la obligatoriedad del seguro de responsabilidad se establece por el legislador pensando más en las víctimas que en el beneficio del asegurado. Pero independiente de todo ello, están los resultados objetivos del beneficio conjunto para el asegurado y la víctima¹¹⁰.

Se protege al asegurado con la indemnidad de su patrimonio, así se diga que es un seguro a favor de terceros. Mucho mejor si existe la posibilidad de la acción directa, porque será un fin preventivo para no afectarlo y no deba esperar el reembolso del asegurador de la suma que pagó al tercero. Pero aún ante el objetivo resarcitorio del tercero con la exigencia del pago previo, como sucedía en épocas pasadas y subsiste en Alemania, también se protege el patrimonio del asegurado, lo que constituirá siempre el interés asegurable en el seguro de responsabilidad civil. Si el riesgo de la afectación material del

102 C.C., art. 1917: “En el seguro de responsabilidad civil el asegurador está obligado a mantener indemne al asegurado de cuanto este, como consecuencia del hecho acaecido durante el tiempo del seguro, deba pagar a un tercero, con sujeción a la responsabilidad fundada en el contrato”.

103 L. 17.418/1967, art. 109: “El asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato, a consecuencia de un hecho acaecido en el tiempo convenido”.

104 L. 29946/2012, art. 105: “El asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado de cuanto este debe pagar a un tercero, en razón de la responsabilidad prevista en el contrato, a consecuencia de un hecho dañoso acaecido en el plazo convenido”.

105 L. may. 30/1908, art. 109: “En el seguro de responsabilidad civil, el asegurador está obligado a resarcir al asegurado las prestaciones que este, sobre la base de su responsabilidad, haya de entregar a un tercero como consecuencia de un hecho acaecido durante el periodo de seguro”.

106 L. jul. 13/1930, art. 50 (reproducido por el CS de 1976, art. 124-1): “En el seguro de responsabilidad civil, el asegurador no está obligado más que si a consecuencia de un hecho dañoso previsto en el contrato, una reclamación amigable o judicial es hecha al asegurado por un tercero lesionado”.

107 L. de 1935, art. 145: “En el seguro contra la responsabilidad civil, la empresa se obliga a pagar la indemnización que el asegurado deba a un tercero a consecuencia de un hecho que cause un daño previsto en el seguro”.

108 LCS., art. 73: “Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecido en la ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho”.

109 Calzada Conde. Ob. cit., p. 135.

110 Sobre el beneficio para asegurado y víctima del seguro de responsabilidad civil, cfr. Sánchez Calero, Fernando. *Ley del Contrato de Seguro*. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 1119; Veiga Copo, Abel B. *Tratado del contrato de seguro*. Tomo II. Cizur Menor: Thomson Reuters Civitas, 2017, pp. 430-432, y Calzada Conde. Ob. cit., pp. 14-17.

asegurado por su responsabilidad ante el daño ocasionado a un tercero no existe, no habrá seguro por la falta de riesgo como elemento esencial del contrato.

Pero también se beneficia a la víctima, aunque se mencione como un seguro a favor solo del asegurado. El resarcimiento de sus daños es un derecho que tendrá frente al asegurador del responsable por cualquiera de las vías procesales (acción directa o indirecta por la reclamación del afectado al responsable y este al asegurador). No se someterá así al fracaso de su pretensión ante responsables insolventes. En la época actual las víctimas ocupan la atención preponderante del derecho y muchos más si están en situación de vulnerabilidad. Por eso se ha querido que el seguro de responsabilidad civil se constituya en el medio eficaz para la reparación de sus daños padecidos de manera injusta. Mucho más cuando se cuenta con el mecanismo de la acción directa contra el asegurador que agiliza la reclamación y la reparación, sin necesidad de demandar al asegurado responsable.

2.4 Surgimiento de la acción directa en el seguro de responsabilidad civil en el derecho europeo y latinoamericano

El principio de la relatividad del contrato impedía a la víctima dirigirse contra el asegurador del responsable en procura su indemnización porque era una persona extraña al contrato de seguro¹¹¹. La única vía que tenía era proceder contra el asegurador ejerciendo la acción del asegurado, su deudor, es decir, la acción oblicua. Pero existía el inconveniente de que la prestación debía ingresar al patrimonio del deudor subrogado y someterse a la afectación de todos sus bienes al pago de sus acreedores, por lo que en caso de insolvencia del asegurado se veía obligada a compartir con ellos la indemnización recibida del asegurador¹¹². De ahí que la acción oblicua no fuera efectiva y la víctima no encontraba una vía expedita para obtener la reparación. La jurisprudencia abrió el camino para salir del obstáculo con sentencias que permitieron el cobro de la víctima al asegurador.

El legislador francés dispuso en 1930 que el asegurador solo podía pagarle al perjudicado no resarcido y hasta el tope de la suma asegurada¹¹³. Aunque no la llamó acción directa,

¹¹¹ Sobre los antecedentes de la acción directa, vid. Mazeaud – Tunc. Ob. cit. pp. 288 y ss.

¹¹² De ahí surgieron diversas teorías encaminadas a propiciar una reclamación de la víctima al asegurador como el enriquecimiento sin causa, descartada porque el enriquecimiento de los demás acreedores está justificado por el derecho de prenda genérica, y la estipulación en favor de un tercero, desechada porque el asegurado quiere proteger su propio patrimonio y no asegurar a la víctima. *Ibid.*, pp. 290-291.

¹¹³ L. jul. 13/1930: “El asegurador no puede pagarle a nadie distinto del tercero lesionado la totalidad o parte de la suma debida por él, mientras ese tercero no haya sido resarcido, hasta concurrencia de dicha suma, de las consecuencias del hecho dañoso que haya llevado consigo la responsabilidad del asegurado”. Si bien se considera esta disposición como la primera consagración legislativa que se tiene sobre la acción directa, existen otros antecedentes legales en Francia, que podríamos denominar “indirectos”, como la L. feb. 19/1989, art. 3, par. 2, que prohibió en el seguro de incendio pagarle al asegurado mientras la víctima (propietario del bien arrendado o vecino) no fuera indemnizada. Después se interpretó por los tribunales de forma más amplia al imponer al asegurador el pago a la víctima para liberarse. Otro fue la L. may. 28/1913, que modificó el art. 2.102 del Código Civil agregándole el párrafo 8º, al asignarle un privilegio al lesionado o sus derechohabientes en el seguro de accidentes sobre la indemnización debida por el asegurador, así el pago al asegurado no era liberatorio mientras no se pagara la víctima. Frente a estas

la jurisprudencia fue enfática en afirmar que el derecho de la víctima no se funda en el contrato, porque no le atribuye a la víctima ningún derecho, sino por ministerio de la ley que por la culpa del asegurado le concede a la víctima acción contra el asegurado y el asegurador¹¹⁴. Después y ante la necesidad de acoger las directivas europeas, se estableció la acción directa en el seguro de responsabilidad civil por accidentes de tránsito¹¹⁵.

El legislador español incorporó en 1962 la acción directa en el seguro obligatorio de automóviles¹¹⁶. Luego la extendió a otros seguros obligatorios de responsabilidad civil¹¹⁷. En 1980 la fijó para el seguro de responsabilidad civil en general¹¹⁸. Hay que reconocer el importante papel que desempeñó la jurisprudencia en el reconocimiento de la acción directa hasta llegar a su consagración legal. Desde la década de 1930 los tribunales españoles aceptaron la reclamación de la víctima al asegurador como una figura propia de la esencia del seguro de responsabilidad civil, hasta el punto que para la doctrina actual la ley solo viene a reconocer un derecho derivado de las exigencias del contrato¹¹⁹.

En el derecho italiano, a pesar de acoger el texto de la acción directa del Código Civil francés de 1804 para los contratos de obra, arrendamiento y mandato, no la consagró para el seguro de responsabilidad civil. Allí este es a favor del asegurado y el asegurador tiene la posibilidad, como un derecho, de pagarle a la víctima con aviso previo al asegurado, como una medida para su protección o debe hacerlo de manera obligatoria si el asegurado

normas la jurisprudencia concluyó que se trataba de una acción directa de la víctima contra el asegurador. Mazeaud – Tunc. Ob. cit., pp. 292-293.

¹¹⁴ A partir de la sentencia de la Corte de Casación francesa del 29 de marzo de 1939 y otras siguientes en igual sentido. *Ibid.*, pp. 298-299.

¹¹⁵ L. 1774/2007, art. L124-3: “El tercero perjudicado dispone de un derecho de acción directa contra el asegurador que garantiza la responsabilidad civil de la persona responsable”.

¹¹⁶ L. dic. 24/1962, antecedente de la actual LUCVM, RD. 8/2004.

¹¹⁷ L. 25/1964 para las actividades nucleares, L. 1/1970 y RD. 63/1994 para la caza, L. 44/2003 para profesiones sanitarias, L. 38/2011 para administradores concursales y L. 5/2012 para mediadores. Sobre los antecedentes de la acción directa en España, vid. Reglero Campos. Ob. cit., pp. 1473 y ss., y Calzada Conde, Ob. cit., pp. 119 y ss.

¹¹⁸ LCS., art. 76: “El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar...”.

¹¹⁹ Así, por ejemplo, Calzada Conde menciona una sentencia de 21 de junio de 1931 del TSE que reconoce “la perfecta procedencia de la acción que se utiliza” para transigir con los terceros perjudicados, y otra de 4 de noviembre de 1932 que, aunque niega la acción directa, reconoce el derecho del tercero a reclamar al asegurador de forma subsidiaria. Ob. cit., pp. 120-121.

así se lo requiere¹²⁰. Pero sí existe en los seguros de responsabilidad civil obligatorios, como es la tendencia europea¹²¹.

Otros ordenamientos jurídicos reconocen la existencia de la acción directa con características especiales. En Suiza, la víctima tiene un derecho de prenda sobre la deuda del asegurado y el asegurador puede pagar directamente al tercero¹²². En el derecho alemán está prohibido el acto de disposición sobre la indemnización a cargo del asegurador¹²³. En la legislación belga se acepta la acción directa para el seguro de responsabilidad civil en general con un régimen de oponibilidad de excepciones diferente para el seguro obligatorio y voluntario¹²⁴.

En el ámbito latinoamericano la acción directa adquiere diversos matices y es negada en algunos ordenamientos¹²⁵. México fue el primer país en crearla en América en 1935 por vía legislativa otorgando a la víctima el derecho a la indemnización por siniestro considerándola como beneficiaria del seguro¹²⁶. Este precepto fue adoptado por las legislaciones de Honduras¹²⁷, Guatemala¹²⁸ y El Salvador¹²⁹. En Perú, se tiene como finalidad del seguro de responsabilidad civil la indemnidad del asegurado, existe la acción directa, pero con la presencia del asegurado en el proceso en calidad de codemandado¹³⁰ y se consagra de manera expresa la solidaridad entre asegurador y asegurado en el código civil¹³¹.

¹²⁰ C.C., art. 1917: “En el seguro de responsabilidad civil, el asegurador está obligado a indemnizar a la persona asegurada por lo que tiene que pagar a un tercero como consecuencia del hecho que ocurrió durante el período del seguro, dependiendo de la responsabilidad deducida en el contrato (2952). Se excluyen los daños resultantes de actos maliciosos (2767). El asegurador tiene el derecho, previa comunicación al asegurado, de pagar la indemnización debida directamente al tercero lesionado, y está obligado a pagar directamente si el asegurado lo solicita (...)”. El art. 2767 establece un privilegio para la víctima sobre la indemnización debida por el asegurador, pero aquella solo puede demandar al asegurado quien llamará en garantía a su asegurador.

¹²¹ Alarcón Fidalgo, Joaquín y Benito Osma, Félix. “La acción directa en los seguros de responsabilidad civil: conveniencia e inconveniencia, tendencias legislativas actuales. El sistema español”. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, vol. 27, núm. 48, 2018, pp. 19-22.

¹²² LSCS., art. 60.

¹²³ LCS., art. 156.1.

¹²⁴ LCS., art. 83.2. Para todos, *Ibid.*, y Sánchez Calero. *Ob. cit.*, pp. 1210 – 1218.

¹²⁵ Sobre la acción directa en el seguro voluntario de responsabilidad civil y obligatorio de automóviles, vid. Jaramillo Jaramillo, *Derecho de Seguros*, Tomo IV. *Ob. cit.*, pp. 492-561.

¹²⁶ LCS., art. 147. A pesar de ello, para la doctrina y la jurisprudencia de ese país se requiere la declaratoria previa de la responsabilidad del asegurado como requisito para que el asegurador deba indemnizar a la víctima. Vid. Medina Magallanes, Pablo. *Ley sobre el contrato de seguro*. México DC: Editorial Porrúa, 2015, pp. 311-320.

¹²⁷ C.Co., art. 1211.

¹²⁸ C.Co., art. 986.

¹²⁹ C.Co., art. 1428.

¹³⁰ L. 29946/2012, arts. 105 y 110.

¹³¹ C.C., art. 1987.

En Chile fue objeto de amplio debate la inclusión de la acción directa en la ley regulatoria del contrato de seguro del año 2013¹³². Al final se aprobó con la exclusión de la denominación de acción directa, pero se dejó la posibilidad de que el asegurador pague a la víctima por sentencia judicial o por transacción del asegurado con su aprobación. En estos términos, la doctrina ha considerado que sí existe la acción directa y porque al definir el seguro de responsabilidad civil se obliga al asegurador a indemnizar a la víctima por los perjuicios causados por el asegurado¹³³.

En el derecho argentino hay controversia sobre si existe o no acción directa. En la legislación de seguros se creó una figura en la que el damnificado puede citar en garantía al asegurador hasta que se reciba la causa a pruebas y el asegurado también puede hacerlo en el mismo plazo con idénticos efectos¹³⁴. Para algunos es una acción directa de características peculiares en la interpretación de la norma, porque permite a la víctima acudir ante el asegurador sin necesidad de recurrir a otros mecanismos¹³⁵. Otros, por el contrario, la niegan y dicen que se trata de un típico mecanismo de legitimación procesal y no material¹³⁶.

La legislación paraguaya sobre el seguro de responsabilidad civil tiene similitud con la regulación argentina¹³⁷. En Bolivia se implantó la acción directa pero solo en los casos de ausencia, fuga impedimento o muerte del asegurado¹³⁸. Brasil no tiene prevista la acción directa en la parte de la codificación civil correspondiente al seguro de responsabilidad civil¹³⁹, pero sí para el seguro de responsabilidad legal obligatorio¹⁴⁰.

¹³² L. 20.667/2013 que reemplazó el Título VIII, Libro II, del Código de Comercio proyecto de ley del año 2013 sobre el contrato de seguro expedida la Ley 20.667 de 9 de mayo de 2013 que regula el contrato de seguros y reemplazó el Título VIII del Libro II del Código de Comercio

¹³³ C.Co., art. 570. Contreras Strauch, quien propuso al Senado el texto de este artículo con la mención expresa de la acción directa pero excluida por fuerte oposición del legislativo, opina que hoy existe la acción directa en Chile porque el pago lo debe hacer el asegurador a la víctima, esta detenta el carácter de beneficiaria del seguro de responsabilidad civil, tiene el derecho de cobrarle al asegurador y la prescripción de la acción emanada del seguro de responsabilidad civil depende del plazo del tercero para demandar al asegurado. Contreras Strauch, Osvaldo. *Derecho de seguros*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2015, pp. 436 – 445. En igual sentido, Corral Talciani, Hernán. “La interposición de la acción directa implícita del tercero perjudicado en contra del asegurador de responsabilidad civil en el nuevo régimen de seguros chileno”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, núm. 2, 2015, pp. 397–422.

¹³⁴ L. 17.418/1967., art. 118.

¹³⁵ Comparten esta tesis, Halperin, Isaac. *Lecciones de seguros*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997, p. 93; Morandi. Ob. cit., pp. 425-435, y Meilij, Gustavo Raúl. *Seguro de responsabilidad civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1992, pp. 155-156.

¹³⁶ Es la opinión de Stiglitz. Ob. cit., pp. 514- 523, y Roitman, Horacio. *El seguro de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Ediciones Lerner, 1974, pp. 190-192.

¹³⁷ C.C., art. 1652.

¹³⁸ C.Co., art. 1090.

¹³⁹ C.C., art. 787.

¹⁴⁰ C.C., art. 788. El último proyecto de ley presentado al Congreso Nacional para regular el contrato de seguro en Brasil (PL. 8.034/2010) contemplaba la acción directa para el seguro de responsabilidad civil, pero recibió críticas por transgredir el principio de la relatividad contractual. Barroso de Mello, Sergio Ruy. “Proyecto de ley de contrato de seguro en el derecho brasileño. Análisis crítico y constructivo de la pertinencia de la norma legal propuesta”. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, vol. 23, núm. 41, 2014, pp. 259-260.

PARTE II

LA ACCIÓN DIRECTA EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO COLOMBIANO

SUMARIO: Capítulo I- El origen e intereses en Colombia de la acción directa en el seguro de responsabilidad civil. 1.1 Los antecedentes normativos del seguro de responsabilidad civil lo consideraron como un seguro solo a favor del asegurado. 1.2 El seguro de responsabilidad civil como un seguro a favor de terceros y la implantación de la acción directa sin olvidar la protección del asegurado. 1.3 El seguro de responsabilidad civil no es un seguro por cuenta o de estipulación para otro. Capítulo II- El ejercicio de la acción directa en el seguro de responsabilidad civil para lograr su propósito. 2.1 El deber de información del asegurado sobre la existencia y contenido del seguro de responsabilidad civil a la víctima. 2.2 Lo que debe entenderse como carga de la prueba de la víctima sobre la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida para el perfeccionamiento del reclamo. 2.2.1 La prueba del siniestro. 2.2.1.1 Modalidad de ocurrencia. 2.2.1.2 Modalidad de reclamación o claims made. 2.2.2 La prueba de la cuantía de la pérdida. 2.3 Los intereses moratorios por el no pago oportuno de la reclamación. 2.4 La acción ejecutiva por falta de pago o de objeción a tiempo 2.5 La prescripción de la acción directa. 2.6 La exclusión de cobertura de los daños extrapatrimoniales, el lucro cesante, la responsabilidad contractual y la culpa grave. 2.6.1 La exclusión de los daños extrapatrimoniales. 2.6.2 La exclusión del lucro cesante. 2.6.3 La exclusión de la responsabilidad civil contractual. 2.6.4 La exclusión de la culpa grave. 2.7 No es necesaria la vinculación del asegurado al proceso judicial para determinar su responsabilidad 2.8 La solidaridad entre asegurador y asegurado frente a la víctima reclamante. Capítulo III- Acciones complementarias en el seguro de responsabilidad civil. 3.1 La necesidad de demandar al asegurado para el cobro del excedente del valor asegurado y el deducible. 3.2 El pago de la indemnización del asegurado a la víctima por la objeción del asegurador al reclamo o por su espera a la sentencia judicial. 3.3 El asegurado debe llamar en garantía a su asegurador cuando es demandado por la víctima. 3.4 La defensa del asegurado, los gastos de defensa y el reconocimiento de su responsabilidad. 3.4.1 La defensa del asegurado. 3.4.2 Los gastos de defensa. 3.4.3 El reconocimiento de la responsabilidad por el asegurado.

Resumen. Sentadas las bases de la acción directa general dentro del derecho civil, así como sus inicios en el ámbito asegurador europeo y latinoamericano mediante su inclusión en el seguro de responsabilidad civil, abordamos su estudio en nuestro país desde su consagración legislativa mediante la L. 45/1990, con breve referencia a la reglamentación de este seguro en el Código de Comercio de 1971. A partir de allí, usamos un enfoque práctico con el planteamiento de la forma más adecuada para que la acción directa logre su finalidad de protección de asegurados y víctimas, lo que no ha estado exento de controversias. Tratamos de despejar el camino para que la reclamación, la determinación de las coberturas para la solicitud indemnizatoria y las vías procesales sean las adecuadas, así como el esclarecimiento de las acciones complementarias con los supuestos posibles de participación de los intervinientes.

CAPÍTULO I

EL ORIGEN E INTERESES EN COLOMBIA DE LA ACCIÓN DIRECTA EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

1.1 Los antecedentes normativos del seguro de responsabilidad civil lo consideraron como un seguro solo a favor del asegurado

El Código de Comercio Terrestre, vigente en Colombia de 1887 a 1971¹⁴¹, no hizo mención alguna del seguro de responsabilidad civil porque el riesgo asegurable era el caso fortuito y no se amparaban los hechos atribuibles al hombre por dolo o culpa¹⁴². No obstante, se ofrecían algunos seguros de este tipo con la autorización de la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera). En el proyecto de Código de Comercio de 1958, que no fue aprobado por el Congreso, se incluyó una reglamentación del seguro de responsabilidad civil a raíz del nuevo concepto de riesgo asegurable como un hecho incierto que no depende de la voluntad del asegurado. De esta manera, excluyó el dolo y los actos meramente potestativos del asegurado. Además, negó el calificativo de un seguro a favor de terceros y prohibió la acción directa de la víctima contra el asegurador¹⁴³.

La consagración legal del seguro de responsabilidad civil en nuestro país se dio con el Código de Comercio de 1971, que tomó como base la doctrina, la jurisprudencia y la legislación europeas sobre la materia, en especial de Francia y España, y eliminó así su proscripción. Lo estableció como un seguro que conlleva la obligación del asegurador de indemnizar los perjuicios patrimoniales que sufra el asegurado¹⁴⁴ y no lo consideró como un seguro a favor de terceros¹⁴⁵. Se trataba de una manifestación del rechazo a la acción directa, con el fin de eliminar toda posibilidad de la tesis de Jossierand de que el seguro de responsabilidad civil encierra una estipulación a favor de la víctima quien tendría así acción contra el asegurador¹⁴⁶.

¹⁴¹ Fue el mismo Código de Comercio de Chile de 1865 adoptado por el Estado de Panamá y que rigió en Colombia por mandato de la L. 57/1887.

¹⁴² C.Co.T., art. 676, con la salvedad de algunos eventos de culpa leve o levisima en el seguro de incendio. Esa era la tendencia mundial.

¹⁴³ Así lo expresó en el art. 954 del proyecto. La negativa de la acción directa tuvo como fundamento el respeto al principio de la relatividad del contrato, tal como se enunció en su exposición de motivos. Vid. ACOLDESE – ACOAS. *Antecedentes legislativos del derecho de seguros en Colombia. El contrato y la Institución*. Bogotá: Ed. Guadalupe, 2002, p. 32.

¹⁴⁴ C.Co., art. 1127: “El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que sufra el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley. Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, con la restricción indicada en el artículo 1055”.

¹⁴⁵ C.Co. art. 1133: “El seguro de responsabilidad civil no es un seguro a favor de terceros. El damnificado carece en tal virtud, de acción directa contra el asegurador”. Para este artículo se eliminó el segundo inciso del proyecto, que decía: “Este principio no obsta para que el asegurador adopte las providencias que estime conducentes a fin de evitar que el asegurado derive ganancia o lucro del contrato”. Se consideró que no tenía aplicación práctica y esa actividad podía dejarse a la iniciativa de las aseguradoras. *Ibíd.* p. 240.

¹⁴⁶ Cfr. González Agudelo, Miguel. “Principios básicos del seguro de responsabilidad civil”. En *La responsabilidad civil en el contrato de seguros*. ACOLDESE, V Encuentro Nacional, Barranquilla, 1979, p. 64.

Sin embargo, la aplicación del principio de la relatividad de los contratos en el derecho de seguros no era, ni es, tan absoluta, si tenemos en cuenta que las calidades de tomador, asegurado y beneficiario pueden estar en cabeza de diferentes personas. El hecho de que el tomador es la contraparte del asegurador¹⁴⁷, no impide que las obligaciones derivadas del contrato deban ser asumidas también por el asegurado o por el beneficiario, depende de quién esté en posibilidad de cumplirlas¹⁴⁸, mientras el asegurado tiene cubierto su patrimonio en el seguro de daños¹⁴⁹ y el beneficiario es quien recibe la prestación asegurada. Luego, otros sujetos, que no son parte en la relación contractual, tienen obligaciones y reciben beneficios del negocio jurídico.

Incluso, el acogimiento a este principio, que seguía la regla romana *res inter alios acta neque nocet neque potest*, se fue matizando por la doctrina que comenzó a abogar por una posición más flexible en búsqueda de beneficios para la víctima. Antes de cualquier modificación legal que eliminara la prohibición de la acción directa en el seguro de responsabilidad civil, comenzó una corriente que respaldó la necesidad de implantarla¹⁵⁰. Se abrió así la posibilidad para su consagración legal años más tarde.

1.2 El seguro de responsabilidad civil como un seguro a favor de terceros y la implantación de acción directa sin olvidar la protección del asegurado

El Gobierno Nacional presentó al Congreso en 1990 un proyecto de ley para la expedición de normas en materia financiera, regulación de la actividad aseguradora y

¹⁴⁷ C.Co., art. 1037.

¹⁴⁸ C.Co., art. 1041.

¹⁴⁹ C.Co. art. 1083.

¹⁵⁰ Ossa Gómez, defensor en el proyecto de Código de Comercio de 1958 del principio de la relatividad y del fin del seguro de responsabilidad civil como un seguro a favor del asegurado, dijo 20 años después: “He aquí nuestra tarea (...) enunciar y evaluar las razones que, *jure condendo* o *aun jure condito*, sustentan la acción directa del damnificado contra el asegurado en el seguro voluntario (...) todo ello en busca de claridad acerca de los derechos y obligaciones de las partes, y aún de terceros damnificados, en un contrato, como este, de tan refinado contenido jurídico (...). Personalmente atribuyo especial importancia a la acción directa de la víctima contra el asegurador en el seguro obligatorio de responsabilidad civil. Porque este se halla concebido, así en la teoría jurídica como en los textos legales que la desarrollan en otras naciones, como instrumento de protección de los terceros damnificados (...). De ahí que, ocurrido el siniestro, la víctima pueda y deba ejercer un derecho propio contra el asegurador”. Ossa Gómez, J. Efrén. Intervención inaugural. En *La responsabilidad civil en el contrato de seguros*. ACOLDESE, V Encuentro Nacional, Barranquilla, 1979, pp. 10-11. En igual forma sobre la necesidad de incluir la acción directa en el seguro de responsabilidad civil, se pronunciaron otros intervinientes en el V Encuentro Nacional de ACOLDESE, entre ellos, Alfonso Sierra, Saúl Flórez, José Pablo Navas, Hernán Fabio López y Cesar Augusto Núñez. Cfr. *Ibid.* pp. 173-182. El capítulo de Medellín afirmó en su ponencia que ya existía la acción directa en la ley con el D. 1285/1973, art. 9, reglamentario de los seguros de accidentes a pasajeros y responsabilidad civil extracontractual en el transporte terrestre automotor, porque disponía el pago del seguro directamente a los perjudicados o a sus beneficiarios. Agregó que el art. 1133 no hace una denegación absoluta de la acción directa ya que se pueden invocar otras causales para concederla a la víctima, por lo que la negativa es más aparente que real. La obligación del asegurador de mantener indemne al asegurado conlleva una indemnización para extinguir una deuda mediante el pago al acreedor y no al deudor. *Ibid.* pp. 95-100.

otras disposiciones¹⁵¹. En su exposición de motivos expresó la necesidad de darle al seguro de responsabilidad civil una connotación de protección a los damnificados acorde con la tendencia mundial¹⁵². Para tal efecto, propuso reformar el Código de Comercio en su regulación sobre el seguro de responsabilidad civil así: (i) el asegurador se obliga a indemnizar los perjuicios patrimoniales que sufra el asegurado; (ii) tiene como propósito el resarcimiento de la víctima; (iii) esta es la destinataria prioritaria de la indemnización, y (iv) se implanta la acción directa¹⁵³. En el articulado propuesto no se dijo que fuese un seguro a favor del asegurado o de terceros.

La iniciativa gubernamental fue acogida por la Cámara de Representantes¹⁵⁴, y en la ponencia favorable para primer debate en la Comisión Tercera se mantuvo la esencia de resarcir a la víctima y para ello se autorizó la acción directa¹⁵⁵. Las modificaciones a la propuesta del Gobierno fueron: (i) el asegurador se obliga a indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado¹⁵⁶; (ii) la víctima es la beneficiaria de la

¹⁵¹ Se trata de una ley hito en la legislación financiera, aseguradora, bursátil y previsional del país, que abrió las puertas a la inversión extranjera en estos campos, posibilitó la libre competencia y eliminó barreras regulatorias. En materia de seguros, además de referirse a la naturaleza y otras características del seguro de responsabilidad civil, estableció el mérito ejecutivo de la póliza, el término para el pago de la prima, la terminación automática del contrato por su falta de pago, el plazo para el pago de la indemnización y la responsabilidad del reasegurador.

¹⁵² “El seguro de responsabilidad civil también es objeto de distintas variaciones estructuradas con la perspectiva que su régimen sea de protección a los damnificados, para facilitar el pago de las indemnizaciones a las víctimas, como corresponde a las orientaciones de la doctrina internacional y a las regulaciones universales de este seguro. Se otorga así a los damnificados la posibilidad de accionar así directamente contra el asegurador de la responsabilidad civil de quien les causó un daño, enmendándose la situación actual por la cual, no obstante, la existencia de un seguro de responsabilidad civil, el damnificado debe intentar el reconocimiento de los respectivos daños frente a quien los generó y no respecto del asegurador de su responsabilidad”. ACOLDESE-ACOAS. Ob. cit., p. 298.

¹⁵³ De acuerdo con la propuesta del Gobierno, el art. 1127 debía quedar así: “El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que sufra el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el destinatario prioritario de la indemnización, sin perjuicio de las indemnizaciones que se le reconozcan al asegurado. Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, con la restricción indicada en el artículo 1055”. Y el art. 1133 del siguiente tenor: “En el seguro de responsabilidad civil los damnificados tienen acción directa contra el asegurador”. *Ibíd.* p. 317.

¹⁵⁴ Convirtiéndose en el P.L. 113/1990.

¹⁵⁵ El ponente Saulo Arboleda Gómez manifestó: “El incremento de actividades industriales, comerciales y profesionales, con su correlativo aumento de capacidad de generación de daño, hacen que el seguro de responsabilidad civil cumpla una función preventiva y reparadora que evita la lesión patrimonial del asegurado causante del hecho dañoso y protege a los damnificados. Acogiendo tendencias del derecho comparado, el proyecto introduce dos enmiendas fundamentales: de una parte, la conversión del damnificado en el beneficiario de la indemnización que tenga como fuente un seguro de responsabilidad civil, con ocasión de determinada responsabilidad en que incurra el asegurado, y por la otra, la consagración legal de que dicho seguro es un contrato en favor de terceros y que, en tal virtud, los damnificados tienen acción directa contra el asegurador”. Sobre el trámite legislativo de esta ley, vid. Superintendencia Bancaria de Colombia. “*Reforma financiera. Exposición de motivos, ponencias en Senado y Cámara, texto de la Ley 45 de 1990*”. Bogotá: Colección Legislación Financiera, 1991.

¹⁵⁶ En lugar de “los perjuicios patrimoniales que sufra el asegurado”, como aparecía en el proyecto inicial, modificación que parece más consecuente con la finalidad de reparar a la víctima.

indemnización¹⁵⁷ y (iii) se permite la cobertura de la culpa grave¹⁵⁸. Después, durante el debate en la Comisión, el ponente radicó una proposición para agregarle que en ejercicio de la acción directa la víctima podrá en el mismo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y reclamar la indemnización del asegurador¹⁵⁹. El proyecto, con esta proposición y modificaciones posteriores en otros temas, fue aprobado por el Congreso convirtiéndose en la L. 45/1990.

Con esta nueva regulación podría pensarse que el seguro de responsabilidad civil dejó de ser un seguro en beneficio del asegurado y pasó a ser un seguro a favor del tercero afectado. Pero no es así. Es innegable el favorecimiento de la víctima por el objetivo de resarcir sus perjuicios, ser la beneficiaria de la indemnización y concederle la posibilidad de la acción directa contra el asegurador. De ahí que se haya derogado la negativa categórica de ser un seguro a favor de terceros. Pero también reporta la ventaja para el

¹⁵⁷ En vez de constituirse “en el destinatario prioritario de la indemnización”, como contemplaba el proyecto gubernamental, se le confiere la calidad de beneficiaria del seguro.

¹⁵⁸ El texto planteado por el ponente para el art. 1128 es el siguiente: “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 incurra 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 indemnizaciones 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 art. 1055”. Sobre esta propuesta puntualizó la Federación de Aseguradores Colombianos –FASECOLDA- en memorando al ponente del 21 de octubre de 1990: “Ciertamente la concesión de acción directa a la víctima contra el asegurador es la tendencia preponderante en el derecho moderno de seguros. Por ello, tal situación debe quedar claramente establecida en el artículo relativo a la naturaleza del seguro”. En relación con el art. 1133, la misma agremiación manifestó en esa comunicación: “Dado que en el texto propuesto para el artículo 82 (en referencia al art. 82 del proyecto de ley, equivalente al art. 1133 del Código de Comercio) 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 solo la responsabilidad del asegurado, para lo cual lo citará a este proceso, sino también la existencia de la cobertura en el seguro. De otro lado, resulta indispensable que el asegurador pueda oponer a la víctima las excepciones que tenga contra el asegurado. Se propone con base en lo dicho un texto sustitutivo”. Arboleda Gómez, Saulo. *Ley 45 de 1990. Reforma financiera y de seguros. Articulado y documentos. Consolidación y futuro del sector financiero*. Bogotá, 1991, pp. 193-194.

