

**PREVENCIÓN DEL DAÑO EN EL SEGURO
DE RESPONSABILIDAD CIVIL**

OSCAR ALIRIO LÓPEZ VILLAMARÍN

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
Facultad de Ciencias Jurídicas
Dirección de Posgrados
Derecho de Seguros
Bogotá, D.C.
2012**

**PREVENCIÓN DEL DAÑO EN EL SEGURO
DE RESPONSABILIDAD CIVIL**

OSCAR ALIRIO LÓPEZ VILLAMARÍN

**Tesis de grado
MAESTRÍA EN DERECHO DE SEGUROS**

**Director
Dr. Jorge Eduardo Narváez Bonnet**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
Facultad de Ciencias Jurídicas
Dirección de Posgrados
Derecho de Seguros
Bogotá, D.C.
2012**

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	5
1. EL DERECHO DE DAÑOS Y EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL.....	13
1.1. LA TUTELA CIVIL INHIBITORIA DEL DAÑO – PREVENCIÓN	19
1.1.1. Concepto y autonomía de la tutela inhibitoria del daño	20
1.1.2. Antecedentes de la tutela inhibitoria del daño en la doctrina nacional y extranjera	24
1.1.3. Requisitos de la tutela civil inhibitoria del daño:	32
1.2. LA TUTELA CIVIL RESARCITORIA – REPARACIÓN.....	35
1.2.1. La figura de la responsabilidad civil en su esquema clásico.....	35
1.2.3. Breve referencia a la tipología del daño	46
1.3. EL DEBER JURIDICO DE PREVENIR EL DAÑO	50
1.3.1. Deber de prevención desde la óptica del dañador	50
1.3.2. Deber de prevención desde la óptica de la víctima	53
1.3.3. Noción del principio protectorio	57
2. NOCION EVOLUTIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL FRENTE AL TRATAMIENTO DEL DAÑO.....	60
2.1. INFLUENCIA Y APORTES DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DESARROLLO DE LA INSTITUCION DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	63
2.2. DESAPARICIÓN DEL RESPONSABLE DETRÁS DE SU ASEGURADOR	66
2.3. DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL REPARADOR AL PREVENTIVO O DE INDEMNIDAD	68
2.4. SOCIALIZACIÓN DE LOS RIESGOS.....	75
3. LA ADMINISTRACION DE RIESGOS Y SU RELACION CON LA PREVENCION EN EL DERECHO DE DAÑOS.....	81
3.1. NOCION DE LA ADMINISTRACION DE RIESGOS FRENTE A LA PREVENCION EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL	83
3.2. EL PRINCIPIO DE PRECAUCION Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	86
3.3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y SU RIESGO ASEGURABLE	92
3.3.1. El riesgo inasegurable en el seguro privado.	96
3.3.2. El riesgo asegurable en el seguro de responsabilidad civil.	97

4. RECONOCIMIENTO DE LOS GASTOS DE PREVENCIÓN EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL ...	105
4.1. EL DEBER DE EVITAR LA EXTENSIÓN Y PROPAGACIÓN DEL SINIESTRO.....	107
4.1.1. La buena fe de las partes en el cumplimiento del artículo 1074 del Código de Comercio colombiano.	111
4.1.2. El deber del asegurador de reembolsar al asegurado los gastos para el cumplimiento de la carga que le impone el artículo 1074 del C. de Co.....	112
4.1.3. Consecuencia del incumplimiento de la carga establecida en el artículo 1074 del C. de Co.	113
4.2. EL REEMBOLSO DE COSTOS DE PREVENCIÓN EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO INGLÉS.....	114
4.3. EL REEMBOLSO DE GASTOS DE PREVENCIÓN EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN COLOMBIA	121
4.3.1. Figuras de reembolso de gastos de prevención en el mercado asegurador colombiano.	126
4.3.2. Concurso del asegurador en programas de prevención de su asegurado	129
4.3.3. Propuesta de anexo para gastos de prevención en el seguro de responsabilidad civil (anexo 1)	132
CONCLUSIONES.....	134
BIBLIOGRAFÍA	138

INTRODUCCIÓN

La evolución del derecho en general y de la responsabilidad civil en particular, plantea un interesante principio de estudio que resulta de mayor provecho cuando se procura aparejar a este avance, las perspectivas del seguro de responsabilidad civil, rescatando su influencia y aportes en el desarrollo de aquella.

El moderno derecho de daños, expresión novedosa para la legislación, jurisprudencia y doctrina colombianas pero con importante desarrollo en Europa y en países suramericanos como Argentina y Brasil, plantea un trascendente objeto de aplicación del derecho, haciendo que el clásico escenario meramente resarcitorio a través del tradicional sistema de la responsabilidad civil, evolucione hacia una manifestación más moderna, integrando en su sistema la denominada “Tutela Civil Inhibitoria”¹ que opera en el campo de la prevención. Bajo este enfoque, la institución del seguro no puede relegarse, máxime cuando históricamente ha sido un instrumento cercano a la institución de la responsabilidad civil.

La presente investigación pretende probar, que es, técnica y jurídicamente posible otorgar coberturas de seguro a la prevención del daño en el ramo de responsabilidad civil, con lo cual el seguro se pondría a tono con la evolución del sistema de responsabilidad civil, al trascender de un esquema eminentemente reparatorio a uno preventivo, sin que ello signifique el desplazamiento o la desaparición del primero, sino que posibilita la cohabitación de ambos esquemas en la esfera del seguro de responsabilidad civil, sin dejar de ver que existen posiciones críticas en torno al tema, como el tratamiento que el derecho inglés

¹ LLAMAS POMBO, Eugenio. Tutela Inhibitoria del Daño. Civitas, Madrid: 2004. p.1 - El contexto general de este trabajo está inspirado en este ensayo del doctor Llamas Pombo, cuyo panorama no obstante estar circunscrito al marco eminentemente jurídico, posibilita criterios de análisis para transpolar el elemento PREVENCIÓN al mundo de los seguros y en particular al seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual.

particularmente ha dado a la problemática relacionada con “el reembolso de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil”², tópico semejante al que propone el trabajo de investigación y que tendrá su desarrollo en el capítulo 4º.

Posturas de doctrinantes como Héctor Miguel Soto y Claudio J. Horst Speyer integrantes de la sección Argentina de AIDA en 1996, cuyos criterios continúan vigentes en un amplio sector de la doctrina colombiana, sostienen que en materia de seguro de responsabilidad civil “no puede existir siniestro sin que exista la responsabilidad civil del asegurado, de la misma manera que no puede existir siniestro en el seguro de incendio sin incendio, o en el seguro de robo sin robo. Cualquiera sea la normativa que rija este tipo de seguros, sin responsabilidad civil no existe siniestro...”³. En este contexto, no conciben que los costos de prevención se apliquen a la póliza de seguro de responsabilidad civil, por el contrario en forma radical afirman que debe ser una exigencia para cumplimiento del asegurado, so pena de la pérdida del derecho a la prestación asegurada.

En tesis que plantea el profesor español Eugenio Llamas, en su ensayo “Tutela Inhibitoria del Daño” sostiene que *“Son numerosos y difícilmente rebatibles los argumentos lógicos, sociológicos y económicos que avalan la preferencia del “prevenir” sobre el “curar”, de evitar el daño antes que resarcirlo”*⁴. Este axioma, en principio trazado en aplicación al derecho de daños, ha de llevarnos a analizar su aplicabilidad en el seguro de responsabilidad civil, a través del desarrollo

² RESTREPO RODRÍGUEZ, Tomás. El reembolso de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil en el derecho inglés. En: Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. No. 20 (enero – junio de 2011). p. 399.

³ SOTO, Héctor Miguel; HORST SPEYER, Claudio J. El seguro como instrumento eficaz para la prevención y reparación del daño ambiental y de los daños particulares derivados del mismo (Conveniencia de adaptar el ordenamiento jurídico (Argentina) a las exigencias que plantea el aseguramiento de tales daños). En: Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros. No. 9. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1996. p. 138.

⁴ LLAMAS POMBO, Eugenio, ob. cit., p.1, 2.

analítico del trabajo titulado: “La prevención en el seguro de responsabilidad civil”, de acuerdo con el siguiente marco metodológico:

En medio de la amplia controversia que desata la temática propuesta, se hace necesario delimitar el espectro de la investigación, lo que precisamente se pretende con el planteamiento de los siguientes tres problemas, asociados al marco de prevención que esboza la tutela civil inhibitoria también denominada tutela inhibitoria del daño: **1.** ¿En Colombia, es posible el reconocimiento de los gastos de prevención del daño amenazante al amparo del seguro de responsabilidad civil?, **2.** ¿El aseguramiento de los gastos de prevención del daño inminente, constituye necesariamente un mejoramiento del riesgo? y **3.** ¿Constituye el aseguramiento de la prevención del daño inminente en el seguro de responsabilidad civil, una alternativa real de mejoramiento de la posición de la víctima, del asegurado y del asegurador frente a potenciales perjuicios?

En respuesta a estos interrogantes se presentan sus correspondientes hipótesis, así: **1.** Sí es posible, jurídica y técnicamente considerar coberturas que incorporen el reembolso de gastos de prevención del daño en el alcance del seguro de responsabilidad civil. **2.** Tomar medidas de **prevención** ante la inminencia de un daño, no puede interpretarse radicalmente como mejoramiento del riesgo, cuando su finalidad es propugnar por la evitación de éste o en su defecto mitigar las consecuencias de su materialización haciendo que su **reparación** sea de menor entidad. **3.** El esquema de aseguramiento en materia de responsabilidad civil en Colombia es prácticamente inoperante en su respaldo al asegurado, dada la amplia gama de exclusiones y sublímites de amparo, por ello, considerar coberturas de prevención, indudablemente mejoran la situación de todos sus actores: víctima, asegurado y asegurador.

Como estrategia metodológica se plantea el desarrollo investigativo bajo un esquema explicativo-analítico, abordando la concepción jurídico-técnica del tema

planteado, analizando referentes en la doctrina extranjera e identificando antecedentes en Colombia sobre esta materia, sea que se admitan elementos axiológicos de la responsabilidad sin culpa en el marco de la teoría del riesgo, o bien que se trate de culpa probada en el régimen culpabilista.

Indudablemente que el tema propuesto ha de generar válidas discusiones que sin lugar a dudas enriquecerán y decantarán elementos de análisis, en punto a concretar la bondad de la injerencia del seguro en el marco preventivo de los riesgos. Por ello, se ha definido una secuencia lógica en el desarrollo del trabajo de investigación, compuesto por cuatro capítulos: El primero, tratado en tres subcapítulos, relacionado con una revisión general del derecho de daños y su bifurcación expresada en sus dos manifestaciones: la tutela civil inhibitoria (prevención) y la tutela civil Resarcitoria (la clásica responsabilidad civil).

Un segundo capítulo relacionado con la evolución de las Instituciones de la responsabilidad civil y del seguro de responsabilidad civil, sus aportes y efectos en la aplicación practica frente al asegurado y las víctimas, así como una visión general en materia de socialización de los riesgos.

El tercer capítulo, orientado a tratar una visión general de la administración de riesgos y su relación con la prevención en el derecho de daños y puntualmente en torno al seguro de responsabilidad civil.

Finalmente, el capítulo cuarto, referido a la propuesta de aseguramiento de la prevención del daño bajo el seguro de responsabilidad civil, sin dejar de referir aquellas coberturas que en la práctica y con esta orientación ya concede el mercado asegurador nacional.

Evidentemente la evolución de la humanidad, la ciencia y la tecnología, amplifican los riesgos, haciendo que la exposición de personas y empresas a

ellos, sea cada vez más marcada. Tal circunstancia exige que naturalmente el derecho y el seguro se amolden a esa dinámica y en su acoplamiento surgen figuras como el “reembolso de gastos de prevención del daño”, que en la ortodoxia del seguro serían consideradas impertinentes o inconducentes en su aplicación práctica. No obstante, se conocen modalidades de aseguramiento que trascienden lo clásico y que van ganando terreno en el seno de la institución aseguradora, las cuales serán objeto de análisis en desarrollo del trabajo.

Tratar el riesgo de la responsabilidad a través de la técnica de la transferencia vía póliza de seguro, ha de procurar para el asegurado un respaldo práctico y efectivo, que bien podría ir más allá de simplemente esperar que el riesgo se realice para salir a su reparación.

En su lugar, resulta coherente con la dinámica actual, acoger la alternativa que plantea el derecho de daños que concibe en una de sus manifestaciones, precisamente la inhibición del daño como una actividad consciente para evitarlo y análogamente a este pensamiento jurídico, el seguro podría contemplar una cobertura especial para el reconocimiento y pago de los gastos de prevención bajo el contrato de seguro de responsabilidad civil, que para los efectos del presente estudio se circunscribe al tipo de responsabilidad extracontractual.

La concepción preventiva que trae el presente estudio, no supone la evitación del daño material que de manera súbita y accidental pueda tener lugar, pero sí las consecuencias que de tal evento se puedan desencadenar amenazando la realización inexorable del riesgo de responsabilidad civil, si aquél daño inminente no se controla adoptando de manera oportuna medidas que hagan cesar los peligros amenazantes evitando así el daño a terceros o cuando menos mitigando sus consecuencias.

Sobre este último aspecto, el profesor Tomás Restrepo Rodríguez⁵, haciendo alusión a una tesis del profesor Juan Carlos Henao donde presenta una visión íntegra del daño que abarca desde su aparición hasta su consumación, resalta la afirmación del profesor Henao en el sentido que, *“no sólo se puede concebir como daño cierto aquél consumado -la lesión definitiva del derecho-, sino también aquel no consumado. Antes de la destrucción definitiva del derecho -daño consumado-, aparece la amenaza del derecho, la cual constituye el inicio del daño y el momento desde el cual se puede predicar su certeza...”*.

En punto específico tocante con la tesis de la amenaza como daño cierto, el profesor Juan Carlos Henao, sostiene: *“la amenaza de los derechos y el riesgo sobre éstos, son de por sí un daño cierto, con mecanismos jurisdiccionales propios que suponen su reparación, lo cual permite predicar que forman parte del objeto de la responsabilidad civil”*⁶. Desde luego, que incursionar en el análisis de la amenaza como elemento que antecede al daño consumado y examinar la posibilidad de su aseguramiento, no es objeto del presente estudio, aunque dicho sea de paso, sí permite acoger criterios y argumentos que lo refuerzan, como se citará en el momento oportuno, pues es un tema, que al igual que las acciones de prevención se ubica antes de la materialización del daño, y por lo mismo coincidentes en varios aspectos.

Indudablemente, lograr por vía de prevención evitar la causación de daños a terceros y con ello que no se realice el riesgo de responsabilidad civil, redundará en beneficio de todos los interesados, así, la víctima bien podría no llegar a convertirse en una. El asegurado verá satisfecha su necesidad de una protección efectiva al ser reembolsado en los gastos incurridos con ocasión de su acción preventiva y el asegurador por su parte, verá aliviadas las cargas de siniestralidad

⁵ RESTREPO RODRÍGUEZ, Tomás. El remedio preventivo en la responsabilidad civil. En: Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. No. 14, junio de 2008. p. 224.

⁶ HENAO PÉREZ, Juan Carlos. De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto. En: Publicación DAÑO AMBIENTAL. Universidad Externado de Colombia. Tomo II. 1 ed. Bogotá, marzo de 2009. p. 189.

por no tener que indemnizar daños ya consumados o materializados, que razonablemente siempre resultan ser más onerosos que los gastos de prevención.

Uno de los puntos fundamentales del estudio para explorar la viabilidad de la propuesta, consiste en la estructuración de un esquema de gestión integral de riesgos⁷ que permita delimitar la exposición del sector asegurador a través del seguro de responsabilidad civil, en concordancia con la facultad legal de que está revestida la aseguradora para asumir los riesgos que a su arbitrio decida aceptar⁸.

Otro aspecto que sirve de apoyo a la argumentación que se pretende desarrollar gira en torno a la controversia surgida frente al alcance del artículo 1074 del Código de Comercio Colombiano⁹, respecto al reembolso de los gastos en que se ve precisado a incurrir el asegurado para atender el deber jurídico de evitar la propagación del siniestro, que a decir de un amplio sector de la doctrina nacional, sólo opera si el riesgo ya se materializó y el daño al tercero consumado.

Así las cosas, las hipótesis planteadas conllevan reivindicar una real evolución del seguro de responsabilidad civil, al considerar la viabilidad de reconocer y pagar el reembolso de gastos de prevención, al paso que el derecho de daños bifurca su accionar en la prevención y reparación.

Desde luego, que la investigación impone un juicioso análisis sobre si la propuesta del aseguramiento de la prevención del daño inminente, atiende los principios que rigen los elementos esenciales del contrato de seguro a la luz de la legislación colombiana¹⁰. Esto es, que será objeto de análisis, la naturaleza de los gastos

⁷ BRAVO MENDOZA, Oscar; SÁNCHEZ CELIS, Marleny. Gestión Integral de Riesgos. B&S, Bogotá, 2009. p 17.

⁸ Código de Comercio colombiano, Art. 1056. “Delimitación contractual de los riesgos”.

⁹ Código de Comercio colombiano, Art. 1074. “Obligaciones del asegurado ocurrido el siniestro”.

¹⁰ Código de Comercio colombiano. Art. 1045, “Elementos esenciales del contrato de seguro”

eventuales y los gastos necesarios que se requieran para lograr la efectividad de las medidas preventivas en punto a prevenir el daño. En todo caso, la idea no es incentivar la desidia del asegurado en el manejo adecuado y oportuno de sus riesgos, pretendiendo que bajo esta posibilidad de aseguramiento traslade a la póliza de responsabilidad civil sus costos necesarios de operación, sino circunscribirlos a la prevención del daño amenazante o inminente.

Finalmente, se aspira a que el resultado de este esfuerzo resulte productivo y de interés para el derecho de seguros, en tanto que su dinámica permite esencialmente mensurar su grado de desarrollo frente al ritmo de evolución que pueda reportar el derecho de daños y el sistema de la responsabilidad civil.

1. EL DERECHO DE DAÑOS Y EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

El denominado DERECHO DE DAÑOS en su concepción contemporánea incorpora dos manifestaciones¹¹: 1) la Responsabilidad Civil que se materializa en la obligación de resarcir el daño inferido injustamente, cuando se vulnera un círculo jurídico ajeno. Puede también mirarse sencillamente cuando se dice que la Responsabilidad Civil alude a una fuente de obligaciones a título de reparación o indemnización, donde aparecen como actores, un sujeto activo y otro pasivo, una prestación, un deudor - el causante del daño -, un acreedor - la víctima - y la indemnización consistente en una obligación de dar, hacer o no hacer y que corresponde a la prestación reclamada y 2) la evolución hacia la inhibición del daño a través de la Tutela Civil Inhibitoria del daño.

Como es bien sabido, reparar el daño consiste en hacer lo necesario para poner a la víctima en la situación en la que estaría si el hecho dañoso no se hubiera presentado, lo que implica referir al resarcimiento integral del daño. La tendencia es hacia la protección de la víctima, que de no haber concurrido a la materialización de su propio daño, no tiene porque soportar el perjuicio sufrido, lo que se traduce en la conocida reparación in natura o en especie.

Cuando se alude al “*Derecho de Daños*”, las reglas de la responsabilidad civil quedan circunscritas a un daño ya irrogado, no obstante, la situación moderna plantea un escenario de prevención, que para efectos del sistema jurídico colombiano, se consagra bajo una orden de no causar daño y que encuentra asidero legal en el artículo 2359 del Código Civil colombiano, cuando consagra que “*Por regla general se concede acción en todos los casos de **daño contingente**, que por imprudencia o negligencia de alguno **amenace** a personas*

¹¹ LLAMAS POMBO, Eugenio. Ob. cit. p. 2.

*indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de estas podrá intentar la acción*¹². (Resaltado ajeno al texto).

De la disposición legal trascrita, se puede inferir que el marco de daño contingente y la concepción de amenaza, ligan coherentemente con el propósito de la “Tutela Inhibitoria del Daño”, la cual constituye una nueva manifestación del derecho de daños, encaminada a precaver la causación del daño a partir de la prevención.

Guardadas las proporciones, por no ser la temática central del presente trabajo, resulta oportuno recordar que en materia de prevención de daños, Colombia tiene como antecedente el artículo 86 constitucional que consagra un mecanismo protector de los derechos de las personas cuando éstos son vulnerados o amenazados. En efecto, la “Acción de Tutela”, a decir del profesor Néstor Raúl Correa Henao, “tiene una naturaleza jurídica mixta”, **preventiva** cuando actúa frente a una mera amenaza y **restitutoria** cuando la vulneración ya se ha materializado. En todo caso, esta clase de Tutela, es un mecanismo meramente preventivo no declarativo, por consiguiente no es indemnizatoria¹³.

En comunión con estos postulados, el profesor de la Universidad de Buenos Aires Bueres, Alberto J., define el daño como *“toda lesión a un interés legítimo”*, expresión concreta que orienta hacia el rescate de la novedosa manifestación que concibe el control ex ante del daño, pues, resulta ser la mejor posición de una potencial víctima y es precisamente no llegar a serlo y de esta manera no incurrir en la reparación de un interés legítimo lesionado.

Universalmente, el concepto de responsabilidad civil gira alrededor de la obligación de indemnizar el daño causado. Para el caso colombiano, tenemos la regulación consagrada en el artículo 2341 del Código Civil, bajo el siguiente

¹² Código de Civil colombiano, Art. 2359. “Titularidad de la acción de reparación”.

¹³ CORREA HENAO, Néstor Raúl. Derecho Procesal de la Acción de Tutela. 2 ed. Javegraf. Bogotá, 2005, p. 50.

alcance: *“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”*. Como se puede observar, la disposición normativa colombiana refiere al daño proveniente del delito o de la culpa, circunstancias jurídicas que caben en el contexto del moderno derecho de daños, cuyo espectro da lugar al deber jurídico de prevenir el daño por parte del potencial dañador, en un escenario de represión prescrito en la norma.

En concepto del profesor Díez-Picazo haciendo alusión al derecho de daños y sus características, sostiene:

El hecho de que las normas relativas a la responsabilidad civil extracontractual estén dirigidas todas ellas a la consecución de una misma función económica o social y todas ellas persigan una función de carácter indemnizatorio, permite entender que el derecho de daños constituye un sector autónomo dentro de la disciplina del derecho civil.

La delimitación del derecho de daños corre pareja con la determinación de la función indemnizatoria prevista en el artículo 1902 del Código Civil español, lo que obliga a separar las indemnizaciones de daños de otro tipo de prestaciones que personas que han sufrido tal daño pueden recibir.

...en el derecho de daños, la obligación es puramente un elemento de carácter instrumental que podría ser perfectamente intercambiable y que lo decisivo, es la función económica-social que las normas realizan¹⁴.

Bajo esta percepción, el profesor Díez Picazo pone de relieve una disposición normativa de la Legislación Civil española, que a semejanza del artículo 2341 del Código Civil colombiano, propugna por reprimir el daño a los derechos legítimamente tutelados, al señalar categóricamente en el artículo 1902, que *“el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*.

¹⁴ DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis. La Responsabilidad Civil Extracontractual, Ed. Aranzadi, S.A. Pamplona, España. 2011, p. 28.

En definitiva, según lo expresa el profesor Llamas Pombo “la adopción del esquema preventivo que plantea el moderno derecho de daños en procura de buscar un efecto ex ante de la causación del daño, de preferencia a un efecto ex post”¹⁵, tiene gran significancia si se dimensiona su accionar previo al daño, esto es, apartándose de la exegesis de las normas citadas (art. 2341 CC nacional y art. 1902 CC español), de cara a beneficiar a la víctima por cuanto no tendría que llegar a experimentar ninguna afectación, con lo que también se vería sensiblemente favorecido el efecto económico del patrimonio del dañador. Pues, si bien las medidas de prevención implican costos, ello no se compara con el costo que generalmente representa el plano de la reparación dado el sinnúmero de conceptos susceptibles de valoración en la liquidación de una condena: daño emergente, lucro cesante, daños extra patrimoniales en sus diversas concepciones: daño moral, daño a la vida de relación, daño fisiológico, pérdida de la oportunidad, etc.¹⁶, que necesariamente implican su valoración en dinero y/o en especie.

Este panorama que presenta la concepción preventiva del derecho de daños en el terreno jurídico, es el punto de partida para orientar el esfuerzo de este trabajo a demostrar que el seguro de responsabilidad civil, puede ir a tono con esta evolución, considerando la posibilidad de otorgar coberturas de prevención en orden a precaver la realización del daño.

Finalmente, se considera relevante no cerrar estas líneas sin antes hacer una breve referencia a la incidencia de la economía en todo este esquema de Prevención Vs Reparación, y para ello nos acogeremos al juicioso estudio adelantado entre otros connotados doctrinantes en la temática económica del

¹⁵ LLAMAS POMBO, Ob. cit. p. 12.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 13 de mayo de 2008. MP Cesar Julio Valencia Copete. Particularmente, el desarrollo jurisprudencial colombiano viene reconociendo a título de daños extrapatrimoniales o inmateriales, los conceptos de DAÑO MORAL y DAÑO A LA AVIDA DE RELACIÓN.

Derecho, por el profesor Acciarri, Hugo A., en su obra: *“Elementos de análisis económico del Derecho de Daños”*¹⁷, pues, sea que se repare o se prevenga el daño, finalmente implicará costos económicos, de ahí el interés por esta puntual referencia.

El profesor Acciarri, sostiene que *“El contenido y la ubicación del análisis económico del derecho en general, y del análisis económico del derecho de daños, en particular, no suelen ser temas obvios en la educación jurídica tradicional en Europa y Latinoamérica”*. No obstante, que en el pensum académico de derecho aparezca una materia relativa a la economía, no siempre se aborda con el calado y la importancia que ello representa. A fin de cuentas, es en el tema económico donde estriba lo justo o injusto de una reparación a la víctima, y en el dinero también se enmarca cualquier esquema de prevención del daño.

Esta balanza, hace que necesariamente nos adentremos en razonamientos que enlazan válidamente la economía y el derecho, pese a que como menciona el profesor Acciarri en su obra antes citada, el tema del análisis económico del derecho de daños se define por sus *“objetivos”*, amén de que otras voces ponen cierto énfasis en cuestiones de *“método”*. Claro está que no faltan quienes entienden que ambas condiciones deben confluir necesariamente para *“caracterizar este tipo de análisis”*¹⁸.

Definitivamente no existe una tarifa legal, de conceptos o de materias que de manera categórica señalen cuando se debe integrar la economía en su estudio o desarrollo; mayor complejidad reviste si se trata de un área, que como el derecho no es absoluta, donde resulta difícil delimitar esta vinculación. En todo caso, para

¹⁷ ACCIARRI, Hugo A. *Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños*. Alacde, Bahiablanca, Argentina: 2009. pp. 1 -25; 35-49

¹⁸ ACCIARRI, Hugo A., Ob. cit., p. 3.

esta reflexión económica, que para efectos de la investigación constituye pilar de comprobación de las tesis propuestas, interesa resaltar un razonamiento elementalmente aritmético como lo plantea el autor citado, para entender la importancia de la economía en el tratamiento del daño en el terreno jurídico y de seguros, cuando de pensar en un nivel de “costos de prevención”¹⁹ se trata, de cara al potencial dañador en la hipótesis de un sistema de responsabilidad subjetiva, quien tiene tres posibilidades vistas en una escala a 10:

- *Si decide no invertir en prevención (invierte 0), deberá responder por 9, que será el costo total a afrontar.*
- *Si decide, en cambio, invertir 5, habrá alcanzado el nivel de diligencia exigido, y por lo tanto no responderá por ningún daño que pueda causar, dada su falta de culpa, que constituye - por hipótesis - una de las condiciones necesarias para el nacimiento de la responsabilidad en este sistema.*
- *Si finalmente, invierte 10, tampoco será responsable, pero habrá afrontado un costo superior al mínimo posible: 10 contra el mínimo de 5. De tal modo, el dañador se verá inclinado a adoptar un nivel de inversión en precaución de 5. Este coincide con el óptimo, y por lo tanto el sistema llevará a un resultado eficiente. De este sencillo análisis y según los puntos de partida asumidos, puede concluirse que:*
 - *En ausencia de responsabilidad los dañadores no tomarán precaución. El sistema será ineficiente.*
 - *En sistemas de responsabilidad objetiva, elegirán el nivel de precaución socialmente óptimo, por lo cual el sistema será eficiente.*
 - *En sistemas de responsabilidad subjetiva, también elegirán el nivel de precaución óptimo que es lo mismo que decir que el sistema conduce a resultados eficientes²⁰. (...)*

Con todo lo interesante que puede resultar esta teoría, el análisis desde otros puntos de vista como por ejemplo la de distribución del riesgo entre dañador y víctima, previo análisis de las medidas de tratamiento de los riesgos,²¹ podrían llevar a conclusiones diferentes, pues, naturalmente la figura de la socialización de

¹⁹ ACCIARRI, Hugo A., Ob. cit., p. 39.

²⁰ ACCIARRI, Hugo A., Ob. cit., p. 40.

²¹ MEJIA QUIJANO, Rubi Consuelo. Administración de riesgos – Un Enfoque Empresarial. Fondo Editorial Universidad EAFIT. Medellín, Colombia. 2008, p 99.

los riesgos, supone conjuntamente con la atomización del riesgo, la moderación del impacto económico en eventos adversos.

1.1. LA TUTELA CIVIL INHIBITORIA DEL DAÑO – PREVENCIÓN

El ya mencionado moderno “*Derecho de Daños*”, en la rama del derecho civil, como lo expresa el profesor español Eugenio Llamas, “no puede conformarse con la mera respuesta reparadora frente al daño y renunciar a la prevención del mismo. Pretender que permanezca impasible ante la inminencia de un daño, de su agravación o de su repetición, es tanto como crear y justificar un “*derecho a perjudicar*”²².

La teoría tradicional del análisis económico del derecho de daños procura estudiar los efectos de este orden en los agentes implicados típicamente: un dañador y una víctima, desde la óptica de las consecuencias jurídicas para el primero y la expectativa indemnizatoria para el segundo. Es entonces cuando resulta necesario dimensionar el costo de la prevención respecto de los costos que puede conllevar la reparación material de un daño.

En este escenario no sólo ha de considerarse la capacidad económica que pueda tener el autor para asumir y responder directamente por los daños causados, sino también analizar la posibilidad de tratar ese riesgo a través de alguna de las modalidades para hacerlo y que en el ámbito de la administración de riesgos, se conoce como **transferencia**. Se realizará entonces, un estudio de la disciplina de la gestión integral de riesgos, con el alcance que resulte suficiente [pues la gestión de riesgos no constituye el objeto central del trabajo] para contextualizar y sustentar la alternativa que lleve a soportar la viabilidad de otorgar coberturas de prevención del daño al amparo de un seguro de responsabilidad civil.

²² LLAMAS POMBO, Ob. cit., p. 5.

En efecto, considerar la revisión de aspectos como la identificación, evaluación, asignación, distribución y tratamiento de los riesgos²³, permitirá definir criterios que justifiquen la razonabilidad para que el sector asegurador a cambio de una contraprestación (prima) decida asumir el riesgo de “evitar la causación de daños” materiales o personales a terceros, ocupando el lugar del agente que ha determinado no asumirlo directamente.

Desde luego que la economía juega un papel fundamental en el análisis del esquema preventivo, en punto a concebir el costo de la precaución o prevención, antes que un gasto, como una inversión, a partir de cuya aplicación se podrá vislumbrar la conveniencia o no de una determinada actividad o el éxito o fracaso de determinado proyecto, bajo la consideración de que sobrevenga la realización de un riesgo, sea que se haya tratado y se hable de riesgo residual también conocido como riesgo retenido²⁴ o que se encuentre en estado inherente (antes de tratamiento).

1.1.1 Concepto y autonomía de la tutela inhibitoria del daño

En el marco conceptual del Derecho de Daños, se puede evidenciar cómo la figura de la Tutela Inhibitoria se erige como una disciplina autónoma dentro de este sistema jurídico, y ello se refleja en su definición, como:

Una orden o mandato dictado por la autoridad judicial, a petición de quien tiene fundado temor de sufrir una afectación, o de que se produzca el daño, su repetición, continuación o agravamiento de uno ya ocurrido, y que va dirigido al sujeto que se encuentra en condiciones de evitar tal resultado dañoso, mediante la realización de una determinada conducta preventiva, o la abstención de la actividad generadora de tal resultado²⁵.

²³ MEJÍA QUIJANO, Ob. cit., p. 41.

²⁴ ICONTEC. NTC-ISO 31000. Gestión del Riesgo. Núm. 2.27 Riesgo residual: “remanente después del tratamiento del riesgo. El riesgo residual también se conoce como “riesgo retenido”.

²⁵ LLAMAS POMBO, Eugenio. Ob. cit., p. 19.

En definitiva se trata de precaver una futura lesión logrando que el potencial dañador desista del comportamiento que está amenazando con materializarla, a través de la figura atípica que se viene estudiando – Tutela Inhibitoria del Daño – que en todo caso aparece “*configurada por unos requisitos, efectos y límites generales y comunes a todos los supuestos de hecho mencionados*”²⁶.

Esa finalidad preventiva, sostiene el profesor Llamas citando a Lorenzetti, está encaminada a frenar o detener el curso causal de unos acontecimientos abocados a la generación del daño y puede conseguirse, según los casos, a través de mecanismos como un mandato de hacer o de no hacer²⁷ - **mandatory o prohibitory injunction**²⁸, lo que permite hablar de una tutela inhibitoria positiva o negativa.

Para realizar esta puntual ilustración, el profesor Llamas Pombo, cita a Marioni²⁹, señalando que el propósito no necesariamente consiste en un “abstenerse de un comportamiento ilícito” o una orden de no hacer, pues, la orden también puede estar encaminada a una acción positiva traducida en una obligación de hacer.

Ya se ha puesto de manifiesto que mientras la tutela resarcitoria a través de la institución de Responsabilidad Civil acude a una obligación de dar, lo que se traduce en una indemnización para reparar el daño causado, la tutela inhibitoria se encamina a garantizar la integridad del derecho mismo³⁰, mediante obligaciones de hacer o no hacer. Mientras la primera mira al pasado, la segunda se proyecta hacia el futuro, independientemente de que, entre sus presupuestos de

²⁶ BARASSI, L., La teoría generale delle obbligazioni, II, Giuffré, Milano, 1964, p. 429.

²⁷ Mandatos de “no innovar” y “de innovar”, los denomina LORENZETTI, “La tutela civil inhibitoria”, ob. cit., p. 1224.

²⁸ Mandatory o prohibitory injunction – obligación o acción de cesación.

²⁹ MARIONI, L.G. Tutela Inibitória Individual e Coletiva, Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1998.

³⁰ MARIONI, L.G., Tutela Inibitória (Individual e Coletiva), Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1998, p. 28.

probabilidad, se requiera o no una violación ya irrogada, o se haya iniciado ya el daño continuado³¹.

Tal obligación de hacer o no hacer puede perfectamente existir con anterioridad a la petición del demandante, en virtud de una fuente legal o contractual³², o ser creada *ad hoc* por el juez.

Los anteriores referentes doctrinarios permiten entender que: *“Los actos y omisiones en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia no sólo fundamentan el nacimiento de la obligación de resarcir, sino también de la obligación de impedir la causación del daño. Interpretación que, además, cuenta con el importante apoyo hermenéutico del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española”*³³.

Obsérvese como la tutela inhibitoria del daño, en su concepción y autonomía adquiere su propia identidad, orientada a contraponerse a la clásica institución de la tutela resarcitoria instrumentada, como se ha dicho, a través de la responsabilidad civil, proponiendo un esquema de mayor utilidad práctica en lo social y en lo económico al propender por la prevención del daño, antes que pregonar un mejoramiento de indemnizaciones para la víctima tras un perjuicio ya irrogado.

En la línea de prevención de daños, resulta necesario resaltar, además de las técnicas para gestionar los riesgos y el reconocimiento de la función preventiva de la clásica responsabilidad civil, el surgimiento de un sentido preventivo como la Tutela Inhibitoria que en términos concretos aporta elementos claros orientados a la evitación de los daños, básicamente porque es una figura que realmente puede

³¹ RAPISARDA, Profili della tutela civile inibitoria, Cedam, Padova, 1987, p. 140.

³² LORENZETTI, R. Las normas fundamentales del Derecho privado, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1995, pp. 98 y ss. Las citas 27 a 32 las trae LLAMAS POMBO, Eugenio, en su ensayo La Tutela Inhibitoria del Daño.

³³ LLAMAS POMBO, Eugenio. Ob.cit.

operar de manera independiente y autónoma, como lo menciona la profesora argentina Adela Seguí, “con principios y mecanismos propios”.

La profesora Seguí, se adentra en resaltar la intención en diversas latitudes, de la creación y consolidación de una acción civil preventiva genérica, bajo el rótulo de Tutela Civil Inhibitoria que no significa cosa distinta que una tutela preventiva del daño. Su discernimiento al respecto, plantea dos escenarios concretos, que aportan elementos importantes para la discusión, en la medida en que no se trata de la total evitación del daño per se, sino que considera la posibilidad de evitar que un daño se prolongue o se agrave.

Refiere además al desarrollo de la figura en el derecho argentino, citando que su Código Civil, adopta la idea de prevención en diversas situaciones puntuales, v.gr., “artículo 2499 (quien teme que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes, puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares); art. 2788 (quien ejerce la acción de reivindicación tiene derecho a impedir que durante el juicio el poseedor haga deterioros en la cosa que se reivindica); art. 2618 (en caso de una turbación de los vecinos, los jueces están facultados para disponer “la cesación de tales molestias”)”³⁴.

Estas figuras mencionadas y otras acciones similares que permiten accionarse para la evitación del daño, en la práctica si existen en Colombia, bajo denominaciones distintas pero con finalidad análoga. Lo cierto es que no aparece un capítulo en la legislación colombiana que compile esta serie de medidas y menos bajo el nombre de TUTELA INHIBITORIA DEL DAÑO, que bien podría constituir la base de un esfuerzo de investigación distinto, pero necesario como aporte al derecho colombiano.

³⁴ SEGUI, Adela. Prevención de los daños y Tutela Inhibitoria en materia Ambiental. En: LORENZETTI, Ricardo Luis et al. DERECHO AMBIENTAL Y DAÑO. Buenos Aires, Argentina. La ley. 2009. p. 110.

1.1.2. Antecedentes de la tutela inhibitoria del daño en la doctrina nacional y extranjera

Es de la esencia de un ordenamiento jurídico, en tanto que se traduce en un conjunto de normas que rigen la sociedad, procurar evitar la lesión de intereses jurídicos tutelados. En otros términos, la evitación del daño, que en palabras del profesor Adriano de Cupis, se define como “*aminoración o alteración de una situación favorable*”³⁵, ha contribuido al fortalecimiento de una figura legal como la Tutela Inhibitoria, que procura precisamente, que la lesión o daño no ocurra.

El ensayo del profesor Llamas Pombo que se viene citando, hace un recorrido por la doctrina europea para reseñar los antecedentes y evolución de un proceso de generalización hacia una doctrina atípica de la tutela civil inhibitoria y en su resumen enseña:

*Esta figura se inicia en **Alemania** a principios del siglo XX, al constatar que la acción inhibitoria constituye el instrumento idóneo para alcanzar los objetivos preventivos del ordenamiento. Y se ha elaborado por vía jurisprudencial a partir del parágrafo 1004 del BGB, que contempla la acción negatoria del propietario, para extenderse a toda amenaza de daño*³⁶.

Como se verá más adelante, en la revisión de antecedentes de la inhibición del daño en Colombia, la situación en Alemania bien puede asimilarse a lo que acontece con el artículo 2359 del Código Civil Colombiano, orientado a otorgar acción al titular de un derecho que se vea amenazado por otro, que evidentemente opera antes de la materialización del daño.

³⁵ DE CUPIS, Adriano. EL DAÑO. Barcelona, BOSCH, Casa Editorial S.A., 1975, p. 81.

³⁶ BGB - Código Civil Alemán: “Sección 1004: (1) Si la propiedad se ve interferida por otros medios de traslado o la retención de la posesión, el propietario puede exigir al perturbador para eliminar la interferencia. Si las interferencias más son de temer, el propietario puede solicitar una acción de cesación. (2) La demanda queda excluida si el propietario está obligado a tolerar la interferencia”.

- **Derecho Inglés**

Hacia este ordenamiento han apuntado todos los intentos de construcción de una tutela inhibitoria atípica. Inicialmente, bajo la institución de “*injunction*”³⁷ y entender que tenían que evolucionar hacia un esquema de la “*injunction – equity*”³⁸ y concluir que la inhibitoria es una figura que ya no protege preventivamente sólo la propiedad y los “bienes materiales”, sino que se extiende a la tutela de cualesquiera intereses y derechos³⁹.