¹⁵⁹ La proposición fue presentada en los siguientes términos: “Propongo adicionar el artículo 87 del proyecto de ley número 113 de 1990 Cámara, el cual quedará así: Artículo 87. ACCIÓN DE LOS DAMNIFICADOS EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD. El art. 1133 del código de comercio quedará así: ‘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**’”. Biblioteca del Congreso de la República, *Expediente Ley 45/90*, folio 277. No aparecen en las actas del Congreso las razones que tuvo el ponente para esta adición, ni los argumentos en el debate de las comisiones y plenarias para su aprobación. Téngase en cuenta que el proyecto inicial tenía previsto el art. 1133 así: “En el seguro de responsabilidad los damnificados tienen acción directa contra el asegurador”. Ante ello, FASECOLDA solicitó, según la comunicación mencionada en el pie de página anterior, agregarle que la víctima debe acreditar, además de la cobertura del seguro, la responsabilidad del asegurado y para ello lo citará al proceso. El ponente atendió en parte la solicitud de este gremio de los aseguradores adicionándole esta segunda parte al artículo: “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”.

asegurado de la extinción de su deuda de responsabilidad con el pago que el asegurador hace a la víctima. De hecho, el asegurado es quien tiene el interés asegurable de que su patrimonio pueda afectarse por el ilícito y el riesgo asegurable se configura con esa posibilidad, interés y riesgo que constituyen elementos esenciales del contrato. Por ello, estamos ante un seguro a favor del asegurado, como también del tercero afectado. Quizás por ello el legislador no quiso referirse de manera expresa en las disposiciones legales vigentes como un seguro en beneficio de uno u otro¹⁶⁰

1.3 El seguro de responsabilidad civil no es un seguro por cuenta o de estipulación para otro

La estipulación para otro es la posibilidad de que alguien contrate en favor de un tercero, aunque no sea su representante, pero solo este puede demandar lo estipulado y mientras no lo acepte es revocable por las partes que contrataron¹⁶¹. En el contrato de seguro existe esta opción con las mismas características que acabamos de enunciar, en la que el tomador estipula en nombre de un tercero, el asegurado, sin poder para representarlo y este puede ratificar aun después del siniestro. Hasta la ratificación o rechazo, el tomador tendrá a su cargo las obligaciones del contrato¹⁶².

¹⁶⁰ Esta doble función de protección, tanto del asegurado como de la víctima, es sostenida por nuestra Corte Suprema de Justicia: “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 este, 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”. CSJ, Cas. Civil, Sent. feb. 10/2005, Rad. 7614. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar. En igual sentido: CSJ, Cas. Civil, Sent. feb. 10/2005, Rad. 7173, M.P. César Julio Valencia Copete; CSJ, Cas. Civil, Sent. jun. 29/2007, Rad. 4690. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo; CSJ, Cas. Civil, Sent. CS10048, jul. 15/2014, Rad. 0102, M. P. Ruth Marina Díaz Rueda, y CSJ, Cas. Civil, Sent. CS20950, dic. 12/2017, Rad. 0497. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

¹⁶¹ C.C., art. 1506: “Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurren a él. Constituyen aceptación tácita los actos que solo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato”.

¹⁶² C.Co., art. 1038: “Si el tomador estipula el seguro en nombre de un tercero sin poder para representarlo, el asegurado puede ratificar el contrato aún después de ocurrido el siniestro. El tomador está obligado personalmente a cumplir las obligaciones derivadas del contrato, hasta el momento en que el asegurador haya tenido noticia de la ratificación o del rechazo de dicho contrato por el asegurado. Desde el momento en que el asegurador haya recibido la noticia de rechazo, cesarán los riesgos a su cargo y el tomador quedará liberado de sus obligaciones, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1119”. Para López Blanco este artículo es una innecesaria repetición de la estipulación para otro del C.C., art. 1506. Enfatiza en la condición de falta de poder de representación, porque si lo hay se trata de un mandato y el mandante es el tomador por lo que es un seguro por cuenta propia. López Blanco, Hernán Fabio. *Comentarios al contrato de seguro*. Sexta edición. Bogotá: Dupré Editores, 2014, pp. 209-210.

Nuestra legislación de seguros se refiere aparte al seguro por cuenta de un tercero, determinado o determinable, quien es el beneficiario de la prestación asegurada¹⁶³. Si hay concurrencia de intereses asegurables del tomador y el tercero en el mismo contrato, cada uno tendrá derecho en proporción a su propio interés¹⁶⁴. Consideramos que la estipulación para otro y el seguro por cuenta son lo mismo por sus características en común: (i) un tomador que contrata en favor de un tercero; (ii) sin poder para representarlo; (iii) el tercero es determinado o determinable, y (iv) el tercero puede ratificar o rechazar la estipulación a su favor aun después del siniestro¹⁶⁵.

El seguro de responsabilidad civil no reúne las condiciones de un seguro por cuenta o de estipulación para otro porque: (i) no existe la voluntad manifiesta del tomador al contratar de favorecer a un tercero; (ii) la calidad de la víctima de beneficiaria es por mandato legal y no por estipulación del contratante; (iii) el asegurado está identificado desde la contratación del seguro; (iv) el asegurado tiene el interés asegurable de proteger su patrimonio, y (v) la víctima como tercero no tiene ni tendrá la calidad de asegurada. No debe confundirse el concepto del seguro de responsabilidad civil como un seguro a favor de la víctima por su calidad de beneficiaria de la indemnización, con la connotación como un seguro por cuenta o de estipulación a favor de un tercero, porque se trata de figuras diferentes¹⁶⁶.

¹⁶³ C.Co., art. 1039: “El seguro puede ser contratado por cuenta de un tercero determinado o determinable. En tal caso, al tomador incumben las obligaciones y al tercero corresponde el derecho a la prestación asegurada. No obstante, al asegurado corresponden aquellas obligaciones que no puedan ser cumplidas más que por él mismo”.

¹⁶⁴ C.Co., art. 1042: Salvo estipulación en contrario, el seguro por cuenta valdrá como seguro a favor del tomador hasta concurrencia del interés que tenga en el contrato y, en lo demás, con la misma limitación como estipulación en provecho de tercero”. Estaríamos frente a un seguro por cuenta propia y por cuenta ajena al mismo tiempo pero con prestaciones para cada uno de acuerdo con su interés.

¹⁶⁵ Según Messineo el seguro por cuenta es una gestión de negocio ajeno con representación sin poder, diferente a la estipulación a favor de un tercero, mientras para Morandi son lo mismo. Cit. Lopez Blanco, *Ibíd.* p. 210. Para Ossa Gómez “en el ‘seguro por cuenta, los derechos se radican directamente en cabeza del ‘tercero’ actual o eventual por cuya cuenta se celebra el contrato. La doctrina es casi unánime de que ‘el seguro por cuenta’ es o encierra, a lo menos, una modalidad de estipulación por otro (...). Lo cierto, lo fundamental, es que la ‘prestación asegurada’, la indemnización en los seguros de daños, corresponde al tercero, al asegurado, al titular del interés asegurable a favor del cual se haya celebrado el contrato”. Ossa Gómez, J. Efrén. *Teoría general del seguro. El contrato*. Bogotá: Temis, 1984, p. 16.

¹⁶⁶ Zornosa Prieto es de la tesis contraria al considerar el seguro de responsabilidad civil como un seguro por cuenta. Afirma: “A nuestro modo de ver, en efecto, la consagración legal de dicha acción directa confirma que este seguro (refiriéndose al de responsabilidad civil) viene cambiando y que la tendencia es a mirarlo conceptualmente, no solo como una estipulación a favor de tercero sino como, un claro ejemplo de seguro por cuenta”. Zornosa Prieto, Hilda Esperanza. “El seguro de responsabilidad civil: su evolución normativa y jurisprudencial en Colombia”. En *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho*. Tomo II. Bogotá: Universidad Pontificia Bolivariana, Pontificia Universidad Javeriana, IARCE y Biblioteca Jurídica Diké, 2011, p. 901. El sustento de esta posición es que “las directrices trazadas por el legislador colombiano para el seguro de transporte terrestre (se refiere al C.Co., arts. 994 y 1124) y por la sentencia de la Corte Suprema de Justicia –a pesar del salvamento de voto- proferida el 30 de septiembre de 2002 confirman tal inclinación”. *Ibíd.* pp. 901-902. No estamos de acuerdo con este argumento porque los artículos mencionados se refieren a los seguros que debe y puede tomar el transportador, a saber, uno de responsabilidad civil por cuenta propia y otro de mercancías por cuenta de su propietario, pero no indican la posibilidad de un seguro de responsabilidad civil por cuenta ajena. Esto último no es posible porque en el seguro de responsabilidad civil del transportador, como lo señalan dichos artículos, el interés asegurable lo

tiene el transportador y no la víctima como beneficiaria. Si fuera un seguro por cuenta, ese interés estaría radicado en cabeza del tercero en cuyo favor se contrata y no en el transportador que sirve de tomador. En cuanto a la sentencia, dice: “(...) en Colombia, hoy es enteramente posible, a la vez que lícito, asegurar a través de una póliza de seguro de transporte (arts. 1117 y ss. C. de Co.), ora la mercancía propiamente dicha, ora la responsabilidad del transportador derivada del transporte de aquella”. No dice que el seguro de responsabilidad civil tomado por el transportador sea un seguro por cuenta a favor del propietario de la mercancía. Por el contrario, diferencia los intereses asegurables que se pueden cubrir en un seguro de transporte, como son el de responsabilidad del transportador y el de mercancías de su propietario.

CAPÍTULO II

EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DIRECTA EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA LOGRAR SU PROPÓSITO

2.1 El deber de información del asegurado sobre la existencia y contenido del seguro de responsabilidad civil a la víctima

El deber de información es una exigencia del postulado de la buena fe inmerso en toda relación contractual, que impone a cada una de las partes asumir una actitud de lealtad y corrección para los fines del negocio jurídico. Se trata de una regla de comportamiento para lograr la confianza legítima y el conocimiento de las obligaciones recíprocas. El deber informativo comprende las circunstancias previas al acuerdo, la intención para contratar, el objeto del negocio, el contenido y alcance de las obligaciones, al igual que todo dato de interés para la suerte del vínculo. Así se reduce un eventual desequilibrio por la falta de conocimiento de una de las partes y se afina el consentimiento para que obedezca a una realidad¹⁶⁷.

En el contrato de seguro, por su naturaleza y características, se impone el deber de información de manera más estricta bajo el principio de la ubérrima buena fe¹⁶⁸. Es el caso de la declaración completa y sincera del estado del riesgo por parte del tomador, en la que enfatiza el legislador con miras a un consentimiento real del asegurador y con severas sanciones por su incumplimiento¹⁶⁹. Pero también con el deber correlativo del asegurador de informar a su contraparte sobre las coberturas, exclusiones, garantías y demás condiciones particulares y generales del contrato. De esta manera, el tomador conocerá el alcance de las coberturas contratadas y el asegurador las condiciones del riesgo que asume.

En el seguro de responsabilidad civil, además del deber recíproco de información del tomador y el asegurador, el asegurado debe informar a la víctima la existencia del contrato de seguro y sus condiciones básicas. Así podrá hacer uso de sus derechos para reclamar la indemnización en calidad de beneficiaria. De lo contrario, la acción directa no puede cumplir con su objetivo resarcitorio. Al asegurado se le exige colaboración en tal sentido y se condena su indiferencia ante el daño causado¹⁷⁰. Se supera así la época en

¹⁶⁷ Sobre los efectos del deber de información, cfr. Chinchilla Imbett, Carlos Alberto. "El deber de información contractual y sus límites". *Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia*, N° 21, 2011, pp. 327- 350, y Rengifo García, Ernesto. "El deber precontractual de información y las condiciones generales de la contratación". *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, vol. 327, 2004, pp. 87 y ss.

¹⁶⁸ El deber de información hace parte de los deberes secundarios de conducta que deben ser observados así no estén pactados de manera expresa en el contrato, ligados a su vez al deber de lealtad, uno de los pilares de la teoría del solidarismo contractual. El contrato de seguro es uno de los que exigen más atención en cuanto al deber de lealtad e información. Bernal Fandiño, Mariana. "El solidarismo contractual –especial referencia al derecho francés–". *Vniversitas*, vol. 56, núm., 114, 2007, pp. 21-22.

¹⁶⁹ Declaración y sanciones previstas en el C.Co., art. 1058. Sobre el deber de información del tomador del seguro, cfr. Hinestrosa, Fernando. "El deber de sinceridad del tomador del seguro en su declaración del estado del riesgo". *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros.*, núm. 27, 2006, p. 122.

¹⁷⁰ CSJ, Cas. Civil, Sent. jun. 29/2007, Rad. 4690.

que se le prohibió informar al tercero la existencia del seguro de responsabilidad civil, y hasta citar en garantía al asegurador al proceso, limitaciones que lo sustraían de su propia función y por lo que fue llamado “un seguro en la clandestinidad”¹⁷¹.

Pensamos que el deber de información debió extenderse al asegurador porque es el emisor de la póliza y el sujeto a quien se dirige la acción directa de la víctima para obtener la indemnización¹⁷². El asegurado debe responder por los perjuicios ocasionados con esta conducta reticente¹⁷³. La víctima, por su parte, tiene la opción de acudir a la vía extraprocesal para las pruebas anticipadas, como el interrogatorio de parte, la inspección judicial o la exhibición de documentos¹⁷⁴, pero es un trámite dilatado y de nada sirve ante la inminencia de una prescripción. Se ha dicho que los registros públicos de información (como son el Registro Único de Seguros –RUS- y el Registro Único Nacional de Tránsito –RUNT-) constituyen mecanismos idóneos para conocer si el causante del daño está asegurado¹⁷⁵, pero no son bases de datos sino medios de cruce de información limitada entre solicitante y asegurador que no son solución óptima¹⁷⁶. A todas estas, debe suspenderse el término prescriptivo porque no habrá inacción de la víctima si no sabe contra quién dirigirse¹⁷⁷.

¹⁷¹ Así lo llamó Morandi. Ob. cit., p. 385.

¹⁷² En ocasiones se desconoce el paradero del asegurado, pudo fallecer en el siniestro, es renuente a suministrar la información o dice desconocer los detalles de su seguro. En España, la LCS., art. 76, establece el deber del asegurado de manifestarle al tercero la existencia del contrato de seguro y su contenido para que pueda así llevar a cabo la acción directa, y la jurisprudencia lo consideró también como un deber del asegurador según sentencias del TS de 21 de septiembre de 1987 y 10 de mayo de 1988. Quintero García, Orlando. *Aspectos procesales del contrato de seguro en el Código General del Proceso*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2017, p. 168. El deber de información, como postulado de la buena fe, tiene las características de claridad, oportunidad y transparencia, pero también conlleva la exigencia de autoinformarse, cfr., Chinchilla. “El deber de información...”. Ob. cit., p. 350.

¹⁷³ Tal como lo establece la CSJ, Cas. Civil, Sent. jun. 29/2007, Rad. 4690.

¹⁷⁴ Quintero García, Ob. cit., p. 170.

¹⁷⁵ Así lo afirma López Blanco en referencia al RUS. Ob. cit., p. 519, y Quintero García como una medida para superar el escollo. *Ibid.*

¹⁷⁶ Por ejemplo, el Registro Único de Seguros –RUS- (creado por L. 1328/2009, art. 78): i) solo aplica para los seguros de automóviles en su amparo de responsabilidad civil, los seguros de vida y los seguros de copropiedades, y no para los demás seguros de responsabilidad, a pesar de que el art. 79, lit. a) contempla su universalidad para todo tipo de seguros; ii) la respuesta solo incluye la existencia del seguro, tomador, asegurador, beneficiario y su vigencia, pero no hará mención de las coberturas y valores asegurados, y (iii) 15 días hábiles después de la solicitud hay que ingresar al sistema para conocer la respuesta del asegurador (vid. <https://www.rus.com.co/video.html>, consultado el 3 de marzo de 2020), plazo no previsto en la ley de creación ni en su reglamentación, D. 2775/2010, además de excesivo y no automático. Por otra parte, el Registro Único Nacional de Tránsito –RUNT (creado por L. 769/2002, arts. 8 y 9) incluye el Registro Nacional de Seguros, “sistema que permite registrar la expedición de todas las pólizas de seguros obligatorias para automotores que transiten en el país” (<https://www.runt.com.co/registros-runt/registro-nacional-seguros>, consultado el 3 de marzo de 2020), pero al ingresar al historial del vehículo suministrando la placa o la consulta de vehículo por placa, que además exige la cédula del propietario, muestra los datos del SOAT pero no los seguros de responsabilidad civil. Es necesaria la implementación por ley de verdaderas bases de datos de acceso público con información completa y oportuna de todos los seguros de responsabilidad civil, voluntarios y obligatorios, vigentes en el país.

¹⁷⁷ “Contra quien no puede ejercitar una acción no corre la prescripción (*contra non valentem agere, non currit praescriptio*)”. CSJ, Cas. Civil, Sent. may. 3/2000, Rad. 5360. M. P. Silvio Fernando Trejos, y CSJ, Cas. Civil, Sent. jun. 29/2007, Rad. 4690.

2.2 Lo que debe entenderse como carga de la prueba de la víctima sobre la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida para el perfeccionamiento del reclamo

El reclamo de la víctima al asegurador para el pago de la indemnización puede ser extrajudicial o judicial¹⁷⁸. Si es antes de adelantar la acción judicial, debe procurarse constancia de su presentación en vista de sus efectos legales y puede hacerse ante el intermediario de seguros¹⁷⁹ o el ajustador designado por el asegurador¹⁸⁰. Otra opción es presentarlo con la demanda porque no constituye un requisito de procedibilidad. Para el perfeccionamiento del reclamo la víctima deberá demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida¹⁸¹.

2.2.1 La prueba del siniestro

Debemos distinguir entre el seguro de responsabilidad civil tradicional bajo la modalidad de ocurrencia y el seguro de responsabilidad civil en la modalidad de reclamación o *claims made*.

2.2.1.1 Modalidad de ocurrencia

Se entiende por siniestro la realización del riesgo asegurado¹⁸², como el incendio, el hurto, la avería, la muerte, etc. Aunque nos hemos referido al interés del asegurado en el seguro de responsabilidad civil de proteger su patrimonio por el ilícito que ocasionó daños a un tercero, es necesario determinar en qué momento se materializa el siniestro y surge la obligación del asegurador de indemnizar a la víctima¹⁸³.

¹⁷⁸ No debe confundirse el reclamo como pretensión indemnizatoria, con el aviso de siniestro que es la simple notificación del hecho dañoso y que puede darse por cualquier medio al asegurador (C.Co. art. 1075).

¹⁷⁹ De acuerdo con la L. 510/1999, art. 101, inc. 2.º, en concordancia con el D. 2555, art. 2.30.1.1.5., los agentes y agencias de seguros son representantes del asegurador al que están vinculados, quien debe responder por sus actuaciones. En cuanto a los corredores de seguros, a pesar de que la Corte Constitucional manifestó, refiriéndose a ellos, que “no existe una responsabilidad directa de las entidades aseguradoras en relación con las cuales se hubiera promovido el contrato” (C. Const., Sent. C-384, abr. 5/2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), consideramos que aplica igual responsabilidad para el asegurador si se dan los presupuestos de la representación aparente prevista en el C.Co. art. 842.

¹⁸⁰ Es la persona designada por el asegurador para esclarecer las circunstancias del siniestro y determinar su cuantía. En razón de ello, está facultada para recibir la información constitutiva del reclamo.

¹⁸¹ C.Co., art. 1077, inc. 1.º: “Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso”. Aunque la norma menciona solo al asegurado, debe entenderse que sus obligaciones, cargas y deberes debe asumirlas el tomador o el beneficiario cuando están en posibilidad de cumplirlas (C.Co., art. 1041), tal como sucede con la víctima en calidad de beneficiaria en el seguro de responsabilidad civil.

¹⁸² C.Co., art. 1072.

¹⁸³ Sobre el siniestro en el seguro de responsabilidad civil, vid. Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. *La configuración del siniestro en el seguro de la responsabilidad civil*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Temis, 2011.

Existen varias teorías de lo que debe entenderse por siniestro en el seguro de responsabilidad civil. Algunas que tendrían algún fundamento, pero también su crítica¹⁸⁴, son: (i) el pago previo del asegurado a la víctima. Descartada ya que desconoce el carácter preventivo de este seguro por lo que ya no opera bajo la modalidad de reembolso; (ii) la liquidación del perjuicio ocasionado y la deuda correlativa. No debe tenerse en cuenta porque confunde el nacimiento de la obligación con la exigibilidad originada en la sentencia con su declaratoria y cuantificación; (iii) la reclamación de la víctima al asegurado. Debe desecharse en el sistema de ocurrencia porque en sí no constituye el daño y se deja al arbitrio de un tercero, como es su reclamación, lo que puede generar serios problemas al asegurado, y, (iv) el evento complejo conformado por diversos presupuestos y circunstancias, entre los que se cita el hecho, la culpa, el perjuicio, la reclamación y la liquidación. Genera incertidumbre ante la imposibilidad de saber cuándo ocurrió el siniestro y al agrupar las otras opiniones se aplican los mismos reproches.

La otra tesis, y es la que acogemos, es la del hecho dañoso porque a partir de su ocurrencia surge la deuda de responsabilidad frente a la víctima. La ley nacional se refiere al siniestro, tanto para el asegurado como para la víctima, en el seguro de responsabilidad civil como el hecho externo imputable al asegurado¹⁸⁵, lo que despeja toda duda. Así lo confirma la jurisprudencia¹⁸⁶, y se pronuncia la doctrina¹⁸⁷, incluso extranjera¹⁸⁸.

¹⁸⁴ *Ibid.*, pp. 71-174.

¹⁸⁵ C.Co., art. 1131: “En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial”. De la simple lectura del artículo podría entenderse que el siniestro para la víctima es el hecho dañoso y para el asegurado, la reclamación de la víctima. Pero no es así. Cuando la norma, refiriéndose al asegurado, dice “ello ocurrirá”, quiere decir la fecha a partir de la cual corre la prescripción y no lo que significaría siniestro para este. Así lo anota Jaramillo Jaramillo en la exegesis del art. 1131. *La configuración del siniestro...*, Ob. cit., pp. 153-171. Después de su análisis llega a esta conclusión en pp. 170-171.

¹⁸⁶ “(...) de acuerdo con la orientación legislativa vigente en materia del seguro de responsabilidad civil, ocurrido el siniestro, es decir, acaecido el hecho del cual emerge una deuda de responsabilidad a cargo del asegurado, causante del daño irrogado a la víctima –art. 1131 del Código de Comercio-, surge para el perjudicado el derecho de reclamarle al asegurador de la responsabilidad civil de aquél, la indemnización de los perjuicios patrimoniales experimentados, derecho que en Colombia deriva directamente de la ley, en cuanto lo instituye como beneficiario del seguro –art... 1127 *ibidem*-“. CSJ, Cas. Civil, Sent. feb. 10/2005. Rad. 7614. Lo corrobora: “Y es dentro de ese contexto, que adquiere singular importancia la referencia expresa que el comentado art. 1131 hace en punto al momento en que ‘acaezca el hecho externo imputable al asegurado’, para establecer la ocurrencia del siniestro”. CSJ, Cas. Civil, Sent. jun. 29/2007, Rad. 4690.

¹⁸⁷ “(...) el siniestro en el seguro ordinario, tradicional o general de responsabilidad civil, lo constituye es el acaecimiento del hecho externo imputable al asegurado, tal y como con proverbial transparencia lo reseña el art. 1131 del Código de Comercio”. Jaramillo Jaramillo. *La configuración del siniestro...*, Ob. cit., pp. 170-170. “Aceptada la idea de que el hecho dañoso dado dentro de las circunstancias que comprometen la responsabilidad del asegurado es lo que constituye el siniestro en el seguro de responsabilidad civil, el seguro adquiere su más auténtico contenido, dado que la responsabilidad civil es el riesgo asegurado (...) parece evidente que es el hecho generador del daño y la verificación de este, esto es, el hecho dañoso como tal, el que configura el siniestro”. Ordóñez Ordóñez, Andrés E. *El contrato de seguro, Ley 389 de 1997 y otros estudios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 97.

¹⁸⁸ Como Sánchez Calero. Ob. cit., p. 1145; Morandi. Ob. cit., p. 406, y Stiglitz. Ob. cit., pp. 341-342.

De esta manera, para demostrar el siniestro se debe probar el hecho y cumplir así con el primer requisito para el perfeccionamiento del reclamo fijado en norma imperativa por naturaleza. Por esta razón disentimos de las otras exigencias doctrinarias para satisfacer esta carga probatoria, como la demostración de la responsabilidad del asegurado y la cobertura del seguro¹⁸⁹. Del hecho dañoso probado se deducirá la responsabilidad¹⁹⁰ y la víctima tampoco tendrá que demostrar la cobertura en el contrato de seguro, porque no lo establece la disposición legal y la exclusión es una carga que le corresponde al asegurador¹⁹¹.

La prueba del siniestro puede darse por cualquier medio, siempre que lleve a la certeza de su ocurrencia. Las fotografías, declaraciones de testigos, certificaciones de las autoridades, informes de ajuste, entre otros, sirven para cumplir con la carga probatoria. No puede pretenderse, ni siquiera por estipulación contractual, limitar los medios probatorios, menos aún con el requerimiento de declaraciones administrativas o judiciales de la responsabilidad del asegurado. La jurisprudencia y la doctrina han sido enfáticas en calificar de abusivas las cláusulas que exigen determinadas pruebas porque la ley no establece limitación alguna y se cuenta con libertad en este sentido¹⁹².

2.2.1.2 Modalidad de reclamación o *claims made*

Los mercados de seguros y reaseguros en el mundo debieron mantener las expectativas por siniestros de manifestación tardía de los daños o abrir reservas en espera de las reclamaciones de las víctimas por los amplios términos de prescripción, con graves afectaciones de sus resultados técnicos y financieros. Por este motivo, mediante la restricción para aceptar solicitudes de seguro, el aumento del valor de las primas y la imposición de condiciones onerosas de suscripción, presionaron para fijar límites temporales de cobertura con el fin de aceptar solo las reclamaciones formuladas durante la vigencia de la póliza¹⁹³.

¹⁸⁹ Expuestas por Díaz-Granados Ortiz, Juan Manuel. *El seguro de responsabilidad*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Universidad del Rosario, 2012, p. 275.

¹⁹⁰ Máxime en el caso de las responsabilidades objetivas, como son las obligaciones de resultado en lo contractual o actividades peligrosas en lo extracontractual, en las que existe una presunción de la responsabilidad.

¹⁹¹ Según el C.Co., art. 1077, inc. 2.º: “El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad”.

¹⁹² “ (...) la calificación de abusiva, leonina o vejatoria -entre otras denominaciones más enderezadas a relieves el resquebrajamiento o erosión de la justicia contractual- de una cláusula que, como la aquí colacionada, impone al asegurado o beneficiario la carga de probar su derecho de una manera específica -o tarifaria-, limitando por esta vía indebidamente los diversos medios de prueba a su disposición, en contra de la preceptiva legal imperante, responde, preponderantemente, al hecho de que ella socava el equilibrio prestacional que, en línea de principio, debe existir en todo contrato, en la medida en que agrava -sin contrapartida- las condiciones en que aquellos pueden solicitar del asegurador que cumpla con su obligación de ‘pagar el siniestro’, concretamente como corolario de la acreditación de la ocurrencia o materialización del riesgo asegurado (*onus probandi*)”. CSJ, Cas. Civil, Sent. feb. 2/2001, Rad. 5670. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Con igual pronunciamiento, CSJ, Cas. Civil, Sent. agos. 27/2008, Rad. 14171. M.P. William Namén Vargas, y CSJ, Cas. Civil, Sent. jul. 14/2009, Rad. 0235. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. También es la opinión de López Blanco. Ob. cit., p. 342.

¹⁹³ Encontramos referencias doctrinarias sobre estos antecedentes en Jaramillo Jaramillo. *La configuración del siniestro...* Ob. cit., pp. 196 y ss.; Veiga Copo, Abel B. *La dimensión temporal en el contrato de seguro*.

La modalidad de reclamación, denominada también cláusula *claims made*, ha sido muy criticada. Algunos tribunales extranjeros la declararon nula al considerarla como una desprotección para asegurados y víctimas que debían permanecer sin cobertura durante largo tiempo dentro del contrato a pesar de que el asegurador devengaba la prima¹⁹⁴. Mientras otros ordenamientos la tienen como necesaria para el aseguramiento de los riesgos derivados de las actividades médica y hospitalaria, de directores y administradores y de responsabilidad profesional, en las que es imposible la cobertura bajo el principio tradicional de ocurrencia porque el daño puede aparecer mucho tiempo después del hecho que lo origina¹⁹⁵.

Ante la imposición normativa por las fuerzas económicas, debe aceptarse bajo ciertas condiciones en su suscripción que atenúen sus funestas consecuencias, como: (i) su fijación solo para riesgos que impliquen daños tardíos o diferidos; (ii) la posibilidad de extender el reclamo para las vigencias consecutivas futuras, y (iii) la irrevocabilidad del seguro por el asegurador ante un daño ya conocido pero aún no reclamado por el tercero¹⁹⁶.

La cláusula *claims made* fue implantada en Colombia para el seguro de responsabilidad civil¹⁹⁷ con las siguientes características: (i) la cobertura está condicionada a que la reclamación de la víctima al asegurado o al asegurador se formule durante la vigencia de la póliza; (ii) se amparan hechos acaecidos antes del inicio del contrato pero reclamados durante su vigencia inicial; (iii) también están cubiertos los hechos ocurridos durante la vigencia del contrato y reclamados en un término posterior a su vencimiento no inferior a dos años, y (iv) es opcional, por lo cual el tomador puede acordar con el asegurador esta modalidad o la de ocurrencia.

Cizur Menor: Thomson Reuters, 2011, pp. 139 y ss.; Reglero Campos. Ob. cit., pp. 1441 y ss.; Sánchez Calero. Ob. cit., pp. 1152 y ss., y Calzada Conde. Ob. cit., pp. 58 y ss.

¹⁹⁴ A ello se refieren las sentencias de tribunales y españoles: TSE 2267/1991 y 3323/1992 relativas a la responsabilidad médica, y TCF de 1990, citadas por Calzada Conde. Ob. cit., p. 60.

¹⁹⁵ Así, en España en la LCS, mediante un nuevo párrafo en el art. 73; en Francia, en la LCS, art. 124.5, y en México, en la LCS, art. 145 bis.

¹⁹⁶ Cfr., Montoya Ortega, Carlos Humberto. *La responsabilidad civil y su seguro. Incidencia recíproca y perspectivas generales*. Buenos Aires: Eldial.com, 2011.

¹⁹⁷ Mediante la L. 389/1997, art. 4, que dice: “En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación. Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años”. En la ponencia para primer debate en la Comisión Tercera del Senado (donde se incluyó este artículo que no estaba previsto en el proyecto inicial) se sustentó: “Se propone una nueva norma en el artículo 4º con el propósito de actualizar la legislación colombiana y acoger las tendencias del mercado mundial de reaseguros para la cobertura de los seguros de manejo y de responsabilidad civil (...) sector asegurador colombiano podrá contar con un adecuado apoyo internacional de reaseguros para el otorgamiento de mejores coberturas a precios mucho más atractivos a favor de los asegurados (...)”. ACOALDESE - ACOAS, Ob. cit., p. 477.

En cuanto al siniestro, para algunos lo es la reclamación que hace la víctima al asegurado o asegurador, mientras para otros continúa vigente el concepto del hecho dañoso para la modalidad de ocurrencia. Quienes optan por la teoría del reclamo, consideran que la norma citada derogó tácitamente el artículo 1131, por lo que dejó sin efecto el hecho dañoso como constitutivo del siniestro y en su lugar impuso la reclamación. Esta tesis es defendida en nuestro medio por Jaramillo Jaramillo, Díaz-Granados Ortiz y Amador Rosas; en contra Ordóñez Ordóñez y Veiga Copo para quienes el siniestro continúa siendo el hecho como tal¹⁹⁸.

Compartimos la teoría de que el siniestro en la modalidad de reclamación, o *claims made*, es el hecho dañoso, como lo es en el sistema de ocurrencia y, en consecuencia, continúa vigente el concepto de que se habrá siniestro cuando ocurra el hecho externo imputable al asegurado. Muestra de ello es que su regulación legal no señaló un concepto diferente de siniestro para la cláusula *claims made* ni dijo modificar la que estaba vigente. Luego, si las partes acordaron suscribir el seguro bajo esta modalidad, en caso de siniestro se debe demostrar la ocurrencia del hecho y, aparte, que la reclamación fue presentada durante la vigencia de la póliza. La reclamación no es más que una condición adicional para la obligación indemnizatoria a cargo del asegurador¹⁹⁹.

2.2.2. La prueba de la cuantía de la pérdida

La misma libertad probatoria del siniestro se tiene para demostrar la cuantía de la pérdida, segundo requisito para la reclamación. La víctima puede acudir a cualquier prueba idónea para acreditar el valor de su pérdida, como comprobantes contables, movimientos bancarios, suministros, avalúos, etc.²⁰⁰. Por tanto, no es admisible, porque la ley no la contempla, la exigencia del asegurador de determinado número de cotizaciones, la limitación a solo facturas de reposición o reparación, o el requerimiento de libros contables como únicos medios de prueba. Cumplida la carga con la presentación de

¹⁹⁸ Los defensores y opositores son citados por Jaramillo Jaramillo. *La configuración del siniestro...* Ob. cit., pp. 256–257.

¹⁹⁹ Así se manifestó nuestra Corte: “Esto no significa que el requerimiento sea requisito para que se configure el siniestro, como lo aduce la recurrente, sino que, por el acuerdo de las partes -prevalido de la legislación sobre la materia-, la aseguradora únicamente pagará aquellos cuya reclamación sea realizada en el decurso de la póliza, siempre y cuando se haya configurado la situación originadora de la responsabilidad cubierta. (...). Luego, con independencia de los elementos requeridos para la configuración del siniestro -concebido en el precepto 1072 del estatuto mercantil como la realización del riesgo asegurado-, lo cierto es que se consagró una formalidad adicional, a efectos de que la aseguradora quede obligada a su pago, itérese, la radicación de la reclamación dentro del espacio temporal de cobertura. Entonces, la ocurrencia del suceso perjudicial que consagra el art. 1131 *ejusdem* es suficiente para la configuración del siniestro, empero, si se ha pactado la modalidad de reclamación hecha (*claims made*), también se exige el reclamo judicial o extrajudicial en el término de vigencia pactado o en el plazo ulterior convenido, hecho por la víctima al asegurado, o al asegurador en ejercicio de la acción directa, el que demarca la obligación indemnizatoria a cargo de éste, pudiendo involucrar, incluso sucesos pretéritos e ignorados por el asegurado, es decir, ocurridos con anterioridad a la iniciación de la vigencia de la póliza -de existir acuerdo contractual”. CSJ, Cas. Civil, Sent. SC10300, jul. 18/2017, Rad. 0192. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. En esta sentencia hubo dos importantes salvamentos de voto de los magistrados Ariel Salazar Ramírez y Luis Armando Tolosa Villabona, quienes por separado coincidieron en calificar la cláusula *claims made* de inconstitucional, ineficaz y abusiva.