Sin embargo, es menester resaltar que para la Corte de Apelación Inglesa, como lo presenta el profesor colombiano Tomás Restrepo Rodríguez, “*la responsabilidad civil implica necesariamente la compensación a un tercero. Así pues, es posible identificar dos elementos de la responsabilidad civil: primero, la existencia de un tercero con derecho a exigir la indemnización del daño y, segundo, la compensación como medio para volver a la víctima al estado anterior*”⁴⁰. Esta concreta concepción de la responsabilidad civil en el ordenamiento inglés, no daría lugar a un escenario preventivo, pues, sólo se contempla un esquema meramente resarcitorio. Esto es, la responsabilidad debe estar establecida como elemento sine quanon de la indemnización a la víctima.

Ello naturalmente, delimita el accionar del seguro de responsabilidad civil en esa misma jurisdicción inglesa, donde existen fuertes contradictores en torno a la idea de concebir

³⁷ Injunction: remedio.

³⁸ Injunction – equity: remedio en equidad

³⁹ Mención del Profesor Eugenio Llamas Pombo: “Es el ordenamiento inglés hacia el que han mirado todos los intentos de construcción de una tutela inhibitoria atípica. Y especialmente al “remedio” o institución de la injunction. En common law, y como en nuestra responsabilidad civil, el tort (agravio – procedimiento fraudulento) también gira fundamentalmente en torno al daño y su resarcimiento. Sin embargo, tempranamente se pone de manifiesto la insuficiencia de tal remedio para dar plena satisfacción a las exigencias del perjudicado, y comienza a abrirse camino la injunction, un remedio en equity, pronunciado por una court of equity, que goza de amplio margen discrecional. Frente a la liability rule, tendente al resarcimiento del daño ya irrogado, la injunction toma como punto de partida (igual sucede con la inhibitoria en nuestro Derecho) la property rule, que ya no protege preventivamente sólo la propiedad y los “bienes materiales”, sino que se extiende a la tutela de cualesquiera intereses y derechos.

⁴⁰ RESTREPO RODRIGUEZ, Tomás. El reembolso de los costos de prevención... Ob. cit., p. 399.

coberturas orientadas al “reembolso de costos de prevención...”. No obstante, se ha evolucionado, como se mirará en el desarrollo de este tema en el capítulo 4º, al punto de permitir en esta clase de seguro, el pacto expreso de cláusulas que contemplen el pago de medidas preventivas a favor del asegurado, cuando con despliegue de tales conductas conjura la realización del siniestro de responsabilidad civil.

- **En Francia**

En este ordenamiento, a partir de lo consagrado en el artículo 1382 de su Código Civil, según el cual “cualquier hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a aquél por cuya culpa hubiera ocurrido, a repararlo”⁴¹, la inhibición del daño se plantea como el remedio que procura la “reparación del daño futuro”, más que una conducta puramente preventiva.

El precepto transcrito del derecho civil francés, como el de otras legislaciones como la española consagrado en el artículo 1902 de su Código Civil, establece como lo señala el profesor Díez-Picazo, “un deber de indemnización, que significa el traspaso de una suma de dinero de una persona a la otra”⁴², siendo coincidentes en su alcance.

El profesor Eugenio Llamas Pombo, alude a este tema en particular en los siguientes términos:

*La **injunción** (remedio) también ha sido objeto de una amplia aplicación a numerosos supuestos, que la doctrina ha venido configurando más como “reparación del daño futuro” que como prevención-evitación del daño amenazante, lo que tiene más justificación en casos como la demolición de un muro o la destrucción de ejemplares de un libro, que en otros claramente preventivos, como la obligación de adoptar silenciadores, instalar depuradoras de humos o la prohibición a un comunero de que los clientes del restaurante pasen por el patio común.*

⁴¹ DIEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. 1ª Ed. Navarra, España. Editorial Aranzadi, S.A. 2011. p. 19.

⁴² *Ibíd.*, p. 19.

- **En Italia**

El profesor Diez-Picazo insiste en afirmar que a los preceptos referidos se pueden añadir otros como el Código Civil Italiano, el Código Civil Alemán y el artículo 1109 argentino, según el cual “todo el que ejecuta un hecho, que por culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio”⁴³. El fundamento legal de la inhibición del daño en el ordenamiento italiano aparece con similar alcance que en otras latitudes.

La profesora argentina Seguí Adela, aludiendo a los presupuestos de la inhibitoria en el plano del derecho sustantivo, ilustra que “Los italianos se cuestionaron fundamentalmente el presupuesto de la ilicitud porque se preguntaron si podían fundar en la doctrina del ilícito aquiliano, en la responsabilidad civil, un sistema de tutela de los derechos que requería que la lesión aún no se hubiera producido”⁴⁴.

El profesor Llamas Pombo, al referir al precepto italiano asociado con la tutela inhibitoria, presenta el siguiente comentario:

(...) sobre tales antecedentes comparados y la base que proporcionan los numerosos supuestos de tutela inhibitoria típica, tremendamente semejantes a los del ordenamiento español (tutela de aspectos concretos de la esfera personal del individuo, formas de propiedad estática, posición de la empresa en el mercado, etc.), se ha formulado hace años ya una doctrina de la tutela inhibitoria atípica. Se afirma que no existen obstáculos para su admisión, una vez verificada la existencia de una noción de antijuridicidad independiente del daño, a la luz de los principios inspiradores de la tutela jurisdiccional de los derechos.

Por lo demás, también existe una incipiente pero rigurosa doctrina de la tutela inhibitoria atípica en **Brasil**⁴⁵ y en **Argentina**⁴⁶. Hasta el punto que, en el último

⁴³ Ibíd., p. 20.

⁴⁴ SEGUI, Adela. Prevención de los daños. Ob cit., p. 126

⁴⁵ La obra de referencia es una amplia y fundamentada monografía de MARIONI, L.G., *Tutela Inibitória (Individual e Coletiva)*, Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1998, con numerosas citas

de los países mencionados, según lo describe la profesora Garrido Cordobera Lidia, “el proyecto de código civil de 1998 establecía en su art. 1585 que toda persona tiene el deber de evitar causar un daño, de adoptar de buena fe, conforme a las circunstancias las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud (...) hoy la tutela preventiva tiene base constitucional explícita en el art. 43 de la CN que habilita a interponer el amparo colectivo contra los actos de particulares o autoridades que en forma actual o inminente lesionen, restrinjan, alteren o amenacen derechos y garantías reconocidos en la Constitución”⁴⁷.

La doctrina extranjera sobre la materia relativa a la Tutela Civil Inhibitoria, muestra como no obstante la diversidad de criterios, siempre apunta a desempeñar un papel complementario en el sistema tradicional de **reparación** a través de la responsabilidad civil, para considerar una opción válida en los distintos ordenamientos jurídicos vistos, un esquema **preventivo**, así se procure a través de la amenaza de indemnización a cargo del potencial dañador.

de la bibliografía italiana. Citada por LLAMAS POMBO, Eugenio en su ensayo la Tutela Inhibitoria del daño.

⁴⁶ Además del trabajo de LORENZETTI, “La tutela civil inhibitoria” ya citado, puede verse STIGLITZ, R.A., *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*, Platense, La Plata, 1986; ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., “La tutela inhibitoria contra daños”, *Responsabilidad civil y seguros*, 1999, pp. 1 y ss.; NICOLAU, N.L., “La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional”, *La Ley* (arg.), 1996, p. 1245 y ss. Citados por LLAMAS POMBO, Eugenio, en su ensayo la Tutela Inhibitoria del Daño.

⁴⁷ GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. Responsabilidad por Daño Ambiental. En: TRIGO REPRESAS, Félix A. et al. TRATADO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL 2 ed. Buenos Aires, Argentina. La ley. 2011. p. 321. La Exposición de Motivos (nº 262) se pronuncia en los siguientes términos, después de defender la bonanza de los mecanismos preventivos frente a los resarcitorios: “En el Proyecto, la prevención tiene lugar relevante, desde tres puntos de vista: la asignación de virtualidades a las medidas técnicas para la evitación del daño, los mecanismos tendentes a instalarla y la tutela inhibitoria. Se prevé, por lo pronto, que toda persona tiene el deber, en cuanto dependa de ella, de evitar causar un daño no justificado; de adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; y de no agravar el daño, si ya se ha producido”.

En el derecho colombiano

Pertinente es enfatizar, que ni la legislación ni la jurisprudencia colombianas, contemplan, salvo contadas providencias judiciales de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y que se presentan más adelante, la denominación expresa de Derecho de Daños o de Tutela Civil Inhibitoria, no obstante existir diversas normas que procuran en la práctica acciones de prevención del daño. En cualquier caso, resulta interesante traer al presente estudio algunas sentencias (son muy escasas) que refieren de alguna manera a uno y otro tema, aunque en un marco incipiente de desarrollo.

Se tuvo la oportunidad de comentar líneas atrás, que en el derecho colombiano existe como antecedente de acción preventiva, la consignada en el artículo 2359 del Código Civil, con efectividad ante hechos de amenaza contingente. Tal disposición normativa prevé la denominada acción popular, según la cual la parte interesada puede pedir la protección del Estado, con el fin de que se suprima la actividad que probablemente, de continuar producirá un perjuicio. El texto de dicha disposición, referido a los titulares de la acción por daño contingente, consagra lo siguiente: *“Por regla general se concede acción en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción”*.

Estamos frente a una acción procedente en aquellas circunstancias o eventos que si bien no han ocurrido, su realización está latente. En otros términos, uno de los requisitos que permiten acceder a ella, es precisamente que el daño no se hubiere materializado. En este contexto es que las Acciones Populares, a partir de su consagración en la Constitución Política de 1991⁴⁸, se convierten en un eficaz

⁴⁸ CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA DE 1991. Art. 88: “La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el

instrumento jurídico de protección de intereses y derechos colectivos, que claramente operan en el terreno de prevención. Bien lo señala el profesor colombiano Camargo Pedro Pablo, al referirse a la Ley 472 de 1998, la cual desarrolla el artículo 88 Constitucional y que entró en vigor el 5 de agosto de 1999,

*Las acciones populares, cuyo origen se remonta al Derecho romano, se diferencian entre sí: mientras la acción popular persigue evitar un daño eventual o contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre los derechos e intereses colectivos y restituir las cosas a su estado anterior, para lo cual en algunos casos es necesario que el infractor pague determinadas sumas de dinero, la acción de grupo posee una evidente naturaleza indemnizatoria respecto de perjuicios que ya se han ocasionado (...)*⁴⁹

De raigambre Constitucional, también es la Acción de Tutela consagrada en su artículo 86, y que en espacio anterior indicamos que es otro instrumento jurídico orientado a la prevención del daño cuando no existan otros mecanismos judiciales para procurar la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de las personas “cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública...”. Este referente constitucional, solo tiene como propósito ilustrar que no solo en la Ley sino también en la Constitución Política nacional se conciben instrumentos jurídicos orientados a la inhibición o prevención del daño a intereses y derechos de las personas [La Acción de Tutela no es el tema central del trabajo].

Ahora bien, si el daño de todas maneras sobreviene, no queda lugar sino procurar una indemnización justa para la víctima a título de reparación, frente a lo cual, la

patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”. En efecto, la ley que desarrollo esta disposición constitucional fue la No. 472 de 1998.

⁴⁹ CAMARGO, Pedro Pablo. Las acciones populares y de grupo. 6ª ed. Bogotá, Colombia. Leyer. 2009, pp. 25, 26.

Sala Civil de la Corte de Suprema de Justicia colombiana en desarrollo la jurisprudencia que se trae a colación, no obstante que el fondo de su pronunciamiento estaba orientado al marco resarcitorio, en su parte motiva no deja de mencionar temas asociados a la **prevención del daño**. En esta línea, ha sostenido que: “...la valoración de los daños irrogados a las personas o las cosas no solo deberá estar guiada por los principios de reparación integral y equidad, sino también con la convicción de que ésta es una de las vías a través de las cuales puede ser preservado el absoluto respeto y la integridad de los derechos superiores contemplados en la Constitución Política”.

Este antecedente jurisprudencial pone de presente que las Cortes patrias ya están trabajando sobre las disposiciones relacionadas con el derecho de daños, según las cuales se “le concede al juzgador la posibilidad de reconocer, desde luego, en forma prudente y razonada, nuevas clases de perjuicios resarcibles, encaminados a desarrollar el mentado principio de reparación integral y a salvaguardar los derechos de las víctimas, como ahincadamente lo impone el derecho contemporáneo...”⁵⁰.

Estos primeros pronunciamientos en torno al derecho de daños en Colombia, se debaten entre darle cabida a sus preceptos, sólo si previamente se ha determinado el autor del daño, pues lo que se indemniza es el daño ya irrogado⁵¹. No obstante, también comienzan a proferirse sentencias, donde a la par que se examina el régimen “estándar de conducta exigible” a todos los miembros de una sociedad en el mismo marco de circunstancias, ya considerando la naturaleza o valor de los intereses tutelados, cuanto más significativos más exigente, considerando “su riesgo, previsibilidad ex ante del daño, ora la proximidad,

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia de Colombia de Colombia, Sala de Casación Civil, sentencia del 13 de mayo de 2008, Magistrado Ponente Cesar Julio Valencia Copete. Expediente 11001-3103-006-1997-09327-01

⁵¹ Corte Suprema de Justicia de Colombia de Colombia, Sala de Casación Civil, sentencia del 24 de septiembre de 2009, Magistrado Ponente Cesar Julio Valencia Copete. Expediente 05360-31-03-001-2005-00060-01.

confianza, situación o posición de los sujetos (edad, estado mental, posición, profesión, etc.), circunstancias extraordinarias, disposiciones reguladoras permisivas o prohibitivas de ciertas actividades, disponibilidad y costo de las medidas de precaución, etc.”⁵². Según el interés protegido de que se trate sea de mayor entidad, mayor será la exigencia para evitar el daño, de manera que “la culpa también, se miró en cuanto ruptura del equilibrio del derecho a la libertad y el respeto de los derechos ajenos, falta de adopción de las medidas de precaución para evitar un daño, ya como una vulneración del deber de cuidado exigible en el tráfico jurídico del cual dimana la exigencia de advertir el peligro, realizar las acciones tendientes a prevenirlo y evitarlo...”.

En cualquier caso, se extracta de estas providencias, la advertencia de que “no hay que buscar más allá de las circunstancias específicas que cada caso plantee, un concepto genérico que englobe eventos que no comparten los mismos fundamentos fácticos ni jurídicos, pues semejante empresa antes que resolver las dificultades las multiplica (...) y es que no podría ser de otro modo, pues, si así no fuese, sencillamente, el estudio y aplicación del derecho de daños no entrañaría mayores dificultades y carecería de la riqueza que le es inherente”⁵³. (Se subraya)

1.1.3. Requisitos de la tutela civil inhibitoria del daño:

La forma como el profesor Llamas Pombo⁵⁴, plantea el estudio de la Tutela Inhibitoria del daño, permite concebir la viabilidad de su aplicación en cualquier ordenamiento jurídico, máxime cuando al efectuar el análisis de sus requisitos o presupuestos, se concluye que tales requisitos son distintos a los de la tutela

⁵² Corte Suprema de Justicia de Colombia de Colombia, Sala de Casación Civil, sentencia del 24 de agosto de 2009, Magistrado Ponente William Namen Vargas. Expediente 11001-3103-038-2001-01054-01.

⁵³ Corte Suprema de Justicia de Colombia de Colombia, Sala de Casación Civil, sentencia del 09 de julio de 2012, Magistrado Ponente Ariel Salazar Ramírez. Expediente 11001-3103-006-2002-00101-01.

⁵⁴ LLAMAS POMBO, Eugenio. ob. cit. p. 27.

resarcitoria entendida como la clásica responsabilidad civil. A continuación se presenta la definición de cada uno de los presupuestos o elementos que configuran la tutela civil inhibitoria del daño, a partir de los criterios ilustrados por el profesor Llamas Pombo en su ensayo:

- **Un daño amenazante.** Entendido como la previsión razonable de que se va a generar un daño o lesión a un interés jurídicamente tutelado, el cual es digno de protección⁵⁵.

Particularmente, es un requisito que coincide con el escenario previo al daño en el que por ejemplo se desarrolla la disciplina de la Administración de Riesgos generalmente estructurada a partir de probabilidades que se establecen de datos históricos existentes; sin embargo, también concibe la posibilidad de identificar riesgos y gestionar su manejo y control, sin datos estadísticos previos y más bien, centrados en el contexto en que se desenvuelve la actividad humana y empresarial, permitiendo determinar el grado de exposición e identificar y evaluar el daño amenazante, a partir del análisis del riesgo entendido como “el efecto de la incertidumbre en el logro de los objetivos”⁵⁶.

- **Un comportamiento antijurídico.** Entendido como aquella conducta contraria a derecho, que está prohibida, y que no necesariamente refiere al ámbito penal, como lo señala el creador del concepto – *antijuridicidad*- el civilista alemán Rudolf von Ihering, quien lo invocaba para describir cualquier acto contrario a derecho, no solamente referido al delito.

⁵⁵ Así, resalta el profesor Llamas Pombo la postura del profesor BARASSI, quien rechazó la inhibitoria pura, o sea, la “puramente preventiva” que opera sin que previamente se haya producido ilícito alguno, por considerarla una excesiva limitación de la libertad humana (ob. cit., p. 428). Más recientemente, sin embargo, RAPISARDA y la mayor parte de la doctrina que venimos citando admite tal inhibitoria en estado puro, no necesariamente basada en la previa existencia de un daño. Así se contempla también en el par. 1004 BGB y en el Derecho inglés

⁵⁶ ALARYS, Fundación Latinoamericana de Administración de Riesgos: definición tomada de (ISO GUIDE 73:2009, Risk Management – Vocabulary)

Constituye pilar fundamental en la construcción de la tutela inhibitoria del daño, toda vez, que como lo define el profesor Llamas Pombo, "...sólo esa antijuridicidad permite restringir la libertad del demandado en beneficio de la protección del interés del demandante"⁵⁷.

- **Nexo causal.** En su acepción general, la responsabilidad que se pueda derivar de un daño inferido a otro, exige que exista una relación entre el comportamiento del autor y el daño. En este sentido se ha de entender la expresión que refiriendo a este concepto trae el profesor Lorenzetti, al afirmar que "ha de existir un perjuicio causalmente previsible"⁵⁸, de acuerdo con la teoría de la causalidad adecuada. Bajo esta concepción y cuando no se esté haciendo referencia a ninguna presunción de culpa, esquema en el cual se invierte la carga de la prueba, será el demandante quien deberá probar la existencia de una vinculación razonable entre la conducta del demandado y el daño inferido y respecto del cual reclama ser indemnizado.

- **Posibilidad material de evitar la causación del daño**

De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, una acción inhibitoria, se traduce en una acción en cumplimiento de una obligación de hacer o no hacer, con tal que su resultado sea la evitación del daño, circunstancia que debe encontrarse en el campo potencial de realización, en otros términos que pueda darse o presentarse, o como lo señala el profesor Zavala "*Posibilidad material de evitar la causación del daño*"⁵⁹, porque,

⁵⁷ DE CUPIS, Adriano. El daño, trad. de la 2ª ed. italiana, Bosch, Barcelona, 1975, p. 575. Con claridad lo explica DE CUPIS: "actuar contra una persona a la que hay que imputar la lesión de un interés, por la mera circunstancia de que exista un peligro... y dirigirse contra un individuo para prevenir la causación de un daño temido, exige una delicada valoración comparativa de la importancia del interés en peligro y del interés que corresponde a quien puede imputarse el peligro".

⁵⁸ LORENZETTI, "La tutela", Ob. cit. p. 1223.

⁵⁹ ZAVALA, loc. cit., donde se refiere más bien a "posibilidad material de detener la actividad".

contrario sensu, si el daño ya se irrogó, sólo queda acudir a la tutela resarcitoria para repararlo.

En todo caso, esta previsión ha de ser razonable, pues, no puede ser que la implementación de las medidas preventivas, resulte más oneroso que la propia reparación de un daño previsible, evento en el cual la teoría en que se funda la tutela inhibitoria del año no sería del todo viable.

Esta figura preventiva o anticipatoria que desde luego surte sus efectos, “cuando la amenaza es actual o inminente”, como lo señala el art. 43 Constitucional Nacional Argentina, claramente permite concluir que es justamente frente a estos supuestos que se ha previsto el amparo.

En el punto siguiente se abordará la antítesis del esquema preventivo que se viene tratando, al desarrollar el marco general de la Tutela Civil Resarcitoria, instrumentada por la clásica institución jurídica de la responsabilidad civil.

En este orden de ideas, se impone entender que el propósito de la presente propuesta investigativa, está orientada no a la prevención de cualquier daño sino exclusivamente al daño inminente.