²⁰⁰ López Blanco. Ob. cit., p. 343.

cualquier prueba suficiente para la cuantía, además de la demostración de la ocurrencia del siniestro, queda perfeccionado el reclamo.

La víctima no puede pretender un valor superior al monto real del daño padecido, por lo que su cuantificación debe obedecer a los principios de reparación integral, equidad y observancia de los criterios técnicos actuariales²⁰¹ y nunca constituir una fuente de enriquecimiento. Cualquier pretensión de obtener un lucro indebido da lugar a la pérdida de la indemnización²⁰². Además, la designación de un ajustador por el asegurador no la releva el cumplimiento de esta carga probatoria, salvo que haya pactado con el asegurador el sometimiento de ambos a la cuantía de la pérdida establecida por el ajustador.

2.3 Los intereses moratorios por el no pago oportuno de la reclamación

Con el perfeccionamiento del reclamo en las condiciones indicadas, comienza a correr el término de un mes para que el asegurador pague la indemnización²⁰³. Téngase en cuenta que es potestad del asegurador escoger la forma de pago que puede ser en dinero, reposición, reconstrucción o reparación²⁰⁴. Si transcurrido el plazo el asegurador no paga, queda constituido en mora y deberá asumir los intereses moratorios a la tasa del interés

²⁰¹ Tal como lo establece la L. 446/1998, art. 16.

²⁰² De acuerdo con el C.Co. art. 1078, inc. 2.º.

²⁰³ C.Co. art. 1080, inc. 1.º: “El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aun extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el art. 1077 (...)”. El plazo de un mes es producto de la reducción gradual por mandato legal durante años. Comenzó en 90 días con la L. 105/1927, art. 25, disminuido luego a 60 días en 1971 por el C.Co., art. 1080 y llevado después un mes por la L. 45/1990, art. 83. Estas modificaciones obedecen a la intención del legislador de favorecer al asegurado y beneficiario del seguro por considerar que los plazos anteriores eran excesivos. Se advierte que el plazo es de un mes y no de 30 días porque rara vez coinciden, máxime que los plazos en días señalados en la ley se tienen como hábiles (C.Co., art. 829, par. 1). El término del mes puede extenderse por convenio entre las partes hasta 60 días hábiles para los seguros de daños de personas jurídicas como aseguradas y con un valor asegurado superior a 15.000 SMMLV (D. 663/93, art. 185, núm. 1), pero debe entenderse aplicable solo a los seguros de daños reales y no al seguro de responsabilidad civil como seguro de daños de naturaleza patrimonial. Vid. el resumen de los antecedentes del art. 1080 en CSJ, Cas. Civil, Sent. dic. 19/2013, Rad. 15344, M.P. Ariel Salazar Ramirez, citada por Quintero García. Ob. cit., pp. 31-33.

²⁰⁴ C.Co., art. 1110: “La indemnización será pagada en dinero, o mediante la reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada, a opción del asegurador”. Para algún sector de la doctrina esta facultad solo aplica para los seguros reales y no patrimoniales porque no puede confundirse “cosa” con “patrimonio” y ante la afectación del patrimonio de un tercero la única opción del asegurador es el pago en dinero. Así lo sostiene Ordóñez Ordóñez, Andrés E. *Las obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro. Lecciones de derecho de seguros N.º 3*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 121-122. Para Ossa Gómez es factible en los seguros de responsabilidad civil de objeto determinado, como el bien arrendado, en los demás debe pagarse en dinero *Teoría general del seguro...* Ob. cit., p 409. En nuestra opinión, si bien la disposición se refiere a la “cosa asegurada”, no vemos impedimento para que se aplique a los seguros de responsabilidad civil en los que se afecten bienes con posibilidad de individualizarlos. Supóngase que un tercero reclama por los daños de su vehículo, el asegurador del responsable puede ofrecerle como indemnización la reparación o el dinero, o la entrega de otro automotor en caso de pérdida total.

bancario corriente elevado a la mitad²⁰⁵. Aunque la disposición legal es clara en cuanto a la tasa de interés y la fecha a partir de la cual empieza a correr, encontramos en la jurisprudencia diversas interpretaciones para su aplicación, algunas de ellas contrarias a su finalidad de pena por el incumplimiento contractual del asegurador²⁰⁶.

Existen sentencias en que se condena al pago de intereses moratorios desde su ejecutoria a la tasa máxima del interés bancario corriente aumentado a la mitad²⁰⁷, a la tasa de interés del 6 % anual a partir de ese mismo momento²⁰⁸ o no se cobra ningún interés²⁰⁹. En algunas se ordenó al asegurador el pago de intereses moratorios desde la notificación del auto que admitió la demanda²¹⁰. En otras se decretaron los intereses moratorios a partir de un mes después de acreditada la cuantía de la pérdida en la fase prejudicial²¹¹. Mientras en la doctrina tampoco hay una unanimidad²¹².

²⁰⁵ C. Co., art. 1080, inc. 1.º (cont.): “(...) Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad”. La tasa de interés impuesta por la L. 105/1927, art. 25, fue el interés bancario corriente aumentado en un 25 % anual a partir de los 90 días; en 1971 con el C.Co., art. 1080, se redujo al 18 % anual; luego se aumentó con la L. 45/1990, art. 83, a la tasa máxima de interés moratorio vigente al momento del pago, y después con la L. 510/1999, art. 111, se modificó por el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera aumentado en la mitad, que corresponde a la tasa máxima permitida para el interés moratorio Quintero García. *Ibíd.*, y López Blanco. *Ob. cit.*, p. 426..

²⁰⁶ Sobre los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales sobre los intereses moratorios en el contrato de seguro de 1998 a 2013, *vid.* Quintero García. *Ibíd.* pp. 34-45.

²⁰⁷ CSJ, Cas. Civil, Sent. SC2107, jun. 12/2018, Rad. 0736. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

²⁰⁸ CSJ, Cas. Civil, Sent. SC20950, dic. 12/2017, Rad. 0497. M.P. Ariel Salazar Ramírez, y CSJ, Cas. Civil, Sent. SC665, mar. 7/2019, Rad. 0005. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

²⁰⁹ CSJ, Cas. Civil, Sent. SC002, ene. 12/2018, Rad. 0578. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

²¹⁰ CSJ, Cas. Civil, Sent. dic. 14/2001, Rad. 6230. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo; CSJ, Cas. Civil, Sent. nov. 9/2004, Rad. 12789. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno; CSJ, Cas. Civil, Sent. jul. 7/2005, Rad. 0174. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar (en estas tres sentencias hubo aclaración de voto de Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo debido a su inconformidad por la contabilización de los intereses moratorios desde la notificación del auto de admisión de la demanda), y CSJ, Cas. Civil, Sent. SC5681, dic. 19/2018, Rad. 00687. M.P. Ariel Salazar Ramírez. En los casos que llevaron a estas acciones judiciales no hubo reclamación prejudicial o no fue idónea, por lo que la prueba del siniestro y su cuantía se produjo dentro del proceso.

²¹¹ CSJ, Cas. Civil, Sent. nov. 29/2004, Rad. 9730-0351. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar, CSJ, Cas. Civil, Sent. abr. 29/2005, Rad. 0037. M.P. Edgardo Villamil Portilla; CSJ, Cas. Civil, Sent. agos. 27/2008, Rad. 14171. M.P. William Namén Vargas, y CSJ, Cas. Civil, Sent. SC130, feb. 12/2018, Rdo. 01133. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. En otra sentencia, CSJ, Cas. Civil, Sent. dic. 19/2013, Rad. 15344. M.P. Ariel Salazar Ramírez, se condenó al pago de intereses moratorios a partir de la fecha en que el asegurador reconoció recibir la información completa requerida para el reclamo, cuando lo correcto hubiera sido un mes después de la fecha de su recepción. Aquí hubo salvamento de voto de los magistrados Jesus Vall De Rutén Ruiz y Margarita Cabello Blanco que eran partidarios de decretar los intereses desde la ejecutoria de la sentencia y dijeron: “La cuantía de la pérdida fue asunto debatido con éxito por la aseguradora dentro del proceso y al venir a quedar definitivamente establecida solo con la ejecutoria de la sentencia condenatoria no vemos fundamento para predicar el pago retroactivo de intereses moratorios”. En CSJ, Cas. Civil, Sent. SC129, feb. 12/2018, Rad. 00364. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Montalvo, se decretó el pago de intereses moratorios desde una fecha anterior en la etapa prejudicial a la pedida por el demandante, mientras el asegurador los solicitó desde la notificación del auto de admisión de la demanda. La Corte acogió la primera porque el asegurador no manifestó su inconformidad sobre ello para la apelación.

²¹² Para López Blanco si no hubo reclamación extrajudicial y la prueba del siniestro y la cuantía se da en el proceso judicial, se aplica el CGP., art. 94, inc. 2.º, por lo que los intereses empiezan con la notificación del

Para el cómputo de los intereses moratorios partimos de la base de una condena al asegurador por el valor de la pérdida, porque si es exonerado no habrá lugar a ellos. Con esta condición pueden darse varias posibilidades: (i) hubo reclamación extrajudicial y fue acogida en la sentencia; (ii) a pesar de la reclamación extrajudicial se modificó su cuantía en la sentencia; (iii) no hubo reclamación extrajudicial, la prueba del siniestro y su cuantía se aportó en la demanda sin que fuera desvirtuada en el proceso, por lo que la condena fue por ese mismo valor, y (iv) con la prueba del siniestro y su cuantía en la demanda, la sentencia acogió un valor diferente.

Si hubo reclamación extrajudicial, la prueba del siniestro y su cuantía fue idónea y acogida en la sentencia, los intereses moratorios se contabilizan un mes después de la fecha del reclamo. También se pueden presentar por primera vez con la solicitud de la audiencia de conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad para adelantar el proceso declarativo, caso en el cual los intereses empezarán a correr un mes después de la notificación al asegurador convocado de la solicitud de la audiencia. Si la cuantía reclamada en la etapa prejudicial cambió en el proceso y hubo condena por valor diferente, los intereses se causan un mes después de la prueba que dio lugar a la modificación, como dictámenes periciales, testimonios, documentos, etc., o si es compleja, un mes después del cierre probatorio.

Si la reclamación fue judicial porque las pruebas del siniestro y su cuantía fueron presentadas con la demanda o a pesar de una reclamación prejudicial se cambió el valor en las pretensiones de la demanda, y en ambos casos se aceptó en la sentencia, los intereses corren un mes después de la notificación del auto que admitió la demanda. Ante la reclamación extrajudicial inidónea porque se probó una cuantía diferente en el proceso, no hubo reclamación extrajudicial y la prueba de la cuantía se dio en el proceso, o se modificó la pretendida en la demanda, los intereses empiezan a correr un mes después de la prueba que dio lugar a la modificación, y si fueron varias, transcurrido un mes del cierre probatorio²¹³.

Como se observa, los intereses moratorios habrán de liquidarse de acuerdo con las circunstancias particulares de cada caso (reclamación extrajudicial o judicial, prueba idónea o inidónea, y el momento de la prueba idónea) para la debida aplicación de la

auto que admitió la demanda. Ob. cit., p. 351. Ordóñez Ordóñez, por su parte, considera que ante la falta de reclamación extrajudicial los intereses deben tenerse en cuenta al terminar el periodo probatorio porque es muy difícil que la demanda “constituya por sí misma la plena prueba de la ocurrencia y de la cuantía del siniestro”. Ordóñez Ordóñez, Andrés E. *Las obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro...* Ob. cit. p. 126. Opinamos que es posible que en la demanda se incluya la prueba del siniestro y su cuantía, el demandado no la conteste o sus excepciones se ocupen de otros asuntos como una posible exclusión de cobertura no acogida en la sentencia. Si así fuere, los intereses se deben contabilizar desde un mes después de la notificación del auto de su admisión.

²¹³ Esta forma de contabilizar los intereses moratorios ante la reclamación extrajudicial o judicial tiene como sustento la tesis de Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo expuesta en las aclaraciones de voto de las sentencias con Rad. 6230, 12789 y 00174, que se ajusta a la interpretación adecuada del C.Co., art. 1080. Para las aclaraciones de voto, vid., Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. *Derecho de Seguros*. Tomo III. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana - Temis, 2013, pp. 617-637. La anotación sobre la contabilización de los intereses a partir del cierre probatorio es agregado nuestro.

normativa sobre su condena. De ahí que no sean de recibo las decisiones judiciales que ordenan contabilizar los intereses moratorios a partir de la notificación del auto que admitió la demanda²¹⁴, ya que existe norma específica para constituir en mora al asegurador si no cumple con su obligación de pago del siniestro de manera oportuna²¹⁵. Tampoco es aceptable el cobro de intereses moratorios a partir de la notificación de la sentencia porque ninguna disposición legal contempla la constitución en mora desde ese momento.

Es necesaria la petición expresa de los intereses moratorios ya que el juez no los puede decretar de oficio²¹⁶. Al no ser incluidos en la sentencia se puede generar una grave afectación por el factor inflacionario, máxime si el valor asegurado no alcanza a cubrir la totalidad del valor pretendido como indemnización de perjuicios y el asegurado no asume la diferencia por razones económicas²¹⁷. Constituye la mejor alternativa por su cuantía que el ajuste monetario, con la advertencia de la imposibilidad de acumulación porque los intereses moratorios incluyen el resarcimiento por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda²¹⁸.

Existe la opción de cobrar perjuicios por la mora en lugar de los intereses moratorios²¹⁹. Para ello se debe determinar si los perjuicios son superiores a los intereses, porque hasta pueden ser mayores que la indemnización por el daño padecido²²⁰. Si no hay certeza de su monto, la alternativa es incluirlos como pretensión principal y los intereses como subsidiaria dejando constancia de la salvedad de optar por estos últimos si superan los perjuicios. No se deben pedir los intereses en primer término y los perjuicios de manera subsidiaria, ya que si se demuestra la responsabilidad del asegurador el juez acogerá siempre la petición principal de intereses y nunca tendrá en cuenta la posibilidad de los perjuicios²²¹.

2.4 La acción ejecutiva por falta de pago o de objeción a tiempo

²¹⁴ Con fundamento en el CGP., art. 94, inc. 2.º: “La notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin...”, norma que derogó el CPC., art. 90.

²¹⁵ Como lo es el C.Co., art. 1080.

²¹⁶ Incurriría en una incongruencia de acuerdo con el CGP, art. 281, inc. 2.º. Bejarano Guzmán, Ramiro. *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos*. Bogotá: Temis. 2016, p. 454

²¹⁷ En seguro de responsabilidad civil de bajo valor en la cobertura frente a altas pretensiones de la víctima que no incluyen intereses moratorios, el asegurador preferirá la espera a una sentencia que, de ser en su contra, implicaría el pago de una suma irrisoria frente al daño ocasionado por el asegurado y estática desde el siniestro.

²¹⁸ CSJ, Cas. Civil, Sent. ene. 15/2009, Rdo. 00433. M.P. Edgardo Villamil Portilla. Citada por Quintero García, Ob. cit., p. 48.

²¹⁹ C.Co., art. 1080, inc. 3.º: “El asegurado o el beneficiario tendrán derecho a demandar, en lugar de los intereses a que se refiere el inciso anterior, la indemnización de perjuicios causados por la mora del asegurador”. Entiéndase que por error del legislador se menciona “el inciso anterior” (o sea el 2.º), cuando lo correcto es el 1.º.

²²⁰ Para López Blanco los perjuicios no tienen limitante por su origen y su monto, y no obedecen al siniestro sino a la mora. Ob. cit., p. 433.

²²¹ *Ibid.* p. 436-437.

Otra consecuencia como sanción para el asegurador por no atender u objetar de manera oportuna la reclamación, es la posibilidad para la víctima de adelantar la acción judicial por vía ejecutiva²²². Son requisitos para ello: (i) que se haya perfeccionado el reclamo en debida forma, vale decir, con la prueba necesaria de la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, y (ii) que la reclamación no haya sido pagada ni objetada dentro del término del mes siguiente a su presentación. La objeción es la negativa del asegurador al pago de la indemnización mediante comunicación dirigida a la víctima reclamante, no al asegurado ni a su intermediario. Téngase presente que es necesaria no solo para el rechazo del pago total reclamado sino también de una parte del mismo, por lo que si hay una oferta parcial de pago debe darse la objeción formal por el saldo que no se reconoce²²³.

Anteriormente se exigía como condición para la acción ejecutiva que con la reclamación se aportaran los documentos indispensables “según las condiciones de la correspondiente póliza” y que la objeción fuera “seria y fundada”, lo que fue derogado por la nueva codificación procesal civil²²⁴. La supresión de la exigencia de los comprobantes fijados en la póliza está acorde con la libertad probatoria imperante para demostrar el siniestro y su cuantía. Pero no vemos sentido a la eliminación de la exigencia de la objeción “seria y fundada”²²⁵. Pensamos que aún hoy la objeción debe tener una motivación razonable porque: (i) la definición de objeción encierra una razón (DEL), y (ii) fue evidente su necesidad desde la promulgación del Código de Comercio de 1971 hasta casi 20 años, tiempo en el que no existía la consagración en la ley de la condición de la objeción de “seria y fundada”²²⁶.

En el proceso ejecutivo se pretende la satisfacción coactiva de un derecho cierto, no discutible en principio, reconocido en un título contentivo de obligación clara, expresa y exigible, aceptado por la ley²²⁷. Tiene la ventaja de invertir la carga probatoria que deberá asumir el demandado para desvirtuar la obligación al cobro, permite las medidas cautelares, restringidas en el declarativo, no requiere de audiencia de conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad y no tiene casación. La acción ejecutiva en

²²² C.Co. art. 1053: “La póliza prestará mérito ejecutivo contra el asegurador, por sí sola, en los siguientes casos (...): 3. Transcurrido un mes contado a partir del día en el cual el asegurado o el beneficiario o quien los represente, entregue al asegurador la reclamación aparejada de los comprobantes que sean indispensables para acreditar los requisitos del art. 1077, sin que dicha reclamación sea objetada. Si la reclamación no hubiere sido objetada, el demandante deberá manifestar tal circunstancia en la demanda”.

²²³ Ante la omisión de la negativa parcial se generarán intereses moratorios sobre el valor pendiente con la factibilidad de su cobro por vía ejecutiva ante la falta de objeción oportuna.

²²⁴ El CGP., art. 626, lit. c) modificó en este sentido el C.Co., art. 1053, núm. 3.º.

²²⁵ La exigencia de “seria y fundada” fue incluida por la L. 45/1990, art. 80, como medida de protección del asegurado. ACOLESE – ACOAS. *Antecedentes legislativos...* Ob. cit., p. 297.

²²⁶ Aun así fue la tendencia de la jurisprudencia nacional de la época. *Ibid.* Y para erigir en norma legal esa orientación. López Blanco. Ob. cit. p. 603. Entonces, si para el periodo 1970-1990 la objeción debía ser razonada sin norma legal expresa, no hay motivo para eliminar el requisito en la actualidad cuando las circunstancias no han cambiado. *Ibid.* p. 604.

²²⁷ Agudelo Ramirez, Martín. “El mérito ejecutivo de la póliza de seguro y sus implicaciones frente al proceso ejecutivo”. *Rectio Juris*, vol. 1, núm. 2, 2005, p. 39.

el contrato de seguro es excepcional y está prevista en nuestra legislación desde 1927²²⁸. En este caso el título ejecutivo está conformado por la póliza y la reclamación, así se diga en la norma que la póliza “por sí sola” prestará mérito ejecutivo. Sin embargo, se debe tener cuidado de que la reclamación esté perfeccionada en debida forma, porque de lo contrario podría no prosperar la pretensión ejecutiva y cuando se regrese a iniciar el proceso declarativo ya la acción esté prescrita.

No tenemos duda de que se pueda acudir a la vía ejecutiva en el seguro de responsabilidad civil cuando el asegurador no responde dentro del mes siguiente a la reclamación de la víctima. La ley no hace salvedad alguna por lo que basta cumplir con los requisitos ya mencionados para hacer uso de esta alternativa procesal. Por ello no compartimos la tesis de que como la ley exige demostrar en el mismo proceso la responsabilidad del asegurado y el derecho a reclamar la indemnización, solo cabe la vía declarativa²²⁹. Si la víctima demuestra en la reclamación extrajudicial el siniestro y la cuantía de la pérdida, y el asegurador no la objeta o la objeción es extemporánea, puede adelantar el cobro mediante esta acción ejecutiva.

2.5 La prescripción de la acción directa

La prescripción en general obedece a la necesidad de evitar acciones o derechos a perpetuidad constituyéndose en una sanción por la inactividad del titular para su ejercicio. Es un instrumento de control de las relaciones jurídicas en el tiempo que evita la incertidumbre y garantiza cierta estabilidad al no permitir las como indefinidas²³⁰. Se puede dar para el dominio de bienes corporales que están en el comercio y poseídos durante cierto tiempo (adquisitiva) o para la extinción de acciones y derechos por la falta de su ejercicio (extintiva)²³¹.

Nos ocuparemos de la prescripción extintiva porque es la aplicable al contrato de seguro²³². Para el seguro en general se han establecido dos términos prescriptivos: uno de dos años desde que el interesado conoció o debió conocer el siniestro, subjetivo por el factor de conocimiento y excluye los incapaces (prescripción ordinaria), y otro de cinco años

²²⁸ Fue consagrada desde la L. 105/1927, art. 25. Sobre los antecedentes del mérito ejecutivo de la póliza, vid. Lopez Blanco. Ob. cit., pp. 568-576.

²²⁹ Es la opinión de Isaza Posse, Maria Cristina. “La acción directa del damnificado en el seguro de responsabilidad civil”. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, vol. 19, núm. 32, 2010, pp. 154-155.

²³⁰ La prescripción está regulada en nuestro C.C. arts. 2512-2545.

²³¹ Se ha dicho que la prescripción extintiva presenta en el derecho francés tres defectos: (i) duración excesiva (30 años en el derecho común, según el C.C., art. 2262); (ii) multiplicidad de plazos de acuerdo con el régimen jurídico aplicable, y (iii) imprecisiones e incoherencias en su régimen (punto de partida, interrupción, suspensión, etc.), por lo que un factor de pacificación de las relaciones humanas y su dinamismo se convirtió en causa de estancamiento y fuente de litigios. Malaurie, Philippe. “Exposición de motivos”. En *Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción. Anteproyecto de reforma del Código Civil francés* (trad. Fernando Hinestrosa). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 289-290. No somos ajenos a estas dificultades en Colombia por los plazos prescriptivos excesivos hasta de 10 años, varios plazos (por ej., C.C., arts. 2358, 2542 y 2543; C.Co. art. 990, y L. 1480/2011, art. 58, núm. 6.º) y reglamentación confusa.

²³² Sobre este tema, vid. Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. *La prescripción en el contrato de seguro*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana – Temis, 2012.

desde el nacimiento del derecho, es decir, la fecha de ocurrencia del siniestro, objetivo porque interesa el hecho, conocido o no, y corre contra toda persona (prescripción extraordinaria)²³³. Advertimos que la diferencia en la prescripción entre ordinaria y extraordinaria existe en la codificación civil solo para la prescripción adquisitiva o usucapión, mientras que para la extintiva se estableció un régimen único²³⁴.

Para el seguro de responsabilidad civil existe un régimen aparte de prescripción mediante norma posterior y excepcional, pero debe interpretarse en armonía con el régimen general prescriptivo del contrato de seguro²³⁵. Además de considerar como siniestro el hecho externo del asegurado, establece el momento en que empieza a correr el término de prescripción: (i) para la víctima en su acción directa contra el asegurador, la fecha de ocurrencia del hecho dañoso, y (ii) para el asegurado frente a su asegurador, la reclamación que recibe de la víctima por ser supuesto agente responsable del daño²³⁶. Se agrega el reclamo como un nuevo elemento para el inicio de la prescripción, pero se mantiene el concepto del hecho dañoso como siniestro.

En cuanto al plazo, al no existir en la normatividad del seguro de responsabilidad civil la determinación expresa de su extensión, corresponde acudir a la regulación sobre la prescripción en el contrato de seguro en general. Para la acción directa de la víctima contra el asegurador del agente responsable, es de cinco años. Se trata de una prescripción con sustento en un factor objetivo para su cómputo, “el hecho externo imputable al asegurado”, por lo que aplica el término establecido para la prescripción extraordinaria en el contrato de

²³³ La regulación de la prescripción para el contrato de seguro en general la encontramos en el C.Co., art. 1081: “La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria. La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción. La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho. Estos términos no pueden ser modificados por las partes”.

²³⁴ Clasificación para la prescripción extintiva en el contrato de seguro que ha sido criticada por la doctrina considerándola innecesaria y objeto de confusión, además de que al ser propia de la prescripción adquisitiva en el derecho civil llevaría a pensar en la posesión material, tema ajeno al C.Co., art. 1081, por lo que propone una pronta modificación. López Blanco. Ob. cit., p. 494. Hinestrosa, por su parte, no le encuentra razón a esta separación de la prescripción extintiva, que además adolece de confusión conceptual e imprecisión, duplicidad que es producto del ánimo diferenciador del Código de Comercio sobre el Civil. Hinestrosa, Fernando. *La prescripción extintiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 123. Jaramillo Jaramillo la ve como una bipartición no diáfana que requiere de una reforma para simplificar su *modus operandi* y con el fin de contar con un solo plazo prescriptivo. *La prescripción...* Ob. cit., p. 6. En el extranjero también hay críticas sobre nuestra regulación prescriptiva en el contrato de seguro: “Se advierte que se trata de un régimen complejo, en el sentido de que, en el caso concreto, puede resultar dificultoso discernir por una u otra”. Isler Soto, Erika M. *Prescripción y caducidad en el contrato de seguro*. Santiago de Chile: Universidad Bernardo O’Higgins – UBO Ediciones, 2017, p. 32.

²³⁵ Se trata del C.Co., art. 1131, que transcribimos y analizamos para el concepto de siniestro en el seguro de responsabilidad civil (vid. supra, 2.2.1.1).

²³⁶ La Corte Constitucional consideró que la diferencia en el inicio del plazo de prescripción para la víctima y el asegurado no es un factor de desigualdad porque tienen posiciones jurídicas distintas en el seguro de responsabilidad civil y por ello no pueden tener igual trato. C. Const., Sent. D-7001, abr. 23/2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

seguro²³⁷. En la acción del asegurado ante el asegurador se tiene en cuenta la prescripción ordinaria porque es necesario que aquel conozca la reclamación que le formula la víctima, momento a partir del cual empiezan a correr los dos años.

En los seguros de responsabilidad bajo la cláusula de reclamación o *claims made*, con nuestro concepto de que el siniestro se configura de igual manera que en la modalidad de ocurrencia, el término de prescripción para la víctima es de cinco años a partir del hecho dañoso y de dos años para el asegurado desde la reclamación del asegurado. Téngase en cuenta que la reclamación durante la vigencia de la póliza, o en el plazo adicional pactado, es requisito adicional para la exigencia de la obligación del asegurador en esta modalidad del seguro. Pero, reiteramos, no constituye el siniestro en sí y, por ende, tampoco para estos efectos prescriptivos.

Para los procesos de responsabilidad fiscal con la vinculación del asegurador como garante, independiente de que la cobertura esté bajo modalidad de ocurrencia o de reclamación, la acción de responsabilidad fiscal caduca a los cinco años del hecho dañoso que afecta el patrimonio público si no se ha proferido auto de apertura de proceso. Mientras la responsabilidad fiscal prescribe a los cinco años de apertura del proceso sin decisión en firme que la declare²³⁸.

Como es obvio, para que la víctima pueda hacer uso de la acción directa contra el asegurador debe conocer los datos del seguro de responsabilidad civil en el que tiene la calidad de asegurado el agente responsable del daño. De ahí la necesidad de cumplir con

²³⁷ Así lo estableció la Corte Suprema de Justicia: “(...) el comentado artículo 1131 hace en punto al momento en que ‘acaezca el hecho externo imputable al asegurado’, para establecer la ocurrencia del siniestro y, por esta vía, para determinar que es a partir de ese instante, a manera de venero, que ‘correrá la prescripción respecto de la víctima’, habida cuenta que cotejada dicha mención con el régimen general del art. 1081, resulta más propio entender que ella alude a la prescripción extraordinaria en él consagrada, a la vez que desarrollada, ya que habiendo fijado como punto de partida para la configuración de la prescripción de la acción directa de la víctima, la ocurrencia misma del hecho generador de la responsabilidad del asegurado -siniestro-, es claro que optó por un criterio netamente objetivo, predicable solo, dentro del sistema dual de la norma en comentario, como ya se señaló, a la indicada prescripción extraordinaria, ya que la ordinaria, como también en precedencia se indicó, es de estirpe subjetiva, en la medida en que se hace depender del ‘conocimiento’ real o presunto del suceso generador de la acción, elemento este al que no aludió la primera de las normas aquí mencionadas, ora directa, ora indirectamente, aspecto que, por su relevancia, debe ser tomado muy en cuenta (...) a la acción directa de la víctima contra el asegurador, autorizada expresamente por la Ley 45 de 1990, es aplicable únicamente la prescripción extraordinaria contemplada en la segunda de las disposiciones aquí mencionadas, estereotipada por ser objetiva; que corre en frente de ‘toda clase de personas’, vale decir, capaces e incapaces, y cuyo término es de 5 años, que se contarán, según el caso, desde la ocurrencia misma del siniestro, o sea, desde la fecha en que acaeció el hecho externo imputable al asegurado –detonante del aludido débito de responsabilidad. CSJ. Cas. Civil, Sent. jun. 29/2007, Rad. 4690, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. En igual sentido, CSJ. Cas. Civil, Sent. sep. 20/2010, Rad. 0428. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar; CSJ, Cas. Civil, Sent. may. 25/2011, Rad. 14201, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena; CSJ, Cas. Civil, Sent. SC17161, dic. 14/2015, Rdo. 00343. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez, y CSJ, Cas. Civil, Sent. SC5885, may. 6/2016, Rdo. 00032. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. En doctrina, Jaramillo Jaramillo, *La prescripción en el contrato de seguro*, Ob. cit. pp. 104-132. López Blanco se aparta de esta opinión y afirma que en la acción directa la prescripción para la víctima puede ser ordinaria o extraordinaria, según el caso. Ob. cit., pp. 518-519.

²³⁸ L. 1474/2001, art. 120, en concordancia con la L. 610/2000, art. 9.

el deber de información al que ya aludimos bajo el postulado de la buena fe²³⁹. La jurisprudencia resalta el comportamiento positivo esperado del asegurado, de colaboración con la víctima en aras de su reparación y como una manifestación de la solidaridad debida en el mundo actual²⁴⁰.

La interrupción de la prescripción se da con la presentación de la demanda²⁴¹, con el requerimiento escrito, por una sola vez, del acreedor al deudor²⁴² o el reconocimiento de la obligación por el deudor²⁴³. Resaltamos la importancia de la solicitud escrita de pago, una novedad en la nueva codificación procesal civil, que no debe confundirse con el aviso de siniestro porque este no siempre especifica una pretensión económica. Tampoco debe equipararse a la reclamación, que surtirá los efectos de la interrupción si no está precedida de un requerimiento escrito al asegurador para la indemnización²⁴⁴.

2.6 La exclusión de cobertura de los daños extrapatrimoniales, el lucro cesante, la responsabilidad contractual y la culpa grave

Presentado el reclamo prejudicial o con la demanda, el asegurador puede objetar por exclusión de la cobertura o plantear sus excepciones en igual sentido al contestar la demanda, entre las que destacamos los daños extrapatrimoniales, el lucro cesante de la víctima, la culpa grave y la responsabilidad contractual. Para acudir a este medio de defensa es necesario que el clausulado general y particular de la póliza esté redactado en un lenguaje claro y sencillo, sin ambigüedades, sin lugar a confusión o equívocos y que no admita dudas sobre la intención de las partes²⁴⁵. Las exclusiones deben estar en

²³⁹ Vid. supra 2.1. Cfr., Hinestrosa. *El deber de sinceridad del tomador del seguro...*, Ob. cit., pp. 122 y ss.

²⁴⁰ “El comportamiento leal y probo que se espera de aquel (el asegurado), debe ser positivo –no una mera abstención- y dirigido a colaborar estrecha y responsablemente con la víctima en la reparación del daño causado, para lo cual debe informarla de la existencia del contrato y de las particularidades del mismo que le permitan el logro de ese objetivo tutelar, todo como corolario del acorado axioma de la solidaridad, el que cobija el de la cooperación, de tanta valía en la hora de ahora”. CSJ, Cas. Civil, Sent. jun. 29/2007, Rad. 04690.

²⁴¹ CGP., art. 94, inc. 1.º: “La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado”

²⁴² CGP., art. 94, inc. final: “El término de prescripción también se interrumpe por el requerimiento escrito realizado al deudor directamente por el acreedor. Este requerimiento solo podrá hacerse por una vez”.

²⁴³ C.C., art. 2539:” La prescripción que extingue las acciones ajenas, puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente. Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente. Se interrumpe civilmente por la demanda judicial; salvo los casos enumerados en el artículo 2524”.

²⁴⁴ Para López Blanco, el requerimiento “debe ser preciso, concreto e identificar claramente la obligación cuyo pago se solicita”. Y agrega “basta la comunicación escrita en la que el asegurado o beneficiario solicite el pago de la indemnización, huérfana de cualquier elemento probatorio, para que genere los efectos advertidos”. El autor advierte que este requerimiento no se aplica en la situación prevista en el numeral 3 del art. 1053 del Código de Comercio, referente a la acción ejecutiva. Ob. cit., pp. 551-552.

²⁴⁵ Veiga Copo, Abel B. *Los principios de derecho europeo del contrato de seguro*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana – Editorial Ibáñez, 2012, p. 211.

primera página de la póliza, en caracteres destacados o resaltados, en términos claros y concisos, que le permitan al tomador conocer el verdadero alcance de los amparos contratados. Están prohibidas las exclusiones en páginas interiores o en forma distinta a lo indicado²⁴⁶.

2.6.1 La exclusión de los daños extrapatrimoniales

Sobre los perjuicios a cargo del asegurador con la demostración previa por la víctima, la normativa le obliga indemnizar los perjuicios patrimoniales causados por el asegurado²⁴⁷. Se ha debatido si en los términos de ley están excluidos de la cobertura del seguro de responsabilidad civil los perjuicios extrapatrimoniales. La jurisprudencia eliminó toda duda y consideró que en este seguro están amparados ambos tipos de perjuicios porque la afectación patrimonial es una sola, independiente de su clasificación²⁴⁸. También aclaró que otorgar la cobertura a todos los perjuicios a pesar la exclusión de algunos de ellos en la póliza, no va en contra de la facultad del asegurador de seleccionar los riesgos que asumirá. La razón es que al amparar los perjuicios patrimoniales, cubre los extrapatrimoniales por lo expuesto²⁴⁹.