1.2 LA TUTELA CIVIL RESARCITORIA – REPARACIÓN

1.2.1. La figura de la responsabilidad civil en su esquema clásico

En definición adoptada por el profesor Tamayo Jaramillo, en su obra *“Tratado de Responsabilidad Civil”*⁶⁰, sostiene que *“en general, la responsabilidad civil engloba*

⁶⁰ TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo I. Legis, Bogotá. 2007, p. 8.

todos los comportamientos ilícitos que por generar daño a terceros hacen recaer en cabeza de quien lo causó, la obligación de indemnizar...”. Corresponde a un concepto generalizado aplicable precisamente al sistema de responsabilidad civil. Señala también que la institución de la responsabilidad civil, “es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a terceros”.

Como es sabido, ese comportamiento ilícito consiste en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasicontractuales, el delito y el cuasidelito, o la violación del deber general de diligencia y cuidado. Prudencia.

En definitiva, de acuerdo con este concepto, *“la responsabilidad civil, como fuente de las obligaciones, encuentra sus raíces jurídicas en los hechos ilícitos”*. Por la orientación del presente estudio, se hace énfasis en la responsabilidad civil extracontractual, en un marco de referencia general, pues, no es la temática objeto de desarrollo en lo presente. Bajo este entendido, ha de señalarse que, cualquiera que sea el concepto de responsabilidad civil que se traiga a colación, el contexto que encontraremos, en lo sustancial, será similar. Siempre estará relacionado con el efecto jurídico del daño. Por ejemplo, el profesor Adriano De Cupis, lo plantea de la siguiente manera: *“El efecto jurídico causado por el daño consiste en una reacción que el derecho facilita para lograr la represión del daño. Obra consiguientemente, en sentido contrario al que opera el daño, oponiéndose a él; y con esto, el daño en sí, considerado en el sistema de los hechos jurídicos, queda profundamente caracterizado”*⁶¹.

Por su parte, la tratadista Geneviève Viney, sostiene que “la responsabilidad civil no ha adquirido su plena autonomía sino en época reciente, su historia ha sido extremadamente convulsionada. Por lo demás, la misma se encuentra aún lejos

⁶¹ DE CUPIS, Adriano. Ob. cit. p. 82.

de haberse estabilizado”⁶². En todo caso, es una concepción siempre orientada a reprimir hechos dañosos a partir de la obligación de reparar sus consecuencias, pues, se está ya, en el terreno del daño irrogado, de lo cual es dable deducir que no se tomaron las medidas de prevención necesarias para evitarlo o que de haberse hecho se efectuó de manera cuando menos imperfecta o insuficiente, en tanto que el daño se materializó.

Es por ello, que esta investigación incorpora a esta tradicional discusión, un concepto novedoso para el manejo del daño, LA PREVENCIÓN – TUTELA INHIBITORIA DEL DAÑO. Claro está que su implementación no es pacífica, por la posición de tratadistas clásicos que defienden la tesis de que la Responsabilidad Civil, no ha dejado de lado una de sus principales funciones como es la preventiva. En esta medida resulta pertinente referirse a las funciones que cumple la institución de la responsabilidad Civil, por lo mismo que sus defensores radicales, no acogen plenamente la tesis de la inhibición del daño.

1.2.2. Múltiple función de la responsabilidad civil

Cuando se recapitula sobre el fin último de la figura Tutela Civil Inhibitoria, pretendiendo consolidar su teoría de que es mejor prevenir que curar, resultan argumentos, que por razonables y lógicos, como lo manifiesta el profesor Llamas Pombo, son “...*difícilmente discutibles*”, lo cual ha llevado a los defensores de la clásica institución de la responsabilidad civil, a reclamar una función preventiva de la responsabilidad civil. Así, se afirma que “*el Derecho de daños cumple una múltiple función, que va más allá de la meramente indemnizatoria*”⁶³, así tenemos:

⁶² VINEY, Geneviève. Introducción À La Responsabilité. Traducción de MONTOYA MATEUS, Fernando. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007. p. 25.

⁶³ LLAMAS POMBO, Eugenio. Ob. cit. trae las siguientes referencias que tratan la función de la responsabilidad: puede verse TUNC, La responsabilité civile, cit., pp. 133-161; DIAS-MARKESINIS, Tort Law, 2ª ed., Oxford, 1989, passim; LARROUMET, Réflexions sur la responsabilité civile

- **Función Demarcatoria.-** como su nombre lo indica, es la línea divisoria que delimita la libertad del ser humano, entendida como la capacidad de obrar según su voluntad, lo que desde luego lo hace responsable de sus propios actos, y el respeto por el derecho de los demás sobre intereses legítimos que reclaman protección.

Aludiendo a la función demarcatoria, el profesor Marcelo López Mesa, sostiene que “El derecho de la responsabilidad civil delimita las fronteras entre el ámbito de la libertad de actuación y el territorio donde se protegen ciertos bienes e intereses (...) sólo quien transpone los límites del actuar lícito e ingresa en los terrenos de la antijuridicidad puede ser responsabilizado. Por tal motivo la fijación de límites claros entre uno y otro territorio es esencial para el correcto funcionamiento del sistema de responsabilidad...”⁶⁴. En este contexto, el profesor López Mesa plantea la demarcación en el terreno de la libertad del actuar de la persona, lo cual no supone poder burlar el umbral de lo lícito para trascender a lo antijurídico sin ser obligado a la reparación.

Posición que respalda el profesor Díez-Picazo al aseverar que “la existencia misma de las normas jurídicas que regulan la responsabilidad civil extracontractual y como consecuencia de las cuales pueden imponerse a determinadas personas obligaciones de indemnizar, trasladando su patrimonio a otro, puede de manifiesto que las normas (...) entrañan limitaciones de la actividad personal”⁶⁵. Estos planteamientos enseñan, que

(évolution et problèmes actuels en droit comparé), Montreal, 1993, pp. 12 y ss.; DE ANGEL YAGÜEZ, Tratado..., cit., pp. 60 y ss.; idem, Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño), Cívitas, Madrid, 1995, pp. 19 y ss.; Díez-PICAZO, Derecho de daños, cit., pp. 42 y ss.

⁶⁴ LOPEZ MEZA, Marcelo J. Teoría General de la Responsabilidad Civil. En: TRIGO REPRESAS, Félix A. et al. Tratado de la Responsabilidad Civil. 2 ed. Buenos Aires. La Ley. 2011. p. 125.

⁶⁵ DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEON, Luis. La Responsabilidad Civil Extracontractual. Ob. cit., p. 23.

la persona debe ser consciente de que la libertad para la ejecución de actividades, no es absoluta y que existen algunas de estas acciones que sólo pueden ejecutarse en tanto se tomen las medidas necesarias para evitar la causación de daños a otro. Particularmente, aludiendo a la actividad empresarial, se debe ser cuanto más riguroso en analizar la posibilidad de no iniciar o de cesar cualquier actividad que por su potencialidad de daño está transgrediendo la frontera de los intereses jurídicos de otras personas.

- **Función compensatoria.-** representa la primigenia finalidad de la responsabilidad civil, encarnada en la figura de la reparación. En otros términos, referida al resarcimiento del daño ya irrogado. Por el desarrollo que hemos hecho de la tesis que plantea la tutela inhibitoria del daño, esta función de la clásica responsabilidad civil, constituye el punto de partida para contraponer la teoría de la prevención, en el entendido que el derecho de daños, debe necesariamente consolidar un criterio preventivo. Es claro, que muchos daños no se podrán evitar y por ello deberá seguir existiendo la función compensatoria, pero nada obsta para que cohabite con la prevención.

En efecto, es una función que consiste en proporcionar a la víctima, los medios jurídicos necesarios para ser reparado o cuando menos compensado. Al respecto el profesor Marcelo López Mesa, citando a Pena López, sostiene que “compensar es indemnizar a la víctima los daños que ha sufrido. Esta función es la tradicionalmente considerada como básica del Derecho de daños, pero no la única...”⁶⁶, esta afirmación tiene su fundamento en la existencia de consideraciones ex ante que pudieran servir para evitar o minimizar la posibilidad de ocurrencia de actos dañosos, con lo cual, quien sufre los efectos nocivos de tales actos no tendría que verse

⁶⁶ LOPEZ MEZA, Marcelo J. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Ob. cit., p. 138.

en la encrucijada de buscar una reparación o como mínimo una compensación.

- **Función distributiva.-** esta función se plantea desde la óptica del tratamiento del riesgo, sea que se considere trasladarlo a un tercero – el típico asegurador – para tomar un seguro y que sea éste el mecanismo para indemnizar los perjuicios irrogados con el daño, sea que el dañador prefiera asumirlos a su propio costo⁶⁷. El profesor Díez-Picazo ha denominado a esta función como la “Distribución de infortunios, que la describe, así: cuando ocurre una desgracia, una calamidad o un accidente, del que se siguen daños para las personas o para las cosas, hay que decidir si el que experimenta el daño no tiene más alternativa que la resignación (lo sufre él sólo), o si puede esperar algo de los demás”. Explica que si la alternativa de tal distribución tiene su fuente en la creación de un derecho subjetivo del perjudicado a reclamar a otros el importe de la indemnización, puede hablarse en rigor de derecho a una indemnización y, por consiguiente, encontrarse en el terreno del derecho de daños⁶⁸.
- **Función preventiva.-** se ha tenido la oportunidad de ilustrar uno y otro ámbito de la prevención. Por un lado, la tutela inhibitoria del daño, presentándolo como pilar fundamental de su teoría en función de acciones de hacer o no hacer dirigidas a evitar que el daño se produzca; por otro, los defensores de la clásica responsabilidad que reclaman su función preventiva, pero a nuestro juicio bajo un criterio sustancialmente distinto del inhibitorio. Pues, el mecanismo de prevención de la responsabilidad civil, es la amenaza al dañador de ser condenado a indemnizar en caso de que

⁶⁷ Sobre esta función distributiva, puede verse nuevamente SALVADOR-CASTIÑEIRA, ob. cit., pp. 107 y ss. Y en contra de la misma, de manera contundente, PANTALEÓN, “Los baremos indemnizatorios en la valoración de los daños a las personas”, en *Documentación Jurídica*, nº 81, pp. 171 y ss., Mº Justicia, Madrid, 1995.

⁶⁸ DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEON, Luis. La Responsabilidad Civil Extracontractual. Ob. cit., p. 21.

su conducta produzca un daño, esto es, bajo un criterio disuasivo. Según André Tunc, la función preventiva va “dirigida a evitar o minimizar los costes de los accidentes incentivando comportamientos eficientemente precavidos⁶⁹”.

En comentario del profesor López Herrera, “el principio *alterum non laedere* (no dañar al otro) está formulado ex ante de que el daño ocurra. Esto quiere decir que procura sobre todo la evitación del daño, y no la actuación ex post (si así fuera siempre diría: hay que indemnizar). En este mismo sentido afirma STIGLITZ que resulta necesario operar una suerte de inversión de las cuestiones fundamentales comprendidas en las reglas de la responsabilidad civil, que vienen a consistir en primer término en la prevención de los incidentes y luego en el resarcimiento de los daños...”⁷⁰.

Al respecto, la doctrina colombiana a través del profesor Tomás Restrepo Rodríguez se manifiesta aseverando que aunque es innegable que la función reparadora de la responsabilidad civil ocupa un lugar preeminente, no se debe pasar por alto que existe la tendencia a incluir dentro de esta institución, la función preventiva, la cual puede manifestarse de dos formas: “La primera, es aquella que conocemos en el derecho penal como prevención general, intimidación psicológica que ejerce la condena sobre los miembros de la sociedad, quienes ante la amenaza de responder por los

⁶⁹ Ya André TUNC incluyó entre las funciones de la responsabilidad civil la de “prevención de comportamientos antisociales” (*La responsabilité civile*, cit., pp. 135 y ss.). Sin embargo, VINEY (ob. cit., p. 51), aun reconociendo que las condenas civiles conservan un efecto disuasivo real aunque estén garantizadas por un seguro, proclama que la disuasión de comportamientos antisociales cuando se realiza en un plan individual tiene escasos resultados: la mayoría de los accidentes se producen por el uso de cosas peligrosas, los efectos son casi siempre imputables al azar o a la imperfección técnica de los objetos o a las dificultades del hombre para conocer sus mecanismos.

⁷⁰ ALVAREZ AGUSTIN y MANUEL CORNET. Otros supuestos de responsabilidad. En: TRIGO REPRESAS, Félix et al. *TRATADO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL*. 2 ed. Buenos Aires. La Ley. 2011. p. 479.

perjuicios causados, procuran al máximo, conductas dañinas. La segunda, es la imposición de un remedio preventivo, condena que ordena ejecutar una conducta o abstenerse para evitar la realización de un perjuicio”⁷¹. (Se subraya)

Para ilustrar la temática del “remedio preventivo”, el profesor Tomás Restrepo citando al profesor Juan Carlos Henao Pérez, la divide en dos modalidades: 1. El remedio que evita la producción del daño y, 2. El que hace cesar el daño. En la primera “el daño no ha iniciado su onda expansiva, pero a partir de la alteración de la situación fáctica que soporta el derecho, se concluye que de manera inminente ocurrirá la lesión del mismo. En la segunda, el daño ya inició pero no se ha consumado”⁷². Concluye su escrito planteando entre otros aspectos, que “el remedio preventivo en sus dos modalidades: meramente preventivo y restablecimiento, es una condena de responsabilidad civil”. En cualquier caso, corresponde a un escenario que propugna por mantener indemne a la víctima, concepción que comprende las ideas de “compensación, evitación y cesación del daño”⁷³.

La propuesta del profesor Restrepo defiende la necesidad de ampliar la definición de la responsabilidad civil, en la dimensión necesaria para mantener indemne a la víctima, sea que se ataque el potencial acto dañino evitándolo, haciéndolo cesar y en el peor de los casos, reparando.

- **Daños punitivos.** Ya se mencionaba en la función preventiva, como el mecanismo para prevenir la causación del daño, es básicamente la

⁷¹ RESTREPO RODRIGUEZ, Tomás. El remedio preventivo en la responsabilidad civil. En: REVISTA de Derecho Privado. No. 14. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2008. p. 220.

⁷² Ibid., p. 222.

⁷³ Ibid., p. 237.

disuasión, la amenaza de sanción. Pues bien, la expresión más acabada de una amenaza sancionatoria está representada en la figura de los conocidos “*punitive damages*” del Derecho inglés, traducidos al español como “daños punitivos”⁷⁴.

Aludiendo a la función punitiva, el profesor DíEZ-PICAZO, recuerda que en sus orígenes estuvo en las normas que hoy se conocen como de responsabilidad civil extracontractual, pero aclara que “en la actualidad es una función por completo ajena a ellas. Más aún, toda evolución del derecho europeo continental consistió, a lo largo de los siglos, en separar las normas con función indemnizatoria de la primitiva función punitiva que pudieran haber tenido”⁷⁵. En efecto, reafirma que en este marco del derecho europeo continental, la función punitiva la cumplen exclusivamente las normas penales, sin dejar de ver que en otros ordenamientos jurídicos como los de corte anglosajón, se conoce comúnmente como “daños punitivos”.

En síntesis, la figura de los daños punitivos es ajena a la mayoría de ordenamientos jurídicos, por razones fundadas en criterios de injusticia e inequidad, cuando de indemnizar más allá del importe del daño realmente sufrido por la víctima se trata. De acuerdo con esta tesis, es procurar el enriquecimiento injusto de la víctima.

⁷⁴ LLAMAS POMBO, Eugenio, sostiene: que lo “punitivo”, a mi juicio, es la indemnización y no los daños. Por lo demás, sobre el tema puede verse FLEMING, *The American Tort Process*, Clarendon Press, Oxford, 1988, pp. 213 y ss.; OWEN, “A punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform”, en *Punitive Damages (Symposium)*, 39 *Villanova Law Review* (1994), pp. 353 y ss.; DE ANGEL YAGÜEZ, *Tratado...*, cit., p. 62; PIZARRO, “Detrás de las noticias (acerca de la prevención del daño derivado de la actividad de los medios masivos de comunicación)”, en *Responsabilidad por daños, homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, Dir. Bueres, I, pp. 43 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, vol. I, Reus, Madrid, 1993, p. 40; SALVADOR-CASTIÑEIRA, ob. cit., pp. 163 y ss.; SALVADOR CODERCH, “Punitive Damages”, en *InDret*, 1/00 (www.indret.com), y la bibliografía allí citada.

⁷⁵ DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEON, Luis. *La Responsabilidad Civil Extracontractual*. Ob. cit., p. 24.

Queda entonces ilustrado que la figura del daño punitivo corresponde a la sanción pecuniaria para el dañador, que va más allá de la reparación del daño mismo, a título de castigo disuasivo para que este mismo dañador no vuelva a cometer tal acción y para que la sociedad dimensione el alcance de sus actos frente a las consecuencias de orden legal y económico de que puede ser objeto.

Los profesores Agustín Álvarez y Manuel Cornet, describen la función punitiva de la responsabilidad civil, como que “se trata de una faceta generalmente olvidada del derecho de daños. La faz punitiva, se orienta a dismantelar los efectos de los ilícitos. A pesar de que se ha sostenido que la función sancionatoria es exclusiva del Derecho penal, extraña al Derecho civil, lo cierto es que este último contiene algunos casos netamente punitivos...”⁷⁶. Estos alcances que trascienden el alcance económico del daño efectivamente producido, son aplicables en diversas latitudes como instrumento represivo de la causación del daño, de mayor rigor. Actualmente se aplica la institución de los daños punitivos en Quebec, Australia, Nueva Zelanda, Irlanda del Norte, Escocia y Estados Unidos, país donde el instituto tuvo expansión más notable.

- **Función Satisfactiva.-** Su nombre lo indica y refiere a la satisfacción de la víctima, frente a la acción resarcitoria del dañador. Del análisis a este tópico se desprende la necesaria remisión al esquema eminentemente reparador de la responsabilidad civil. Hablar de la satisfacción de la víctima, supone que el daño ya fue irrogado, y que habrá que entrar a determinarse el mejor escenario indemnizatorio en procura de satisfacer al afectado. Ahora bien, se han planteado diversas posiciones en torno de esta búsqueda. Resulta más satisfactorio para la víctima que se busque el castigo del dañador o por

⁷⁶ ALVAREZ AGUSTIN y MANUEL CORNET. Otros supuestos de responsabilidad. Ob. cit., 480.

el contrario que la indemnización se defina conforme la gravedad de las lesiones y daños experimentados.

El factor económico por sí solo, parece resultar ineficaz en un modelo preventivo que precisamente se fundamentó en el costo de la reparación. Con agudeza lo explica el profesor Lorenzetti:

Las indemnizaciones no hacen justicia por sí solas, y pueden contribuir a aumentar los daños. La existencia del seguro, el efecto cascada en los mecanismos de precios, hacen que el coste de las indemnizaciones se traslade, y si se mantienen en un límite razonable, son un buen negocio. De este modo, (el sistema de responsabilidad civil) se transforma en un incentivo para mantener el daño en niveles de rentabilidad⁷⁷.

Naturalmente que esta postura riñe con la finalidad preventiva del derecho de daños. Al respecto también hace referencia el tratadista DíEZ-PICAZO, sosteniendo que: *“Si el costo de ser precavido es muy alto y es alto el beneficio que se obtiene de no serlo, porque las indemnizaciones se van a mantener en márgenes aceptables, la idea de que quien no fue precavido y por ello fue condenado, decidirá serlo en el futuro, es una idea que en términos generales es de difícil aceptación⁷⁸”*.

Bajo estos conceptos, resulta fácil inferir que el escenario de la reparación no es la mejor opción para buscar la plena satisfacción de la víctima, pues, no obstante, haberse abierto paso el criterio de la indemnización integral, siempre quedarán créditos sin ser plenamente satisfechos.

De ahí, que la propuesta investigativa insista en que el mejor estado de la potencial víctima es evitar que llegue a convertirse en una.

⁷⁷ LORENZETTI, “La tutela civil inhibitoria”, cit., p. 1217.

⁷⁸ DíEZ-PICAZO, Derecho de Daños, cit., p. 48.

1.2.3. Breve referencia a la tipología del daño

Como quiera que la implementación de la tutela inhibitoria del daño no implica *per se* la desaparición de la tutela resarcitoria, es imperativo referirnos al esquema clasificatorio en que se mueve el concepto de reparación de perjuicios en el entendido que no ha sido pacífica la adopción de un criterio unificado que aplique en todas las latitudes.

En este orden de ideas, es oportuno rescatar algunos aspectos que orientan la utilización de los conceptos “daño” y “perjuicio” en el contexto de este trabajo de investigación. Para el efecto se ha acudido al importante desarrollo que de esta temática ha realizado el profesor Juan Carlos Henao, en la conferencia presentada en el marco del VIII Encuentro Internacional de Responsabilidad Civil⁷⁹. Manifiesta el profesor Henao:

*En nuestra posición y a nivel de conclusión, podemos entonces afirmar que la tipología de daños o perjuicios debe tener un primer nivel que se sustente en la naturaleza del daño lesionado. Bajo esta perspectiva la **summa divisio** sería la de perjuicios pecuniarios y la de perjuicios no pecuniarios. Todo perjuicio o daño objeto de reparación entrará ineludiblemente en alguna de las dos categorías”. Bajo este contexto, sea que se trate de daño material a las personas o a los bienes entrarán en la clasificación de los perjuicios pecuniarios, en tanto que en los no pecuniarios, son diversas la posiciones que han generado, desde luego, importantes discusiones en la doctrina extranjera⁸⁰.*

Particularmente en Colombia, la clasificación actual adoptada por la jurisprudencia en relación con los daños inmateriales entre Daño Moral y Daño a la Vida de Relación, a decir del profesor Henao, se encuentra acertada, al tiempo que sostiene que “la apertura de otro rubro de daño no pecuniario

⁷⁹ HENAO, Juan Carlos. Conferencia “Distintas formas de concebir la tipología de los perjuicios”. VIII Encuentro Internacional de Responsabilidad Civil, realizado en Medellín los días 13 y 14 de octubre de 2011, en el cual se rindió homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo.

⁸⁰ Summa divisio: Clasificación.

dependerá de la solidez que se de a la justificación de merecer una reparación independiente, sin que violente la regla de que un daño no puede ser indemnizado doblemente”.

Para arribar a esta conclusión, el autor que venimos comentando, tomó partido frente al criterio en que ha de basarse una determinada clasificación o tipología de lo perjuicios. Así, se plantean tres escenarios: a) la naturaleza del perjuicio -¿cuál es la naturaleza del interés lesionado?-. b) parte del derecho o bien donde lesiona el hecho dañino -¿dónde ha “golpeado” el hecho dañino? y c) una posición ecléctica que asocia estos dos enfoques, acogándose a la primera hipótesis de clasificación, esto es, la naturaleza del tipo de perjuicio a reparar y no del lugar donde ha “golpeado” el hecho dañino, en otros términos a partir del “objeto de la agresión”.

Desde esta perspectiva, aparece claro que los derechos o intereses lesionados pueden ser únicamente “patrimoniales” o “extra patrimoniales”. La clasificación establecida a partir de este binomio, sostiene el profesor Henao, “permite que toda manifestación posible del daño tenga su lugar en ella”. Lo cual ha venido quedando claro en la jurisprudencia colombiana, que a diferencia de otros países, ha adoptado esta categórica clasificación para dar claridad a sus pronunciamientos, y la utiliza de manera práctica para desagregar los distintos conceptos del perjuicio asignando una valoración a cada uno de ellos en las respectivas sentencias.

En Francia por ejemplo, en el marco del Proyecto Catala de Reforma del Código Civil Francés se viene clamando por la identificación de los rubros del perjuicio, dicho Proyecto afirma que, *“(…) en razón de la persona humana y de la interpenetración de las diversas actividades del hombre, el examen general de las consecuencias dañinas del accidente corre el riesgo de extraer elementos de perjuicio que sean doblemente indemnizados o, en todo caso, difícilmente*

*separables y que no conviene calcular de forma individual*⁸¹. Se pone de manifiesto esta necesidad, por cuanto habitualmente el juez francés otorga sumas globales de indemnización sin saber con precisión qué suma es atribuida a cada clase de perjuicio.

Ilustrado como quedó en este resumen el tema de la tipología de los perjuicios, es del caso manifestar una posición en torno al mismo, señalando estar de acuerdo con la posición adoptada por la jurisprudencia y la doctrina colombiana, claro que compartiendo la preocupación del profesor Juan Carlos Henao, en punto a que una desagregación tan específica de conceptos de perjuicio en el ámbito extra patrimonial, también denominado en la doctrina nacional como “inmaterial”, pueda llevar a indemnizar doblemente algunos aspectos inherentes a la concepción del ser humano como persona, fundamentalmente por el altísimo grado de subjetividad de que está revestida esta clase de perjuicios extra patrimoniales.

En fin, es un tema que resulta oportuno ser tratado en desarrollo del presente trabajo, en tanto que la institución de la responsabilidad civil, lejos de estar llamada a desaparecer, viene mostrando importantes manifestaciones de su vigencia e importancia en el mundo del derecho. En tal medida, es primordial tener claro, que estando en el terreno del resarcimiento o reparación, se requiere de reglas de juego claras y elaboradas para procurar para la víctima una resolución más favorable en materia de indemnización, frente a los perjuicios sufridos.

⁸¹ Según el artículo 1374 del Ante-proyecto: “El juez debe evaluar de manera distinta cada uno de los rubros del perjuicio alegados que tenga en consideración. En caso de rechazar una demanda relativa a un tipo de perjuicio, el juez debe motivar especialmente su decisión” (Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción. Anteproyecto de reforma del Código Civil francés. Libro III, títulos III y XX, Traducción : Fernando Hinestrosa. 2006, p. 569).

Antes del cierre de este punto, resulta de gran apoyo traer a título de ilustración, la distinción que el profesor Henao Pérez hace entre las nociones de daño y perjuicio. Para el efecto plantea que son términos que tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional lo utilizan indistintamente como sinónimos, tal como lo hizo el Consejo de Estado en sentencia de 1958⁸², cuando afirmó que “la palabra daño equivale exactamente a perjuicio”.

Citando al profesor Francis-Paul Bénéoit, el prof. Juan Carlos Henao trae a colación los elementos que aportaron a su definición “...el daño es un hecho. Es toda afrente a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad o de una situación (...) el perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo. Mientras que el daño es un hecho que se constata, el perjuicio es, al contrario, una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada”.

En este orden, resulta de gran utilidad destacar una sentencia colombiana que abordando esta lógica, afirmó que “el daño, considerado en sí mismo, es la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio, mientras que el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño y la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó...”⁸³.

No obstante la importancia que reviste esta temática, no es propósito del presente trabajo ahondar en ello, máxime cuando no existen consecuencias de fondo que

⁸² Consejo de Estado col., 31 de julio de 1958. En: HENAO PEREZ, Juan Carlos. El Daño. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. pp. 76, 77. (Extracto visible en las páginas 167 y 168 de los Anales del Consejo de Estado, T. LVI, p. 167).

⁸³ Corte Suprema de Justicia col., 13 de diciembre de 1943. MP Dr. Cardozo Gaitán. En: ENAO PEREZ, Juan Carlos. El Daño. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. p. 77.

en la práctica afecten a una u otra parte, pero es importante llamar la atención frente a la existencia de la distinción ilustrada.

1.3 EL DEBER JURIDICO DE PREVENIR EL DAÑO

La profesora Chilena Carmen Domínguez Hidalgo, en su ensayo: “Deber de minimizar los daños de la víctima o del acreedor”, propone aspectos conducentes a la temática en estudio, de no muy común tratamiento en el mundo del daño, en el cual, generalmente solamente se analiza la conducta del dañador y la naturaleza del perjuicio, aspecto frente al cual llama la atención la profesora Domínguez, cuando advierte que la conducta potencialmente dañina “también se le puede exigir a la víctima o al acreedor...”⁸⁴.

1.3.1. Deber de prevención desde la óptica del dañador

El interesante trabajo de la doctora Domínguez, traído a colación en el presente estudio, se circunscribe a mirar el deber jurídico de mitigar el alcance del daño por parte de la víctima. Empero, se hace necesario recapitular en este mismo deber desde la óptica del potencial dañador a la luz de la legislación colombiana, que si bien no ha tipificado disposiciones normativas expresa y directamente referidas al la prevención del daño, si prescribe amenazas sancionatorias para quien infiera daño a otro, lo que de suyo supone un claro régimen de prevención, si el dañador en potencia no quiere verse expuesto al rigor de las disposiciones represivas del daño.

En efecto, el artículo 2341 del Código Civil colombiano, atiende al criterio antes planteado, pues, al consagrar que *“El que ha cometido delito o culpa, que ha*

⁸⁴ DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen. Conferencia: “Deber de minimizar los daños de la víctima o del acreedor”. VIII Encuentro Internacional de Responsabilidad Civil. Medellín, octubre 13 y 14 de 2011, presentada por el doctor ARTURO SOLARTE RODRIGUEZ, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, Sala Civil.

inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

De la norma transcrita, se deduce de manera fácil, que el propósito de represión frente a conductas dañosas se predicen precisamente del potencial dañador, advirtiendo que de incurrir en tales conductas que afecten intereses jurídicos de otro, ha de obligarse a indemnizar, amén de las consecuencias de orden penal que deberá asumir, cuando su comportamiento ha superado el umbral de la normatividad penal.

Este tipo de responsabilidad se fundamenta en la denominada “culpa probada” o “culpa por el hecho propio”, donde la carga de la prueba recae en cabeza de la víctima o tercero afectado. Se trata de una norma que contempla el principio general de la responsabilidad civil extracontractual, bajo el cual quien pretenda ser indemnizado, deberá probar los clásicos elementos que configuran la responsabilidad civil: “culpa, daño y relación de causa o efecto entre aquella y éste”⁸⁵.

Una mirada más amplia al respecto, nos permite señalar que de ser el dañador, un servidor público, además de la sanción civil y penal que concibe el artículo 2341 del Código Civil⁸⁶, también se le aparejan responsabilidades de orden disciplinario⁸⁷ y fiscal⁸⁸, que desde luego, encarnan consecuencias de mayor

⁸⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, M.P. Nicolás Bechara Simancas. Sentencia de junio 8 de 1999, Referencia Expediente 5157.

⁸⁶ Código Civil Colombiano. Artículo 2341 y ss. Regulación Responsabilidad Civil Extracontractual

⁸⁷ Ley 734 de 2002. Código Único Disciplinario. Este código consagra que “La acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta”.

⁸⁸ Ley 42 de 1993. Sistema de Control Fiscal. ART. 4º—“El control fiscal es una función pública, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles”.

entidad, además de quedar expuesto a la acción de repetición que la ley⁸⁹ también ha previsto con miras a conjurar el detrimento patrimonial del estado, dada su “naturaleza retributiva de contenido económico y de obligatorio cumplimiento cuando el daño causado, razón de la condena contra el Estado, haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de su agente”⁹⁰.

Se había anotado que con esta misma intención preventiva, el artículo 2359 del Código Civil colombiano, concede acción para “*todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas...*”. El anterior panorama, nada halagüeño para el potencial dañador, denota claramente un **deber jurídico de prevenir**, respecto de éste.

En una interesante providencia, la Corte Suprema de Justicia colombiana, resalta la distinción del deber de prevenir el daño entre un simple particular y un profesional, aludiendo a la esfera del transportador, en los siguientes términos:

*...Dentro de este contexto, entonces, del empresario del transporte ha de esperarse la adopción de todas las medidas que, según las exigencias de la profesión, sean requeridas para evitar la realización del daño o su agravación, con lo que el rigor con el que se debe examinar su actuación sube de punto, pues de él no se espera, simplemente, lo que una persona común habría hecho, sino que la colectividad confía en que el transportador se comporte como lo haría alguien con la preparación, habilitación y experiencia suficientes para enfrentar y superar los distintos riesgos que cotidianamente se presentan en su actividad.*⁹¹

⁸⁹ Ley 678 del 3 de agosto de 2001 “Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”.

⁹⁰ Cartilla Instructiva de acción de repetición y de llamamiento en garantía. “por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”.

⁹¹ Corte Suprema de Justicia de Colombia de Colombia, Sala de Casación Civil, sentencia del 16 de diciembre de 2010, Magistrado Ponente Arturo Solarte Rodríguez. Expediente 05001-3103-010-2000-00012-01.

Aclara sin embargo, que tales medidas de prevención no pueden ser desproporcionadas sino razonables pero conducentes al propósito final que es la evitación o aminoración del daño, indicando además que no es competencia de esta Corte establecer una lista acabada y exhaustiva de medidas de prevención⁹².

1.3.2 Deber de prevención desde la óptica de la víctima

A partir de una pregunta que ha generado toda suerte de intensos debates, la profesora chilena Carmen Domínguez, presenta el panorama del deber jurídico de prevenir desde la óptica de la víctima o acreedor. El cuestionamiento refiere a que “¿Si la reparación íntegra de los perjuicios causados por él alcanza a los daños posteriores que una razonable conducta de mitigación por parte del acreedor habrían evitado?”.

Todo el planteamiento de la autora citada, gira en torno al deber de la víctima de evitar una actitud pasiva frente a la mitigación de los efectos dañinos que terminarían agravando una situación de por sí ya adversa, pero que de obedecer a su negligencia no encontraría eco en la acción indemnizatoria que reclama del responsable. En concreto, lo que se pretende hacer indemnizar al dañador es el “daño y nada más que el daño”, pues de otro modo, estaríamos en un escenario donde la víctima está procurando una fuente de enriquecimiento injustificado.

⁹² Alcance de las medidas de prevención del empresario del transporte (referidas en la sentencia de la cita anterior No. 91): “...que de este empresario no se espera, obviamente, un sacrificio desproporcionado, un comportamiento heroico o una actitud contraria a la lógica que rige el mundo de los negocios (...) no puede extenderse, ni ello compete a la Corte, una lista acabada o exhaustiva de las medidas que un transportador debe implementar, según las exigencias de su profesión, frente a situaciones concretas, con el fin de evitar el perjuicio o su agravación, pues, en línea de principio, es él quien, en su momento y lugar, debe identificar los riesgos asociados a su negocio, medir el nivel de exposición respecto de ellos, al igual que la posibilidad de conjurarlos y emprender las acciones que (...) estarán sometidas, por obvias razones, a la ponderación del juzgador, conforme los dictados del sentido común y la sana crítica” (Cas. Civ., sentencia de 8 de noviembre de 2005)...”.

En el derecho colombiano es una temática poco tratada. Salvo la obligación consagrada en el artículo 1074 del código de comercio que precisa del asegurado desplegar todas las acciones necesarias para mitigar las consecuencias del siniestro (tema que es objeto de desarrollo más adelante), solamente queda referirse en esta materia, como lo manifiesta el profesor Arturo Solarte, al principio de la buena fe, concebido en distintas instituciones jurídicas bajo la concepción de “confianza legítima”, a la que refieren los artículos 83 de la carta política⁹³, 1603 del código civil⁹⁴ y 871 del código de comercio⁹⁵. La confianza legítima es en realidad un desarrollo en el ámbito del derecho público, del principio de la buena fe⁹⁶.

Cuando la profesora Carmen Domínguez alude a “víctima o acreedor”, es por que precisamente el acreedor en una obligación contractual, también puede verse inmerso en una conducta reprochable, cuando pretendiendo la indemnización de su deudor por algún daño irrogado, de manera negligente permite que el daño se propague, evento en el cual habrá que entrar a establecer el alcance del perjuicio realmente derivado del daño, haciéndolo concurrir en la parte del perjuicio que por

⁹³ Constitución Política de Colombia. Art. 83.- “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante ésta”.

⁹⁴ Código Civil colombiano. Art. 1603.- Referido a la buena fe contractual, consagra: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenece a ella”.

⁹⁵ Código de Comercio colombiano. Art. 871.- “los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.

⁹⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 472-2009 M.P. Dr. Jorge Iván Palacio P. “El **Principio de la Confianza Legítima**”, consiste en una proyección del principio de la buena fe. Lo concibe además, como: “...este principio propende por la protección de los particulares para que no sean vulneradas las expectativas fundadas que se habían hecho sobre la base de acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, y consentido expresa o tácitamente por la administración ya sea que se trate de comportamientos activos o pasivos, regulación legal o interpretación normativa. (...) En cuanto a la **relación con otros principios**, ha dicho la Corte **que la confianza legítima debe ponderarse** con la salvaguarda del interés general, **el principio de buena fe**, el principio de proporcionalidad, el principio democrático, el de seguridad jurídica y respeto al acto propio, entre otros”.

su culpa no controló o mitigó, siendo que la mitigación del daño, efectivamente conlleva una obligación de medios, bajo un proceder razonable y ajustado a las circunstancias a las cuales se vio abocado aquél de quien se predica ese deber de evitar la extensión y propagación del daño.

Obsérvese como el artículo 16 de la Ley 446, cuando refiere a la valoración de daños, consagra que *“Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”*. Esta disposición, si bien consagra la indemnización integral de perjuicios, también la enmarca en la equidad, lo que supone que la víctima o acreedor no pueden pretender obtener “ganancia”, o lo que es lo mismo, un enriquecimiento injusto, tesis a la cual, el profesor Díez Picazo da en llamar “de la moralización de la vida jurídica, mediante la rectificación de los resultados de las operaciones jurídicas que se consideran indeseables, en aras de la valoración ética de los mismos”⁹⁷.

Estos referentes legales y doctrinarios, permiten rescatar términos como la equidad, la ética, la buena fe, como principios que habrán de ponderarse para establecer el alcance de una indemnización real y justa.

En fin, de lo que se trata, es precisamente de propender porque las indemnizaciones por daños, se surtan en su justa medida. Esto es, contemplar la integralidad de los perjuicios sufridos por la víctima, en lo cual también se exige de ésta, un deber de conducta dirigido a precaver la extensión del daño en la medida en que esté a su alcance desplegarla con tal finalidad, so pena de que tal inobservancia conlleve su deducción de la indemnización pretendida, toda vez, que no siendo coercitiva su exigencia, se manifiesta a título de carga en cabeza de

⁹⁷ DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEON, Luis. La Doctrina del enriquecimiento sin causa. 1ª Ed. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. Grupo Editorial Ibáñez. 2011. p. 63.

la víctima y como deber jurídico que se plantea, sólo afecta a quien no la cumple, o como señala el profesor Andrés Ordoñez, "Simplemente, si la carga no se cumple, los efectos previstos por quien debe cumplirla no se verán realizados"⁹⁸.

En este orden, si bien el desarrollo jurisprudencial en torno al sistema de la responsabilidad civil (entendido en su concepción reparadora) viene evolucionando hacia el favorecimiento de la víctima, no es menos claro, que ésta no puede desentenderse de adoptar las medidas que resulten necesarias para evitar su extensión, como tampoco procurar enriquecerse a costa del dañador, lo que resulta reprochable y por demás injusto.

La Corte Suprema de Justicia colombiana aludiendo a esta temática, resalta la importancia de la conducta de la víctima en la determinación de la reparación de los daños que ésta ha sufrido, indicando que no es nueva, recordando que:

...ya desde el derecho romano se aplicaba en forma drástica la regla, atribuida a Pomponio, según la cual "quod si quis ex culpa suadamnunsentit, non intellegitur damnum sentire", es decir, que el daño que una persona sufre por su culpa se entiende como si no lo hubiera padecido, lo que condujo a un riguroso criterio consistente en que si la víctima había participado en la producción del daño, así su incidencia fuera de baja magnitud, en todo caso quedaba privada de reclamación. (...) si hay una actuación concurrente de víctima y demandado en la generación del perjuicio, la indemnización a cargo de aquél debe reducirse proporcionalmente, o en forma "justa y equitativa" (v.gr. B.G.B, par. 254; Código Civil italiano, artículo 1227; Código Civil argentino, art. 1111, entre otros)⁹⁹.

⁹⁸ ORDOÑEZ ORDOÑEZ, 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 No. 3. Ed. Universidad Externado de Colombia: Bogotá. 2004. p. 9.

⁹⁹ Corte Suprema de Justicia de Colombia de Colombia, Sala de Casación Civil, sentencia del 16 de diciembre de 2010, Magistrado Ponente Arturo Solarte Rodríguez. Expediente 11001-3103-008-1989-00042-01. Sobre la temática de la participación de la víctima en el daño, la corte a través de esta sentencia explica: "el hecho de la víctima puede influir en el alcance de la responsabilidad, llegando en muchas situaciones hasta constituirse en la única causa del perjuicio" y que "también sin mayor dificultad se comprende que esa participación del damnificado puede determinar tanto la ausencia total de la relación de causalidad en cuestión -cual acontece en las aludidas situaciones en que el hecho de la víctima es causa exclusiva del daño y por ende conduce a la liberación completa del demandado- como implicar la ausencia apenas parcial de dicho nexo, caso este

En relación con esta temática, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana ha insistido en acogerse a lo que dispone la ley para explicar, que "...para aquellos eventos en los que tanto el autor de la conducta dañosa como el damnificado concurren en la generación del perjuicio, el artículo 2357 del Código Civil consagra una regla precisa, según la cual la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente".