²⁴⁶ Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia, núm. 1.2.1.2. La Corte tiene por no escritas las exclusiones que no estén en la primera página de la póliza. Asimismo, CSJ, Cas. Civil, Sent. SC780, mar. 10/2020, Rdo. 00053. M.P. Ariel Salazar Ramirez. Sobre las características de la información que debe ser suministrada, cfr., Neme Villarreal, Martha Lucía y Chinchilla Imbett, Carlos Alberto. *El consentimiento informado del consumidor. Del sinalagma a las exigencias de información*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 60 y ss. Falta negrilla en número de sentencia y radicado

²⁴⁷ C. Co. art. 1127: “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 incurra 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”. Este texto corresponde a la modificación introducida por la L. 45/1990, art. 84, que cambió el verbo “sufrir” por “causar”, acorde con la nueva finalidad del seguro de responsabilidad civil como un seguro a favor de la víctima. Así se le da preponderancia al resarcimiento de los perjuicios causados a un tercero en vez de los sufridos por el asegurado, pero la indemnización conlleva un beneficio para ambos.

²⁴⁸ Dijo la Corte: “Mas, no es menos cierto que los perjuicios que el demandado causa a la víctima le generan un detrimento económico al tener que pagar la condena a indemnizar integralmente los daños que causa al demandante; luego, constituye el mismo menoscabo pecuniario que el asegurado sufre al tener que solventarlos de su patrimonio. Por consiguiente, cuando la norma en comentario alude a «los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado» no se está refiriendo a la clasificación de los perjuicios (patrimoniales y extrapatrimoniales) dentro de la relación jurídica sustancial entre demandante y demandado en el proceso de responsabilidad civil, sino al detrimento económico que surge para el asegurado dentro de la relación que nace en virtud del contrato de seguro, los cuales son patrimoniales para el asegurado, independientemente de la tipología que se les haya asignado al interior del proceso de responsabilidad civil”. CSJ, Cas. Civil, Sent. SC20950, dic. 12/2017, Rad. 0497. M.P. Ariel Salazar Ramírez. Este fallo dejó sin efecto la doctrina de la misma Corte según CSJ, Cas. Civil, Sent. dic. 19/2006, Rad. 0109, que excluía de cobertura del seguro de responsabilidad los perjuicios extrapatrimoniales de la víctima y consideraba amparados solo los patrimoniales, por lo que no atiende el verdadero espíritu del art. 1127.

²⁴⁹ Así se pronunció el alto tribunal en la misma sentencia: “Tampoco se incurrió en la falta de aplicación del artículo 1056 mercantil endilgada, porque el *ad quem* no desconoció que dicha norma autoriza al asegurador a asumir la totalidad de los riesgos a que está expuesto «el interés o la cosa asegurados, el

La cobertura del daño extrapatrimonial se extiende a todas sus modalidades, a saber (i) daño moral, (ii) daño a la vida de relación y (iii) daño a los derechos fundamentales con protección constitucional²⁵⁰. Así no estén mencionados de manera expresa como cubiertos por la póliza o aparezcan allí excluidos, se encuentran cubiertos por los motivos anotados. Aún más, reconocibles de oficio por el juzgador en aras del principio de la reparación integral, obviamente si están demostrados y competen a la naturaleza del bien jurídico afectado²⁵¹.

2.6.2 La exclusión del lucro cesante

La exclusión del lucro de la víctima es planteada con fundamento en la necesidad de su pacto expreso²⁵². Sin embargo, la disposición legal exige la estipulación expresa del lucro cesante del asegurado, mas no de la víctima²⁵³, por lo que se trata de una interpretación errónea de la ley. Aún más, en caso de su exclusión se tendrá por no escrita, al contravenir una disposición legal en la que se establece en el seguro de responsabilidad civil la obligación del asegurador de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado²⁵⁴.

patrimonio o la persona del asegurado» o solo algunos de estos, de ahí que estuviera en libertad de no amparar «perjuicios extrapatrimoniales»; por el contrario, en una interpretación sistemática con el precepto 1127, y partiendo de la enunciada libertad contractual, coligió que cuando el último alude a los «perjuicios patrimoniales», en esa categoría se hallan comprendidos los detrimentos extrapatrimoniales de la víctima, que toman la connotación de materiales para el asegurado, dada la afectación patrimonial que para él dimana de su deber de resarcir, de la cual la aseguradora se comprometió a mantenerlo indemne al contratar la especie de seguro que se analiza”.

²⁵⁰ Estos tipos de daños en la jurisdicción civil resultan a partir de la sentencia de unificación CSJ, Cas. Civil, Sent. SC10297, agos. 5/2014, Rad. 0660. Mientras en la jurisdicción contencioso administrativa se produjo mediante acta del 28 de agosto de 2014 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con la unificación de 8 sentencias para la tipología y reparación del daño inmaterial que queda configurado así: (i) perjuicio moral por muerte, lesiones personales o privación injusta de la libertad; (ii) daño por afectación a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, y (iii) perjuicio a la salud derivado de una lesión corporal o psicofísica; además, se establecieron los parámetros para su cuantificación máxima. Sobre los diferentes daños extrapatrimoniales en materia civil y contencioso administrativa, y el análisis de estos fallos de unificación, cfr., M’Causland Sánchez, María Cecilia. *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

²⁵¹ CSJ, Cas. Civil, Sent. SC2107, jun. 12/2018, Rad. 0736. M. P. Luis Armando Tolosa Villabona.

²⁵² Porque, según el asegurador, así lo consagra el C.Co., art. 1088, que dice: “Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero este deberá ser objeto de acuerdo expreso”

²⁵³ Así lo confirma la Corte en CSJ, Cas. Civil, Sent. SC2107, jun. 12/2018, Rad. 00736.

²⁵⁴ Tal como lo sostiene la Corte: “En punto del contrato de seguro y con relación a la cláusula referente al artículo 1088 del Código de Comercio, que limita o excluye la obligación de indemnizar determinado *ítem* por la aseguradora al tomador, resulta irrelevante determinar si fue objeto de exclusión el lucro cesante o cualquier otro perjuicio con relación al tercero afectado y no interviniente en el contrato de seguro, por cuanto tal análisis no procede contra el tercero, sino frente a las partes del contrato y de cualquier modo, cuanto efectivamente garantiza al asegurado es cubrirle al tomador o beneficiario, todo daño emergente en que haya incurrido con ocasión del hecho dañoso; esto es, todos los perjuicios sin distinción que el dañador-tomador o asegurado, haya erogado a la víctima”. *Ibíd.*

2.6.3 La exclusión de la responsabilidad civil contractual

Una de las dificultades de la responsabilidad civil es deslindar la responsabilidad contractual de la extracontractual²⁵⁵. Lo que a simple vista parece una tarea fácil, se torna compleja frente a casos concretos para determinar si estamos ante a uno u otro tipo de responsabilidad, por ejemplo, cuando se trata de daños en la fase precontractual (culpa *in contrahendo*), daños con motivo del contrato y no propiamente por su inejecución, o las denominadas obligaciones de seguridad²⁵⁶. Una parte de la doctrina sostiene que solo existe la responsabilidad extracontractual²⁵⁷, o que se trata de una distinción injustificada, y de ahí el beneficio de su unificación, porque el objeto de la responsabilidad es indemnizar el daño sin importar el tipo de responsabilidad²⁵⁸. Mientras se establece una sola responsabilidad en el régimen colombiano de consumo y en la nueva codificación civil y comercial argentina²⁵⁹.

El objeto principal de la cobertura en el seguro de responsabilidad civil es la responsabilidad extracontractual²⁶⁰, con excepción de los seguros obligatorios de responsabilidad civil contractual de pasajeros y similares, limitados al amparo de los riesgos derivados del contrato. La razón estriba en la consideración de que los perjuicios por un incumplimiento contractual están cubiertos por el seguro de cumplimiento, denominado también seguro de fianza o garantía de cumplimiento, exigido al deudor o contratista en la contratación pública y privada.

²⁵⁵ El asunto es importante porque de esta clasificación se derivan características propias para uno u otro tipo de responsabilidad, como los daños indemnizables, la prescripción, la carga probatoria, la aplicación de la teoría de la culpa, las presunciones de responsabilidad, la competencia judicial, entre otras, que son trascendentales en las acciones de resarcimiento y pueden fracasar al invocar una responsabilidad incorrecta.

²⁵⁶ Sobre el tipo de responsabilidad por no cumplir con los deberes colaterales de conducta (información, lealtad, colaboración, reserva, coherencia, entre otros) en la etapa precontractual o contractual, vid. Bernal Fandiño, Mariana. “La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada de la inobservancia de los deberes colaterales de conducta”. *Vniversitas*, vol. 62, núm. 126, 2013, pp. 39-64. Compartimos su posición contractualista por la relación existente en la fase previa al contrato y porque están integrados al contrato en su ejecución. De otra parte, en el campo procesal, si el demandante se equivoca al invocar una responsabilidad diferente, el juez, por el postulado *iura novit curia*, está en la obligación de acoger el régimen correcto de acuerdo con los hechos probados que soportan las pretensiones de la demanda. CSJ, Cas. Civil, Sent. SC780, mar. 10/2020, Rdo. 00053.

²⁵⁷ Cfr., Le Tourneau, Philippe. “De la falsedad del concepto de ‘responsabilidad contractual’” En *Estudios de Derecho Civil en memoria de Fernando Hinestrosa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 674, para quien no existe responsabilidad contractual sino “falla contractual”, luego el verdadero concepto de responsabilidad solo existe para lo extracontractual. Asimismo, Aedo Barrena, Cristian. “La delimitación de la responsabilidad contractual y la aquiliana y su incidencia en la reparación del daño moral” En *Estudios de derecho de contratos. En homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2018, pp. 621 y ss.

²⁵⁸ Reglero Campos, Fernando. “Conceptos generales y elementos de delimitación”. En *Tratado de responsabilidad civil*. Tomo I. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2008, pp. 144-145.

²⁵⁹ Estatuto del Consumidor (L. 1480/2011) y Código Civil y Comercial de la Nación (L. 26.994/2014, arts. 1708-1780), en su orden.

²⁶⁰ De ahí la denominación de las pólizas como seguro de responsabilidad civil extracontractual. Aunque el C.Co., art. 1127, inc. 2, permite en el seguro de responsabilidad civil la cobertura de la responsabilidad contractual y extracontractual.

La pretensión de amparar los riesgos de la responsabilidad civil contractual mediante un seguro de cumplimiento, afronta el problema de que no siempre es exigido en las relaciones contractuales²⁶¹, o al expedirlo no cubre todos los daños derivados del incumplimiento del contrato²⁶². De ahí que no sea la solución satisfactoria para cubrir los perjuicios por la inobservancia contractual. Por esta razón, el seguro de responsabilidad civil extracontractual ampara algunos perjuicios de orden contractual. Es el caso de los bienes bajo cuidado, tenencia y control a cargo del asegurado, la responsabilidad civil productos del fabricante o distribuidor²⁶³, o la prestación de servicios médicos. Aunque la exclusión de los daños contractuales puede desnaturalizar los fines del seguro de responsabilidad civil. En un seguro tomado por un hospital, un restaurante o un parque de diversiones, al excluir los daños contractuales pierde su esencia porque la mayor probabilidad de riesgo se presenta en las relaciones de esta índole con pacientes, comensales y visitantes²⁶⁴.

2.6.4 La exclusión de la culpa grave

El Código de Comercio de 1971 excluyó la posibilidad de cubrir la culpa grave en cualquier seguro, así como el dolo y los actos potestativos del tomador, asegurado y beneficiario²⁶⁵. Luego, en el proyecto gubernamental que dio lugar a la L. 45/1990, no se contempló ninguna modificación al respecto, pero en la ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes se incluyó la posibilidad de asegurar la culpa grave en el seguro de responsabilidad civil. El ponente justificó este cambio en las tendencias modernas que permiten el aseguramiento de la culpa grave en el seguro de responsabilidad civil²⁶⁶, lo cual fue aprobado en el texto final del proyecto²⁶⁷.

²⁶¹ Por ejemplo, se excluye casi siempre en la prestación de servicios médicos o en la venta minorista de productos.

²⁶² Los amparos son restringidos por el riesgo que implica asumirlo por el asegurador que se convierte en un codeudor del afianzado y con valores asegurados limitados a porcentajes sobre el valor del contrato, muy bajos a veces en proporción al riesgo potencial de un daño por incumplimiento.

²⁶³ En la cadena de consumo se considera que la responsabilidad de todos los intervinientes (fabricante, distribuidor mayorista, vendedor minorista, etc.) es contractual frente al consumidor final.

²⁶⁴ Reglero Campos hace referencia a una sentencia del TSE de 1991 (RJ 1991, 4434) que dejó sin efecto una exclusión de la responsabilidad contractual en un seguro de responsabilidad civil tomado por una estación de esquí. Se consideró que la mayor probabilidad de riesgo estaba en los accidentes de los practicantes de este deporte por lo que se afectaría una relación contractual, lo que dejaba prácticamente sin contenido el contrato. Esto suponía un claro enriquecimiento del asegurador que percibe una prima sin ofrecer a cambio la cobertura adecuada. “El seguro de responsabilidad civil”... Ob. cit., p. 1357.

²⁶⁵ C.Co., art. 1055, en concordancia con el art. 1127 para el seguro de responsabilidad civil.

²⁶⁶ ACOLDESE – ACOAS. Ob. cit., p. 352. Estamos de acuerdo con la modificación para permitir el aseguramiento de la culpa grave del asegurado, lo que está a tono con el objetivo de favorabilidad de la víctima en el seguro de responsabilidad civil. No tiene sentido “castigarla” con una exclusión de cobertura y la imposibilidad de obtener la reparación de sus daños por un comportamiento culposo en extremo del agente responsable. Pero no es posible la cobertura de la culpa grave del beneficiario, porque al ostentar la víctima esta calidad en el seguro de responsabilidad civil no habrá responsabilidad por sancionar ni daños a indemnizar.

²⁶⁷ El C.Co. art. 1127, inc. 2.º, quedó así: “Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055”.

Se generó así una contradicción entre la posibilidad de asegurar la culpa grave en el seguro de responsabilidad civil y la prohibición de cubrirla en toda clase de seguros²⁶⁸. Lo que uno permite, el otro lo prohíbe. La jurisprudencia y la doctrina la han resuelto aceptando la cobertura de la culpa grave por estar prevista en norma específica y posterior²⁶⁹. Para la cobertura de los daños ocasionados por culpa grave del asegurado no se requiere estipulación en la póliza de responsabilidad civil, por lo que si no está expresamente excluida en la póliza, se encuentra amparada²⁷⁰. Además, la graduación tripartita de la culpa atañe a la responsabilidad contractual y no a la extracontractual²⁷¹, lo que sería un argumento más para no aceptar la exclusión de la culpa grave en el seguro de responsabilidad civil cuando tiene por objeto la cobertura de lo extracontractual²⁷².

268 C. Co. art. 1055: “El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo”.

²⁶⁹ La Corte acude a las directrices legislativas para solucionar las antinomias o contradicciones normativas y, para el caso, en tratándose de dos artículos que forman parte de la misma codificación tiene supremacía el art. 1127, por ser especial para el seguro de responsabilidad civil y de posterior expedición, mientras el art. 1055 es una norma general dentro de los principios comunes a los seguros terrestres. CSJ, Cas. Civil. Sent. jul. 5/2012, Rad. 00425. M. P. Fernando Giraldo Gutiérrez. Por su parte, Ossa Gómez resaltó la contradicción entre los artículos citados y dio su aceptación sobre la cobertura de la culpa grave porque así lo prevén legislaciones modernas como la francesa y la italiana, luego no es ninguna “herejía jurídica”; pero, en su sentir, se puede extender por la autonomía contractual a los seguros en general. Ossa Gómez. Ob. cit., p. 104. En opinión de Ordóñez Ordóñez, la intención del legislador era darle cabida al aseguramiento de la culpa grave del tomador, asegurado o beneficiario y así debe entenderse. Ordóñez Ordóñez, Andrés E. *Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato. Lecciones de derecho de seguros N.º 2*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 17.

²⁷⁰ Lo reafirmó la jurisprudencia en CSJ, Cas. Civil. Sent. jul. 5/2012, Rad. 0425.

²⁷¹ Así lo sostiene la Corte: “Tal estipulación (C.C., art. 1603, agregamos), en conjunción con el 1604 *ibidem*, configuran el régimen de la responsabilidad civil por incumplimiento de las obligaciones contractuales, sin que se refiera a penas de escarmiento que son asunto de la ley penal ni a la responsabilidad extracontractual contemplada en el 2341 y siguientes”. CSJ, Cas. Civil. Sent. jul. 5/2012, Rad. 0425. En igual sentido, CSJ, Cas. Civil. Sent. 13925, sep. 30/2016, Rad. 0174: “la culpabilidad extracontractual no admite graduación en la medida que para imponer la obligación de indemnizar no interesa la magnitud de dicho reproche subjetivo”. Para Koteich Khatib este es uno de los problemas de la existencia de ambos regímenes de responsabilidad. Como dato histórico aclara que la tripartición de la culpa se debe a los juristas del Medioevo y fue defendida por Pothier. Pero el *Code Civil* de 1804, aunque basado en su pensamiento, la descalificó por inútil y superficial; a pesar de ello, Andrés Bello la incluyó en el Código Civil de Chile y de ahí pasó al colombiano. Bello la erigió como un principio de responsabilidad para todo tipo de relación contractual. Koteich Khatib, Milagros. “Responsabilidad contractual y aquiliana. Revisión de una distinción tradicional con base en la culpa y su graduación”. En *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de rectoría 1963-2003*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp.185-187.

²⁷² En este sentido se pronunció la justicia arbitral en el campo del seguro de responsabilidad: “Parecería, además, que cuando el Código de Comercio dispuso la inasegurabilidad de la culpa grave, se refirió directamente a la culpa contractual, esto es a la que puede incidir en el cumplimiento de las obligaciones que provienen de los acuerdos de voluntad, como quiera que es tan solo esta variedad de la culpa la que puede ser calificada de grave, leve o levísima, según la utilidad que el negocio proporcione al acreedor o al deudor (C.C., arts. 63 y 64), pues la culpa extracontractual no admite estas clasificaciones dado que en ella, cualquiera que haya sido el comportamiento del autor del daño, basta que se haya incurrido en levísimo error para que se comprometa su responsabilidad, conforme con el adagio que expresa el principio: *In lege aquilia ex levissima culpa venit*”. *Cerro Matoso S. A. y otro v. Compañía de Seguros La Andina y otros*, Cámara de Comercio de Bogotá, julio 9/1989. Citado por Ordóñez. *Elementos esenciales...* Ob. cit., p. 18. Vid. texto completo del laudo en ACOLDESE - AIDA. *Laudos Arbitrales en materia de seguros*. Tomo I.

2.7 No es necesaria la vinculación del asegurado al proceso judicial para determinar su responsabilidad

Se ha discutido en nuestro país si en el ejercicio de la acción directa promovida por la víctima contra el asegurador del agente responsable, debe demandar también al asegurado para incluirlo así en el proceso y determinar su responsabilidad. En Francia y España no es necesario y la acción se puede adelantar solo entre víctima y asegurador. En Italia, la víctima solo puede demandar al asegurado quien llama en garantía a su asegurador. En México, a pesar de consagrar la acción directa como autónoma, la tendencia doctrinaria y jurisprudencial es vincular al asegurado para probar su responsabilidad y condenar a su asegurador. En Argentina, la víctima que pretenda demandar al responsable puede citar en garantía a su asegurador²⁷³. En Perú, si la víctima demanda al asegurador, debe incluir también al asegurado²⁷⁴.

La víctima tiene acción directa contra el asegurador en nuestro país, pero la ley no especifica si al demandar al asegurador también debe hacerlo contra el asegurado. Como lo anotamos²⁷⁵, el proyecto inicial de la L. 45/1990 solo previó la implantación de la acción directa, después el ponente recibió la solicitud del gremio asegurador - FASECOLDA- para incluir la presencia obligatoria del asegurado en el proceso, lo que no fue acogido y en su lugar se adicionó con la parte final que establece la posibilidad de demostrar en el mismo proceso la responsabilidad del asegurado y pretender la indemnización del asegurador²⁷⁶. El texto agregado ofrece dos opciones de interpretación: (i) demandar solo al asegurador para pedir su indemnización y demostrar allí la responsabilidad del asegurado, o (ii) debe demandar también al asegurado para que participe en el mismo proceso contra el asegurador.

La doctrina está dividida en quienes aceptan la demanda solo contra el asegurador sin vincular al asegurado al proceso y otros que expresan la necesidad de demandar también al asegurado en caso de proceder por la vía judicial contra el asegurador. Entre los primeros, López Blanco sostiene que la norma concede el derecho a demandar al asegurador de manera exclusiva, no establece un litisconsorcio necesario y nada impide demostrar la responsabilidad del asegurado en su ausencia²⁷⁷. Ordóñez Ordóñez es de la

Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2004, pp. 277- 402. Si bien el laudo es anterior a la modificación del art. 1127 por la L. 45/90, no pierde vigencia para este tema.

²⁷³ L. 17.418/1967, art. 118: "(...) El damnificado puede citar en garantía al asegurador hasta que se reciba la causa a prueba (...)".

²⁷⁴ L. 29946/ 2012, art. 110: "El tercero víctima del daño tiene acción directa contra el asegurador, hasta el límite de las obligaciones previstas en el contrato de seguro y siempre que se incluya al asegurado en su demanda".

²⁷⁵ Vid., supra P. II, Cap. I, núm. 1.2.

²⁷⁶ C.Co., art. 1133.

²⁷⁷ "Empero y viene aquí lo destacado de la norma que marca nuevos horizontes, y es así como el beneficiario asistido por la acción directa que le otorga el art. 1133 del C. de Co., podrá demandar exclusivamente a la aseguradora sin hacerlo de quien ocasionó el daño, o sea el asegurado, puesto que la norma en cita no impone la obligación de demandar a los dos porque lejos está de tipificar un caso de litisconsorcio necesario por disposición de la ley, debido a que permite que se demande exclusivamente a la aseguradora, con la carga de probar la responsabilidad del asegurado sin que necesariamente tenga que demandarlo. Este es el aspecto novedoso y de particular interés procesal pues normalmente dentro del

misma opinión y manifiesta que si estamos ante una acción directa nada impide ejercerla solo contra el asegurador, porque si se requiere vincular al deudor originario, o sea, el asegurado, deja de ser directa²⁷⁸.

Entre quienes plantean la necesidad de demandar también al asegurado, Jaramillo Jaramillo afirma que la ley no establece la opción de que la víctima demande solo al asegurador, porque la declaratoria de responsabilidad del asegurado, requisito indispensable para el cobro del seguro, exige su presencia en el proceso²⁷⁹. Díaz-Granados, a su vez, se refiere a un litisconsorcio necesario por pasiva entre asegurador y asegurado. Aunque reconoce la dificultad de que la decisión no será siempre uniforme para ambos²⁸⁰ porque puede darse una sentencia que condene al asegurado y, al mismo tiempo, exonere al asegurador por una exclusión de cobertura en la póliza. Por ello, propone como solución que la uniformidad de la decisión verse solo sobre la responsabilidad del asegurado, que es común a los litisconsortes, mas no en lo que atañe a su cobertura del seguro²⁸¹.

esquema en que fuimos educados parece una herejía que se pueda demostrar la responsabilidad de un sujeto dentro de un proceso sin demandarlo, que es precisamente lo que se ha contemplado en el citado art. 1133, que no se refiere a la necesidad de demandar al asegurado causante del daño sino tan solo de demostrar la responsabilidad del asegurado, cuestión jurídicamente posible”. López Blanco. Ob. cit., pp. 704-706.

²⁷⁸ “Si se trata de una ‘acción directa’, es obvio pensar que ella debe y puede ser ejercida sin pasar por el deudor originario. La acción directa, tanto como la acción contraria, que es la subrogatoria u oblicua, tiene como finalidad facilitar un recurso judicial contra el deudor de mi deudor; en estas condiciones, es obvio que lo que se persigue precisamente es poder prescindir de la acción contra el deudor original. Una acción directa que suponga la necesaria vinculación de los dos deudores, deja de por sí de ser directa”. Ordóñez Ordóñez, Andrés E. *Estudios de Seguros*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 101. En la doctrina española, Veiga Copo expresa: “El perjudicado o sus derechohabientes exigen directamente y en nombre propio el cumplimiento de la obligación de resarcir, de reparar el daño causado por el asegurado a la entidad aseguradora. Este no tiene siquiera que ser demandado, accionando el perjudicado frente a la aseguradora que asume por contrato y por derecho la deuda de responsabilidad que surge en el patrimonio del asegurado causante y responsable de un daño cuyo hecho desencadenante sea por acción o por omisión entra dentro de la asunción del riesgo garantizado”. Veiga Copo, Abel B. *La acción directa del tercero perjudicado en los seguros de responsabilidad civil*. Pamplona: Thomson Reuters Civitas, 2013, p. 223.

²⁷⁹ “(...) semejante interpretación de carácter estrictamente exegético –o literal- no resulta aceptable o de recibo, en razón de que la presencia judicial del asegurado, por la naturaleza misma del seguro de responsabilidad civil –en especial de su definido objetivo-, supone invariablemente su presencia –en sentido amplio- (la del asegurado), como quiera que su responsabilidad, en efecto, es presupuesto *sine qua non* de la responsabilidad *ex contractu* del asegurador (...) 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”. Jaramillo Jaramillo. *Derecho de Seguros*. Tomo IV. Ob. cit., p. 533.

²⁸⁰ Como lo exige el CGP., art. 61.

²⁸¹ Díaz-Granados Ortiz. Ob. cit., pp. 272-273. Robledo Vallejo y Gaona Corredor opinan que la posibilidad de adelantar un proceso contra el asegurador en ausencia del asegurado, tal como lo prevé el C.Co., art. 1133, (i) vulnera el derecho de defensa de este; (ii) genera inseguridad jurídica, porque pueden darse fallos contradictorios en los procesos separados de la víctima contra el asegurador y el asegurado, y (iii) aumenta los costos públicos y privados por adelantar procesos independientes. Plantean la necesidad de una reforma legislativa que imponga el litisconsorcio necesario en la acción directa para que sea obligatoria la presencia del asegurado responsable en el proceso que adelanta la víctima contra el asegurador. Mientras tanto, dan a entender, que es posible demandar solo al asegurador porque así lo establece la ley. Robledo Vallejo, Laura y Gaona Corredor, Tatiana. “Litisconsorcio en la acción directa en el seguro de

Consideramos que la ley, al estatuir la acción directa en el seguro de responsabilidad civil, previó la posibilidad de resolver sobre la responsabilidad del causante del daño y el deber contractual indemnizatorio del asegurador en un mismo proceso sin la presencia del asegurado. El hecho de que el beneficiario del seguro deba probar la responsabilidad del asegurado para la prosperidad de la acción, no quiere decir, bajo ninguna circunstancia, que deba vincularlo al proceso. Cosa distinta es que la prueba de la responsabilidad del asegurado sea uno de los presupuestos sustanciales para la prosperidad de la acción directa, es decir, sin la evidencia de responsabilidad del asegurado no es posible condenar al asegurador y, además, las acciones u omisiones que dieron lugar a esa responsabilidad deben estar amparadas por el contrato de seguro.

Lo anterior significa que la víctima puede demandar solo al asegurador del responsable para obtener el pago de la indemnización por el daño sufrido. Ello es así porque el tercero perjudicado hace uso de un derecho propio derivado de la acción directa prevista en la ley, mientras su relación con el agente responsable proviene de un hecho ilícito. Es la consecuencia lógica del objetivo del seguro de responsabilidad civil de resarcir a la víctima y por eso ostenta la calidad de beneficiaria en este contrato de seguro. El tercero que es perjudicado se convierte así en el titular del crédito a cargo del asegurador, en el acreedor de la prestación²⁸².

responsabilidad civil en Colombia”. En Saúl Sotomonte y Tatiana Gaona (eds.). *Estudios sobre Derecho de Seguros. Homenaje al profesor Andrés Eloy Ordóñez Ordóñez*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 337-357

²⁸² Así lo sostiene nuestra Corte Suprema de Justicia al expresar: “Con la reforma introducida por la ley 45 de 1990, cuya *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, objetivo por razón del cual se le instituyó como beneficiaria de la indemnización y en tal calidad, como titular del derecho del riesgo 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 prestación, e imponiéndole 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 estos 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. Por tal razón, el citado precepto, en su segunda parte, concordando con el artículo 1077 del mismo ordenamiento, que de manera general radica en el asegurado o beneficiario, según corresponda, la carga de la prueba del siniestro y de la cuantía de la pérdida, prevé que para atender esta, es decir, para comprobar su derecho ante el asegurador, el perjudicado ‘en ejercicio de la acción directa podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador’ suministrando necesariamente, además de la prueba de los hechos que determinan la responsabilidad del asegurado, la de que tal responsabilidad se enmarca en la cobertura brindada por el contrato de seguro. No de otra manera, se entiende la alusión expresa al citado artículo 1077 realizada por el mencionado artículo 1123, en su primera parte, a cuyo tenor ‘para acreditar su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077 la víctima en ejercicio de la acción directa podrá (...)’”CSJ, Cas. Civil, Sent. feb. 10/2005, Rad. 7614.

No existe litisconsorcio necesario por pasiva entre asegurado y asegurador porque son relaciones jurídicas y sustanciales diferentes entre víctima – asegurado y víctima – asegurador. La primera proveniente de una responsabilidad contractual o extracontractual y la segunda con sustento en un contrato de seguro²⁸³. La relación víctima – asegurado busca establecer si el daño causado es jurídicamente atribuible a quien se señala de causarlo y, para ello, es necesario acudir al régimen de la responsabilidad. La relación víctima – asegurador pretende determinar si este último tiene la obligación de pagar un siniestro en los términos del contrato de seguro. La relación tiene su fundamento en los derechos incorporados en la póliza y la víctima está legitimada para reclamarlos. Son tan distintas ambas relaciones que el asegurado puede ser declarado responsable del daño y el asegurador exonerado de la obligación de pagarlo por una exclusión de cobertura.

Tampoco se presenta una violación a los derechos de defensa y debido proceso del asegurado por discutirse y declararse su responsabilidad en ausencia. No se trata de obtener una sentencia condenatoria del asegurado sin su presencia, lo que sería ilegal y violatorio del principio de que nadie puede ser condenado sin ser vencido en juicio. Pero nada impide que la víctima demuestre la responsabilidad del asegurado, para que el asegurador pague la indemnización²⁸⁴. En estas condiciones, la sentencia condenatoria del asegurador en el proceso promovido por la víctima no le es oponible al asegurado, no le compromete ni constituye cosa juzgada para él.

La falta de citación obligatoria del asegurado al proceso promovido por la víctima contra el asegurador, tiene consecuencias importantes para la defensa de los intereses de la demandante: (i) no tendrá que demandar a un responsable con quien tiene vínculos de familiaridad o amistad; (ii) no hay inconveniente si el responsable falleció en el siniestro o en otras circunstancias; (iii) no se verá afectada por los términos de prescripción a veces más cortos entre víctima y responsable (por ejemplo, en el transporte de pasajeros o en la reparación directa como medio de control en la jurisdicción contencioso administrativa, ambos de dos años) que la prescripción de cinco años entre víctima y asegurador, y (iv) si hay que demandar también al asegurado, no existiría la acción ejecutiva de la víctima contra el asegurador porque no está prevista contra aquel.

2.8 La solidaridad entre asegurador y asegurado frente a la víctima reclamante

La doctrina nacional descarta la solidaridad pasiva de asegurador y asegurado porque las obligaciones de uno y otro provienen de fuentes distintas, no tienen un objeto divisible, por lo que faltaría este requisito para su configuración²⁸⁵. En tal sentido se pronuncian Jaramillo Jaramillo²⁸⁶, Díaz-Granados Ortiz²⁸⁷, Quintero García²⁸⁸, Vélez Gaviria²⁸⁹. Por

²⁸³ López Blanco. Ob. cit., p. 706. En igual sentido TS de Buga, Sent. abr. 7/2014, Rad. 00178, M.P. Orlando Quintero García, citada por Quintero García. Ob. cit., pp. 153-154.

²⁸⁴ López Blanco. Ob. cit., p. 709.

²⁸⁵ Está prevista en C.C., art. 1568 y debe establecerse por convención, testamento o por ley. De acuerdo con Ospina Fernández se trata de una institución de utilidad y uso frecuente que otorga ventajas al acreedor porque cualquiera de los sujetos pasivos responde por la totalidad de la obligación. La considera la caución personal por excelencia. Ob. cit., p. 242.

²⁸⁶ Quien acoge la tesis de Garrigues de que no existe solidaridad porque no hay concurrencia de dos o más deudas en una sola obligación. Las obligaciones son diversas: el asegurado por el daño causado y el

su parte, Tamayo Jaramillo²⁹⁰ y Zornosa Prieto²⁹¹, si bien niegan la solidaridad, hacen referencia a las obligaciones *in solidum* del derecho francés, diferentes a las obligaciones solidarias, que tienen como prototipo las del asegurador y asegurado en el seguro de responsabilidad civil con la obligación de aquel limitada al valor asegurado.

La jurisprudencia nacional a veces acepta la solidaridad pero sin incluir en la condena del asegurador el deducible o los excedentes del valor asegurado²⁹². Los tribunales españoles y buena parte de la doctrina de ese país son partidarios de la solidaridad entre asegurado y asegurador frente a la víctima reclamante, pero admiten que la obligación del asegurador está restringida al límite del valor asegurado²⁹³. Afirman, además, que no es necesario

asegurador por el contrato de seguro, luego sus causas son distintas (el hecho dañoso y el contrato). Una nace de la ley, la otra del contrato. Jaramillo Jaramillo. *Derecho de seguros*. Tomo IV. Ob. cit., p. 515.

²⁸⁷ Para el autor, admitir la solidaridad es pensar que la obligación del asegurador ante la víctima nace del hecho dañoso lo que la haría inmune a las excepciones del contrato de seguro, la prescripción sería la de la responsabilidad y permitiría cobrarle al asegurador la totalidad del daño sin importar el límite de la suma asegurada. Díaz-Granados Ortiz. Ob. cit., pp. 264-265.

²⁸⁸ Rechaza la solidaridad porque asegurador y asegurado deben responder por fuentes distintas: el primero por el contrato de seguro y el segundo por el hecho antijurídico generador del daño. Quintero García. Ob. cit., p. 145.

²⁸⁹ Al asegurado solo se puede reclamar lo que exceda de la suma asegurada y no la indemnización que al mismo tiempo se pretende del asegurador. Vélez Gaviria, Piedad Cecilia. “El ejercicio de la acción directa en Colombia – sus implicaciones con la acción de responsabilidad civil”. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, vol. 22, núm. 38, 2013, p. 214.

²⁹⁰ Tamayo Jaramillo. Ob. cit., pp. 45-47. Aunque prefiere llamarlas obligaciones *al todo* porque el término *in solidum* es utilizado por el C.C., art. 1568 para referirse a las obligaciones solidarias.

²⁹¹ Zornosa Prieto. Ob. cit., pp. 948-950.

²⁹² “Finalmente, por el indebido alcance del art. 1088 del Código de Comercio, y la falta de aplicación del canon 1127 *ejusdem*, según se explicó en el acápite de consideraciones relativo al cargo tercero, se impone condenar a (...), a pagar de forma solidaria al demandante (...), los rubros indemnizatorios sin distinción, hasta el monto asegurado, menos el respectivo deducible”. CSJ, Cas. Civil. Sent. SC2107, jun. 12/2018, Rad. 00736. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. Se advierte que en los fallos de primera y segunda instancia condenaron a los demandados (asegurado y asegurador) también de forma solidaria acogiendo algunas de las pretensiones indemnizatorias de la demanda planteadas de esa manera, sin que los demandados hubiesen manifestado su inconformidad sobre este punto en la apelación o casación. Pero, como se observa en el aparte transcrito, la condena al asegurador no superó el monto asegurado ni incluyó el deducible. También se declara la solidaridad entre asegurado y asegurador en CSJ, Cas. Civil, Sent. SC002, ene. 12/2018, Rad. 0578. M.P. Ariel Salazar Ramírez, y CSJ, Cas. Civil, Sent. SC780, mar. 10/2020, Rdo. 00053. M.P. Ariel Salazar Ramírez. En otra sentencia del Tribunal Superior de Medellín, al resolver un recurso de apelación, decidió: “Declarar solidaria, civil y contractualmente responsable (...) en su condición de aseguradora, de la indemnización de los perjuicios patrimoniales detallados en el literal A del ordinal anterior (...)”, y condenó al propietario y al conductor del automotor asegurado. TSM, Sala Cuarta Civil, Sent. nov. 13/2014, Rad. 0136, M. P. Martha Cecilia Ospina Patiño. Sin embargo, el mismo tribunal en otro fallo de apelación revocó lo concerniente a la solidaridad pasiva decretada por el juez civil de circuito. Se lee en la sentencia de casación que en esta decisión de segunda instancia se dijo: “Por último, la compañía aseguradora no está llamada a responder de forma solidaria por la condena impuesta, sino atendiendo que «el deber de indemnizar se deriva de una relación contractual, que favoreció la acción directa por parte del demandante en los términos del art. 1134 del C. de Co. (sic)». La Corte no se pronunció sobre este aspecto, por lo que quedó en firme. CSJ, Cas. Civil, Sent. SC20950, dic. 12/2017, Rad. 0497. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

²⁹³ “La doctrina jurisprudencial se ha orientado de forma decidida en el sentido de afirmar que los dos derechos tienden a una prestación resarcitoria por un hecho ilícito, con la particularidad de que aparecen dos deudores solidarios: el asegurado, causante del daño, y el asegurador”. Sánchez Calero. Ob. cit., pp.

que las prestaciones sean idénticas porque la ley no se refiere a una identidad exacta en tal sentido y lo importante es la posibilidad de cumplimiento de la totalidad de la prestación por cualquiera de los deudores. Aún más, la identidad exigida por la ley es funcional y no material, la que sería cumplida con la satisfacción del interés del acreedor, por lo que la existencia de varios obligados de una misma indemnización es identificable con una solidaridad. En cuanto a la imposibilidad de la acción de regreso, no la tienen como necesaria porque su finalidad es el reequilibrio de la situación patrimonial afectada. Si no hay desequilibrio, para qué el recobro²⁹⁴.

Apoyamos estas apreciaciones para sustentar la tesis de que sí existe en nuestro país la solidaridad pasiva entre asegurador y asegurado frente a la víctima. De lo contrario no hay modo de justificar la falta de un litisconsorcio necesario entre ellos porque la víctima tiene la posibilidad de demandar a uno u otro, o a ambos, en búsqueda de su resarcimiento. Las tres características principales de la solidaridad son: (i) pluralidad de sujetos, pasivos en este caso; (ii) pluralidad de vínculos entre el acreedor y los deudores, y (iii) unidad de objeto, esto es, de la prestación²⁹⁵, que equiparamos a la indemnización a favor del tercero y tiene como interés paralelo la protección del asegurado de no afectar su patrimonio. No cabe duda de que se cumplen, así la última difiera en parte por el límite asegurado, el deducible y las excepciones a proponer por el asegurador.

1225-1228. Además, cita en pie de página, a continuación del texto transcrito, las sentencias que se pronuncian en ese sentido, así como a quienes la reafirman, a saber, Soto Nieto, Puerta Luis y Revilla González. El autor reconoce que el asegurador debe proponer excepciones y defensas diferentes a las del asegurado. Ante las dificultades para consolidar la tesis de la solidaridad en estricto sentido para el seguro de responsabilidad civil, se habla de una solidaridad impropia o *in solidum*, descartada porque no está construida de manera suficiente, o equipararla a la fianza tampoco sería posible, porque si el asegurador paga no puede repetir contra el asegurado. El autor basa su concepto de la solidaridad en que: (i) ambas obligaciones tienen el mismo objeto como prestación, con los límites en que coexisten; (ii) cumplen igual función de resarcir al tercero, y (iii) el cumplimiento de cualquiera de los dos extingue la obligación del otro. Aunque ambos créditos de la víctima no tienen el mismo contenido, puesto que el del asegurador está limitado por la suma asegurada y las excepciones a proponer, no impide la solidaridad porque el C.C. español, art. 1140, admite la solidaridad no uniforme. El art. 1144, *ibíd.*, define la solidaridad pasiva así: “El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo”. Este texto es el equivalente a nuestro C.C., art. 1571, que reza: “El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por este pueda oponérsele el beneficio de división”. Así, podemos concluir que en nuestro medio no se exige la solidaridad uniforme de manera absoluta. Reglero Campos comparte la idea de la solidaridad de asegurado y asegurador. Citando la jurisprudencia afirma que ambos son responsables ante la víctima, el asegurado de manera directa y el asegurador *por subrogación*, con unidad de objeto como es la indemnización a la víctima lo que lleva a la solidaridad. “El seguro de responsabilidad”... pp. 1476-1477.

²⁹⁴ Así se refiere Hernández Arranz a la solidaridad en la acción directa en general, pero que consideramos viable en el contrato de seguro. *Ob. cit.*, pp. 141-149. En igual sentido, Veiga Copo manifiesta que para la solidaridad no es necesaria la identidad de la fuente de las obligaciones ni la subsistencia de divisibilidad interna. *La acción directa...* *Ob. cit.*, p. 79

²⁹⁵ Ospina Fernández. *Ob. cit.*, p. 239. Para Hinestrosa, a pesar de las variadas acepciones del vocablo “objeto” como presupuesto de validez del negocio jurídico, la más aceptada es la equivalente a prestación. *Tratado de las obligaciones II*, Volumen II. *Ob. cit.*, pp. 293-294. No obstante, la participación de varios sujetos, el contrato no es un agregado de voluntades sino una unidad de calidad social y consideración objetiva, *Ibíd.*, p. 388.

Pero en el fondo lo más importante es la utilidad práctica de la controversia. En el derecho español se partió de la solidaridad para llegar a la conclusión de que no hay litisconsorcio necesario asegurador - asegurado. Aquí comenzamos por establecer que no hay litisconsorcio necesario por otras razones y concluimos que si no existe estamos ante una solidaridad pasiva al cumplirse con sus características esenciales. En estas condiciones es aceptable que en las demandas por responsabilidad contra asegurador y asegurado se pretendan las indemnizaciones con cargo a ambos, aun con la mención de una solidaridad, pero con la precisión de las condenas para cada uno. Así debe entenderse la posición jurisprudencial nacional al aceptar la solidaridad pasiva de asegurador y asegurado, pero condicionando la responsabilidad de aquel a la cobertura del contrato de seguro, al límite de la suma asegurada y al descuento del deducible.

CAPÍTULO III

ACCIONES COMPLEMENTARIAS EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

3.1 La necesidad de demandar al asegurado para el cobro del excedente del valor asegurado y el deducible

Así como sostenemos la tesis de demandar solo al asegurador en ejercicio de la acción directa por las ventajas que representa para la víctima, también debemos enfatizar en la necesidad de vincular al asegurado en el mismo proceso en los siguientes casos:

(i) Con el seguro insuficiente, lo que se presenta si el valor asegurado en responsabilidad civil es inferior al monto de los perjuicios reclamados con un margen considerable. En el seguro de responsabilidad civil, por tratarse de un seguro de daños de naturaleza patrimonial, es imposible predeterminar la pérdida máxima probable (PML por sus siglas en inglés) porque no se sabe qué daño se causará a un tercero y cómo se afectará el patrimonio del asegurado, salvo que se cubra la responsabilidad del depositario o tenedor de cosas específicas²⁹⁶. Un seguro de responsabilidad civil de valor mínimo perjudica al asegurado que debe asumir la parte de la indemnización que queda en descubierto, así como a la víctima ante una insolvencia del asegurado y la consecuente imposibilidad del resarcimiento pleno²⁹⁷.

(ii) Con un monto alto del deducible que debe asumir el asegurado y se le prohíbe cubrir mediante otro seguro, salvo pacto en contrario²⁹⁸. Puede pactarse en suma fija, o un porcentaje de la pérdida o un sistema mixto de un porcentaje con una cifra fija como mínimo. Esta figura, con una finalidad preventiva para comprometer al asegurado en la preservación del riesgo, es incluida a veces en las pólizas con cuantiosas cifras que afectan la esencia de la cobertura y la tornan irrazonable al trasladarle al asegurado buena

²⁹⁶ A diferencia de los seguros de daños reales en los que se aseguran bienes por un valor determinado, lo que permite conocer de antemano la magnitud máxima de la pérdida en caso de siniestro.

²⁹⁷ La Corte condenó de manera solidaria a los propietarios de un vehículo asegurado a pagar a las víctimas indirectas de un peatón fallecido en accidente de tránsito la suma \$760 millones de pesos, mientras la aseguradora solo responderá por \$50 millones de pesos, suma correspondiente al límite del valor asegurado en el amparo de responsabilidad civil del seguro de automóviles. CSJ, Cas. Civil, Sent. SC665, mar. 7/2019, Rad. 0005. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque. De ahí la importancia, no solo de contratar la cobertura con un alto valor asegurado, sino también solicitar en la demanda los intereses moratorios para incrementar la suma a cargo del asegurador. En el caso del siniestro de Hidroituango, de amplio despliegue en la prensa nacional, se cuenta con un seguro de responsabilidad civil por 50 mil millones de pesos, mientras los daños a terceros, en especial a las comunidades ribereñas aguas abajo, se calculan entre 500 mil millones y 1 billón de pesos. EPM. “Conoce todo sobre el proceso de venta de algunos activos de EPM”. Disponible en: <https://www.epm.com.co/site/home/sala-de-prensa/noticias-y-novedades/proceso-de-venta-de-activos-de-epm-cuestionario-de-preguntas-y-respuestas#20-A-qu-valor-asciende-la-contingencia-del-proyecto-hidroel-ctrico-ituango-4520> – 2019, consultado el 25 de julio de 2019. Y respuesta 0305-20180130131743 de 9 de octubre de 2018 de EPM al derecho de petición de Carlos Humberto Montoya O. De esta manera, el seguro solo cubre entre el 5 % al 10 % de las afectaciones por responsabilidad.

²⁹⁸ C.Co. art. 1103: “Las cláusulas según las cuales el asegurado deba soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño, implican, salvo estipulación en contrario, la prohibición para el asegurado de protegerse respecto de tales cuotas, mediante la contratación de un seguro adicional. La infracción de esta norma producirá la terminación del contrato original”.

parte de la indemnización. Al igual que en el seguro insuficiente, las franquicias considerables atentan contra el patrimonio del asegurado y la indemnización de la víctima²⁹⁹.

(iii) Si hay duda sobre la cobertura por una objeción del asegurador ante la reclamación extrajudicial o por el estudio de las condiciones de la póliza, pero sí con la certeza sobre la responsabilidad del asegurado, ya sea por responsabilidades con culpa o por responsabilidades objetivas. Si no hay mucha esperanza en la cobertura, es preferible no adelantar la acción directa contra el asegurador. Como tampoco ante la duda de la responsabilidad del asegurado, ya que es mejor abstenerse de promover la demanda contra uno y otro porque se adelantaría un proceso de manera temeraria con funestas consecuencias en gastos y costas.

3.2 El pago de la indemnización del asegurado a la víctima por la objeción del asegurador al reclamo o por su espera a la sentencia judicial

A tono con los objetivos del seguro de responsabilidad civil de proteger el patrimonio del asegurado y resarcir de manera integral y oportuna a la víctima, es el pago del asegurado al reclamante cuando el asegurador se niega a atender su pretensión. Ante la objeción prejudicial o propuesta como excepción en el proceso, el asegurado siente la necesidad de indemnizar al tercero por razones económicas. Puede existir una posibilidad conciliatoria con la víctima que le evitará un perjuicio mayor por un seguro insuficiente o un alto deducible en términos porcentuales. También es posible que obedezca a motivos de solidaridad con terceros en situación de indefensión. Al tiempo considera que la objeción es infundada y el asegurador se ratifica en ella.

Otra eventualidad es que no hay objeción por la certeza de la cobertura, pero el asegurador prefiere esperar la sentencia judicial ante un seguro es insuficiente frente a las pretensiones de la víctima y no hay petición de intereses moratorios. Según sus cuentas, la suma asegurada no se modificará en la duración del proceso y se agotará con la condena, por lo que es más conveniente pagarla al cabo del tiempo y no a la reclamación inicial. El asegurado está así ante una situación difícil por un valor en descubierto, por lo que debe aprovechar una oportunidad de acuerdo con la víctima en beneficio propio.

En los dos escenarios no le queda más alternativa al asegurado que procurar el arreglo económico con el tercero afectado para evitar o poner fin al proceso. El inconveniente es la resistencia del asegurador a indemnizar y su oposición, o impasibilidad, al acuerdo

²⁹⁹ La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Argentina declaró ineficaz una cláusula de franquicia de 300 mil dólares en un seguro de responsabilidad civil para pasajeros y terceros tomado por un concesionario de transporte ferroviario. La calificó de abusiva e irrazonable porque desnaturaliza el seguro y deja sin cobertura a la mayoría de las víctimas. Stiglitz, Rubén S. “La franquicia irrazonable y la distorsión del contrato de seguro. Jurisprudencia de conceptos y de principios”. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, vol. 19, núm. 32, 2010, pp. 103-120. Por otra parte, en un fallo de nuestra Corte se aplicó un deducible de 99 mil dólares en un seguro de responsabilidad tomado por CODENSA, por lo que ante una condena de 322 millones de pesos solo un 12 % quedó a cargo de la aseguradora a la tasa de cambio de la época, y el 88 % lo debió pagar el asegurado. CSJ, Cas. Civil, Sent. SC002, ene. 12/2018, Rad. 0578.

entre asegurado y víctima. No encontramos obstáculo en que se realice para luego reclamar su reembolso al asegurador mediante acción judicial. No existen argumentos para considerarlo como incumplimiento de una obligación en caso de siniestro en tratándose de una actuación forzada por la negativa de pago del asegurador³⁰⁰. Tampoco es posible la pérdida del derecho al reintegro alegando la falta de autorización para el pago, porque no existe sustento legal para esta sanción³⁰¹.

3.3 El asegurado debe llamar en garantía a su asegurador cuando es demandado por la víctima

Cuando la víctima demanda al asegurado por los daños sufridos, este debe llamar en garantía al asegurador para que responda, en los términos del contrato de seguro de responsabilidad civil, ante una eventual condena³⁰². Hace uso de esta alternativa porque desconoce la opción de demandar al asegurador del presunto responsable, no sabe de la existencia del seguro o la acción está prescrita. También puede darse la opción procesal de que la víctima, además de demandar al asegurado, llame en garantía al asegurador, pero es una alternativa poco práctica y es de mayor utilidad tenerlo como demandado³⁰³.

Si la víctima demanda solo al asegurador, este puede llamar en garantía al asegurado si las pretensiones en su contra incluyen el pago del valor total de la cobertura sin descontar el deducible o de una suma superior al monto asegurado. Deberá solicitar en el llamamiento que de ser condenado a pagar el deducible o la cuantía en exceso, o ambos, se ordene al asegurado el reintegro a su favor. En caso de que no medien pretensiones de

300 Según el C.Co. art. 1078, inc. 1.º: “Si el asegurado o el beneficiario incumplieren las obligaciones que les corresponden en caso de siniestro, el asegurador solo podrá deducir de la indemnización el valor de los perjuicios que le cause dicho incumplimiento”, perjuicios que requieren de tasación judicial porque no se trata de compensar obligaciones liquidas y exigibles. López Blanco. Ob. cit., pp. 332-334.

³⁰¹ Respecto a la prescripción de la acción del asegurado contra el asegurador para recobrar lo pagado a la víctima, el TS de Medellín dispuso que era de dos años a partir de la notificación al asegurado del auto que admitió la demanda en su contra instaurada por el tercero afectado. Sent. may. 30/2019, Rdo. 00166. MP. Martha Cecilia Ospina Patiño. La CSJ, Cas. Civil, Sent. STC5855, nov. 25/2019, Rad. 03722. MP. Luis Armando Tolosa Villabona negó la acción de tutela por vía de hecho contra este fallo, lo que fue ratificado por la CSJ, Cas. Laboral, Sent. STL600, ene. 22/2020, Rad. 87635. MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, al resolver sobre su impugnación. Nos parece que la decisión no se ajusta a la regulación prescriptiva del seguro en general y del seguro de responsabilidad civil porque: (i) el término de prescripción no puede empezar a correr desde la fecha de notificación al asegurado del auto que admite la demanda de la víctima, porque aún no hay pago que ponga fin al proceso; (ii) si fuese así, podría darse la prescripción sin que se haya efectuado el pago a recobrar después; (iii) no se tuvo en cuenta que el asegurador fue llamado en garantía, lo que interrumpió la prescripción, y (iv) omitió considerar que el hecho que da base a la acción es el pago del asegurado a las víctimas, supuesto diferente al previsto por el Tribunal y la Corte para su decisión. Se genera así una incertidumbre sobre la prescripción de la acción de recobro del asegurado al asegurador por el valor pagado a la víctima.

³⁰² El llamamiento en garantía está previsto en el CGP., art. 64: “Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro 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 que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación”.

³⁰³ Quintero García. Ob. cit. p. 74.

este tipo, el asegurador sea el único demandado y exista o no objeción prejudicial o excepción procesal de falta de amparo, no podrá llamar en garantía a su asegurado porque sería un contrasentido pedir que pague lo que constituye su obligación asumida en virtud del contrato de seguro.

Si la demanda de la víctima se dirige contra asegurador y asegurado, este debe llamar en garantía a su asegurador a pesar de que ya está vinculado al proceso como demandado. En vigencia de la anterior codificación procesal civil se discutía si era posible el llamamiento ya que se tenía como condición la exigencia de un derecho legal o contractual a un tercero, es decir, a quien no tuviere la calidad de demandante o demandado³⁰⁴. Con el nuevo código procesal la palabra “tercero” fue sustituida por el término “otro”³⁰⁵, y además alude al llamamiento de quien es parte en el proceso³⁰⁶.

Es necesario el llamamiento en garantía del asegurado al asegurador, así se encuentre vinculado al proceso en calidad de demandado, porque: (i) permite que se decida sobre los términos de la relación jurídica entre asegurador y asegurado derivada del contrato de seguro³⁰⁷; (ii) esta relación es distinta a la existente entre asegurador y víctima, que también será objeto de la sentencia; (iii) puede que la acción de la víctima contra el asegurador haya prescrito por el transcurrir de cinco años antes de cualquier reclamación o demanda, mientras que la acción del asegurado contra el asegurador no lo esté al notificarle el auto que admitió el llamamiento en garantía, y (iv) si el asegurado pagó por la solidaridad en la condena, al pretender el recobro el asegurador puede alegar la prescripción de la acción.

Recapitulando, se pueden dar las siguientes situaciones:

(i) La víctima demanda solo al asegurado por la totalidad del daño. El asegurado debe llamar en garantía a su asegurador. La solicitud de condena al llamado o la condena en sí, si se declara responsable al asegurado, será hasta la suma asegurada y con descuento del

³⁰⁴ El CPC, art. 57 decía: “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”. Con fundamento en esta disposición, López Blanco negaba la posibilidad del llamamiento al asegurador ya demandado. López Blanco, Hernán Fabio. *Comentarios al contrato de seguro*. Quinta edición. Bogotá: Dupré Editores, 2010, p. 412, anterior a la entrada en vigencia del CGP.

³⁰⁵ CGP., art. 64: “Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro 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 que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación”.

³⁰⁶ CGP., art. 66, par.: “No será necesario notificar personalmente el auto que admite el llamamiento cuando el llamado actúe en el proceso como parte o como representante de alguna de las partes”.

³⁰⁷ En asuntos controvertibles como cláusulas abusivas, contratación de coberturas, pago de la prima, cumplimiento de garantías, entre otros, ajenos a la víctima. Incluso, si el seguro fue tomado por otra persona, podrá llamarla en garantía para que responda por los riesgos que no estén amparados por causas que le sean imputables.

deducible. Los daños no cubiertos, el exceso del valor asegurado y el deducible estarán a cargo al asegurado.

(ii) La víctima demanda solo al asegurado por el excedente del valor asegurado, el deducible y los daños excluidos de cobertura, situación que puede darse si el asegurador fue demandado en otro proceso. No procede el llamamiento en garantía porque son rubros no cubiertos por el seguro y no pueden ser asumidos por el asegurador.

(iii) La víctima demanda solo al asegurador por la totalidad del daño. El asegurador debe proponer como medio de defensa la inexistencia de su obligación contractual por los daños excluidos de cobertura, el deducible y lo que exceda la cuantía asegurada. Puede llamar en garantía al asegurado para que asuma estos valores.

(iv) La víctima demanda solo al asegurador hasta por el límite del valor asegurado con el descuento del deducible. No hay lugar al llamamiento en garantía al asegurado porque son valores que debe asumirlos el asegurador. Si el asegurado quiere participar en el proceso en defensa de los intereses del asegurador, puede hacerlo como coadyuvante o interviniente adhesivo³⁰⁸.

(v) La víctima demanda al asegurado y al asegurador por la totalidad del daño. Cualquiera de los demandados puede llamar en garantía al otro porque se está planteando una solidaridad y quiere que en el proceso se resuelva lo referente a su relación interna³⁰⁹.

(vi) La víctima demanda al asegurado y al asegurador, pero con las pretensiones contra cada uno determinadas por el contrato de seguro. Se debe plantear como pretensión principal la condena al asegurador por el daño hasta el tope del valor asegurado, previo descuento del deducible, y al asegurado por lo que exceda la suma asegurada, más el deducible y el daño no cubierto. Como pretensión subsidiaria, la condena del asegurado por la totalidad si se decide en la sentencia que el asegurador no está obligado a pagar en los términos del contrato de seguro. No habrá lugar al llamamiento en garantía debido a la individualización de lo que corresponde a cada demandado.

3.4 La defensa del asegurado, los gastos de defensa y el reconocimiento de su responsabilidad

³⁰⁸ CGP, art. 71: “Quien tenga con una de las partes determinada relación sustancial a la cual no se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, pero que pueda afectarse si dicha parte es vencida, podrá intervenir en el proceso como coadyuvante de ella, mientras no se haya dictado sentencia de única o de segunda instancia. El coadyuvante tomará el proceso en el estado en que se encuentre en el momento de su intervención y podrá efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto no estén en oposición con los de esta y no impliquen disposición del derecho en litigio. La coadyuvancia solo es procedente en los procesos declarativos. La solicitud de intervención deberá contener los hechos y los fundamentos de derecho en que se apoya y a ella se acompañarán las pruebas pertinentes. Si el juez estima procedente la intervención, la aceptará de plano y considerará las peticiones que hubiere formulado el interviniente. La intervención anterior al traslado de la demanda se resolverá luego de efectuada esta”.

³⁰⁹ López Blanco, Hernán Fabio. *Código General del Proceso. Parte general*. Bogotá: Dupré Editores, 2016, p. 377.

Un asunto fundamental para los intereses del asegurador y asegurado ante el siniestro, es el que corresponde a la defensa del asegurado por la reclamación que le hace la víctima. De ahí que debamos analizar los aspectos prácticos, el pago de los gastos para su ejercicio y la suerte de la cobertura en caso de que el asegurado incumpla el deber de no reconocer su responsabilidad.

3.4.1 La defensa del asegurado

Ante la reclamación prejudicial o judicial de la víctima al asegurado, debe definirse quién asume su atención y la dirección del proceso. Los aseguradores exigen en las cláusulas de la póliza que el asegurado: (i) le informe las reclamaciones, demandas, citaciones, notificaciones y todas las actuaciones y audiencias en las que participe o tenga conocimiento; (ii) se haga presente en las diligencias extrajudiciales y judiciales con ocasión del hecho generador del daño, así como actuar de manera debida para su defensa y la del asegurador, y (iii) le solicite autorización para la contratación del abogado que lo representará en las diligencias judiciales.

Estos deberes del asegurado de información y participación activa en procura de su defensa y la de su asegurador, obedecen al postulado de la buena fe que con mayor exigencia debe estar presente en las relaciones y actividades del seguro³¹⁰. En la asistencia jurídica civil, penal y contencioso administrativa no debe exigirse al asegurado que el abogado que lo va a representar sea designado por el asegurador. Como tampoco la autorización previa y sin fundamento del asegurador para contratar un abogado diferente, que los honorarios serán reconocidos mediante reembolso al asegurado y que la tarifa sea la fijada por el asegurador para sus asesores jurídicos externos.

No es conveniente que el asegurador designe el apoderado del asegurado ya que pueden suscitarse controversias por la oponibilidad de las excepciones, exclusiones de cobertura, nulidades, terminación anticipada del contrato y otros asuntos argüidos por el asegurador para negar la reclamación. Esto generaría un conflicto de intereses para el abogado que apodera al asegurado y es nombrado y pagado por el asegurador³¹¹.

La exigencia de la autorización expresa del asegurador para contratar el abogado que representará al asegurado en el proceso, no puede constituirse en un mero formalismo que dilate el trámite para una oportuna defensa. La única razón para este requisito es la

³¹⁰ Sánchez Calero los resume en el deber genérico de colaboración, deber de información al asegurador y deber de colaboración en las actuaciones judiciales. Ob. cit., pp. 1178-1180.

³¹¹ En el derecho argentino el asegurado tiene derecho a participar en la dirección del proceso y escoger su abogado si tiene algún interés legítimo en la acción promovida por la víctima, como el seguro insuficiente, acumulación de pretensiones ajenas al seguro, una posible demanda de reconvencción del asegurado contra el tercero, un precedente negativo resultante del juicio, la incertidumbre de la obligación del asegurador o se dude de la gestión satisfactoria del abogado designado por el asegurador. Soto, Héctor Miguel. "La carga de observar las instrucciones del asegurador y la dirección del proceso en el seguro de responsabilidad". En Nicolás H. Barbato (coord.), *Derecho de Seguros*, Buenos Aires: AIDA, Hammurabi, 2001, pp. 212-214.

comprobación de las calidades profesionales del apoderado seleccionado. Por ello, la respuesta debe ser oportuna y la negativa no puede ser caprichosa³¹².

3.4.2 Los gastos de defensa

El asegurador responderá por los gastos de defensa del asegurado que comprenden toda erogación con la finalidad de proteger sus intereses, lo que redundará en beneficio del asegurador. Estos incluyen los honorarios de abogado para la atención de las diligencias prejudiciales (como la audiencia de conciliación prejudicial y la audiencia de tránsito³¹³) y el proceso judicial, las costas y agencias en derecho, el costo de las cauciones para desembargo u otras decretadas a cargo del asegurado, y demás egresos relacionados con su defensa. Los rubros amparados deben corresponder a las actividades y procesos de diversa índole que tengan que ver con los daños ocasionados y la responsabilidad del asegurado³¹⁴.

Destacamos para su estipulación contractual con fundamento en su regulación legal: (i) la cobertura de gastos de defensa es independiente de la suma asegurada para la indemnización por el daño causado, se estipule o no un valor específico para este concepto; (ii) en caso de que la indemnización a la víctima supere la suma asegurada, la cuantía de los costos del proceso se repartirá en proporción entre asegurador y asegurado; (iii) no hay lugar a su reconocimiento si hubo dolo o exclusión de cobertura³¹⁵; (iv) si en

³¹² Así lo manifestó la Corte Suprema de Justicia en un caso de urgencia para atender una causa penal que involucró a la parte asegurada: “La interpretación apropiada debe responder al contexto de los hechos, porque estando los demandantes convocados a una actuación punitiva, con las conocidas medidas de restricción de esas actuaciones, mal podría admitirse que quedaran desprovistos de una defensa técnica hasta que avisaran a la aseguradora y esta consintiera en su contratación, o que debían subordinar sus intereses y la defensa de su libertad individual a un acto discrecional de aquella, esto es, que no podían contratar ningún abogado”. CSJ, Cas. Civil, Sent. SC130, feb. 12/2018, Rdo. 01133. M. P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

³¹³ Aunque tiene un carácter administrativo y no resuelve la responsabilidad, el fallo por la contravención es una prueba importante para el proceso judicial.

³¹⁴ De acuerdo con el C.Co., art. 1128: “El asegurador responderá, además, aún en exceso de la suma asegurada por los costos del proceso que el tercero damnificado o sus causahabientes promuevan en su contra o la del asegurado, con las salvedades siguientes: 1) Si la responsabilidad proviene de dolo o está expresamente excluida del contrato de seguro; 2) Si el asegurado afronta el proceso contra orden expresa del asegurador, y 3) Si la condena por los perjuicios ocasionados a la víctima excede la suma que, conforme a los artículos pertinentes de este título, delimita la responsabilidad del asegurador, este sólo responderá por los gastos del proceso en proporción a la cuota que le corresponda en la indemnización”. Aunque la disposición se refiere a los costos del proceso, debe entenderse que se extiende a las actuaciones prejudiciales. Es una cobertura de estirpe legal e inmodificable por su naturaleza, por lo que no puede ser excluida, ni exigirse pacto expreso ni ser ofrecida como un valor agregado en la estrategia comercial. No debe estar sometida a deducibles sobre un porcentaje de la indemnización principal porque podría quedar vacía de contenido.

³¹⁵ Sin embargo, consideramos que para ello el asegurador debió argumentar desde el principio la exclusión. Si no lo hizo y llevó al asegurado al proceso con la expectativa del aseguramiento de su responsabilidad, no podrá alegar después falta de cobertura, ya que habría de aplicarse la doctrina de los actos propios “*non venire contra factum proprium*”. Cfr., Neme Villarreal, Martha Lucía, “*Venire contra factum proprium*, prohibición contra los actos y protección de la confianza legítima. Tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe”. En *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y*

el proceso se demuestra que no hay responsabilidad del asegurado, se deben reconocer los gastos de defensa por lo que podemos afirmar que hubo siniestro sin responsabilidad, y (iv) no hay pago de los costos procesales si el asegurado afronta el proceso contra orden expresa del asegurador, orden que debe estar justificada y no atentar contra los intereses del asegurado.

El pago por el asegurador mediante la modalidad de reembolso de los honorarios del abogado, que según aquel deben pactarse de acuerdo con la tarifa para sus asesores externos, perjudica el equilibrio prestacional, máxime si son reconocidos al final del proceso. Se le impone una carga onerosa al asegurado solo por querer designar su apoderado judicial. El pago debe ser directo al profesional escogido, con los abonos acostumbrados en estos contratos de prestación de servicios al momento de conferirle el poder y a medida que avanza su gestión. Mientras la cuantía de su remuneración debe corresponder a la establecida en la tarifa del Colegio de Abogados de la ciudad o región en que se adelanta el proceso.

3.4.3 El reconocimiento de la responsabilidad por el asegurado

En el seguro de responsabilidad civil se impone la obligación al asegurado de no reconocer su responsabilidad. La prohibición tiene su razón de ser en evitar la colusión entre el asegurado y la víctima en perjuicio del asegurador. Además, si el riesgo es un suceso incierto ajeno a la voluntad del asegurado, no puede aceptarse que el siniestro en el seguro de responsabilidad civil se configure con fundamento en la confesión del asegurado sobre su propia responsabilidad. Esto desvirtúa el carácter aleatorio y lo deja a merced de la voluntad del asegurado.

Este es el vestigio de aquellas épocas en que se le tenía vedado al asegurado informar de la existencia del seguro de responsabilidad, ya superadas con el deber de información vigente hoy en ese sentido.³¹⁶ Pero se debe tener cuidado en el alcance y límites de esta carga porque no puede propiciar un falso testimonio ante las autoridades³¹⁷. De ahí que se acepte la versión sobre la ocurrencia de los hechos reales pero sin admitir o negar responsabilidad ante los mismos³¹⁸. En relación con la cobertura, no es admisible que la

contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de rectoría 1963-2003. Volumen III. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 11-56.

³¹⁶ La cláusula convencional reunía las prohibiciones de informar el seguro, hasta el punto de no llamar en garantía al asegurador, reconocer la responsabilidad y efectuar pagos a la víctima.

³¹⁷ Para Reglero Campos “es dudoso que exista un deber del asegurado de no reconocer su responsabilidad, sobre todo cuando esta sea evidente”. Ob. cit., p. 1514.