1.3.3 Noción del principio protectorio

Traído de la doctrina Argentina, particularmente del profesor Ricardo Lorenzetti, quien concibe "el principio protectorio como un paradigma". Sostiene que "el individualismo es esquizofrénico porque divide el problema individual de lo público, cuando en realidad son inescindibles. No es posible pensar en un individuo aislado, sino en un individuo situado, es decir que convive con otros y que necesita del cuidado de ciertos bienes comunes". Complementa su comentario señalando que "...un individuo tiene derecho a decidir cómo desea vivir y morir, ya que la libertad personal está antes que la vida, en tanto que la vida privada es un castillo inexpugnable..."¹⁰⁰.

Por considerarlo conducente al tema materia de estudio, se presentan diversos aspectos planteados en la órbita del principio protectorio por el profesor Lorenzetti, en concreto orientadores hacia el respeto por los derechos individuales, con el énfasis de que estos van hasta donde comienzan los derechos de los demás, máxima aplicable a la vida en comunidad, y es precisamente el DERECHO, la institución que vela por tal equilibrio. En tal sentido, dice Lorenzetti:

El Derecho presentado sólo como protectorio adquiere un carácter defensivo, abandonando su pretensión de regular la sociedad y

último que se presenta cuando en el origen del perjuicio confluyen diversas causas -entre ellas la conducta imputable a la propia víctima- de modo que al demandado le es permitido eximirse del deber de resarcimiento en la medida en que, por concurrir en aquel agregado causal el elemento en estudio, pruebe que a él no le son atribuidos en un todo el hecho dañoso y sus consecuencias" (Cas. Civ., sentencia del 23 de noviembre de 1990, G.J. CCIV, No. 2443, p. 69).

¹⁰⁰ LORENZETTI, Ricardo. Conferencia presentada en el marco del VIII Encuentro Internacional de Responsabilidad Civil. Medellín, octubre 13 y 14 de 2011.

puede excluir de su ámbito a un sector importante de la comunidad. Es claro entonces, que la libertad personal no puede ni debe estar por encima de los derechos de los demás, así, nadie podrá infringir daño a otro sin ser obligado a su indemnización, pero mejor aún, concebir un escenario en el que siempre ese individuo piense y actúe en función de PREVENIR la causación del daño, con lo cual, de paso se conjura la a veces perversa intención de pretender que todos los problemas entre los miembros de una sociedad sean resueltos por el sistema de responsabilidad civil, aspirando a ser indemnizados por montos económicos desproporcionadamente altos con respecto a la magnitud del daño, o que aparezcan en escena, presuntos afectados sin ninguna relación directa con la víctima o con sus consecuencias (sin legitimación). Es probable que por este camino, se llegue a una situación en la que todo el mundo es responsable, y se neutralice la función de la responsabilidad.

En definitiva, los derechos individuales deben estar en consonancia con lo social y en tal medida, le corresponde a la administración de justicia, interpretar la intención del legislador, en punto precisamente, a preservar el orden social y conjurar la anarquía e inequidad. Respecto a la temática en desarrollo, es claro, que el principio protectorio a que refiere el profesor Lorenzetti, no puede suponer paternalismo a ultranza, so pretexto de proteger los derechos individuales. Es por ello, que resultan válidas todas las disposiciones que conminen al individuo a precaver la causación de daño a otro y que de infringirlo, está obligado al reconocimiento de su falta y al pago de la indemnización de perjuicios.

Conclusión del capítulo 1

El propósito de este primer capítulo dedicado a contextualizar el ámbito del derecho de daños, es resaltar la bifurcación que plantea de cara al tratamiento del daño. De un lado, considerando la continuidad de la figura reparatoria al amparo de la institución de la responsabilidad civil y de otro, rescatando la bondad del esquema preventivo que presenta la tutela civil inhibitoria del daño, significando que esta figura representa una real evolución del derecho, al contemplar como opción válida la prevención del daño antes que su resarcimiento.

Trasegar por los antecedentes de ambas figuras, llevó a precisar sus aspectos diferenciadores, sus funciones y alcances, así como la posición de sus actores (dañador – víctima) en el plano de la mejor posición de éstos frente a una eventual reparación en términos de justicia y equidad en caso del daño irrogado, o de procurar una conducta proactiva frente a la prevención por parte del potencial dañador en orden a evitar la causación del daño, rescatando el axioma de que es mejor prevenir que curar.

Desde luego, también se analizó el deber jurídico de prevenir, desde la óptica de la víctima o acreedor.

Las hipótesis planteadas giran en torno a transpolar esta evolución del derecho en el marco eminentemente jurídico considerando la prevención como elemento esencial para el tratamiento del daño, al campo de los seguros y en particular del seguro de responsabilidad civil, donde, a la luz de lo visto, es factible concebir el otorgamiento de coberturas de prevención del daño inminente en esta clase de seguro, bien porque ya existen casos prácticos de ello, ora porque se implemente una modalidad de cobertura más completa en el plano preventivo, escenario a desarrollarse en capítulos posteriores.

Visto un marco general del derecho en los términos hasta aquí ilustrados, el capítulo siguiente estará orientado a puntualizar en el recorrido evolucionista de la Institución de la responsabilidad civil y los aportes del seguro de responsabilidad civil en ese desarrollo, sin perder de vista el énfasis en aquellos criterios asociados a la temática de investigación, pues, no es propósito de este ejercicio, ahondar en marco de la responsabilidad civil general.

2. NOCIÓN EVOLUTIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL FRENTE AL TRATAMIENTO DEL DAÑO

En la perspectiva histórica, la responsabilidad civil ha representado una herramienta que conlleva la afectación del patrimonio del dañador para ser transferido al de la víctima, sin necesidad de la aquiescencia de aquél, pues, se está en el plano del mandamiento legal que rige en los distintos sistemas jurídicos de imponer al responsable de un daño la obligación de repararlo o resarcirlo.

En este sentido el profesor francés Jacques Ghestin, enseña que *“...la evolución del derecho positivo, particularmente con el aporte de la Ley del 5 de julio de 1985, en Francia aceleró el proceso de objetivación de la responsabilidad de los autores de accidentes, y con la ley del 6 de julio de 1990, mejoró de manera importante la protección de las víctimas de infracciones...”*¹⁰¹.

Del texto referenciado se puede evidenciar una marcada tendencia de la institución de la responsabilidad civil de hacer prevalecer los derechos de las víctimas, como viene ocurriendo en el ámbito jurídico patrio. Como ejemplo, se ha venido citando el artículo 2359 del Código Civil colombiano, según el cual *“Por regla general se concede acción en todos los casos de **daño contingente**, que por imprudencia o negligencia de alguno **amenace** a personas indeterminadas...”*. Esta disposición, en orden a precaver la causación del daño, actúa ex ante, legisla en función de la amenaza para controlar la eventual afectación de un interés jurídico tutelado, reprimiendo de esta forma y como lo hace el artículo 2341 ibídem la conducta potencialmente dañina a favor de quien pudiere resultar afectado con la materialización del ilícito.

A la par de la dinámica que muestra la institución de la responsabilidad civil en general y como ha ocurrido históricamente, aparece en materia de seguros, la

¹⁰¹ VINEY, Genivève. Ob. cit. p. 45.

modificación que introdujo la Ley 45 de 1990, incorporando en los artículos 1127 y 1133¹⁰², sendas modificaciones en pro de la víctima. En el primero reconociendo a la víctima como beneficiario de la indemnización y en el segundo, la consagración de la acción directa de la víctima contra el asegurador.

Otro de los aspectos relevantes a favor de las víctimas desde la óptica de la institución de la responsabilidad civil, lo constituye el desarrollo jurisprudencial extranjero, que viene a sentar criterios en torno a desagregar los distintos conceptos que integran los “Daños Inmateriales”, donde además del clásico daño moral, ha comenzado a reconocer otros perfiles de afectación, en lo fisiológico, estético, daño a la vida de relación, pérdida del chance u oportunidad, entre otros. En este tópico, es menester indicar que para el ámbito colombiano, los daños inmateriales o extra patrimoniales, han trascendido también la figura del daño moral para comenzar a reconocer el “daño a la vida de relación”¹⁰³ o como también lo denomina el Consejo de Estado “alteración de las condiciones de existencia”. Esto en lo que toca al espectro meramente resarcitorio de la responsabilidad.

En concepto de la tratadista Geneviève Viney, “...es necesario aún tener en cuenta los casos en los cuales la función disuasiva y preventiva de la responsabilidad civil, aunque débil en el plano individual, se ejerce más eficazmente a escala de la colectividad...”¹⁰⁴.

Comenzar entonces, a tratar el concepto de la prevención, permite cimentar una moderna concepción del derecho de daños, en la cual se abre paso la aplicación de los dos tipos de tutela a que se ha venido aludiendo: la **resarcitoria** que se

¹⁰² Código de Comercio Colombiano. Artículo 1127 a 1133.

¹⁰³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA, Sala de Casación Civil. Sent 1997-09327 del 13 de mayo de 2008. Antecedente Jurisprudencial que comienza reconociendo en el capítulo de daños extra patrimoniales, el “Daño a la Vida de Relación”.

¹⁰⁴ VINEY, Geneviève. Ob. cit. p. 92.

ejerce a través de la típica responsabilidad civil y la **preventiva** a través de la tutela civil inhibitoria.

Bajo este contexto, es que resulta relevante el presente estudio, en tanto que la evolución de la responsabilidad civil en punto al favorecimiento de la víctima en el campo eminentemente jurídico, puede permitir el desarrollo del seguro de responsabilidad civil proyectando la posibilidad de otorgar coberturas de prevención bajo el seguro de responsabilidad civil, claro está, con el cuidado de no atentar contra el orden jurídico que rige la institución del seguro, riesgo que a juicio de la presente investigación no se presenta por cuanto no se trata de prevenir cualquier tipo de daño, sino frente al daño inminente, escenario en el cual resultaría cuando menos necio no hacer nada para evitar que una situación dañina se materialice y afrontar simplemente la reclamación de las víctimas que buscan su resarcimiento, que si el dañador cuenta con el seguro de responsabilidad civil, conlleva su afectación incrementando estadísticas de su siniestralidad.

Por considerarlo de interés en el desarrollo del presente trabajo y por supuesto para el lector, se presenta como referencia, el tema que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia 2001-1054 del 24 de agosto de 2009, dio en llamar “Evolución histórica de la responsabilidad extracontractual”, providencia citada por el profesor Adolfo León Oliveros Tascón, para ilustrar que la Corte hace un recorrido académico y pedagógico de la evolución de la responsabilidad extracontractual, tipo de responsabilidad al que alude la propuesta investigativa como se indicó en la introducción, advirtiendo que la línea del citado estudio jurisprudencia va “desde el derecho romano, el Código de Andrés Bello, el Derecho Europeo y la Jurisprudencia de los tribunales nacionales e internacionales”¹⁰⁵.

¹⁰⁵ OLIVEROS TASCÓN, Adolfo León. La Causalidad en el Derecho de Daños. Medellín, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. 2012. pp. 93, 94.

Aludiendo a esta evolución, la Corte Suprema de Justicia colombiana en sentencia del 27 de febrero de 2009, con ponencia del Magistrado Arturo Solarte Rodríguez, señala en alguno de sus apartes referido al Derecho de Daños, que el “presupuesto de causalidad necesariamente ha de estar presente para determinar la procedencia de una reparación de perjuicios”. En el mismo texto jurisprudencial realiza un recuento que enlaza la aparición de nuevos riesgos generados por la evolución tecnológica y científica y la necesidad de adoptar nuevos criterios de prevención y evitación de daños¹⁰⁶.

...la responsabilidad civil es uno de los campos del derecho privado en el que más se ha advertido la necesaria adaptación del Derecho a las realidades de los tiempos, lo cual ha obedecido, en buena medida, a los efectos que en materia de daños han producido nuevas problemáticas sociales derivadas, particularmente, de los avances científicos y tecnológicos que, por una parte, han provocado el surgimiento, en lo que aquí interesa, de distintas actividades que califican como peligrosas o, dicho de otra forma, conllevan una mayor exposición o riesgo para los asociados, entre las cuales, aunque sólo a título ilustrativo, pueden citarse los medios de transporte que con la utilización de diversas formas de energía superan velocidades antes no alcanzadas, la construcción de estructuras con diversa finalidad de magnitudes cada vez mayores, la instalación de plantas nucleares, o el establecimiento de centrales eléctricas que se sirven de fuerzas naturales, como las del agua, el calor o el viento, y, por otra parte, han conducido a la revisión de los criterios tradicionales de prevención y de evitación de daños, con el propósito de determinar con la mayor precisión posible hasta dónde ha de responder el sujeto cuyo comportamiento antijurídico se examina, y a partir de qué parámetro se puede considerar que el daño ha sido el producto de una causa extraña a él. (Se subraya).

2.1. INFLUENCIA Y APORTES DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DESARROLLO DE LA INSTITUCION DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

El análisis que en su tratado de responsabilidad civil realiza Geneviève Viney en esta materia, pone de presente el desarrollo del seguro de responsabilidad civil en la época contemporánea, y lo hace con el siguiente esbozo:

¹⁰⁶ Corte Suprema de Justicia de Colombia de Colombia, Sala de Casación Civil, sentencia del 27 de febrero de 2009, M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

Desde el comienzo del siglo XX, el desarrollo del seguro de responsabilidad civil fue verdaderamente importante en todos los países industrializados. Basta con consultar los reportes publicados anualmente en Francia sobre el comportamiento del seguro durante el curso del ejercicio terminado para constatar que, en esta rama, la progresión continúa. Ahora bien, este movimiento es tanto más significativo si se considera que la práctica del seguro ilimitado, que fue durante largo tiempo excepcional, se ha extendido particularmente en lo que concierne a los daños corporales.

Es necesario por lo demás resaltar, que la gran ley del 13 de julio de 1930 sobre el contrato de seguro contribuyó a este éxito, pues despejó las últimas dudas sobre la validez del seguro de culpas, aún más graves. Además, la corte de casación expresó de la manera más nítida, su voluntad de restringir la definición de la culpa intencional o dolosa no asegurable, y reaccionó con vigor contra las cláusulas que limitaban abusivamente la garantía debida por el asegurador de responsabilidad civil excluyendo, por ejemplo, las consecuencias dañinas de ciertos tipos de culpas “o las consecuencias inevitables o previsibles de las modalidades de trabajo prescritas por el asegurado”, o subordinando el beneficio del seguro a la prueba del carácter puramente accidental del daño¹⁰⁷.

El anterior análisis, trasciende a la referencia que hace sobre la intervención del legislador Francés, cuando decide incorporar en el derecho positivo, la obligatoriedad de asegurar la responsabilidad civil, particularmente en lo que atañe el seguro de automotores, respecto del cual, sus tribunales estiman que hay “imprudencia culposa en no haber tomado un seguro”¹⁰⁸.

El aporte de esta tratadista, pone de relevancia la influencia del desarrollo del seguro en la institución de la responsabilidad civil, haciendo que ésta vea menguado su carácter individual y que por lo mismo no en pocas oportunidades, “se encuentra cada vez menos subordinada a la prueba de una culpa”¹⁰⁹. Continúa su análisis con la siguiente postura: “*Esta tendencia a la generalización del seguro de responsabilidad civil, según nosotros, ejerció una influencia profunda sobre la responsabilidad civil misma, primero, estimulando su desarrollo y, enseguida,*

¹⁰⁷ VINEY, Genivève. Ob. cit. pp. 46, 47.

¹⁰⁸ VINEY, Genivève. Ob. cit. p. 48.

¹⁰⁹ VINEY, Genivève. Ob. cit. p. 45.

aportándole transformaciones que tienden a desfigurar la institución tal como había sido concebida por los redactores del código civil francés”¹¹⁰.

Obsérvese como a partir de la concepción típica, el seguro de responsabilidad civil obliga al asegurador, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a cubrir el riesgo de que el asegurado vea comprometida su responsabilidad civil conforme a la ley y en consecuencia obligado a indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de seguro. Lo anterior, sin perjuicio de que no toda responsabilidad civil va a ser objeto de cobertura. Así por ejemplo aparecen generalmente excluidos, el dolo y la culpa grave del asegurado, esta última figura ya superada en el derecho colombiano, con la modificación introducida al artículo 1127 del código de comercio que da lugar al aseguramiento de la culpa grave, según lo dispuso la Ley 45 de 1990, en contraposición a la prohibición que contempla el artículo 1055 *Ibíd*em, que por ser una norma anterior (año 1971) ha de subordinarse a la norma modificada en el año 1990 por su condición de posterior.

Para el profesor Italiano BARASSI, Lodovico, al referirse a esta clase de seguro lo presenta con el propósito de *“...resarcir al asegurado las pérdidas que puedan derivarse para su patrimonio por la creación de deudas o pasivo: v. g. el seguro contra el riesgo de responsabilidad civil”¹¹¹.*

En definitiva, el interés objeto de seguro es el patrimonio del asegurado, frente al cual la víctima persigue su indemnización en la integralidad de los perjuicios sufridos, pero lo hace con mayor ahínco cuando conoce que su dañador goza de una cobertura de seguro, por cuando de alguna manera ha hecho carrera, que es el mejor escenario para obtener la mejor indemnización. De hecho, hasta los propios tribunales, comenta la tratadista Viney, *“...se encuentran a sí mismo*

¹¹⁰ *Ibíd.*, p. 48.

¹¹¹ BARASSI, Lodovico. *Instituciones de Derecho Civil*. BOSH, Barcelona, 1955. p. 265.

incitados a interpretar liberalmente las condiciones de la responsabilidad y a evaluar los daños y perjuicios de manera tendiente a indemnizar en forma completa a las víctimas, si sabe que el “responsable” ha tomado precisamente la precaución de hacerse garantizar por un seguro, teniendo entonces la condena por único efecto el de permitir la aplicación de esa garantía en provecho de la víctima”¹¹². Tales antecedentes llevan a la profesora Viney a sostener en forma categórica que “El seguro de responsabilidad fue ciertamente la causa esencial del desarrollo prodigioso que conoció la responsabilidad civil entre los años 1880 y el periodo actual”¹¹³.

Los comentarios desarrollados no podrían cerrarse sin hacer alusión al cuestionamiento que algunos otros tratadistas han efectuado en torno a la extensión del seguro de responsabilidad civil, según los cuales, se combate la “función preventiva de la responsabilidad civil, en tanto que el agente responsable deja de cargar con la obligación resarcitoria y en esa medida no se preocupa por prevenir los siniestros”¹¹⁴. Este aspecto es objeto de tratamiento en el tema que se desarrollo enseguida.

2.2. DESAPARICIÓN DEL RESPONSABLE DETRÁS DE SU ASEGURADOR

En el cierre del subtítulo anterior se presentaba el cuestionamiento que un sector de la doctrina se plantea en torno al desarrollo del seguro de responsabilidad, en detrimento de la institución de la responsabilidad civil, y particularmente de la función preventiva de esta institución.

¹¹² VINEY, Genivéve. Ob. cit. pp. 49 - 56

¹¹³ Ibíd. Viney.

¹¹⁴ IARCE. Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado. Revista No. 29. Ed. Díké: Medellín. 2011, p. 90.

El profesor Philippe Le Tourneau, en su obra “La Responsabilidad Civil”, explica que *“cuando el seguro de responsabilidad era poco frecuente, resultaba difícil condenar a una persona inocente a pagar una indemnización, pero que hoy en día la responsabilidad objetiva está ligada a la posibilidad de asegurarse: el responsable es quien aporta un seguro a la víctima”*, situación que ha generado preocupación entre la doctrina. Así lo deja ver el tratadista Lambert-Faivre, al sostener que *“Además, las cargas derivadas de esta objetivización de responsabilidad se desviaban a las mutualidades técnicas de seguros, con lo que aquella dimensión punitiva de la reparación desaparecía definitivamente”*. En similar posición se manifiesta el profesor Corral Talciani, señalando que *“el gran problema que genera la extensión de la asegurabilidad, es que se descuida la prevención de los siniestros, pues el responsable del daño ya no se siente como tal, ni después del hecho dañoso ni antes, puesto que es la aseguradora, la que responde efectivamente...”*¹¹⁵.