³¹⁸ Según Sánchez Calero, no se puede imponer al asegurado un comportamiento ilícito y contrario a la buena fe. El asegurado debe aceptar los hechos ciertos sin valorar su responsabilidad. No va contra la cláusula la determinación objetiva de los hechos que luego son necesarios deducir si hay o no responsabilidad. Ob. cit., p. 1181. Lagos Villarreal expone el alcance de esta carga en el *Common Law*, España, Argentina y Chile, en los que surge por estipulación en las pólizas de responsabilidad, con la salvedad de Argentina que la consagra de manera breve en la LS, art. 116. No hay coincidencia sobre la sanción: para unos el cobro de perjuicios, para otros la pérdida del derecho a la indemnización. La ley argentina no dice nada sobre el particular. Lagos Villarreal, Osvaldo. *Las cargas del acreedor en el seguro de responsabilidad civil*. Madrid: Fundación Mapfre, 2006, pp. 423-431. Vemos que la citada disposición

inobservancia se tome como una causal de su exclusión. Se trata del incumplimiento de una obligación y como tal debe ser sancionado con la indemnización de los perjuicios ocasionados al asegurador por este hecho³¹⁹.

legal argentina en su inciso final permite al asegurado reconocer en el interrogatorio judicial los hechos de los que se deriva su responsabilidad.

³¹⁹ De acuerdo con el C.Co., art. 1078, perjuicios que requieren de la tasación judicial por no ser ciertos y exigibles.

PARTE III

EL RÉGIMEN DE LAS EXCEPCIONES EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SU ACCIÓN DIRECTA

SUMARIO: Capítulo I- La oponibilidad e inoponibilidad de las excepciones del asegurador a la víctima. 1.1 Los antecedentes del régimen de oponibilidad de las excepciones en el contrato de seguro y el cambio de las condiciones para su aplicación en el seguro de responsabilidad civil con su acción directa. 1.2 Ni la indemnidad absoluta de la víctima ni la exoneración total del asegurador. Hacia una solución intermedia de beneficio común entre excepciones oponibles e inoponibles. Capítulo II- Los seguros obligatorios de responsabilidad civil y el régimen de las excepciones. 2.1 El seguro obligatorio de responsabilidad civil en accidentes de tránsito. Una meta difícil de alcanzar. 2.2 Los seguros obligatorios de responsabilidad en Colombia. 2.3 La regulación de los seguros de responsabilidad civil en Colombia deja en un limbo jurídico la protección de la víctima. 2.3.1 La reglamentación inexistente. 2.3.2 La reglamentación deficiente. 2.3.3 La reglamentación incumplida. El caso del seguro de responsabilidad civil en la contratación estatal. 2.4 Pautas para un régimen adecuado de seguros obligatorios de responsabilidad civil en Colombia y sus excepciones. 2.4.1 La debida reglamentación de los seguros obligatorios de responsabilidad civil. 2.4.1.1 El reglamento común a todos los seguros obligatorios de responsabilidad civil. 2.4.1.2 Los reglamentos específicos. 2.4.2 El control necesario del Estado.

Resumen. Un aspecto neurálgico en el seguro de responsabilidad civil que impide la eficacia de la acción directa de la víctima, es el concerniente a la defensa del asegurador con la oposición de las excepciones que tiene contra el tomador o asegurado. Aunque en principio parece lógica la oponibilidad, máxime cuando se esgrime con un respaldo legal, y se tienen las condiciones del contrato como el marco en el que se ejercita la acción directa, debe imponerse el principio de favorabilidad a la víctima, imperativo también de estirpe legal, especial y posterior a la regla que consagra la comunicabilidad de las excepciones. Con mayor razón en los seguros obligatorios de responsabilidad que sirven de requisito para aprobar el ejercicio de actividades peligrosas o de interés común. De ahí la necesidad de despojar la oponibilidad de excepciones del carácter absoluto que ha querido preservar en observancia de la ley.

CAPÍTULO I

LA OPONIBILIDAD E INOPONIBILIDAD DE LAS EXCEPCIONES DEL ASEGURADOR A LA VÍCTIMA

1.1 Los antecedentes del régimen de oponibilidad de las excepciones en el contrato de seguro y el cambio de las condiciones para su aplicación en el seguro de responsabilidad civil con su acción directa

Se entiende por oponibilidad de los actos jurídicos la eficacia que debe ser reconocida por terceros, mientras que si el acto lesiona sus derechos legítimos pueden desconocerlo, lo que se denomina inoponibilidad. La oponibilidad constituye la regla general, por cuanto los terceros deben respetar los pactos ajenos, y la inoponibilidad, la excepción. La inoponibilidad obedece a la inobservancia de la publicidad o de solemnidades legales, la falta de requisitos para su existencia o la protección de los derechos de terceros³²⁰. Se tiene como una inhabilidad de las partes para esgrimir su disposición frente a extraños. El hecho de que el negocio sea válido no es todo, sus efectos pueden alterarse si son contrarios a los derechos de terceros³²¹.

Existe en nuestro ordenamiento un régimen de oponibilidad a la víctima de las excepciones que el asegurador tuviere contra el tomador y asegurado³²². Sus antecedentes datan del proyecto de Código de Comercio de 1958, que no fue aprobado, y que contemplaba la oponibilidad en iguales términos que hoy, pero sin la salvedad del pacto en contrario. El mismo texto fue objeto de discusión por el Subcomité de Seguros de 1969 para la revisión del Código de Comercio, que consideró la posibilidad de adoptarlo igual, pero algunos miembros no estuvieron de acuerdo porque la oponibilidad no se venía aplicando en algunos seguros como aviación, acreedores, depositarios y cumplimiento. La diferencia se zanjó dándole a la norma un carácter supletivo con la frase inicial “Salvo disposición en contrario”³²³. También se aprobó, en caso de cesión de la póliza, la oponibilidad del asegurador al cesionario o endosatario de las excepciones que tuviere contra el tomador, asegurado o beneficiario³²⁴, y, en la transmisión por causa

³²⁰ Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá: Temis, 2018, pp. 387-394.

³²¹ Hinestrosa. *Tratado de las obligaciones II*, Volumen I. Ob. cit., pp. 835-836.

³²² Con sustento en el C.Co., art. 1044, que reza: “Salvo estipulación en contrario, el asegurador podrá oponer al beneficiario las excepciones que hubiere podido alegar contra el tomador o el asegurado, en caso de ser estos distintos de aquel, y al asegurado las que hubiere podido alegar contra el tomador”. Es un régimen que podríamos calificar de absoluto, si no fuera por la opción de las partes del contrato de seguro para acordar la eliminación de la oponibilidad, posibilidad escasa por cierto ante la renuencia del asegurador o el desconocimiento del tomador. Ahora bien, se entiende por excepción el medio de defensa del demandado con el que se opone a las pretensiones del demandante. Para López Blanco, excepción es lo mismo que oposición y no basta con negar el derecho pretendido o los hechos que le sirven de soporte, hay que sustentarla. De ahí su divergencia con Devis Echandía y alguna jurisprudencia de la Corte que distinguen entre oposición, como la simple negativa, y la excepción, como la defensa basada en hechos. López Blanco. *Código General del Proceso...* Ob. cit., pp. 605-606. Consideramos que se trata de una sinonimia y toda excepción debe estar sustentada. La simple negativa no sirve de nada.

³²³ Vid las actas del Subcomité en ACOLESE-ACOAS, pp. 101-104.

³²⁴ C.Co., art. 1051: “La póliza puede ser nominativa o a la orden. La cesión de la póliza nominativa en ningún caso produce efectos contra el asegurador sin su aquiescencia previa. La cesión de la póliza a la

de muerte o por transferencia entre vivos, la oponibilidad del asegurador de las excepciones que tuviere contra el adjudicatario³²⁵.

La oponibilidad surgió de la consideración de la unidad del contrato de seguro y como un mecanismo de protección al asegurador frente a los vicios de la contratación³²⁶. Es lógico que las estipulaciones contractuales, con las excepciones incluidas, rijan para las partes (asegurador y tomador) e intervinientes (asegurado y beneficiario). De ahí, que el derecho del asegurador a la oponibilidad de las excepciones se extiende por igual a todos ellos sin diferencia alguna. El fundamento de la oponibilidad radica en que el derecho a la prestación nace del contrato de seguro que se tiene como uno solo en su formación y ejecución³²⁷.

En el seguro de responsabilidad civil la oponibilidad se aplica en estos términos desde sus comienzos cuando se consideraba como un seguro a favor del asegurado y, por consiguiente, tenía también la calidad de beneficiario. Con la implantación de la acción directa y al estatuirse la víctima como beneficiaria, el régimen de la oponibilidad de excepciones, en principio, no cambió al no introducir el legislador una norma específica en tal sentido. El tema suscita la controversia entre mantener la oponibilidad total en el seguro de responsabilidad civil o hacer inoponibles algunas excepciones, como las personales del asegurado posteriores al siniestro con el fin de conservar sus fines³²⁸.

1.2 Ni la indemnidad absoluta de la víctima ni la exoneración total del asegurador. Hacia una solución intermedia de beneficio común entre excepciones oponibles e inoponibles

No vemos que corresponda a los fines del seguro de responsabilidad civil, como tampoco a los principios de equidad, la aplicación en su estricta literalidad de la regulación legal

orden puede hacerse por simple endoso. El asegurador podrá oponer al cesionario o endosatario las excepciones que tenga contra el tomador, asegurado o beneficiario”.

³²⁵ C.Co., art. 1108: “En los casos de los artículos 1106 y 1107 el asegurador tendrá derecho de oponer al adquirente del seguro todas las excepciones relativas al contrato, oponibles al asegurado original”. El art. 1106 se refiere a la transmisión por causa de muerte del interés asegurable o de la cosa a la que esté vinculado el seguro, y el art. 1107 a la transferencia en el mismo sentido por acto entre vivos. Nada impide que en estos casos, como en la cesión de la póliza, pueda darse un pacto en contrario, así las normas no lo digan de manera expresa.

³²⁶ Ordóñez, Ordóñez. *Elementos esenciales...* Ob. cit., p. 65.

³²⁷ Ossa Gómez. *Teoría general del seguro...* p. 288.

³²⁸ Para Jaramillo Jaramillo, deben ser inoponibles las excepciones personales del asegurado posteriores al siniestro, *Derecho de Seguros*, T. IV. pp. 529-530. Díaz-Granados Ortiz parece ser de la misma opinión originada en la jurisprudencia francesa, pero concluye aceptando la aplicación plena del régimen de oponibilidad, Ob. cit., pp. 278-279. Para los hermanos Mazeaud y André Tunc, la acción directa no puede cambiar la obligación del asegurador, quien no puede deberle a la víctima más de lo que le debería al asegurado. Ob. cit., p. 323. Según Reglero Campos, son inoponibles la falta de pago de prima en algunos casos, la falta de aviso de siniestro del asegurado, su dolo o la culpa grave, o su falta de actividad para aminorar las consecuencias del siniestro, aun con ánimo de defraudar al asegurador. Ob. cit., p. 1488.

de la oponibilidad de las excepciones³²⁹. La oposición a la víctima de todas las exclusiones de cobertura lesiona sus intereses, a pesar de que el seguro de responsabilidad civil fue estatuido para su beneficio. La doctrina ya se había pronunciado en favor de la inoponibilidad como un requisito indispensable para el ejercicio de la acción directa y de establecer la posibilidad de recobro del asegurador al asegurado ante algunas excepciones³³⁰.

Por la falta de normas específicas de inoponibilidad para el seguro de responsabilidad civil no podemos pensar que el asegurador oponga a la víctima todas las excepciones que tuviere contra el tomador y el asegurado. La regulación vigente de este seguro debe servir de base para la construcción, por la jurisprudencia y la doctrina, de un régimen independiente que permita la inoponibilidad de algunas excepciones a la víctima y la oponibilidad de otras, y suplir así el vacío legislativo. De lo contrario, estamos ante el riesgo de un seguro que no alcanza su objetivo³³¹.

En Argentina, el asegurador no puede oponer las excepciones surgidas después del siniestro³³², pero la jurisprudencia y la doctrina no interpretan el límite de manera estricta porque hay defensas que se consolidan después del siniestro y son oponibles, como la prescripción por inactividad de la víctima. Por eso tienen como inoponibles las defensas posteriores al siniestro pero originadas en el contrato de seguro. Así serían oponibles la inexistencia del contrato, la nulidad, la suspensión, las exclusiones de origen causal, el seguro insuficiente, entre otras³³³.

La legislación francesa consagra en los seguros la oponibilidad en todos los casos³³⁴, pero en el seguro de responsabilidad civil la jurisprudencia ha diferenciado entre excepciones

³²⁹ El principio de equidad va dirigido a un orden de equilibrio normativo justo. Es una orientación contractual que puede tener las justificaciones de racionalidad económica, igualdad real y no formal, y en valores de solidaridad y buena fe contractual. Giraldo Bustamante, Carlos Julio. *El contrato y la justicia: una relación permanente y compleja*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 160. Para Jamin, las acciones directas gravitan en la búsqueda de la equidad, antes que aspectos técnicos. Ob. cit., pp. 14-16.

³³⁰ Lo dijo Ossa Gomez en el V Congreso de ACOLDESE en Barranquilla en 1979 como un medio para que la víctima pueda hacer uso de la acción directa y ejercer un derecho propio contra el asegurador: “De ahí también que este (el asegurador) no pueda invocar contra ella algunas de las defensas derivadas del contrato o de la ley”. Ossa Gómez, J. Efrén. Intervención inaugural. En *La responsabilidad civil en el contrato de seguros*. Ob. cit., p.11. Y lo reiteró en el Congreso Panamericano de Derecho de Seguros en Río de Janeiro en 1984: “La acción directa de la víctima contra el asegurador no se concibe sin una norma legal relativa a la inoponibilidad de las defensas derivadas del contrato. Y esta, a su vez, sin el derecho del asegurador a repetir, en determinados supuestos, contra el asegurado”. AIDA –ACOLDESE. *J. Efrén Ossa G. Vida y obra de un Maestro*. Bogotá: Colombo Editores, 1998, p. 151.

³³¹ Para Zornosa Prieto la ausencia de un régimen de inoponibilidad en el seguro de responsabilidad en Colombia impide que la acción directa cumpla con su finalidad de protección de las víctimas. Zornosa Prieto Hilda Esperanza. *Escritos sobre riesgos y seguros*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 666.

³³² Por mandato de la LS, art. 118, inc. 3.º.

³³³ Stiglitz. Ob. cit., pp. 115-117.

³³⁴ LS de 1930, art. 11,: “El asegurador puede oponerle al portador de la póliza, o al tercero que invoque su beneficio, las excepciones oponibles al suscriptor original”.

anteriores y posteriores al siniestro, así como la conducta personal del asegurado y de la víctima. Así que llegó a determinar que son oponibles por el asegurador a la víctima las excepciones personales del asegurado anteriores al siniestro y las también personales de la víctima posteriores al siniestro. Mientras son inoponibles las excepciones personales del asegurado posteriores al siniestro³³⁵.

En el derecho español la situación es a la inversa. Allí se prohíbe la comunicabilidad de las excepciones en el seguro de responsabilidad civil³³⁶. Aplicar la norma conforme a su texto traería graves consecuencias por la indemnidad absoluta de la víctima a costa del asegurador y pondría en peligro la suscripción de seguros de responsabilidad civil por el riesgo extremo que representa para el mercado de seguros³³⁷. La jurisprudencia ha pretendido darle un sentido adecuado a la norma para permitir algunas defensas oponibles, pero su tarea no ha sido fructífera por la falta de una tesis consistente³³⁸.

Como se observa, el tema no es simple ni el panorama, prometedor. Insistimos en la imposibilidad de aplicar de manera absoluta nuestro régimen de oponibilidades. De hacerlo, atentaría contra los fines del seguro de responsabilidad civil. No se trata de darle mayores beneficios al tercero que al mismo asegurado, cada uno tiene un derecho

³³⁵ Camargo García explica cómo la Corte de Casación francesa, con base en el derecho legal de la víctima de reclamarle al asegurador del autor del daño originado en el contrato de seguro, establece la oponibilidad de las excepciones establecidas antes de la ocurrencia del siniestro. Mientras que fija la inoponibilidad de las excepciones fundadas en eventos posteriores al hecho con fundamento en el principio de la relatividad del contrato. Ello porque la acción directa conlleva la inmovilización del crédito a partir de su nacimiento o de su ejercicio. Camargo García, Andrea. "La acción directa en el derecho de seguros francés". En Fabricio Mantilla y Francisco Ternera (dirs.), *Los contratos en el derecho privado*. Bogotá: Universidad del Rosario y Legis, 2007, pp. 1004-1005.

³³⁶ LCS, art. 76: "La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado".

³³⁷ Sánchez Calero critica la redacción defectuosa del artículo, su efecto negativo y lo confuso "que el intérprete se ve obligado a aclarar, en lo posible, procurando no olvidar los intereses en juego y los fines queridos del legislador". Sánchez Calero. Ob. cit., pp. 1235-1236.

³³⁸ Reglero Campos menciona algunas sentencias, como por ejemplo, STS, dic. 30/2006, que ignora los antecedentes jurisprudenciales sobre la oponibilidad del tope asegurado por ser una cláusula limitativa del riesgo. La declaró inoponible porque tiene el carácter de cláusula limitativa de los derechos del asegurado después del siniestro. Audiencia Provincial de Pontevedra, oct. 20/2005, que considera la falta de pago de prima como inoponible por ser una excepción personal derivada de la relación entre las partes, no objetiva. Cita otras sentencias que ordenaron el pago de los daños al tercero a pesar de la actuación dolosa del asegurado, pero con la advertencia de que la LCS, art. 76 establece la repetición del asegurador contra el asegurado de lo pagado si hubo dolo al causar el daño. Reglero Campos, Fernando. Conferencia sobre "*Problemas actuales del seguro de responsabilidad civil: derecho español y derecho colombiano*", en Congreso Internacional de Responsabilidad Civil, Universidad Pontificia Bolivariana, 2006, no publicada. Para Veiga Copo, el tercero no puede soportar el incumplimiento de las cargas, deberes y obligaciones del tomador o del asegurado y serle oponible ante el derecho a la indemnización. La víctima no debe verse perjudicada por las reticencias e inexactitudes del tomador a la hora de declarar el estado del riesgo, por lo que tampoco le son oponibles. Se le pueden oponer su culpa exclusiva o ciertas excepciones personales, como también las condiciones del contrato de seguro relativas a su contenido. Si bien su culpa exclusiva no es una verdadera excepción, es más bien un hecho que impide el surgimiento de la responsabilidad por lo que no habría riesgo y tampoco siniestro. Veiga Copo. *La acción directa...* Ob. cit., pp. 230-231.

independiente ante el asegurador³³⁹. Como tampoco estamos de acuerdo con la inoponibilidad plena para la indemnidad total de la víctima a costa del asegurador, máxime cuando su derecho tiene como fuente la ley pero está enmarcado en los términos del contrato de seguro.

Si fuéramos a escoger una de las construcciones legislativas y jurisprudenciales extranjeras esbozadas, al menos para plantearla como un principio de solución, consideramos que ninguna puede ser tenida en cuenta en toda su extensión en nuestro medio. En Argentina se discute si hay acción directa en el seguro de responsabilidad y la ley prohíbe la oponibilidad de las defensas nacidas después del siniestro³⁴⁰, sin que se tenga claridad cuáles son esas defensas. Allí la víctima es extraña al contrato de seguro, por lo que le son oponibles todas las exclusiones de cobertura por limitación causal, temporal y espacial, de orden objetivo o subjetivo del riesgo, contenidas, de manera tácita o expresa, en la póliza³⁴¹. Es así un marco jurídico diferente al nuestro.

La doctrina jurisprudencial francesa, si bien tiene cierta acogida en nuestro país³⁴², presenta la dificultad de no poder justificar por qué son oponibles las excepciones anteriores posteriores al siniestro e inoponibles las posteriores³⁴³. Este deslinde no sirve de parámetro para fijar cuáles son oponibles o no. Llegaríamos al punto que el asegurador opondría a la víctima la nulidad relativa del contrato por la inexactitud o reticencia en la declaración del asegurado sobre el estado del riesgo o la terminación de contrato por su incumplimiento de las garantías. En España existe la norma que declara la inoponibilidad total de los medios de defensa del asegurador a la víctima beneficiaria del seguro que tiene el rechazo unánime de los tribunales y la doctrina. Pero la jurisprudencia no ha sido afortunada en la elaboración de una teoría sobre la oponibilidad por las diferentes posiciones en los fallos judiciales.

Abogamos por una posición intermedia con la determinación de las excepciones oponibles e inoponibles, pero sin establecer parámetros generales como la anterioridad o posterioridad del siniestro, porque incluiría como oponibles excepciones que no deberían serlo y viceversa. La individualización de las excepciones permite la certeza sobre cada una de ellas y evita caer en el error de las generalizaciones.

Así se tendrían como oponibles las siguientes excepciones o medios de defensa: (i) la inexistencia de un contrato de seguro válido; (ii) la falta de responsabilidad del asegurado, así para algunos no sea una verdadera excepción; (iii) la exclusión de

³³⁹ Como sostiene Sánchez Calero, “el derecho del tercero perjudicado no procede del derecho del asegurado frente al asegurador, sino de la propia Ley, que configura el contenido del derecho propio”. Sánchez Calero. Ob. cit., p. 1252.

³⁴⁰ LS, art. 118, inc.2.º y 3.º.

³⁴¹ Stiglitz. Ob. cit., pp. 115-117.

³⁴² Por parte de Jaramillo Jaramillo, *Derecho de Seguros*. Tomo IV... Ob. cit., pp. 529-530; Díaz-Granados Ortiz. Ob. cit., pp. 278-279, y Zornosa Prieto. Ob. cit., p. 665.

³⁴³ Así lo afirma Sánchez Calero. Ob. cit., p. 1252.

cobertura del hecho dañoso³⁴⁴; (iv) las exclusiones que obedecen a limitantes de cobertura de orden temporal y espacial; (i) los límites cuantitativos de cobertura³⁴⁵, y (vii) las excepciones personales del asegurador contra la víctima, como pago, compensación, prescripción, mala fe en la reclamación y el incumplimiento de sus deberes en caso de siniestro³⁴⁶. En cuanto al dolo del asegurado, aun tratándose de una condición subjetiva del asegurado, es también oponible ya que es inasegurable, por imperativo legal. De darse el evento doloso, desaparece el riesgo por la falta de su característica esencial de la incertidumbre ya que se trata de un hecho intencional del asegurado responsable³⁴⁷.

Serían inoponibles a la víctima las siguientes excepciones de orden personal del asegurado: (i) declarar el verdadero estado del riesgo (C.Co. art. 1058); (ii) mantener el estado del riesgo (C.Co. art. 1060); (iii) cumplir con las garantías (C.Co. art. 1061); (iv) no asegurar el deducible (C.Co. art. 1103); (v) informar la transmisión por causa de muerte (C.Co. art. 1107); (vi) informar la transferencia por acto entre vivos (C.Co. art. 1108); (vii) avisar el siniestro (C.Co. art. 1075); (viii) declarar los seguros coexistentes (C.Co. art. 1076); (ix) evitar la extensión y propagación del siniestro (C.Co. art. 1074); colaborar en su defensa jurídica y no afrontar el proceso contra orden expresa del asegurador (C.Co. art. 1128, numeral 2). Sobre la culpa grave, es asegurable en el seguro de responsabilidad civil (C.Co. art. 1127, inciso 3) y si existe la exclusión expresa, por ser una excepción personal que obedece a una conducta del asegurado, debe ser también inoponible.

Por la equidad y la justicia para no fomentar la impunidad del asegurado, sería ideal que la ley consagrara un derecho al asegurador de repetición contra el asegurado por los pagos en estas condiciones. Por lo pronto, no hay que esperar una reforma legislativa para darle paso al régimen de inoponibilidades. La jurisprudencia puede abrir el camino, como lo ha hecho en otros países, porque es función de los jueces darle el sentido y el contenido a la ley. Es claro que al crearse la acción directa se quiso favorecer a la víctima, por lo que es inaplicable en su literalidad el régimen de oponibilidad implantado mediante norma anterior. Será tarea de los jueces armonizar estas disposiciones legales, mientras el legislador expide la regulación específica sobre la oponibilidad en el seguro de responsabilidad civil.

³⁴⁴ Esta, al igual que las dos anteriores, constituyen para la doctrina española ausencia de un presupuesto de la acción directa, por tanto, no son una excepción en estricto sentido, y más bien se les considera como defensas o excepciones impropias.

³⁴⁵ Como el valor asegurado, límites menores por amparo y los deducibles siempre y cuando no desnaturalicen la cobertura por su monto excesivo.

³⁴⁶ Como evitar la extensión y propagación del siniestro e informar de otros seguros coexistentes de responsabilidad civil en los que tenga la calidad de beneficiario por los mismos hechos.

³⁴⁷ En el derecho español se presenta la confusión sobre la oponibilidad e inoponibilidad a la víctima del dolo del asegurado con amparo en el texto de la LCS, art. 76, que dice en lo pertinente: “El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero”. Sin embargo, se aclara por la doctrina y la jurisprudencia que el legislador quiso decir que si el asegurador debió pagar porque en ese momento no estaba acreditada la actuación dolosa del asegurado, podrá repetir contra este. Pero no fue la intención hacerlo inoponible a la víctima para cubrir los daños por dolo. Calzada Conde. Ob. cit., p. 148.

CAPÍTULO II

LOS SEGUROS OBLIGATORIOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL RÉGIMEN DE LAS EXCEPCIONES

Los seguros obligatorios de responsabilidad civil surgieron para cumplir una función social en aras de garantizar la reparación de las víctimas. Constituyen una especie de socialización del riesgo y han adquirido supremacía como requisito para el ejercicio de ciertas actividades que generan mayor probabilidad de daño, por lo que se deben más a un criterio de riesgo que de culpa. Con la suscripción obligatoria se ha pretendido que mediante el seguro se logre la reparación de la mayor cantidad de víctimas. Por su finalidad el mayor número de seguros obligatorios se encuentra en el ramo de la responsabilidad civil, pero es también el campo en que más problemas generan para su suscripción y reclamación³⁴⁸.

En nuestro medio varios factores impiden que el seguro obligatorio de responsabilidad civil alcance su objetivo de resarcimiento del mayor número de víctimas. Entre ellos: (i) la reglamentación inexistente o deficiente; (ii) los altos índices de evasión; (iii) la informalidad en el ejercicio de ciertas actividades económicas; (iv) la ausencia de control del Estado en la exigencia de la suscripción o en la sujeción de las pólizas a los requisitos legales, y (v) la falta de oferta competitiva de los aseguradores por el bajo nivel de ingresos por primas en el ramo.

2.1 El seguro de responsabilidad civil obligatorio en accidentes de tránsito. Una meta difícil de alcanzar

El panorama más crítico de accidentes, por razones de frecuencia y hasta de severidad, lo encontramos en el sector automovilístico. De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (OMS), al año mueren 1.35 millones de personas en el mundo por este motivo,

³⁴⁸ En España los seguros obligatorios se han convertido una nueva etapa del seguro de responsabilidad civil superando en el volumen de suscripción a los seguros voluntarios. Existen allí más de 180 seguros obligatorios de origen estatal o autonómico. La relación y el reglamento de los seguros vigentes en España pueden consultarse en <https://www.consorseguros.es/web/registo-seguros>. A pesar de que solo pueden ser creados por ley, al igual que en Colombia, las administraciones municipales pretendieron establecer algunos mediante ordenanzas que fueron declaradas nulas por los tribunales ante la falta de competencia. Es tal la importancia dada a este aseguramiento imperativo que se establecieron multas entre 1.000 a 2.000 euros para quien incumpla con la obligación de suscribir un seguro de esta naturaleza. L. 20/2015 de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, disposición adicional segunda. Incluso llegó a tipificarse como delito de acuerdo con el CP, art. 636. Elguero Merino, José María. “Seguro de responsabilidad civil”. En José Antonio Badillo (coord.). *Ley de contrato de seguro: jurisprudencia comentada*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2017, pp. 1311-1312. Pero este artículo fue derogado por L. 1/2015 para disminuir la presión penal, aplicar el principio de la intervención mínima y aliviar el trabajo de los tribunales penales. Lefevre Editorial. “La supresión de las faltas en la reforma del Código Penal”. Disponible en: <https://blogjuridico.lefevre.es/supresion-de-las-faltas-en-la-reforma-del-codigo-penal/> - 2015, consultado el 5 de agosto de 2019. En Francia, el incumplimiento en la suscripción del seguro obligatorio de responsabilidad médica puede ser sancionado con multa de 45.000 euros o la interdicción para el ejercicio de la profesión para la persona natural. Fernández Muñoz, Mónica Lucía. *El aseguramiento de la responsabilidad civil médica*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017, p. 88.

entre 20 a 50 millones sufren politraumatismos, y constituye la primera causa de defunción de las personas entre los 5 y 29 años de edad³⁴⁹. Un estudio de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA por sus siglas en inglés) reveló que de 194 países estudiados, 164 han implantado un seguro obligatorio de automóviles y de estos últimos 122 amparan las lesiones personales y daños materiales, mientras 42 solo cubren daños a las personas³⁵⁰. Sin embargo, el informe no especifica entre los países analizados, cuántos tienen el seguro obligatorio de automóviles como un seguro de responsabilidad civil y cuántos como un seguro de accidentes personales.

En Colombia no existe un seguro obligatorio de responsabilidad civil para el sector automotor, con excepción de un seguro obligatorio de responsabilidad civil contractual y extracontractual para el transporte público de pasajeros con unos valores asegurados de poca monta. En el Código Nacional de Tránsito promulgado en 1970³⁵¹ se estableció la obligatoriedad de un seguro de responsabilidad civil tomado por el propietario del vehículo. El Gobierno nunca lo reglamentó por lo que no se hizo efectivo.

En 1986 se creó el seguro obligatorio de daños corporales causados a las personas en accidentes de tránsito -SOAT-³⁵², con los amparos de gastos médicos, quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios, gastos de transporte, incapacidad permanente y muerte, y gastos funerarios. El SOAT es un seguro de accidentes personales y no de responsabilidad civil porque el pago del siniestro no está supeditado a la prueba de responsabilidad alguna. Tampoco caben las objeciones de causales de exoneración ni está sometido a la regulación legal del seguro de responsabilidad civil³⁵³. En el SOAT basta la prueba del perjuicio para que el asegurador proceda a indemnizar³⁵⁴. Aclaremos que cuando en su regulación legal se afirma que “el perjudicado tendrá acción directa contra el asegurador”, no estamos ante un antecedente de la acción directa que nos ocupa. Las razones para ello son: (i) nuestra acción directa es exclusiva para el seguro de responsabilidad, y (ii) la víctima en el SOAT tiene la calidad de asegurada y beneficiaria, mientras que en la acción directa del seguro de responsabilidad son sujetos distintos.

En el seguro de responsabilidad civil el interés asegurable lo tiene el asegurado cuyo patrimonio puede verse afectado por el hecho dañoso, mientras que la víctima debe acreditar el daño para recibir la indemnización. En el SOAT la calidad de asegurado la

³⁴⁹ Organización Mundial de la Salud (OMS). “Accidentes de tránsito”. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/road-traffic-injuries-2019>, consultado el 6 de agosto de 2019.

³⁵⁰ Estudio presentado en mayo de 2010 en el XIII Congreso Mundial de Seguros en París. Cfr. El análisis y comparación con el SOAT en Colombia, puede verse en Navas Herrera, María Fernanda. “Víctimas de accidentes de tránsito. Su protección en el mundo a través del aseguramiento obligatorio y breve referencia al sistema implantado en Colombia”. En *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, vol. 18, núm. 31, 2009, pp. 13-32.

³⁵¹ D. 1344/1970.

³⁵² Mediante L. 33/1986, modificatoria del Código Nacional de Tránsito, art. 259. Reglamentado por D. 2544/1987, D.104/1990 y D. 1032/1991, y regulado de manera íntegra por el D. 663/1993.

³⁵³ Sobre las diferencias entre el seguro obligatorio de responsabilidad y el seguro obligatorio de accidentes personales, cfr., Ordóñez Ordóñez. *El contrato de seguro*. Ob. cit., pp. 133-138.

³⁵⁴ Los documentos exigidos están en el D. 56/2015, arts. 26-29.

ostenta la víctima y es ella quien tiene el interés asegurable cuando sufre el daño, además de ser la acreedora a la indemnización. Por ello estamos en desacuerdo con quienes afirman que el SOAT no termina de manera automática con la transferencia del interés asegurable que busca cumplir una función social³⁵⁵. No constituye una excepción a la norma porque la víctima solo adquiere la calidad de asegurada y beneficiaria al momento del siniestro, por lo que no puede transferir el interés asegurable antes de ese momento.

La inquietud es por qué no se implanta en Colombia un seguro obligatorio de responsabilidad civil para los accidentes de tránsito, como existe en la mayoría de los países europeos y muchos de Asia y África³⁵⁶. Así se podría lograr el aseguramiento de los daños a bienes, excluidos en el SOAT, y una mayor cobertura para los daños personales³⁵⁷. El seguro obligatorio para cubrir los daños en accidentes de tránsito debe orientarse a atender estas necesidades: (i) la reparación del mayor número posible de víctimas; (ii) el pago rápido; (iii) la igualdad de tratamiento para todas las víctimas; (iv) la cobertura para daños corporales y daños a bienes, y (v) la protección, así sea parcial, del patrimonio del asegurado³⁵⁸.

Sortear estas necesidades no es una tarea factible. Los principales escollos son: (i) la reparación de un número mayor de víctimas requiere del aseguramiento del parque automotor nacional. A octubre de 2019, la evasión del SOAT, por poner un ejemplo así no se trate de un seguro de responsabilidad civil, está en el 45.4 %³⁵⁹ por la falta de una política del Estado para un debido control y mayor exigencia de aseguramiento. Su siniestralidad en el año 2019 fue del 73.2 %, y sumándole los gastos de operación e intermediación arroja un resultado técnico deficitario para el mismo período de 114.2 mil millones de pesos³⁶⁰. (ii) un pago rápido en un seguro de responsabilidad civil se afecta por la duda y comprobación de la responsabilidad o de la cuantía del daño, lo que lleva a dilatados procesos judiciales en perjuicio de las víctimas, y (iii) la prima de seguro, acumulada con la del SOAT, representa un costo alto para la mayor parte de la población, y alienta la evasión³⁶¹.

³⁵⁵ Uribe Rincón, Andrea y Alonso Jiménez, Andrés Felipe. “El seguro obligatorio de accidentes de tránsito (SOAT) en Colombia”. En Fernando Palacios Sánchez (ed.), *Seguros. Temas esenciales*. Bogotá: Universidad de la Sabana y ECOE, 2016, p. 220.

³⁵⁶ La lista de países con este seguro puede verse en Navas Herrera. Ob. cit., pp. 20-25.

³⁵⁷ En España, el valor asegurado en el seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos de motor para los daños a las personas es de 70 millones de euros por siniestro, cualquiera sea el número de víctimas, y en los daños a bienes de 15 millones de euros. LRSCVM, art., 4, num. 2. RDL 8/2004. La revalorización de las cuantías por Res. de julio 25/2018 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Consorcio de Compensación de Seguros. *Recopilación legislativa*. Madrid: Ministerio de Economía y Empresa de España, 2019, pp. 103 y 106.

³⁵⁸ Ordóñez Ordóñez, Andres E. *El contrato de seguro*. Ob. cit., p. 136

³⁵⁹ Botero, Jorge H. “Clausura de la Convención Internacional de Seguros 2019”. Disponible en: <https://fasecolda.com/eventos/memorias/memorias-2019/convencion-internacional-de-seguros-2019/memorias/> - 2019, consultado el 25 de marzo de 2020.

³⁶⁰ FASECOLDA. “Resumen ejecutivo diciembre 2019”. Ob. cit.

³⁶¹ En la Cámara de Representantes se archivó el “Proyecto de ley número 115 de 2018 Cámara acumulado con el Proyecto de ley número 143 de 2018 Cámara por medio de la (sic) cual se adoptan disposiciones para el aseguramiento obligatorio y gestión de los choques simples, se adicionan los artículos 2º, 42, 131, 143 de la Ley 769 y se dictan otras disposiciones”, que contemplaba un seguro obligatorio de

2.2 Los seguros obligatorios de responsabilidad civil en Colombia

Los seguros obligatorios de responsabilidad civil en Colombia son³⁶²:

1. Obligación de las empresas de transporte público aéreo de caucionar su responsabilidad civil (C.Co., art. 1900).
2. Obligación de los propietarios de aeronaves privadas nacionales o extranjeras de caucionar su responsabilidad (C.Co., art. 1901).
3. Seguro ecológico (L. 491/1999, arts. 2 y 3).
4. Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual para parques de diversiones y otras atracciones (L. 1225/2008, art. 3 y Res. 0958/2010, art. 9, Mincomercio).
5. Seguro de Responsabilidad Civil para propietarios de perros potencialmente peligrosos (L. 1801/2016, art. 127 –Código de Policía-).
6. Seguro de Responsabilidad Civil para parqueaderos a nivel nacional (Ley 1801/2016, art. 90 –Código de Policía-).
7. Seguro de Responsabilidad Contractual y Responsabilidad Civil Extracontractual para empresas de transporte masivo de pasajeros (D. 1079/2015, art. 2.2.1.2.1.2.3 –Único Reglamentario del Sector Transporte-).
8. Seguro de Responsabilidad Contractual y Responsabilidad Civil Extracontractual para empresas de servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros

responsabilidad civil extracontractual hasta por 12 SMMLV por siniestro para todo vehículo terrestre motorizado (art. 1.º) y no excluía el SOAT que seguiría también de obligatoria suscripción (art. 3.º). Este proyecto presentaba los siguientes inconvenientes: (i) tenía como objetivo esencial la descongestión de las vías públicas, lo que no se concibe en la regulación de un seguro de responsabilidad civil extracontractual que está dirigido al resarcimiento de las víctimas; (ii) no tenía claridad si la cobertura estaba limitada a los daños a otros vehículos o se extendía a todo tipo de daño material a terceros; (iii) establecía que el propietario no conductor de un vehículo sin el seguro obligatorio de responsabilidad civil extracontractual respondería, civil y solidariamente, con el conductor del mismo, por los daños a los bienes. Una sanción administrativa no puede convertirse en una obligación indemnizatoria sin consideración de la responsabilidad civil del castigado; (iv) se fijaba un derecho de subrogación del asegurador contra el tercero responsable de los daños, lo que es un despropósito en un seguro de responsabilidad civil al repetir contra el asegurado; (v) igual acción subrogatoria la podía adelantar el asegurador contra el conductor sin licencia de conducción. Lo que merece una sanción administrativa, se torna sin razón en un factor de atribución de responsabilidad; (vi) carecía de condiciones imperativas, que son propias de un seguro de esta naturaleza, como la imposibilidad de terminación por falta de pago de la prima, no revocación, inoponibilidad de excepciones surgidas de actuaciones del asegurado y prohibición de deducibles y sublímites de cobertura, y (vii) incurría en un habitual yerro legislativo de falta de unidad de materia, al combinar la creación de un seguro de responsabilidad civil con reglamentos para descongestionar las vías públicas y facilitar la movilidad. En la ponencia se mostraba como experiencia internacional que “de los 194 países soberanos del mundo, 164 han implementado un seguro obligatorio de RC para accidentes de tránsito” (Gaceta del Congreso 536 del 12 de junio de 2019, p. 10), tomando como fuente el estudio de AIDA de 2010 (vid. supra pie de página 351). Pero no es cierto que allí se dijera que 164 países contaban con un seguro obligatorio de responsabilidad para accidentes de tránsito, sino que habían puesto en marcha un seguro obligatorio de automóviles, lo que podrían ser seguros de responsabilidad civil o seguros de accidentes personales. Sin embargo, esto no era trascendente para los fines del proyecto. Lo que sí interesaba conocer de ese mismo informe son los altos índices de evasión que han llegado, por ejemplo, a 70 % en Brasil.

³⁶² Tomado de FASECOLDA. “Listado de seguros obligatorios de responsabilidad civil en Colombia”. Disponible en: <https://fasecolda.com/ramos/responsabilidad-civil/listado-de-seguros-de-responsabilidad-civil-obligatorios-en-colombia/> - 2019, consultado el 6 de agosto de 2019. Conservamos la numeración y denominación del seguro tal como aparece en el sitio web, salvo las normas legales que abreviamos.

- (D. 1079/2015 –Único Reglamentario del Sector Transporte) así: arts. 2.2.1.1.4.1 (metropolitano, distrital y municipal), 2.2.1.3.3.1 (individual pasajeros en taxi), 2.2.1.4.4.1 (por carretera), 2.2.1.5.4.1 (mixto) y 2.2.1.6.5.1 (especial).
9. Seguro de accidentes acuáticos para el transporte de pasajeros y/o turistas (D. 1079/2015, art. 2.2.3.1.2.5 –Único Reglamentario del Sector Transporte-).
 10. Responsabilidad Civil Extracontractual para efectos de inscribir o renovar la licencia de explotación comercial a empresas que desarrollen actividades marítimas (Res. 419/2014, art. 2, DIMAR)
 11. Seguro de Responsabilidad Contractual y Responsabilidad Civil Extracontractual para empresas de transporte por cable de personas y carga (D. 1079/2015, art. 2.2.5.7.1 –Único Reglamentario del Sector Transporte-).
 12. Seguro de Responsabilidad Contractual y Responsabilidad Civil Extracontractual para transporte público masivo de pasajeros por metro ligero, tren ligero, tranvía y tren-tram (D. 1079/2015, arts. 2.2.6.11.1 y 2.2.6.11.2 –Único Reglamentario del Sector Transporte-).
 13. Seguro de Responsabilidad Contractual y Responsabilidad Civil Extracontractual para empresas de transporte público ferroviario (D. 1079/2015, art. 2.2.4.2.5 - Único Reglamentario del Sector Transporte).
 14. Seguro de Responsabilidad Civil para operadores de transporte multimodal (D. 1079/2015, arts. 2.4.4.1.3, núm. 5, y 2.4.4.1.5 núm. 3. -Único Reglamentario del Sector Transporte).
 15. Seguro de Responsabilidad Civil extracontractual para transporte de carga extra dimensionada (Res. 4959/2006, art. 9, lit. h) Mintransporte).
 16. Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual para los actores estratégicos del servicio de recaudo electrónico vehicular (REV) (Res. 4303/2015, art. 16, Mintransporte).
 17. Seguro de Responsabilidad Civil que debe ser tomado por el beneficiario de un contrato de concesión portuaria (D. 1079/2015, art. 2.2.3.3. 7.6 -Único Reglamentario del Sector Transporte).
 18. Seguros de Responsabilidad Civil Extracontractual para centros de enseñanza automovilística (D. 1079/2015, art. 2.3.1.2.1 -Único Reglamentario del Sector Transporte).
 19. Seguro de Responsabilidad Civil para el transportador terrestre automotor de mercancías peligrosas por carretera (D. 1079/2015, arts. 2.2.1.7.8.5.1, 2.2.1.7.8.5.4 y 2.2.1.7.8.5.5 -Único Reglamentario del Sector Transporte).
 20. Seguro de Responsabilidad Civil profesional de los centros de diagnóstico automotor (Res. 3318/2015, art. 8, Mintransporte).
 21. Seguro de Responsabilidad Civil para el permiso de ocupación o intervención temporal de carretera concesionada (Res. 716/2015, art. 11, ANI).
 22. Seguro de Responsabilidad Civil obligatorio que debe ser tomado por los agentes de la cadena de distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo, excepto el GLP (D. 1073/2015, art. 2.2.1.1.2.2.3.100 –Único Reglamentario del Sector Minas y Energía-).
 23. Seguros de Responsabilidad Civil que debe ser tomado por las estaciones de servicio y talleres de conversión de gas natural comprimido vehicular (GNCV)

- (D. 1073/2015, art. 2.2.2.6.1.1.3.1 –Único Reglamentario del Sector Minas y Energía-).
24. Seguro de Responsabilidad Civil de errores y omisiones para los organismos evaluadores de conformidad (D. 1595/2015, art. 2.2.1.7.8.6).
 25. Seguro de Responsabilidad Civil de empresas de vigilancia privada y de empresas de servicios especiales y complementarios de vigilancia y seguridad privada (D.L. 356/1994, arts. 11, 18, 27, 34, 40, 45, 48 y 69).
 26. Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual para operación de organizaciones civiles de desminado humanitario en Colombia (D. 1070/2015, arts. 2.3.1.5.1.1.13 y 2.3.1.5.1.1.14 – Único Reglamentario del Sector Defensa).
 27. Seguro de Responsabilidad Civil profesional para los corredores de reaseguros (Circular Externa Básica Jurídica 029/2014, Parte I, Tít. II, Cap. III. art. 1.3.2)
 28. Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual derivado de cumplimiento (D. 1082/2015, arts. 2.2.1.2.3.1.5, 2.2.1.2.3.1.8 y 2.2.1.2.3.1.17 -Único Reglamentario del Sector de Planeación Nacional).
 29. Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual relacionado con la producción y fabricación de derivados de cannabis (D. 780/2016, art. 2.8.11.2.1 y Res. 1816/2016, art. 11).
 30. Seguros de Responsabilidad Civil Extracontractual obligatorio para parqueaderos Bogotá D. C. (Acuerdo 356/2008, art. 3, Concejo de Bogotá).
 31. Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual para bares (Acuerdo 518/2015, art. 2, núm. 4, Concejo de Bogotá).
 32. Seguro de responsabilidad civil para la prestación del servicio en salud de la relación docente asistencial (D. 190/1996, art. 21).
 33. Seguro de responsabilidad para el transporte de carga (C.Co., art. 994).

Tenemos las siguientes objeciones a este listado presentado por FASECOLDA: (i) el seguro de accidentes acuáticos en el transporte marítimo (núm. 9), no es un seguro de responsabilidad civil sino de accidentes, como lo indica su nombre; (ii) el seguro para bares (núm. 31) no es un seguro obligatorio, es voluntario para el establecimiento de comercio con venta de licor en caso de que quiera aplicar al reconocimiento del programa de la Alcaldía Mayor de Bogotá denominado “sello seguro”³⁶³; (iii) agregamos al listado el seguro de responsabilidad civil para prestar el servicio docente asistencial en salud (núm. 32) y el seguro de responsabilidad civil para el transporte de carga (núm. 33).

Como puede verse, existiría cobertura para un buen número de daños que integran los riesgos de la responsabilidad, amén de constituir un requisito indispensable para la autorización estatal del ejercicio de amplia gama de actividades. Sin embargo, hay muchas deficiencias en su reglamentación, así como en el cumplimiento de las exigencias sobre amparos y exclusiones. A lo que agregamos un alto índice de evasión en el aseguramiento por la informalidad frente a un Estado impotente. Esto impide que los seguros obligatorios de responsabilidad sean un instrumento para el desarrollo en el campo social y económico nacional.

³⁶³ El Acuerdo 372/2018 de la Alcaldía lo reglamentó y fijó en el art. 2, núm. 2, las condiciones en cuanto a amparos, valores asegurados de acuerdo con el aforo y bajo la modalidad de ocurrencia. Y mal podría ser obligatorio porque no fue creado por ley como lo exige el D. 663/1993, art. 191.

2.3 La regulación de los seguros de responsabilidad civil en Colombia deja en un limbo jurídico la protección de la víctima

Lo expuesto sobre el régimen de oponibilidad de las excepciones en los seguros de responsabilidad civil aplica tanto para los seguros voluntarios como obligatorios. Lo advertimos por alguna tendencia doctrinaria que trata de diferenciarlos, el voluntario como un seguro en beneficio del asegurado y el obligatorio de protección de la víctima. Como consecuencia, se predica que el obligatorio tiene un régimen de inoponibilidad superior, casi que absoluto, en comparación con el voluntario. A mayor grado de defensa de la víctima, mayor inoponibilidad.³⁶⁴ No estamos de acuerdo con esta distinción, porque no existe un soporte válido para separar la finalidad de uno y otro seguro. Ambos seguirán siendo un seguro en favor de la víctima, pero también con la ventaja de lograr la indemnidad del patrimonio del asegurado.

Encontramos los siguientes problemas en la reglamentación y suscripción de los seguros obligatorios de responsabilidad civil en Colombia:

2.3.1 La reglamentación inexistente

Enunciamos los seguros que si bien fueron creados por el legislador, aún no entran en vigencia por falta de reglamentación:

(i) Para el servicio público de transporte terrestre automotor de carga, el C.Co., art. 994, modificado por el D. 01/1990, art. 12, creó un seguro obligatorio para cubrir las personas cosas transportadas. El D. 173/2001, art. 17, inc. 2, delegó en el Gobierno la reglamentación de sus requisitos, condiciones, amparos y cuantías. Han pasado casi 30 años y no se ha reglamentado, por lo que no hay ninguna exigencia al sector transportador del seguro obligatorio de responsabilidad civil en el transporte de carga, a pesar de su volumen operacional y el alto riesgo de daños que entraña³⁶⁵.

(ii) La L. 491/1999 creó el seguro ecológico como un mecanismo para cubrir los perjuicios a personas determinadas a consecuencia de daños al medioambiente y a los recursos naturales. En su art. 2.º, par., ordenó al Gobierno su reglamentación para fijar las condiciones de la póliza y los montos asegurados. La comisión de estudio para su aplicabilidad creada por la misma ley, rindió concepto desfavorable por la imposibilidad de conseguir un respaldo de reaseguro en el mercado internacional y la falta de una clara normatividad ambiental en el país. Por ello, no hay una legislación precisa para las

³⁶⁴ Calzada Conde en España defiende esta tesis, aunque reconoce que se ve enturbiada por la coexistencia de ambos seguros en el ámbito de la circulación de vehículos, con el voluntario amparando el descubierto del obligatorio, lo que atenúa las diferencias. Ob. cit., pp. 135-136.

³⁶⁵ Mientras tanto, los transportadores constituyen fondos de auto seguro nutridos con un porcentaje del flete cobrado como seguro y con la autorización del D. 1732001, art. 18, cuando está prohibido por el C. Co., art. 94, inc. 2. Con estos recursos le ofrecen al generador de la carga el pago de un porcentaje de la pérdida a manera de indemnización única o le exigen la reclamación previa a su asegurador para entenderse con él mediante la subrogación.

distintas actividades que puedan causar daños ambientales y, a su vez, permita identificar los riesgos asegurables y excluidos, lo que implica modificaciones legislativas. Agrega que la citada ley no creó un seguro ecológico, es decir, un seguro que cubra los daños al medioambiente. Se amparan solo los daños a los bienes de propiedad de terceros, afectados como consecuencia de un problema de contaminación, deterioro o daño ambiental³⁶⁶.

Han transcurrido 20 años desde la promulgación de la ley y no ha sido reglamentada. La L. 491 parecería estar vigente pero sin sentido y sin aplicabilidad. Lo paradójico es que no hay un seguro ecológico mientras en Colombia se aboga por la defensa del medioambiente, y suscribe declaraciones y tratados internacionales en la materia. Sabemos de la magnitud de los riesgos ambientales a que estamos expuestos, algunos de ellos ya acaecidos con graves consecuencias para el patrimonio público y particular. La experiencia catastrófica en otros países, a la que no somos ajenos, es evidente y por ello se requieren medidas urgentes de prevención y reparación³⁶⁷.

(iii) El Código Nacional de Policía y Convivencia (L. 1801/2016), art. 127, creó el seguro obligatorio de responsabilidad civil para los propietarios o tenedores de perros potencialmente peligrosos y ordenó al Gobierno su reglamentación, sin que hasta la fecha lo haya hecho³⁶⁸.

2.3.2 La reglamentación deficiente

En seguros de responsabilidad civil obligatorios vigentes encontramos inconsistencias en su reglamentación que impiden la eficacia de la cobertura en favor de las víctimas, a saber:

(i) Para la instalación y puesta en funcionamiento de los parques de diversiones, parques acuáticos, zoológicos, ciudades de hierro y similares, se exige un seguro de responsabilidad para las lesiones a visitantes y usuarios, y con un valor asegurado determinado por el asegurador³⁶⁹. Esta no es la regulación que debe tener un seguro

³⁶⁶ Ministerio de Vivienda. “Conceptos jurídicos” Disponible en: http://www.minvivienda.gov.co/ConceptosJuridicos/Concepto_029761_del_9_de_abril_de_2009. – 2009, consultado el 5 de septiembre de 2019.

³⁶⁷ Sorprende que otros países tengan un seguro ecológico o ambiental con la cobertura de daños a terceros derivados de una contaminación gradual y paulatina, y con respaldo reasegurador. Colombia ha avanzado en la regulación ambiental en las dos últimas décadas, por lo que las supuestas deficiencias en la legislación no justifican la falta de un seguro para estos riesgos.

³⁶⁸ La C. Const., Sent. C-059/2018, jun. 7/2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, declaró la exequibilidad del artículo al decidir una demanda por vulneración al derecho de la igualdad, porque, según los demandantes, lo que determina la peligrosidad del canino es la crianza y no la raza. Siendo así, consideraban que a todos los dueños de perros se les debía exigir el seguro de responsabilidad civil extracontractual. En concepto de la Corte, la carga del seguro se fijó para los daños de perros peligrosos como una finalidad legítima.

³⁶⁹ “Póliza de responsabilidad civil extracontractual que cubra la responsabilidad civil derivada de lesiones a los visitantes y usuarios de los Parques de Diversiones y Atracciones o Dispositivos de Entretenimiento, cuyo valor será determinado por una compañía de seguros legalmente establecida en Colombia, previa evaluación de los riesgos involucrados que incluya una certificación de inspección técnica de las

obligatorio. Es más bien una mera autorización para que el asegurador expida una póliza en los términos que a bien tenga. Inconcebible en una actividad de alto riesgo y en cualquier otra en la que se exija un seguro por su probabilidad de daño. Además, en la misma se fija el requisito de contratar los amparos de rotura de maquinaria e incendio, que corresponden a un seguro de daños reales para proteger bienes del asegurado, no a un seguro de responsabilidad civil para cubrir los daños a terceros.

(ii) Para el servicio público de transporte automotor de pasajeros (D. 1079/2015 –Único Reglamentario del Sector Transporte, arts. 2.2.1.1.4.1, (metropolitano, distrital y municipal), 2.2.1.3.3.1 (individual pasajeros en taxi), 2.2.1.4.4.1 (por carretera), 2.2.1.5.4.1 (mixto) y 2.2.5.7.1 (por cable de personas y carga) existe una cláusula común que ordena al asegurador informar a la autoridad competente y a la Superintendencia de Transporte la terminación automática del contrato de seguro por mora en el pago de la prima o la revocación unilateral del mismo. En estos términos se permite culminar la vigencia de manera anticipada por no pago de la prima o por voluntad de las partes, lo que es incompatible con un seguro obligatorio de responsabilidad civil requerido para un servicio público como el transporte. Además, se conceden 30 días para el aviso de la terminación anticipada, término en que la actividad transportadora de pasajeros queda desprotegida, sin que la ley prevea su suerte y de las tarjetas de operación de los automotores al perder uno de sus requisitos para su expedición.

En este seguro se obliga la cobertura para los riesgos de muerte, incapacidad permanente, incapacidad temporal y gastos médicos en lo contractual, así como los de muerte, lesiones y daños a bienes en lo extracontractual, con 60 SMMLV por riesgo y persona. Pero no se exige el alcance de la cobertura para los daños extrapatrimoniales y el lucro cesante, lo que permite su exclusión. El D. /2015, arts. 2.2.1.6.5.1, 2.2.6.11.1 y 2.2.6.11.2 estableció la cobertura obligatoria de los daños extrapatrimoniales para el transporte especial y masivo de pasajeros, pero es inexplicable que no se haya extendido a las demás modalidades.

(iii) El Código Nacional de Policía y Convivencia (L. 1801/2016), art. 90, reglamentó el funcionamiento y administración de los estacionamientos o parqueaderos abiertos al público y puso como requisito la suscripción de un seguro de responsabilidad civil extracontractual para los bienes en depósito y las personas (que son riesgos contractuales) y sin especificar condición alguna sobre coberturas mínimas, valores asegurados y demás condiciones imperativas.

(iv) Los demás seguros presentan el mismo problema de deficiente regulación y reglamentación, sin fijar la totalidad de los requisitos necesarios para un adecuado aseguramiento de los riesgos de la respectiva actividad. Si bien algunos señalan los valores asegurados, omiten la inoponibilidad de las excepciones, la irrevocabilidad, la no

instalaciones, la cual deberá amparar como mínimo, los siguientes: lesiones y/o muerte de personas, rotura de maquinaria e incendio. (L. 1225/2008, art. 3.º, núm. 3.º)”. Mientras la Res. 958/2010 del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y Comercio, reglamentaria de la citada ley, se limitó a repetir lo aquí transcrito.

terminación por falta de pago de prima, los daños que deben amparar, los deducibles máximos, entre otros.

Lo que único que está reglamentado para los seguros de responsabilidad civil en las restantes actividades es:

i) En el seguro de responsabilidad para el transporte aéreo público y privado (C.Co. arts. 1900 y 1901) se fijan topes máximos de indemnización para las personas en la superficie (art. 1835) y pasajeros (art. 1881).

ii) En el seguro de responsabilidad para empresas de transporte masivo de pasajeros (D. 1079/2015, art. 2.2.1.2.1.2.3), la norma se limita a exigir un seguro de responsabilidad civil contractual y extracontractual para los riesgos de muerte, incapacidad total y permanente, incapacidad temporal, daños a bienes de terceros y gastos médicos y de hospitalización de terceros.

iii) En el seguro de responsabilidad civil extracontractual para la licencia de explotación comercial a empresas de actividades marítimas (Res. 419/2014, art. 2, DIMAR), se establece una escala de valores asegurados entre 100 y 2250 SMMLV dependiendo de la actividad, sin más especificaciones. Extraña la opción para cumplir con este seguro mediante una garantía bancaria, que no está contemplada en el D. 19/2012, art. 99.

iv) Para el transporte férreo se exige una póliza de responsabilidad civil contractual y extracontractual (D. 1079/2015, art. 2.2.4.2.5) amparando los riesgos de muerte, incapacidad total y permanente, incapacidad temporal y gastos médicos y de hospitalización, además del daño o pérdida de las mercancías, de conformidad con las normas aplicables al contrato de transporte.

v) A los operadores de transporte multimodal se les exige una póliza de seguro de responsabilidad civil o cobertura permanente de un Club de Protección e Indemnización (D. 1079/2015, arts. 2.4.4.1.3, núm. 5, y 2.4.4.1.5 núm. 3) que cubra el pago de las obligaciones por la pérdida, el deterioro o el retraso en la entrega de las mercancías derivadas de los contratos de transporte multimodal, y que además incluya un anexo de cobertura de los riesgos extracontractuales derivados de sus actividades.

vi) Para el transporte de carga extra dimensionada se exige una póliza de responsabilidad extracontractual (Res. 4959/2006, art. 9, lit. h), a favor del INVÍAS y del INCO (hoy la ANI) por los daños a las vías, a las estructuras viales y a terceros, por un valor asegurado resultante de combinar el número de kilómetros a recorrer, la extensión de la carga y 1 SMMLV (art. 10, lit. f). No es correcto que se expida en beneficio de esas dos entidades, ya que por ley el seguro de responsabilidad civil es a favor de los terceros afectados en calidad de beneficiarios.

vii) Se requiere a cada uno de los actores estratégicos del servicio de recaudo electrónico vehicular (REV), dependiendo si es operador, intermediario o a quien actúe como red de interconexión, un seguro de responsabilidad civil (Res. 4303/2015, art. 16,

Mintransporte) con valores asegurados que van desde 500 hasta 1500 SMMLV y con el Ministerio de Transportes en calidad de asegurado, para cubrir los daños ocasionados a usuarios y terceros.

viii) El beneficiario de un contrato de concesión portuaria debe tomar un seguro de responsabilidad civil extracontractual (D. 1079/2015, art. 2.2.3.3.7.6) para amparar los daños que se causen a terceros. El valor asegurado en la concesión portuaria y concesión para embarcaderos será mínimo el 10 % del valor total del plan de inversión aprobado, y en las autorizaciones temporales, mínimo el 10 % del valor comercial de los inmuebles por destinación y de la infraestructura construida en zona de uso público. El valor asegurado se expresará en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica a la TRM del día de su expedición.

(ix) El seguro de responsabilidad civil extracontractual para centros de enseñanza automovilística (D. 1079/2015, art. 2.3.1.2.1) “a nombre del centro de enseñanza automovilística”, con un valor asegurado mínimo de 60 SMMLV, para amparar la muerte, lesiones y daños a bienes de terceros por la enseñanza automovilística con vehículos automotores.

x) El transportador terrestre automotor de mercancías peligrosas por carretera debe contar con un seguro de responsabilidad civil extracontractual (D. 1079/2015, arts. 2.2.1.7.8.5.1, 2.2.1.7.8.5.4 y 2.2.1.7.8.5.5) para cubrir los daños a terceros y con un valor asegurado mínimo de 2800 SMMLV (con almacenamiento temporal) y 3500 SMMLV (con almacenamiento temporal).

xi) Los centros de diagnóstico automotor deberán tener un seguro de responsabilidad profesional y otro extracontractual (Res. 3318/2015, art. 8, de Mintransporte). El primero con un valor asegurado de 1000 SMMLV para amparar las deficiencias en el servicio prestado, y el segundo, por cada uno de los certificados emitidos para amparar la muerte y lesiones a una persona (10 SMMLV), muerte y lesiones a dos o más personas (20 SMMLV) y los daños materiales (15 SMMLV), con asistencia jurídica y sin deducible.

xii) Quienes solicitan permiso de ocupación o intervención temporal de carretera concesionada deben contratar un seguro de responsabilidad civil extracontractual (Res. 716/2015, art. 11, de la ANI) con el fin de amparar los daños a terceros por la ejecución de las obras o redes de servicios públicos, mínimo por 500 SMMLV, y con deducible máximo del 10 %. Debe tener los amparos de lucro cesante, daño emergente, daños extrapatrimoniales, vehículos propios y no propios, contratistas y subcontratistas y responsabilidad patronal.

xiii) El seguro de responsabilidad civil extracontractual tomado por los agentes de la cadena de distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo, excepto el GLP (D. 1073/2015, art. 2.2.1.1.2.2.3.100) debe cubrir los daños causados a bienes o personas de terceros por las actividades desarrolladas, asociadas al transporte, almacenamiento, manejo, y distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo. Los límites asegurados están entre 200 y 7500 SMMLV, dependiendo de la actividad que

desempeñen en la cadena. Debe contemplar revocación a 60 días con aviso al Ministerio de Minas y Energía, así como la cobertura de contaminación accidental, súbita e imprevista.

xiv) Las estaciones de servicio y talleres de conversión de gas natural comprimido vehicular (GNCV) deben tomar un seguro de responsabilidad civil extracontractual (D. 1073/2015, art. 2.2.2.6.1.1.3.1) para cubrir los perjuicios a terceros. Debe incluir una cláusula de restablecimiento automático del valor asegurado por siniestros.

xv) Seguro de responsabilidad civil de errores y omisiones para los organismos evaluadores de conformidad (D. 1595/2015, art. 2.2.1.7.8.6) por la prestación deficiente de los servicios por parte de los organismos evaluadores de la conformidad en el Subsistema Nacional de la Calidad. Solo se admitirá como exclusión un factor de causa extraña.

xvi) El seguro de responsabilidad civil de empresas de vigilancia privada y de empresas de servicios especiales y complementarios de vigilancia y seguridad privada (D.L. 356/1994, arts. 11, 18, 27, 34, 40, 45, 48 y 69) deberá cubrir los riesgos por el uso indebido de armas de fuego y otros elementos de vigilancia y seguridad, con un valor asegurado mínimo de 400 SMMLV.

xvii) Para el desminado humanitario se debe contratar un seguro de responsabilidad civil extracontractual (D. 1070/2015, arts. 2.3.1.5.1.1.13 y 2.3.1.5.1.1.14) que cubra los daños a terceros en caso de una eventualidad asociada a dicha actividad. Tendrá los amparos de daño emergente y lucro cesante, y los perjuicios extrapatrimoniales. El deducible máximo será el 10 % de cada pérdida y el valor asegurado mínimo de 1200 SMMLV.

xviii) Los corredores de reaseguros del exterior deben presentar una póliza de responsabilidad civil profesional (Circular Externa Básica Jurídica 029/2014, Parte I, Tít. II, Cap. III. art. 1.3.2) que ampare los perjuicios a causa de errores y omisiones ocasionados a los aseguradores nacionales que contraten con su concurso.

xix) El seguro de responsabilidad civil extracontractual relacionado con la producción y fabricación de derivados de cannabis (D. 780/2016, art. 2.8.11.2.1 y Res. 1816/2016, art. 11, Minsalud) debe ser presentado con la solicitud de licencia para la siembra, cultivo, producción, fabricación y exportación de cannabis y derivados. La cobertura incluye daños ambientales por el riesgo de contaminación accidental e inesperada, y con un valor asegurado equivalente al 10 % de las inversiones proyectadas y después de las utilidades del año anterior.

xx) Para la prestación del servicio en salud de la relación docente asistencial se requiere contratar un seguro de responsabilidad civil (D. 190/1996, art. 21) de manera conjunta por la IPS y la entidad docente, para garantizar la indemnización por los perjuicios derivados de la atención en salud que se originen por causa o con ocasión de la relación docente asistencial, en cuantía no inferior a 250 SMMLV.

2.3.3 La reglamentación incumplida. El caso del seguro de responsabilidad civil en la contratación estatal

El seguro obligatorio de responsabilidad civil más completo en su reglamentación es el exigido para la contratación estatal, como un complemento a la garantía de cumplimiento³⁷⁰. Desde la promulgación de la L.80/1993 y los sucesivos decretos reglamentarios, se han definido las condiciones que deben reunir ambos seguros que le sirven de soporte a la contratación del Estado para cumplir sus fines. En verdad, ha sido un esfuerzo meritorio que si se acatara con disciplina por los funcionarios públicos competentes y los contratistas, servirían para el uso debido de los recursos públicos y se evitarían en buena parte los focos de corrupción que desangran el país.

El seguro obligatorio de responsabilidad civil para la contratación pública está reglamentado por el D. 1082/2015 del Departamento de Planeación Nacional en sus artículos 2.2.1.2.3.1.1 a 2.2.1.2.3.2.11, que recopiló la normatividad de la contratación estatal y recogió el D.1210/2013 referido a los seguros de cumplimiento y responsabilidad civil en sus artículos 110 a 139. El D. 1082 establece en su artículo 2.2.1.2.3.2.9 los siguientes requisitos para el seguro de responsabilidad civil extracontractual: (i) debe ser bajo la modalidad de ocurrencia, con términos de reclamación y prescripción no inferiores a los de ley; (ii) la entidad estatal y el contratista tendrán la calidad de asegurados, mientras la entidad estatal y los terceros afectados serán los beneficiarios; (iii) debe cubrir el daño emergente y el lucro cesante, así como los daños extrapatrimoniales; (iv) ampara los actos de los contratistas y subcontratistas, y (iv) amparo patronal, así como de vehículos propios y no propios.

Resaltamos entre estos requisitos: (i) la prohibición de suscribir el seguro de responsabilidad civil bajo la modalidad de reclamación, tan criticada por el riesgo de desprotección que entraña; (ii) la calidad de asegurado también para el contratista, por lo que no habrá lugar a la acción de subrogación del asegurador contra este ante el pago a la víctima por causas que le fueran imputables, además se despeja la duda de la cobertura cuando el tercero afectado demanda solo al contratista³⁷¹; (iii) sobra la exigencia de la entidad estatal como beneficiaria porque es un tercero para cualquier afectación extracontractual, y (iv) se obliga a la cobertura del lucro cesante y a los daños extrapatrimoniales.

³⁷⁰ Se advierte sobre la posible confusión terminológica. El seguro de responsabilidad civil en la contratación pública es independiente del seguro de cumplimiento, conocido como “garantía” que incluye los amparos de seriedad de oferta, anticipo, cumplimiento propiamente dicho, salarios y prestaciones, calidad y estabilidad. Quiere decir que el seguro de responsabilidad civil no es parte ni derivado de la garantía de cumplimiento. Mientras aquel cubre los riesgos extracontractuales, esta garantía ampara los daños generados por el incumplimiento del contrato.

³⁷¹ Ante la demanda de la víctima al contratista, el asegurador se oponía a su llamamiento en garantía con el argumento de que no existía una acción contra el asegurado, la entidad estatal, por tanto, en su opinión, no podía operar el seguro de responsabilidad al no presentarse una reclamación contra el asegurado. Con la exigencia de incluir al contratista como asegurado y en caso de demanda solo contra él, desaparece este vacío en la cobertura.