De otro lado tenemos que, con la también generalizada tendencia de reconocer la **acción directa** de la víctima para efectos del contrato de seguro de responsabilidad civil, se ha generado la posibilidad legal de que ésta la emprenda directamente contra el asegurador y aún en el plano judicial ni siquiera aparece el autor del daño, toda vez, que no es imperativo la conformación de un litisconsorcio necesario que vincule perentoriamente al asegurado al respectivo juicio, lo cual resulta a todas luces inconveniente, pues, una cosa es la bondad que la ley presenta a la víctima para accionar a la víctima, pero otra sensiblemente preocupante, que el agente dañador que para el caso es el asegurado, desaparezca en el escenario de un proceso judicial.

En Colombia, por ejemplo, el artículo 1133 del Código de Comercio, deja en cabeza del tercero la facultad de demandar en un mismo proceso a los dos: asegurado y asegurador. Sin embargo, del texto literal de esta norma se

¹¹⁵ IARCE. Ob. cit. pp. 90, 91.

desprende que no es obligatorio convocar al asegurado para incoar el proceso judicial. En todo caso, aparece claro, que no estando íntegramente cubiertos los perjuicios del afectado en razón de las muchas veces insuficiente cobertura del seguro de responsabilidad civil, por conveniencia de la víctima, resulta de gran importancia la vinculación del asegurado desde el inicio del proceso, para que asuma el reconocimiento y pago el monto de los perjuicios que excedan el valor indemnizado por el asegurador al tenor de la póliza.

En esta medida, no es de recibo la vehemencia de quienes, como el profesor Pintos Ager, sostienen que *“el seguro de responsabilidad civil supone un excelente caldo de cultivo para la pérdida de incentivos a la precaución”*. Pues, por lo menos en Colombia, existe un modelo de seguro de responsabilidad civil plagado de exclusiones y sublímites, de ahí que la víctima ha de buscar necesariamente involucrar al dañador en su acción de reclamación en procura de obtener una indemnización que satisfaga en alguna medida la indemnización de sus perjuicios.

Para no ir lejos, es generalizada la exclusión de cobertura para los daños extra patrimoniales, cuando no aparece además, expresamente excluido el lucro cesante de la víctima, amén del sinnúmero de exclusiones, que como se ha tenido la oportunidad de expresar, hace prácticamente inoperante el seguro de responsabilidad civil.

2.3. DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL REPARADOR AL PREVENTIVO O DE INDEMNIDAD

Es un tema inspirado en un trabajo de la profesora Uruguaya Andrea Signorino Barbat, denominado *“Evolución de los caracteres esenciales de los contratos de seguros de responsabilidad Civil”*, en el cual destaca los cambios que presenta el seguro de Responsabilidad Civil en los últimos tiempos, en especial en la post-modernidad: siglos XX-XXI, producto de la obra de ilustres doctrinantes de los años 80 como Musset Iturraspe, Calabressi., Tunc, Diez Picazo¹¹⁶.

¹¹⁶ SIGNORINO BARBAT, Andrea. Conferencia presentada en el marco del XXVI Encuentro Bodas de Oro de ACOLDESE realizado en Cartagena, Colombia, los días 19 al 21 de octubre de 2011. Autora del libro en que se consigna la disertación expuesta en este Congreso: “Los Seguros de

La dinámica que muestra el desarrollo del seguro de responsabilidad civil desde la óptica de la doctrinante uruguaya, es consistente con la temática que plantea la presente investigación cuando sugiere que este tipo de seguro sea mirado desde una perspectiva preventiva antes que reparadora, sobre el particular señala que la teoría clásicamente reparadora de la responsabilidad civil a la luz del moderno derecho de daños, ha cambiado su foco, según la idea siguiente:

Presenciamos la unificación de la Responsabilidad Civil, pero a su vez la existencia de subsistemas y microsistemas en el Derecho de Daños con la aprobación de normas propias que generan habitualmente inconveniencias en su aplicación práctica, sobretudo en cuanto a la coordinación normativa. Es el caso por ejemplo, de los microsistemas normativos en torno a las relaciones de consumo, al medio ambiente, al tránsito. Y dicha evolución acompaña aquella de las diversas concepciones sobre la responsabilidad civil:

-La clásica que ve en el daño la ruptura del equilibrio entre las personas, y, en su reparación, la vuelta a la justicia;

-La moderna, que incorpora pautas moralistas con base en la idea de culpa;

-La actual, que se caracteriza por la atipicidad de los supuestos y la variedad de los factores de imputación.

Incluso esta visión actual tampoco puede categorizarse de definitiva ya que, algunos autores, vislumbran la concepción del siglo XXI, con más valores solidarios, prediciendo la desaparición de la “responsabilidad civil” absorbida por la previsión social, los seguros obligatorios.

(...)

Esta autora es de la idea de que en los países industrializados, algunos autores presagian una decadencia de la responsabilidad civil ante la socialización de los riesgos, como el avance que evidencia la responsabilidad civil social, la previsión social, los seguros obligatorios.

En todo caso insiste de manera categórica en afirmar que **“la Responsabilidad Civil, goza de buena salud y más aún, el seguro de Responsabilidad Civil.**

Responsabilidad Civil- Caracteres generales y Coberturas principales”, Ed. FCU. Montevideo. 2011”. Actualmente Presidente de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros –AYDA-Uruguay.

Incluso pensamos que los seguros obligatorios son reflejo del cambio y evolución operados en el seguro, no de su decadencia...”.

Rescata el concepto de **daño** indicando que *“ya no se visualiza como un simple elemento de la responsabilidad civil, sino como un objeto en sí mismo, que “necesita” un lugar primordial en el estudio y una disciplina independiente. De esta manera la vieja responsabilidad civil, basada exclusivamente en la culpa y su retroalimentación con la antijuridicidad, comienza a dejar su eje central que era el ofensor, para pasar a sustituirlo por el daño”.*

Bajo esta dinámica, la profesora Signorino sostiene que al dar mayor significancia al daño también permite resaltar a la víctima a quien *“necesariamente”* se le debe reparar el daño que se le ha causado, dando de esta manera prioridad a la parte débil de la relación jurídica. En este sentido señala que se ha presentado un viraje en la concepción tradicional de la culpa como factor de atribución de responsabilidad civil, hacia *“la postura de la víctima”*, precisando que *“Se evoluciona desde centrar la Responsabilidad Civil en la culpa del autor del daño, a la necesidad de la víctima de verse resarcida. Es decir, el centro pasa de la culpa al daño y además se enfatiza la prevención ante la transgresión, y la reparación ante el castigo al culpable”.*

Otro aspecto que resalta en su exposición y que resulta de interés para la temática que se viene desarrollando, es el relativo a la carga de la prueba, respecto del cual manifiesta lo siguiente:

La tendencia actual de la Responsabilidad Civil en cambio se dirige a un cambio de papeles a través de las presunciones. Se parte de la base de que el afectado no debería, además de soportar las consecuencias dañosas, soportar la carga de la prueba. Es así que se evoluciona desde la presunción de inocencia del imputado, salvo prueba en contrario, a la presunción de que la imputación de responsabilidad es cierta mientras no se demuestre lo contrario.

Toda esta evolución del instituto de la Responsabilidad Civil ha llegado incluso a múltiples doctrinos a pregonar la existencia de un Derecho de Daños, más que de Responsabilidad Civil. ¹¹⁷

Por otro lado, en los sistemas jurídicos de tradición continental el daño que es causado por culpa o dolo debe ser reparado, conforme al principio general de la Responsabilidad Civil.

En la actualidad, esta reparación, se extiende tanto al daño material como al moral, pues los ordenamientos por regla general no la restringen a alguno en particular. El dar cabida a la reparación del daño moral supone también una evolución importante en el derecho de la Responsabilidad Civil o modernamente del Derecho de Daños.

Planteada en los anteriores términos su disertación en torno al desarrollo y estado actual de la institución de la responsabilidad civil, la profesora Signorino pasa a presentar su ponencia en torno al seguro de responsabilidad civil, iniciando por rescatar su importancia, que se puede concretar en las siguientes ideas:

Un mundo globalizado, que presenta un exponencial crecimiento de la tecnología, nos somete actualmente, en forma permanente, a riesgos que pueden comprometer nuestra Responsabilidad Civil ya sea en nuestro rol de propietario o conductor de un vehículo, de profesional, de fabricante, de industrial, de transportista, de armador, de operador portuario, de director, de administrador, por sólo mencionar algunos ejemplos.

Por otro lado, afortunadamente, el consumidor de hoy no es el mismo que años atrás, sino que cuenta con Leyes que protegen sus derechos y enmarcan, como contracara, la actividad de quienes destinan sus bienes, servicios y actividad económico-mercantil al consumidor.

*En ese contexto, el seguro de Responsabilidad Civil, juega un rol preponderante no sólo para el asegurado sino para los terceros al contrato. El seguro de Responsabilidad Civil modernamente **pasa de desempeñar un rol reparador** del menoscabo sufrido por el patrimonio del asegurado, como consecuencia del daño al tercero que involucra su Responsabilidad Civil, **a desarrollar un esencial rol preventivo**, de acuerdo al cual mediante su contratación se busca evitar que el menoscabo en el patrimonio del asegurado llegue a ocurrir. (Resaltado ajeno al texto)*

¹¹⁷ DIEZ-PICAZO, Derecho de Daños. Cap. I. Las Funciones del Derecho de Daños. Editorial. Civita-1999.

La contextualización que esta autora presenta del seguro de Responsabilidad Civil pone de relevancia la concepción que sobre esta institución se trata en la generalidad de las latitudes que coinciden en entender que este tipo de seguro supone una garantía de solvencia para el tercero perjudicado por los actos dañinos del asegurado, lo que desde luego resulta claro frente a la típica función que cumple el mismo contrato de seguros, que en materia de responsabilidad civil ha alcanzado las múltiples actividades de las personas y las empresas.

La profesora Signorino, plantea en su misma ponencia que *“el seguro de Responsabilidad Civil **ha pasado de ser un seguro centrado en la culpa, a un seguro centrado en el daño, e incluso de un seguro enfocado a reparar el daño, a un seguro centrado en la prevención del daño, en el riesgo cubierto más que en el daño mismo, es decir un seguro preventivo”**”*.

Obsérvese como la dinámica que ilustra desde la óptica uruguaya la profesora Signorino, no resulta ajena a la visión que de estas dos instituciones: responsabilidad civil y seguro de responsabilidad civil, se tiene en otros países como el colombiano, donde en efecto se evidencia la evolución de una y otra figura, poniendo por encima de la culpabilidad del responsable, la atención de la víctima, priorizando su situación, al punto de permitir la efectividad del seguro frente a ésta (acción directa de la víctima).

Esta interesante disertación desde la óptica de la doctrina Uruguaya representada por la profesora Signorino, permite resaltar algunos aspectos de especial relevancia en el desarrollo de la presente investigación señalando las coincidencias pero también las diferencias con la propuesta investigativa:

Coincidencias:

- El moderno derecho de daños viene permeando los sistemas jurídicos en los distintos países. La posición de la profesora Signorino merece la

acogida de esta investigación, en el sentido de que el desarrollo del derecho de daños no pretende desplazar o sustituir la institución de la responsabilidad civil. Por el contrario, su espectro más amplio le permite cobijar tanto a la responsabilidad civil entendida como la tutela resarcitoria, como a la tutela inhibitoria del daño.

- Evidentemente el elemento daño rescatado por la profesora Signorino en su obra, merece el centro de atención de los sistemas de responsabilidad civil y del seguro de responsabilidad civil. Pues, concebir el daño como un elemento de mayor entidad, permite que la figura de la **victima** adquiera una mayor significancia, lo que pone a tono con la perspectiva que actualmente presenta la institución de la responsabilidad civil.
- En punto tocante a la carga de la prueba, es también plausible la perspectiva de que la víctima no debe, además de sufrir el daño, tener la carga de la prueba y para superar tal situación plantea el manejo de las presunciones a través de las cuales se invierte la carga de la prueba. Sobre el particular, la posición de esta investigación es que si bien aparece razonable el hecho de que la víctima tendría la posibilidad de ver aliviada su situación no teniendo que correr con la carga de la prueba, lo cierto es que tal opción legal no debe generalizarse, en otros términos está bien que en eventos de daño como los producidos en el ejercicio de actividades peligrosas, tales presunciones permanezcan. Pero evidentemente, existen cierta clase de eventos en los cuales necesariamente ha de operar el esquema de **culpa probada**.
- Concebir los términos de evolución de la responsabilidad civil influenciada recíprocamente por el seguro de responsabilidad civil, para concluir que se ha mutado de un esquema clásica y puramente reparador a un modelo de prevención, semánticamente coincide de manera plena con el planteamiento de este trabajo de investigación.

Diferencias:

- Si bien la propuesta de la profesora Signorino ilustra una clara evolución del seguro de responsabilidad de un esquema **reparador a uno preventivo**, a diferencia de esta propuesta investigativa, no lo hace bajo la tesis de la tutela inhibitoria del daño, pues, es una figura que no se menciona en su importante ponencia.
- La idea de la prevención la plantea de cara al patrimonio del asegurado, refiriendo puntualmente a que lo novedoso es que este asegurado no tenga que sufragar primero el gasto indemnizando a la víctima para posteriormente acudir a su asegurador para el reembolso, sino que sea el seguro de responsabilidad civil, el que dispere su cobertura para atender en forma directa la petición indemnizatoria de la víctima, **previniendo la afectación del patrimonio del asegurado**.
- La propuesta investigativa va más allá, pues, la **prevención** se plantea desde la óptica no del asegurado ni de su patrimonio, sino del daño mismo. Desde luego que un resultado exitoso en el manejo adecuado y oportuno de los riesgos en punto a prevenir la materialización de un daño inminente, desemboca en un beneficio real para todos los actores potencialmente partícipes de un entorno dañino: asegurado, asegurador y víctima. La idea central del moderno derecho de daños, bajo el planteamiento del profesor Llamas Pombo, insiste en la máxima de que *“es mejor prevenir que curar”*, definiendo por analogía que es más favorable para todos, implementar medidas de prevención antes que entrar a indemnizar daños ya materializados. Ahora bien, en función del patrimonio, no solamente del asegurado sino también del asegurador, se verá consecuentemente favorecido como resultado de la efectividad de la **tutela inhibitoria del daño**.

2.4. SOCIALIZACIÓN DE LOS RIESGOS

En Colombia, tenemos que la responsabilidad civil extracontractual incorpora diversas modalidades según lo consagra el Código Civil: directa o por el hecho propio (art. 2341), por el hecho de un tercero (art. 2347), por el hecho de las cosas (arts. 2349 ss.) y por actividades peligrosas (art. 2356). En este contexto normativo se estudia la culpa de la persona que por sus propios actos ha lesionado un interés jurídico tutelado¹¹⁸, en el entendido, que una cosa es que el resarcimiento o reparación de un daño se predique de la capacidad económica un dañador individualmente considerado, y otra sustancialmente distinta, estando en un escenario de distribución del riesgo, sea que el criterio de imputación gire en torno al sistema culpabilístico ora que se esté en el marco de la responsabilidad objetiva.

En relación con este tópico, el profesor Adolfo León Oliveros Tascón, citando al profesor Guido Calabressi [referencia citada en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia 2001-1054 de agosto 24 de 2009], enseña que “el criterio de imputación de la responsabilidad objetiva, no sería el riesgo creado, el riesgo beneficio, el riesgo profesional, el riesgo empresarial, la creación o exposición al peligro, el control de las fuentes del peligro, sino la **distribución del riesgo y, particularmente, la asunción del costo de las medidas de prevención de los sujetos, asignando a quien pueda soportarlo de la manera más económica posible**”¹¹⁹ (Resaltado ajeno al texto).

Obsérvese como la Jurisprudencia colombiana ya ha entrado a desarrollar aspectos asociados a las medidas de prevención del daño y a la distribución del riesgo, aspectos que puestos en otros términos, están asociados a la temática de la presente investigación y en particular al esquema de socialización de los

¹¹⁸ DIAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. El Seguro de Responsabilidad, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006. p. 71.

¹¹⁹ OLIVEROS TASCÓN, Adolfo León. Ob. cit., p. 101.

riesgos. En esta misma línea enseña el profesor Oliveros Tascón, que “la responsabilidad estaría vinculada a las capacidades de prevención del daño, bajo la mayor aptitud para preverlo y evitarlo con la adopción de medidas idóneas para impedirlo a un costo menor...” en todo caso, resalta que el tema no puede mirarse con criterio de “mercado puro”, toda vez, que en los esquemas de prevención han de tenerse “consideraciones morales acerca de las actividades”¹²⁰.

En este orden de ideas asociadas a la socialización del riesgo, es que no resulta de recibo para los jueces patrios, que una persona jurídica proponga en su defensa la excepción comúnmente denominada “ausencia de culpa aquiliana o responsabilidad civil extracontractual”, alegando que el daño no ha sido inferido por la sociedad o empresa propiamente dicha, sino por un dependiente, v. gr. el conductor de un vehículo de su propiedad, que por demás, irrogó el daño en ejercicio de una actividad peligrosa como está calificada la conducción de un automotor. Sobre este particular, el profesor Juan Manuel Díaz-Granados, aclara que *“Tratándose de las personas jurídicas, desde la sentencia del 30 de junio de 1961, de la Corte Suprema de Justicia (colombiana), Sala de Casación Civil, se considera que la responsabilidad por los actos de sus agentes y dependientes es siempre directa...”*¹²¹.

Estas referencias de orden doctrinario y jurisprudencial, permiten ilustrar el punto de partida de la socialización directa de los riesgos, en tanto que al cubrimiento de la indemnización de perjuicios pretendida por la víctima, concurre además del agente dañino directo, la persona jurídica de la cual es su dependiente, a la manera como en Francia se trata el tema y que en las líneas siguientes lo ilustra la tratadista Geneviève Viney:

¹²⁰ Ibid., p. 101.

¹²¹ DIAZ-GRANADOS. Ob. cit., p. 72.

La primera etapa en la vía de la socialización directa de los riesgos fue alcanzada por la jurisprudencia cuando reconoció la responsabilidad directa de las personas jurídicas, por los daños causados por sus agentes dentro del marco de su objeto social.

A este respecto, por lo demás, es necesario subrayar que la jurisprudencia ordinaria no fue la única en consagrar este tipo de responsabilidad colectiva, la jurisprudencia administrativa igualmente desempeñó un papel considerable en la materia, pues ella rechazó las bases de una teoría general de la responsabilidad del poder público para los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos. Ahora bien, esta responsabilidad fue ampliada y aligerada de manera progresiva de tal suerte que hoy es presentada continuamente como uno de los medios que ofrece el derecho positivo a fin de lograr la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas (...) Se trata efectivamente, en este caso, de un método de colectivización directa de los riesgos¹²².

Resulta relevante destacar en este acápite del estudio, las reflexiones que sobre el tema relativo a la “colectivización de los daños o socialización de los riesgos” realiza el profesor Jorge Eduardo Narváez Bonnet en su obra “Régimen Pensional y Seguros Privados”, en la siguiente síntesis:

Al superarse la noción de culpa como fundamento único de la responsabilidad y hacer responsable al hombre de las consecuencias dañinas de los riesgos que crea con su actividad, esto hizo que la preocupación de la doctrina y posteriormente de la jurisprudencia se orientara hacia la víctima, hacia la reparación de los daños y de esa forma se marca el inicio de una tendencia de dar cabida a la responsabilidad objetiva (objetivización de la responsabilidad) y como producto de ello, la jurisprudencia francesa en 1885 limitó la exoneración de la responsabilidad del propietario por los daños causados por sus animales tan sólo a la fuerza mayor y respecto de la responsabilidad por el hecho de las cosas el fallo Teffaine de 16 de junio de 1896 hace responsable al guardián de una cosa, quien sólo puede exonerarse con la prueba del caso fortuito.

La evolución doctrinal y jurisprudencial de objetivizar la responsabilidad (...) que en la hora actual ha continuado en materias tales como: los accidentes de tránsito: el transporte en sus distintas formas: terrestre, marítimo y aéreo; la responsabilidad de los constructores; la responsabilidad del fabricante por productos defectuosos; la

¹²² VINEY, Genivève. Ob. cit. pp. 63 – 71.

responsabilidad ambiental; la responsabilidad profesional; la responsabilidad por accidentes nucleares, entre otros.

Enseña el profesor Narváez, que la tendencia hacia la socialización de los riesgos es novedosa y tiene sus principales manifestaciones en los sistemas de seguridad social, los seguros obligatorios para ciertas actividades, y más recientemente, en los fondos de compensación o de garantía que se han establecido para las víctimas de accidentes de tránsito, de atentados terroristas, de desastres de la naturaleza, entre otros a través del Fondo de Solidaridad conocido como FOSYGA, como medio para garantizar el resarcimiento del daño cuando no es posible identificar al autor del daño o éste resulta insolvente¹²³.