De otra parte: (i) se prohíbe cubrir los riesgos de la responsabilidad civil bajo otra modalidad diferente al contrato de seguro (art. 2.2.1.2.3.1.5); (ii) se confirma la cobertura para los daños ocasionados por los contratistas y subcontratistas (art. 2.2.1.2.3.1.8); (iii) se pretende garantizar la eficiencia del seguro de responsabilidad civil mediante la fijación de valores asegurados mínimos de acuerdo con el valor total del contrato estatal (art. 2.2.1.2.3.1.1.7), y (iv) se fija un deducible máximo del 10 % de la pérdida, sin exceder de 2.000 SMMLV, y no se acepta ninguna otra forma de participación de la pérdida a cargo de la entidad asegurada (art. 2.2.1.3.3.2.10).

Pero el decreto también presenta inconvenientes en la regulación del seguro de responsabilidad civil porque: (i) se establece la no terminación por falta de pago y la irrevocabilidad, pero solo para la garantía de cumplimiento y debió extenderse al seguro de responsabilidad (art. 2.2.1.2.3.2.5), y (ii) consagra la inoponibilidad de las excepciones y aunque no dice que es solo para la garantía de cumplimiento tampoco menciona el seguro de responsabilidad (art. 2.2.1.2.3.2.6). Pero hace referencia a las reclamaciones de la entidad asegurada al asegurador y no de la víctima al asegurador. Al no diferenciar entre seguro de cumplimiento y seguro de responsabilidad civil, debemos aplicar la imposibilidad de excepciones en ambos.

Con esta reglamentación pensaríamos que se alcanza en buena parte el propósito del seguro de responsabilidad civil para proteger a las entidades públicas y terceros ante los riesgos extracontractuales con ocasión del contrato estatal. Sin embargo, algunos aseguradores hacen caso omiso de este imperativo legal y expiden el seguro en el formato tradicional del seguro voluntario de responsabilidad civil con exclusiones, deducibles y límites de cobertura diferentes a los exigidos en la ley. Ante el siniestro oponen estas excepciones y sustentan que el seguro fue aceptado por tomador y asegurado en esas condiciones al no presentar reparos al recibir la póliza. No es de recibo esta explicación, estamos ante un seguro de estirpe legal con condiciones imperativas que deben ser respetadas y priman sobre cualquier estipulación contractual en contrario.

2.4 Pautas para un régimen adecuado de seguros obligatorios de responsabilidad civil en Colombia y sus excepciones

Un seguro obligatorio de responsabilidad civil para una determinada actividad requiere de una reglamentación precisa y concreta que contemple todos los pormenores del alcance de la cobertura. El reglamento debe acatar los principios generales del aseguramiento y las normas imperativas dirigidas a proteger a tomadores, asegurados y beneficiarios. Pero el asegurador no debe disponer de aquellos aspectos no regulados para estipularlos en su propio interés. Un seguro de esta naturaleza, por sus fines y características de orden público, no se puede dejar a la mera voluntad de las partes.

Proponemos los puntos a tener en cuenta en los seguros obligatorios de responsabilidad civil para ser incorporados en las respectivas pólizas, y enfatizar en el control estatal necesario para que se cumplan con miras a cubrir los riesgos de mayor probabilidad de ocurrencia. Ese debe ser el compromiso de aseguradores, tomadores y asegurados con el concurso de los funcionarios públicos encargados de la contratación. Así se alcanzarán

los objetivos del aseguramiento obligatorio en beneficio del Estado para la autorización y seguimiento de las actividades que lo requieran.

2.4.1 La debida reglamentación de los seguros obligatorios de responsabilidad civil

Con el fin de lograr los fines propuestos, debe existir una regulación legal común a todos los seguros obligatorios de responsabilidad civil y una reglamentación específica para cada uno atendiendo sus características y necesidades en particular. No es aceptable la costumbre legislativa de copiar las reglamentaciones de un seguro a otro. Tampoco es aceptable la importación de disposiciones legales extranjeras, sin analizar su viabilidad en el medio nacional. Pueden regir en países con bases jurídicas y económicas diferentes, por lo que sus reglas y preceptos no son compatibles con el ordenamiento y la economía local³⁷². La regulación común y los reglamentos específicos deben tener unas bases sólidas acordes con los principios generales del seguro de nuestra codificación mercantil.

2.4.1.1. La regulación común a todos los seguros obligatorios de responsabilidad civil

La regulación común de los seguros obligatorios de responsabilidad civil debe contemplar, como mínimo, los siguientes aspectos:

(i) Inoponibilidad a la víctima de las excepciones que el asegurador tenga contra el tomador y asegurado. Con la salvedad del incumplimiento de los deberes a su cargo con ocasión del siniestro y la prescripción de la acción directa. El dolo no impide el pago a la víctima, pero dará lugar al recobro del asegurador a su asegurado.

(ii) No terminación por falta de pago de prima. No es lógico que un seguro tomado como requisito para el ejercicio de una actividad peligrosa o un servicio público, termine durante su vigencia por el incumplimiento del tomador en el pago de la prima. El asegurador debe adoptar las medidas necesarias que garanticen su recaudo.

(iii) Irrevocabilidad y renovación obligatoria. El asegurador y el tomador no podrán dar por terminado el contrato de seguro antes de su vencimiento. Si se expidió para autorizar el ejercicio de una actividad por un periodo superior a la vigencia del seguro, debe ser renovado de manera automática hasta la expiración de la licencia o terminación del contrato.

(iv) Prohibición de fijar deducibles o a lo sumo un tope porcentual máximo. En actividades con participación masiva de usuarios con alta frecuencia de siniestralidad, como el transporte de pasajeros, no deben incluirse deducibles. Pero en otros campos con mayor posibilidad de severidad que de frecuencia (medioambiente, energía y obras

³⁷² Es el caso de implantación de seguros obligatorios de responsabilidad de alto costo para su adquisición por el individuo, lo que estimula su evasión. Lo hemos visto en los proyectos de ley para los accidentes de tránsito. Igual sucede con el enorme impacto económico por la constitución de fondos estatales de garantía con destino a la atención de siniestros no cubiertos, sin contar con los recursos para su provisión.

públicas, entre otros) se puede autorizar un deducible máximo del 10 % del valor de la pérdida sin una suma fija como mínimo.

(v) Cobertura del lucro cesante de la víctima, sus perjuicios extrapatrimoniales y la culpa grave del asegurado. No se permitirán límites para estos amparos inferiores a la suma asegurada básica.

(vi) Inclusión del contratista como asegurado y la cobertura expresa de sus actos u omisiones, al igual de los subcontratistas, que comprometan la responsabilidad del Estado.

(vii) Restablecimiento automático del valor asegurado en caso de pago de siniestro. Se busca así que el seguro conserve la plenitud de la cobertura y no se vea afectado por varias reclamaciones durante la misma vigencia. Al llevar el límite asegurado a su monto inicial, se causa un ajuste en la prima con cargo al tomador en proporción a la cuantía restablecida y al tiempo restante para su vencimiento.

(viii) Seguro bajo la modalidad de ocurrencia y no de reclamación (*claims made*), por los riesgos que esta última implica para la eficacia de la cobertura.

(ix) Establecer sanciones administrativas ejemplarizantes por el incumplimiento de las condiciones de suscripción. Tanto por la falta de seguro para ejercer las actividades que lo requieran, como expedir las pólizas sin sujeción a los requisitos imperativos establecidos.

2.4.1.2 Los reglamentos específicos

Para cada actividad que requiera de un seguro obligatorio debe expedirse un reglamento en particular en estas condiciones:

(i) Acatar todos los preceptos de la regulación general de los seguros obligatorios de responsabilidad civil. Ninguna de sus reglas puede ser contraria a la regulación, y de serlo primará esta última.

(ii) Cada reglamento debe promulgarse en un plazo prudencial pero perentorio establecido en la ley que crea el seguro.

(iii) Los valores asegurados deben ser determinados o con los factores concretos para su concreción. No se delegará su fijación en autoridades administrativas ni a discreción de aseguradores o asegurados. Deben ser valores acordes con la magnitud del riesgo y expresados en salarios mínimos mensuales legales vigentes cuando se trate de sumas fijas.

(iv) Si se concede la opción de un deducible, se dejará constancia expresa de su monto que debe atender los parámetros señalados en la ley de creación del respectivo seguro y a la magnitud del riesgo.

(v) No se acepta la exclusión absoluta de la responsabilidad contractual en las pólizas de seguro obligatorio de responsabilidad extracontractual, cuando son propios de la naturaleza del riesgo asegurable los daños a bienes bajo cuidado, tenencia y control, productos, las obligaciones de seguridad y otros similares calificables como contractuales.

2.4.2 El control necesario del Estado

La exigencia de los seguros obligatorios de responsabilidad civil se convirtió para el Estado en un mero formalismo. Cuando se recibe la póliza por el organismo oficial competente encargado de su aprobación, el análisis se limita a verificar las coberturas básicas, el valor asegurado y la vigencia. No se examinan las exclusiones, los deducibles, los límites asegurados específicos para algunos amparos adicionales, los anexos y las cláusulas particulares que a veces dejan sin efecto parte del amparo básico. A la hora del siniestro aparecen las deficiencias en la suscripción y se da al traste con las expectativas de cobertura en perjuicio del Estado, asegurados y víctimas.

Se requiere una intervención estatal dinámica para el control efectivo y vigilancia de los seguros obligatorios de responsabilidad civil. La actuación del Estado debe dirigirse a:

(i) Exigir pólizas independientes para cada uno de los seguros obligatorios con su denominación exacta que permita su fácil identificación. Los modelos de las pólizas con sus anexos deben ser depositados en la Superintendencia Financiera³⁷³. Se acabará así la costumbre de expedir seguros obligatorios en formatos predispuestos para los seguros voluntarios, lo que termina imponiendo las cláusulas del asegurador sobre las normas legales imperativas.

(ii) Verificar que el texto de estas pólizas cumpla con los requisitos establecidos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (D. 663/1993, art. 185, núm. 2, lit. a, b y c) y en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera (Parte II, T. IV, Cap. II, núm. 1.2), en especial a que debe ceñirse a la ley, redactarse de forma fácil de comprender, y los amparos y exclusiones deben ir en la primera página³⁷⁴.

(iii) Imponer sanciones a quienes contravengan la normativa legal y los reglamentos. Incluye aseguradores, funcionarios públicos encargados de la contratación y autorización de actividades con control estatal, contratistas y toda persona que participe en los

³⁷³ Tal como lo ordena el D. 663/1993, art. 184, núm. 1. Se aclara, la Superintendencia no aprueba el texto de las pólizas, solo lo recibe en depósito y sirve de prueba en caso de controversia sobre las condiciones que rigen el contrato, según lo dispone el C.Co., art. 1047, par.

³⁷⁴ La Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, Parte II, T. IV, Cap. II, núm. 1.2.1.3.7 y 1.2.1.3.8, sobre el seguro de responsabilidad civil, enfatiza en las condiciones necesarias para acceder al pago de la indemnización de acuerdo con el C.Co. art. 1133, sin que puedan exigirse otros requisitos. En la estructuración de los amparos, reitera que se trata de un seguro a favor de terceros en que la víctima tiene la calidad de beneficiaria de acuerdo con el art. 1127.

procesos de suscripción, verificación, autorización y reclamación de seguros obligatorios de responsabilidad civil.

CONCLUSIONES

(i) La acción directa se conoció en el Código Civil francés de 1804 para los contratos de obra, arrendamiento y mandato, como un derecho a favor de un tercero para el cobro de una obligación al deudor de su deudor y con quien no lo une vínculo contractual alguno.

(ii) No surgió con un fin común ni con el nombre de acción directa. La doctrina luego se encargó de asignarle condiciones específicas y darle esa denominación, así como de presionar a los tribunales para su aceptación, y estos, a su vez, al legislador para su implantación legal.

(iii) Constituye una excepción al principio de la relatividad de los contratos "*res inter alios acta tertiis nec nocet nec prodest*" (el acuerdo entre las partes no perjudica ni aprovecha a terceros).

(iv) En el derecho francés fue acogida por el legislador en 1830 para el contrato de seguro de responsabilidad civil con el fin de permitirle a la víctima cobrarle al asegurador los daños del asegurado responsable. Luego se extendió a México y España.

(v) En Colombia se implantó mediante L.45/1990 con la consagración expresa de la víctima como beneficiaria del seguro de responsabilidad civil. También favorece al asegurado porque obtiene la indemnidad de su patrimonio cuando la víctima recibe la indemnización por sus daños.

(vi) Se trata de una acción autónoma diferente a la que tiene el asegurado ante a su asegurador o la víctima frente el asegurado responsable. Surge de la ley pero enmarcada en los límites del contrato de seguro.

(vii) El asegurado tiene el deber de informarle a la víctima de la existencia de su seguro de responsabilidad civil para que pueda ejercer la acción directa con miras a su resarcimiento.

(viii) La víctima perfecciona el reclamo ante el asegurador del responsable por el valor del daño con la demostración de la ocurrencia del siniestro y la cuantía de su pérdida. Cuenta con libertad probatoria para acudir a cualquier medio idóneo.

(ix) Si el asegurador no paga dentro del mes siguiente al reclamo, la víctima puede pedir los intereses moratorios a la tasa máxima permitida por la ley y empiezan a correr un mes después de su presentación.

(x) Si el asegurador no paga ni objeta dentro del mes siguiente al reclamo, la víctima puede adelantar la acción judicial de cobro por vía ejecutiva, para lo cual el título estará conformado por la póliza y el reclamo.

(xi) La prescripción de la acción directa en el seguro de responsabilidad civil, bajo la modalidad de ocurrencia o de reclamación (*claims made*), es de cinco años contados a

partir de la ocurrencia del hecho dañoso. La prescripción de la acción del asegurado contra el asegurador es de dos años desde que aquel recibió el reclamo de la víctima.

(xii) La prescripción de la acción directa se interrumpe con el requerimiento de la víctima al asegurador, con la notificación al asegurador del auto que admite la demanda o con la aceptación, expresa o tácita, de la obligación por el asegurador.

(xiii) En el seguro de responsabilidad civil están cubiertos los daños patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) y extrapatrimoniales (daño moral, daño a la vida de relación, daño a la salud, daño a bienes de protección constitucional, etc.) de la víctima. Sus exclusiones convencionales se tienen por no escritas.

(xiv) La víctima puede demandar al asegurador sin necesidad de vincular al asegurado al proceso. Pero la sentencia solo tiene efectos entre asegurador y víctima, y no constituye cosa juzgada para el asegurado. No existe litisconsorcio necesario entre asegurado y asegurador.

(xv) La víctima debe demandar al asegurador y asegurado cuando el seguro es insuficiente, hay deducible por cobrar o no existe certeza de la cobertura. Puede decirse que hay una solidaridad de asegurador y asegurado en relación con el valor asegurado a cargo del asegurador como límite de la pretensión frente a ambos.

(xvi) Los costos de defensa del asegurado son a cargo del asegurador, aún si no prospera la acción de la víctima. Son en exceso del valor asegurado, pero en proporción a su cuantía en caso de que la condena lo supere.

(xvii) No se recomienda que el asegurador designe el apoderado judicial del asegurado en el proceso judicial promovido por la víctima, porque habrá conflicto de intereses por las algunas excepciones discutibles que proponga el asegurador.

(xviii) El asegurado siempre deberá llamar en garantía al asegurador cuando es demandado por la víctima, incluso si este es codemandado, para dilucidar la relación entre ambos y evitar la prescripción.

(xix) A pesar de la oponibilidad prevista en la ley del asegurador a la víctima de las excepciones que tuviere contra el tomador o asegurado, son inoponibles algunas de carácter personal del asegurado para la protección de la víctima.

(xx) Solo deben oponerse a la víctima las excepciones relativas a la inexistencia del contrato de seguro, la falta de responsabilidad del asegurado, las exclusiones no abusivas y sus excepciones personales.

(xxi) Los seguros obligatorios de responsabilidad civil en nuestro país no cumplen con su cometido de protección de las víctimas en ciertas actividades de alto riesgo o de interés común, por la regulación o reglamentación inexistente, deficiente o inexigible.

(xxii) Es necesaria una regulación general y común para los seguros obligatorios de responsabilidad civil, así como una reglamentación específica para cada uno en atención a sus condiciones particulares de riesgo y a los requerimientos especiales de cobertura.

(xxiii) Se requiere de una gestión efectiva de control y vigilancia por parte del Estado para la debida suscripción y reclamación de los seguros obligatorios de responsabilidad civil.

BIBLIOGRAFÍA

ACOLDESE – ACOAS. *Antecedentes legislativos del derecho de seguros en Colombia. El contrato y la Institución*. Bogotá, Ed. Guadalupe, 2002.

ACOLDESE - AIDA. *Laudos Arbitrales en materia de seguros*. Tomo I. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2004.

Aedo Barrera, Cristian, “La delimitación de la responsabilidad contractual y la aquiliana y su incidencia en la reparación del daño moral”. En *Estudios de derecho de contratos. En homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno*. Santiago de Chile: Thomson Reuters: 2018.

AIDA – ACOLDESE. *J. Efrén Ossa G. Vida y obra de un Maestro*. Bogotá: Colombo Editores, 1998.

Agudelo Ramirez, Martín. “El mérito ejecutivo de la póliza de seguro y sus implicaciones frente al proceso ejecutivo”. *Rectio Juris*, vol. 1, núm. 2, 2005.

Alarcón Fidalgo, Joaquín y Benito Osma, Félix. “La acción directa en los seguros de responsabilidad civil: conveniencia e inconveniencia, tendencias legislativas actuales. El sistema español”. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, vol. 27, núm. 48, 2018.

Alarcón Palacio, Yadira. “La acción pauliana”. *Revista de Derecho. Universidad del Norte*, núm.12, 1999.

Alpa, Guido. *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil*. (trad. Leysser L. León). Lima: Jurista Editores, 2006.

Alterini, Atilio Aníbal. *Treinta Estudios de Derecho Privado*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Temis, 2011.

Anzoátegui, Ignacio. “Algunas consideraciones sobre las funciones del derecho de daños”. En Bernal Pulido, Carlos y Fabra Zamora, Jorge (ed.), *La filosofía de la responsabilidad civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

Arboleda Gómez, Saulo. *Ley 45 de 1990. Reforma financiera y de seguros. Articulado y documentos. Consolidación y futuro del sector financiero*. Bogotá, 1991.

Barrera Tapias, Carlos Darío y Céspedes Ríos, Helena Lucía. *La reforma al derecho de los contratos, al régimen general de las obligaciones y a su prueba en el Derecho Civil francés*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Ibáñez, 2016.

Barroso de Mello, Sergio Ruy. “Proyecto de ley de contrato de seguro en el derecho brasileño. Análisis crítico y constructivo de la pertinencia de la norma legal propuesta”. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, vol. 23, núm. 41, 2014.

Bejarano Guzmán, Ramiro. *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos*. Bogotá: Temis, 2016.

Bernal Fandiño, Mariana. “El solidarismo contractual –especial referencia al derecho francés-“. *Vniversitas*, vol. 56, núm., 114, 2007

Bernal Fandiño, Mariana. “La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada de la inobservancia de los deberes colaterales de conducta”. *Vniversitas*, vol. 62, núm. 126, 2013.

Bianca, Massimo. *Derecho Civil*. (trad. Fernando Hinestrosa y Edgar Cortés). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

Biblioteca del Congreso de la República de Colombia. *Expediente Ley 45/90*.

Bonivento Fernández, José Alejandro. *Los principales contratos civiles*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2017.

Botero, Jorge H. “Clausura de la Convención Internacional de Seguros 2019”. Disponible en: <https://fasecolda.com/eventos/memorias/memorias-2019/convencion-internacional-de-seguros-2019/memorias/> - 2019, consultado el 25 de marzo de 2020.

Calzada Conde, María Ángeles. *El seguro de responsabilidad civil*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2005.

Camacho López, María Elisa, *La cesión de créditos: del derecho romano al tráfico mercantil moderno*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

Camargo García, Andrea. “La acción directa en el derecho de seguros francés”. En Fabricio Mantilla y Francisco Ternera (dirs.), *Los contratos en el derecho privado*. Bogotá: Universidad del Rosario y Legis, 2007.

Cárdenas Mejía, Juan Pablo. “El subcontrato”. En *Estudios de Derecho Privado, Iberamicurum a César Gómez Estrada*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2005.

Chinchilla Imbett, Carlos Alberto. “El deber de información contractual y sus límites”. *Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia*, núm. 21, 2011.

Chinchilla Imbett, Carlos Alberto. “Los límites de la autonomía privada en el mutuo disenso”. En Martha Lucía Neme (coord.) *Autonomía privada. Perspectivas del derecho contemporáneo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

Consortio de Compensación de Seguros. *Recopilación legislativa*. Madrid: Ministerio de Economía y Empresa de España, 2019.

Contreras Strauch, Osvaldo. *Derecho de seguros*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2015.

Corral Talciani, Hernán. “La interposición de la acción directa implícita del tercero perjudicado en contra del asegurador de responsabilidad civil en el nuevo régimen de seguros chileno”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, núm. 2, 2015.

Cortés Moncayo, Edgar. “Constitución y responsabilidad civil. Una relación ambivalente”. *Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia*, N° 11, 2006.

Cortés Moncayo, Edgar. *Responsabilidad civil y daños a la persona*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

De los Mozos, José Luis. “La autonomía privada: notas para una relectura del título de los contratos del Código Civil español”. En *Contratación contemporánea. Teoría general y principios*. Lima: Palestra - Bogotá: Temis, 2000.

De los Mozos, José Luis. “El contrato y sus transformaciones”. En *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de rectoría 1963-2003*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

Díaz-Granados Ortiz, Juan Manuel. *El seguro de responsabilidad*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Universidad del Rosario, 2012.

Diez-Picazo, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Pamplona: Civitas, 2008.

Elguero Merino, José María. “Seguro de responsabilidad civil”. En José Antonio Badillo (coord.). *Ley de contrato de seguro: jurisprudencia comentada*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2017.

EPM. “Conoce todo sobre el proceso de venta de algunos activos de EPM”. Disponible en: <https://www.epm.com.co/site/home/sala-de-prensa/noticias-y-novedades/proceso-de-venta-de-activos-de-epm-cuestionario-de-preguntas-y-respuestas#20-A-qu-valor-asciende-la-contingencia-del-proyecto-hidroel-ctrico-Ituango-4520> – 2019, consultado el 25 de julio de 2019

Fábrega Ponce, Jorge. *El enriquecimiento sin causa*. Bogotá: Colombia S. A., 1999.

FASECOLDA. “Listado de seguros obligatorios de responsabilidad civil en Colombia”. Disponible en: <https://fasecolda.com/ramos/responsabilidad-civil/listado-de-seguros-de-responsabilidad-civil-obligatorios-en-colombia/> - 2019, consultado el 6 de agosto de 2019.

Fernández Muñoz, Mónica Lucía. *El aseguramiento de la responsabilidad civil médica*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017.

Galdós, Jorge Mario. "Artículo 1710". En *Código Civil y Comercial de la Nación comentado dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti*. Tomo VIII, Buenos Aires- Santa Fe: Rubinzal- Culzoni Editores, 2015.

Giraldo Bustamante, Carlos Julio. *El contrato y la justicia: una relación permanente y compleja*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

Gómez Estrada, César. *De los principales contratos civiles*. Bogotá: Temis, 2008.

González Agudelo, Miguel. "Principios básicos del seguro de responsabilidad civil". En *La responsabilidad civil en el contrato de seguros*. ACOLOSE, V Encuentro Nacional, Barranquilla, 1979.

Grimaldi, Michel. "El contrato y los terceros". En *El contrato: problemas actuales, evolución, cambios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

Halperin, Isaac. *Lecciones de seguros*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997.

Hernández Arranz, Mariano. *La acción directa como instrumento de garantía*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2005.

Hidalgo García, Santiago. *El contrato y los terceros*. Valladolid: Lex Nova, 2012.

Hinestrosa, Fernando, *La prescripción extintiva*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

Hinestrosa, Fernando. "El deber de sinceridad del tomador del seguro en su declaración del estado del riesgo". *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, núm. 27, 2006.

Hinestrosa, Fernando. *La representación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones II*. Volumen II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

Isaza Posse, Maria Cristina. "La acción directa del damnificado en el seguro de responsabilidad civil". *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, vol. 19, núm. 32, 2010.

Isler Soto, Erika M. *Prescripción y caducidad en el contrato de seguro*. Santiago de Chile: Universidad Bernardo O'Higgins – UBO Ediciones, 2017.

Jalil, Julián Emil. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2020.

Jamin, Christophe. *La notion d'action directe*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1991.

Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. *La configuración del siniestro en el seguro de la responsabilidad civil*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Temis, 2011.

Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. *La prescripción en el contrato de seguro*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana – Temis, 2012.

Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. *Derecho de Seguros*. Tomo III. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana - Temis, 2012.

Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. *Derecho de Seguros*. Tomo IV. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana - Temis, 2013.

Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. “El deber de mitigar el daño ya producido en el Derecho Privado y su estrecha relación con el deber de evitarlo. Aproximación Internacional”. *Revista de Derecho de Daños*, t. 2016-2.

Koteich Khatib, Milagros. “Responsabilidad contractual y aquiliana. Revisión de una distinción tradicional con base en la culpa y su graduación”. En *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de rectoría 1963-2003*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

Koteich Khatib, Milagros. *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2012.

Lagos Villarreal, Osvaldo. *Las cargas del acreedor en el seguro de responsabilidad civil*. Madrid: Fundación Mapfre, 2006.

Larroumet, Christian. *Teoría general del contrato*. Volumen II. Bogotá: Temis, 1999.

Le Tourneau, Philippe. “De la falsedad del concepto de ‘responsabilidad contractual’”. En *Estudios de Derecho Civil en memoria de Fernando Hinestrosa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

Le Tourneau, Philippe. “Evolución de la responsabilidad civil: ¿de la prevención a la precaución?” (trad. Pascual Alferillo). *Revista Iberoamericana de Derecho Privado*, núm. 4, 2016.

Lefevre Editorial. “La supresión de las faltas en la reforma del Código Penal”. Disponible en: <https://blogjuridico.lefevre.es/supresion-de-las-faltas-en-la-reforma-del-codigo-penal/> - 2015, consultado el 5 de agosto de 2019.

López Blanco, Hernán Fabio. *Comentarios al contrato de seguro*. Quinta edición. Bogotá: Dupré Editores, 2010.

López Blanco, Hernán Fabio. *Comentarios al contrato de seguro*. Sexta edición. Bogotá: Dupré Editores, 2014.

López Blanco, Hernán Fabio. *Código General del Proceso. Parte general*. Bogotá: Dupré Editores, 2016.

M'Causland Sánchez, María Cecilia. *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

Malaurie, Philippe. "Exposición de motivos". En *Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción. Anteproyecto de reforma del Código Civil francés* (trad. Fernando Hinestrosa). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

Mazeaud, Henri y León, y Tunc, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa –América, 1993.

Medina Magallanes, Pablo. *Ley sobre el contrato de seguro*. México DC: Editorial Porrúa, 2015.

Meilij, Gustavo Raúl. *Seguro de responsabilidad civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1992.

Ministerio de Vivienda. "Conceptos jurídicos" Disponible en: http://www.minvivienda.gov.co/ConceptosJuridicos/Concepto_029761 del 9 de abril de 2009. – 2009, consultado el 5 de septiembre de 2019.

Montoya Ortega, Carlos Humberto. *La responsabilidad civil y su seguro. Incidencia recíproca y perspectivas generales*. Buenos Aires: Eldial.com, 2011.

Morandi, Juan Carlos Félix. *Estudios de Derecho de Seguros*. Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1971.

Moreno, Carlos Iván. *Acción del consumidor, procedimientos de consumo y sujetos demandados*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

Navas Herrera, María Fernanda. "Víctimas de accidentes de tránsito. Su protección en el mundo a través del aseguramiento obligatorio y breve referencia al sistema implantado en Colombia". *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, vol. 18, núm. 31, 2009.

Neme Villarreal, Martha Lucía, "Venire contra factum proprium, prohibición contra los actos y protección de la confianza legítima. Tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe. El contrato y sus transformaciones". En *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de rectoría 1963-2003*. Volumen III. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

Neme Villarreal, Martha Lucía y Chinchilla Imbett, Carlos Alberto. *El consentimiento informado del consumidor. Del sinalagma a las exigencias de información*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

Ordóñez Ordóñez, Andrés E. *El contrato de seguro, Ley 389 de 1997 y otros estudios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

Ordóñez Ordóñez, Andrés E. *Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato. Lecciones de derecho de seguros N° 2*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

Ordóñez Ordóñez, Andrés E. *Las obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro. Lecciones de derecho de seguros N° 3*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

Ordóñez Ordóñez, Andrés E. *Estudios de Seguros*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

Ordóñez Ordóñez, Andrés E. "Las nuevas tendencias del derecho de seguros en las legislaciones más recientes de los países latinoamericanos". *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, vol. 23, núm. 40, 2014.

Ordoqui Castilla, Gustavo. *Tratado de Derecho de los Contratos*. Tomo VII. Montevideo: AMF, IJ Editores y Ediciones del Foro, 2017.

Organización Mundial de la Salud (OMS). "Accidentes de tránsito". Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/road-traffic-injuries> - 2019, consultado el 6 de agosto de 2019.

Ospina Fernandez, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá: Temis, 2018.

Ospina Fernandez, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá: Temis, 2018.

Ossa Gómez, J. Efrén., *Teoría general del seguro. El contrato*. Bogotá: Temis, 1984.

Ossa Gómez, J. Efrén. Intervención inaugural. En *La responsabilidad civil en el contrato de seguros*. ACOLDESE, V Encuentro Nacional, Barranquilla, 1979.

Pájaro Moreno, Marta Elena. *La relatividad de los contratos y los terceros*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

Pasquau Liaño, Miguel. *La acción directa en el derecho español*. Madrid: Editora General de Derecho, 1989.

Perán Ortega, Juan. *La responsabilidad civil y su seguro*, Madrid: Tecnos, 1998.

Quintero García, Orlando. *Aspectos procesales del contrato de seguro en el Código General del Proceso*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2017.

Reglero Campos, Fernando. “Problemas actuales del seguro de responsabilidad civil: derecho español y derecho colombiano”. Conferencia en el Congreso Internacional de Responsabilidad Civil. Montería: Universidad Pontificia Bolivariana, 2006. No publicada.

Reglero Campos, Fernando. “Conceptos generales y elementos de delimitación”. En *Tratado de responsabilidad civil*. Tomo I. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2008.

Reglero Campos, Fernando. “El seguro de responsabilidad civil”. En *Tratado de responsabilidad civil*. Tomo I. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2008.

Rengifo García, Ernesto. “El deber precontractual de información y las condiciones generales de la contratación”. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, vol. 327, 2004.

Robledo Vallejo, Laura y Gaona Corredor, Tatiana. “Litisconsorcio en la acción directa en el seguro de responsabilidad civil en Colombia”. En Saúl Sotomonte y Tatiana Gaona (eds.). *Estudios sobre Derecho de Seguros. Homenaje al profesor Andrés Eloy Ordóñez Ordóñez*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

Roitman, Horacio. *El seguro de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Ediciones Lerner, 1974.

Registro Único de Seguros –RUS-. Disponible en: <https://www.rus.com.co/video.html>, consultado el 3 de marzo de 2020.

Registro Único Nacional de Tránsito –RUNT-. Disponible en: <https://www.runt.com.co/registros-runt/registro-nacional-seguros>, consultado el 3 de marzo de 2020.

San Martín Neira, Lilian C. *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño. Estudio histórico-comparado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

Sánchez Calero, Fernando. *Ley del Contrato de Seguro*. Pamplona: Aranzadi, 1999.

Soto, Héctor Miguel. “La carga de observar las instrucciones del asegurador y la dirección del proceso en el seguro de responsabilidad”. En Nicolás H. Barbato (coord.), *Derecho de Seguros*, Buenos Aires: AIDA, Hammurabi, 2001.

Stiglitz, Rubén S. “La franquicia irrazonable y la distorsión del contrato de seguro. Jurisprudencia de conceptos y de principios”. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, vol. 19, núm. 32, 2010.

Stiglitz, Rubén S. y Stiglitz, Gabriel A. *Derecho de Seguros*. Tomo IV. Buenos Aires: La Ley, 2008.

Superintendencia Bancaria de Colombia. “*Reforma financiera. Exposición de motivos, ponencias en Senado y Cámara, texto de la Ley 45 de 1990*”. Bogotá: Colección Legislación Financiera, 1991.

Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*. Tomo I. Bogotá: Legis, 2011.

Torrent Ruiz, Armando. *Los contratos a favor de terceros*. Madrid: Edisofer, 2015.

Uribe Rincón, Andrea y Alonso Jimenez, Andrés Felipe. “El seguro obligatorio de accidentes de tránsito (SOAT) en Colombia”. En Fernando Palacios Sánchez (ed.), *Seguros. Temas esenciales*. Bogotá: Universidad de la Sabana y ECOE, 2016.

Veiga Copo, Abel B. *La dimensión temporal en el contrato de seguro*. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2011.

Veiga Copo, Abel B. *Los principios de derecho europeo del contrato de seguro*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana – Editorial Ibáñez, 2012.

Veiga Copo, Abel B. *La acción directa del tercero perjudicado en los seguros de responsabilidad civil*, Pamplona: Thomson Reuters Civitas, 2013.

Veiga Copo, Abel B. *Tratado del contrato de seguro*. Tomo II. Cizur Menor: Thomson Reuters Civitas, 2017.

Vélez Gaviria, Piedad Cecilia. “El ejercicio de la acción directa en Colombia – sus implicaciones con la acción de responsabilidad civil”. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, vol. 22, núm. 38, 2013.

Visintini, Giovanna. *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*. Padova: Casa Editrice Dott Antonio Milani –Cedam-, 1965.

Zornosa Prieto, Hilda Esperanza. “El seguro de responsabilidad civil: su evolución normativa y jurisprudencial en Colombia”. En *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho*. Tomo II. Bogotá: Universidad Pontificia Bolivariana, Pontificia Universidad Javeriana, IARCE y Biblioteca Jurídica Diké, 2011.

Zornosa Prieto, Hilda Esperanza. *Escritos sobre riesgos y seguros*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

ÍNDICES
Índice de autores
Índice de fuentes
Índice temático