La colectivización o socialización de los riesgos válidamente planteada por el profesor Narváez Bonnet, permite dimensionar un alcance que mejor atiende la idea de la justicia colectiva, en el entendimiento de que el riesgo creado por la sociedad moderna sea repartido precisamente entre toda la colectividad, pero sin exceder tal perspectiva, pues, atentaría contra la pregonada justicia, que el concepto de socialización de los riesgos, sea ilimitado, esto es, que involucre toda suerte de situaciones por las cuales, en el extremo opuesto, no sea justo responder colectivamente por el directo responsable del daño. La manifestación más cercana a este esquema socializador, como se indicó antes, la encontramos en los seguros obligatorios y en la idea de la seguridad social que por su natural función refleja fehacientemente el principio de justicia social.

El profesor Marcelo López de Mesa, refiriéndose a esta tema trae a colación un aporte colombiano para ilustrarlo, al afirmar que “Agudamente un Juez de la Corte Suprema de Colombia”, aludiendo al entonces Magistrado Arrubla Paucar, Jaime Alberto, rescata algunas de sus posturas: “La responsabilidad civil como

¹²³ NARVAEZ BONNET, Jorge Eduardo. Régimen Pensional y Seguros Privados. Ed. Librería del Profesional, Bogotá, 2004, pp. 7-12.

institución jurídica ha desempeñado en la historia del derecho, por mucho tiempo, un papel preponderante como instrumento para lograr la indemnización y el equilibrio entre los sujetos... la socialización de los riesgos han bajado de su pedestal a la responsabilidad civil”, queriendo significar con ello que esta institución “ha pasado de su lugar hegemónico en la tarea de la reparación para dar espacio a nuevos métodos que la dinámica social precisa, como en los grandes seguros colectivos y sistemas de seguridad social...”¹²⁴.

A este respecto, resulta también oportuno traer a colación el aporte que presenta el Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil IARCE, en su revista No. 29, al citar al profesor chileno Hernán Corral Talciani, quien sostiene que:

El seguro no habría tenido la posibilidad de crecer del modo como lo ha hecho, si no hubiera sido por la reformulación de los criterios de la responsabilidad, que tienden a la objetivización y a la reparación completa de los daños causados a las víctimas. Pero, por otro lado, la responsabilidad civil no habría podido llegar al grado de evolución actual si no fuera por la existencia y la posibilidad de distribuir socialmente los riesgos mediante el pago de primas de seguros. La influencia del seguro sobre la responsabilidad civil transcurre en dos direcciones aparentemente opuestas: por una parte, una mayor extensión de la responsabilidad individual haciendo más efectivo el principio de la integridad de la reparación; pero, por otra, una mayor socialización de los riesgos que suele llevar a la formulación de indemnizaciones tasadas o limitadas¹²⁵.

La doctrina referida, no hace más que enfatizar en el influjo recíproco de las instituciones de la responsabilidad y del seguro de responsabilidad, influencia que de cara a la prevención del daño, con precisas consideraciones en cada una, se encuentran a todo en la dinámica de la exposición a los riesgos presenta la época contemporánea.

¹²⁴ LOPEZ DE MESA, Marcelo J., Ob. cit., p. 85.

¹²⁵ IARCE. Ob. cit. p. 89.

Conclusión capítulo 2

Una vez abordada en el capítulo 1 una revisión general a la evolución del derecho de daños con una clara bifurcación en el tratamiento del daño en las dos manifestaciones estudiadas: ex-ante a través de la tutela inhibitoria del daño en el plano de la PREVENCIÓN y ex-post mediante la clásica tutela resarcitoria en el marco de la REPARACIÓN instrumentada por la responsabilidad civil, se acometió el desarrollo del capítulo 2 en cuyo estudio se tuvo la oportunidad de revisar los factores de desarrollo tanto de la institución de la responsabilidad civil como del seguro de responsabilidad civil, encontrando que históricamente estos dos sistemas se han influenciado recíprocamente.

Lo cierto es que no son figuras o sistemas excluyentes, de hecho, la tesis de que la institución de la responsabilidad civil está próxima a su fin, como se comentó en este capítulo, ha sido seriamente controvertida por quienes sostienen por el contrario, que es una institución que viene mostrando síntomas de mayor desarrollo y consolidación, y que “goza de buena salud”, al afrontar retos que la lleven a trascender del terreno meramente reparador al preventivo, de manera que estos dos esquemas cohabiten en función de un mejor estar de la víctima y desde luego evidenciando réditos de orden patrimonial tanto para el asegurado como para el asegurador, como repercusión favorable de una adecuada y oportuna **administración de riesgos**, tema al cual está dedicado el capítulo No. 3, y que se pasa a tratar en punto a ilustrar la clara influencia de esta importante disciplina en el esquema de prevención en cualquier ámbito del riesgo, de lo cual no tienen porque estar ausentes las instituciones de la responsabilidad civil y del seguro de responsabilidad civil.

3. LA ADMINISTRACIÓN DE RIESGOS Y SU RELACIÓN CON LA PREVENCIÓN EN EL DERECHO DE DAÑOS

Por los antecedentes examinados del término <riesgo> se puede inferir válidamente que éste no siempre formó parte del vocabulario de la sociedad y que sólo sus etapas o niveles de evolución la llevaron a concebir este término bajo la noción actual, donde esta evolución social, el avance tecnológico y la racionalidad científica, han hecho de “el riesgo”, un producto a evaluar, analizar y fundamentalmente a gestionarlo¹²⁶.

En este orden, los riesgos “son el producto histórico, la imagen refleja de las acciones humanas y de sus omisiones, son la expresión del gran desarrollo de las fuerzas productivas. De modo que, con la sociedad del riesgo, la autoproducción de las condiciones de vida social se convierte en problema y tema...”¹²⁷. Refiere la profesora Anna García citando a Ulrich Beck, a la capacidad del hombre para autotransformar, de autoconfigurar, pero también de autodestruir las condiciones de vida de la sociedad. Así, adoptando una perspectiva de análisis y de reflexión sobre la **gestión del riesgo**, que de suyo representa una actitud de precaución y prevención, es que se considera de utilidad el desarrollo de este capítulo.

En medio de la estrecha vinculación que se establece entre una sociedad tecnológicamente compleja y la creciente relevancia que adquiere el riesgo que ella misma genera¹²⁸, es que resulta de interés referirse al manejo integral del riesgo en empresas, instituciones, proyectos, entidades gubernamentales, oportunidades de inversión y personales, que evidentemente han presentado una gran evolución en los últimos años en razón a la creciente necesidad de conocer y manejar los niveles de incertidumbre a los que se está expuesto durante la

¹²⁶ GARCÍA HOM, Anna. Negociar el Riesgo. Barcelona. Editorial Ariel, S.A. 2005, p. 24.

¹²⁷ Ibid. p. 29.

¹²⁸ Ibid. p. 197.

ejecución de la estrategia y el cumplimiento de objetivos y metas, debido en gran parte al proceso de globalización, el cual ha ampliado considerablemente el espectro de oportunidades y también de riesgos a los que se enfrenta a diario. Este preámbulo permite considerar la importancia de desarrollar algunos aspectos de la Administración de Riesgos que en sentido amplio, puede definirse como la disciplina encargada de la identificación, evaluación, medición, tratamiento y control de los riesgos a los que está expuesta una empresa, y que puedan de alguna manera afectar, como lo señala la Norma Técnica colombiana NTC ISO 31000 al definir el riesgo como “el efecto de la incertidumbre en los objetivos”, lo que naturalmente repercute en el logro de los objetivos de la organización¹²⁹.

Particularmente, se hará alusión a la importancia de una oportuna y adecuada identificación y evaluación de los riesgos con miras a determinar los mecanismos para su tratamiento en los que naturalmente se encuentra la **transferencia**, que por excelencia se instrumenta **a través del contrato de seguro**, pues, la propuesta de este trabajo apunta a considerar la creación de coberturas de **prevención del daño inminente**, como un anexo de la póliza de seguro de Responsabilidad Civil, en tanto que es precisamente en el terreno de la prevención en el que se desarrolla en gran medida la Administración de riesgos.

Resulta inobjetable concebir el efecto favorable del estudio de la administración de riesgos, en torno a un escenario de la prevención del daño, toda vez, que el fin último de una adecuada gestión de riesgos está precisamente orientada a controlar las exposiciones de orden interno y a mitigar las de orden externo, en punto a prevenir resultados adversos que atenten contra los objetivos institucionales cuando de la realización de los riesgos –siniestros– se trate, amen de la frecuencia y severidad con que éstos sobrevengan.

¹²⁹ ICONTEC. NTC ISO 31000. Compendio de Normas de Gestión del Riesgo. Bogotá. Contacto Gráfico Ltda. 2012., p. 18.

3.1. NOCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE RIESGOS FRENTE A LA PREVENCIÓN EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Como quiera que la administración de riesgos no sea el tema central del presente ejercicio investigativo, se presenta una noción general de esta disciplina en orden a orientar su relación con la propuesta de asegurar de la prevención del daño inminente al amparo del seguro de responsabilidad civil.

En el ámbito nacional el estándar AS/NZS 4360 se introdujo por ICONTEC a través de la norma 5254, aprobada en el año 2004 para la administración de riesgos de las empresas en general, norma que fue actualizada por los mismos autores del estándar australiano anterior y adoptada en Colombia bajo la NTC-ISO 31000.

El modelo propone las siguientes etapas para la administración de los riesgos empresariales:

1. Identificación – 2. Calificación – 3. Evaluación de los riesgos – 4. Diseño de medidas de tratamiento – 5. Implementación de las medidas – 6. Monitoreo y evaluación. Estas etapas son cíclicas y en atención a su necesaria dinámica deben aplicarse periódicamente debido a los cambios que naturalmente se generan en los contextos internos de la organización y externos a ésta.

Se ha reiterado que el modelo del “Derecho de Daños” concibe, además de la reparación instrumentada a través de la clásica responsabilidad civil, un escenario **preventivo** a través de la denominada tutela civil inhibitoria. Luego, es en punto a este fin de **prevención** como alternativa para contrarrestar el impacto económico derivado de la causación del daño a terceros, que se presentan algunos temas del modelo de administración de riesgos en el empeño por comprobar que un trabajo juicioso en **prevención** aliviará la carga que naturalmente se genera con mayor rigor en un escenario de **reparación**.

No en vano el diseño de las etapas para desarrollar una gestión de riesgos, se han estructurado en forma lógica y secuencial desde la identificación, calificación y evaluación de los riesgos hasta la implementación de las medidas de tratamiento, su monitoreo y evaluación. Ello claramente supone anticipación a la **realización de los riesgos**, lo que en últimas propone esta investigación, al plantear la posibilidad de otorgar, bajo el seguro de responsabilidad civil, coberturas de prevención del daño inminente.

Desde luego que una propuesta de esta naturaleza, no puede abordarse sin antes decantar minuciosamente las acciones que pudieran ser objeto de aseguramiento, sin que las mismas se vean como un costo necesario para el mejoramiento del riesgo, sino como un riesgo asegurable propiamente dicho. En este empeño, la administración de riesgos, por su íntima relación con una de las alternativas de su tratamiento cual es la **transferencia** a través del **seguro**, resulta ser una contribución importante.

Evidentemente, una vez identificados los riesgos a los que está expuesta una organización, se ha de proceder a su ponderación de acuerdo con su importancia y/o gravedad. Se avanza en su calificación para lo cual se determinan las variables que componen el riesgo; algunos métodos aplican escalas de una cantidad determinada de niveles, otros, como lo indica la profesora Rubi Consuelo Mejía, “utilizan el concepto de **frecuencia**, como el RISICAR, o el de **probabilidad**, como el SEPTRI”¹³⁰.

*Referirse por ejemplo al método de **matriz de control**, de gran utilidad para identificar las amenazas y los recursos o componentes o recursos amenazados en el objeto de análisis, resulta oportuno para nuestros propósitos, en tanto que involucra dos variables fundamentales: **componentes (recursos) y amenazas**, aplicables a todo tipo de procesos, procedimientos o unidades de negocio. El método plantea como acción fundamental, la **priorización** tanto de componentes como*

¹³⁰ MEJÍA QUIJANO, Rubi Consuelo. Administración de riesgos un enfoque empresarial. Fondo Editorial Universidad EAFIT, Medellín. 2008. pp. 68, 79.

*de amenazas y ello permite determinar la importancia de cada una de estas variables de acuerdo con las condiciones de la organización donde se esté desarrollando la gestión de riesgos*¹³¹.

Esta priorización, conlleva a determinar factores necesarios para el diseño e implementación de medidas de PREVENCIÓN que apunten a conjurar la realización de riesgos que puedan impactar la responsabilidad civil del asegurado. Así tenemos los efectos y consecuencias que acarrearían para la empresa, si se generan daños hacia terceros, amen de la afectación por daño material propio, pérdida o afectación de su operación.

En medio del amplio espectro que abarca la Administración de Riesgos, y los diversos autores que han abordado el tema, es menester ilustrar uno de ellos para un mejor entendimiento. Para el caso, se ha traído METODO SEPTRI, que la profesora Rubi Mejía Quijano, trae en su obra: “Administración de Riesgos un Enfoque Empresarial”, en tanto que maneja conceptos ligados de manera clara a un marco de PREVENCIÓN y permite aproximarse a determinar si constituye un riesgo asegurable¹³².

El método SEPTRI (Sistema de Evaluación y Propuesta del Tratamiento del Riesgo), es presentado por Francisco Martínez García, de la Fundación Mapfre, en España, aplicable para el tratamiento de los riesgos de los sectores que presentan un alto potencial de daño, como el nuclear, el químico o el aeronáutico, y pueden verse altamente afectados por la ocurrencia de riesgos en sus procesos”. El método SEPTRI utiliza cuatro variables para calificar el riesgo y que consideramos adecuadas para orientar la incidencia de la Administración de Riesgos en el campo de la Prevención del daño en el ámbito de la responsabilidad civil. Tales variables son:

*P = Coeficiente de probabilidad
E = Coeficiente de exposición
I = Coeficiente de intensidad
S = Coeficiente del nivel de seguridad*

¹³¹ Ibid, p. 94, 95.

¹³² MEJÍA QUIJANO, Rubi Consuelo. Ob. cit. pp. 79-86.

Este método introduce dos variables adicionales a las tradicionalmente usadas para el cálculo del valor del riesgo: el coeficiente de exposición y el de nivel de seguridad. La primera tiene que ver con la frecuencia con la cual se realiza la acción que genera el riesgo y la segunda con las condiciones de seguridad operantes en la empresa, que disminuyen la probabilidad de ocurrencia del riesgo. La fórmula definida para calcular el valor del riesgo es la siguiente:

$$R = \frac{P \times E \times I}{S}$$

El hecho de que en el denominador de la fórmula aparezca el nivel de seguridad, hace que la calificación del riesgo disminuya en la medida que éste se incrementa, lo cual se traduce en que a mayor seguridad menor riesgo, que en últimas es en lo que consiste la propuesta de investigación en orden a determinar la condición de asegurable de algunas acciones de **prevención del daño inminente**.

3.2. EL PRINCIPIO DE PRECAUCION Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Inicialmente concebido para la protección del medio ambiente y posteriormente ampliado a temas de salubridad pública y alimentos, proyecta sin duda, un encuentro con la responsabilidad civil. El **principio de precaución** es un concepto orientado a la adopción de medidas protectoras cuando no existe certeza científica de las consecuencias para el medio ambiente de una acción determinada.

Mediante resolución tomada por el Consejo Europeo, en diciembre del 2000 en Niza, Italia, los estados miembros de la Unión Europea precisaron el principio de precaución, en los siguientes términos:

Cuando una evaluación pluridisciplinaria, contradictoria, independiente y transparente, realizada sobre la base de datos disponibles, no permite concluir con certeza sobre un cierto nivel de riesgo, entonces las medidas de gestión del riesgo deben ser tomadas sobre la base de una apreciación política que determine el nivel de protección buscado.

El principio de precaución en materia ambiental se distingue del principio de prevención porque el primero exige tomar medidas que reduzcan la

*posibilidad de sufrir un daño ambiental grave a pesar de que se ignore la probabilidad precisa de que éste ocurra, mientras que el principio de prevención obliga a tomar medidas dado que se conoce el daño ambiental que puede producirse (...)*¹³³.

Con ocasión de la ponencia que presentó el profesor Herman Cousy¹³⁴, titulada “El principio de precaución y sus relaciones con el derecho de seguros”, es que se consideró relevante ilustrarlo en este trabajo, por su afinidad con el esquema de PREVENCIÓN en que se desarrolla.

Afirma el profesor Cousy que “*el principio de precaución propone una vista prismática sobre un gran número de preguntas y de problemas que conciernen a la actitud que la sociedad y el derecho debería adoptar frente a los peligros e incertidumbres que engendran los progresos científicos y tecnológicos*”¹³⁵.

En efecto analizar el moderno derecho de daños desde esta óptica, sin duda permite una aproximación válida a la temática de este trabajo de investigación, en tanto que concebir un escenario que trascienda la esfera de la reparación de los daños generados por la realización de un riesgo de responsabilidad civil, y considerar un criterio de prevención, evidentemente está en consonancia con la filosofía que inspira al **principio de precaución**, no obstante la situación de incertidumbre que éste encarna.

¹³³ Disponible en Internet: < http://www.europarl.europa.eu/summits/nice1_es.htm> Unión Europea. Consejo Europeo realizado en Niza, los días 7, 8 y 9 de diciembre de 2000. Resolución de Niza.

¹³⁴ COUSY, Herman. Doctor Juris, Universidad Católica de Lovaina (K. U. Leuven) (1969) - "Licenciatura in notariado latino", Universidad Católica de Lovaina (K. U. Leuven) (1969) - Master en Derecho Comparado, Universidad de Chicago (1970) - Ph.D. Tesis sobre un estudio comparativo de responsabilidad por productos defectuosos, Universidad Católica de Lovaina (K. U. Leuven) (1975)

¹³⁵ COUSY, Herman. El principio de la precaución y sus relaciones con el derecho de seguros. En: REVISTA Ibero Latinoamericana de Seguros. Pontificia Universidad Javeriana, número 23. 2005. p. 12.

Acota el profesor Cousy, que en la declaración de Río clausurando la cúspide de la Tierra en 1992, este principio fue definido en los siguientes términos: *“Para proteger el medio ambiente, deben ser ampliamente aplicadas por los estados, medidas de precaución, según sus capacidades. En caso de riesgos de daños graves o irreversibles, la ausencia de certeza científica absoluta, no debe servir de pretexto para aplazar la adopción de medidas eficaces tendientes a prevenir la degradación del medio ambiente”*¹³⁶.

El marco de incertidumbre así planteado, evidencia la dificultad en la identificación técnica y científica de los riesgos, que menos habrán sido objeto de evaluación. De ahí que el profesor Cousy se cuestione *¿Cómo el seguro moderno reacciona ante una situación de incertidumbre?*, y su respuesta confirma que *“el seguro permite neutralizar las consecuencias desfavorables de una adquisición o de una decisión cuando éstas se revelan desastrosas a causa de un siniestro que golpea el objeto de la inversión... es precisamente el carácter de instrumento de reversibilidad de decisiones el que acerca el seguro a la gestión de precaución”*¹³⁷.

Bajo esta concepción del riesgo y sus consecuencias, resulta claro que por encima de la responsabilidad o solidaridad, se está en la búsqueda de seguridad, anticipándose a los efectos nocivos de la actividad humana, como lo manifiesta el profesor Francois Ewald, al advertir que *“los riesgos se volvieron tan amenazantes, que hay que anticiparse e ir adelante del riesgo”*¹³⁸.

Otro aporte importante en esta línea, es el que presenta el profesor argentino Ernesto de Titto¹³⁹, quien plantea la definición del principio de precaución a partir

¹³⁶ Ibid., p. 13.

¹³⁷ Ibid., p. 25.

¹³⁸ EWALD, Francois, Filosofía política del principio de precaución. PUF Coll. 2001, pp. 6-74.

¹³⁹ DE TITTO, Ernesto. Taller Nacional de Actualización/Revisión de Prioridades en la Gestión Sustentable de Sustancias Químicas. Buenos Aires, octubre 2000.

de la premisa de que el “principio de precaución apunta a la prevención”, tomando en consideración elementos claves como: las actividades potencialmente amenazantes, la oportunidad en la adopción de criterios de precaución, la falta de conciencia en la toma de riesgos, entre otros.

El estudio del principio de precaución, no ha sido ajeno a los doctrinantes colombianos. Es así como la profesora María Isabel Troncoso [Abogada Universidad Externado de Colombia], presenta interesantes planteamientos que ilustran el contexto que se mueve este principio. Introduce el tema partiendo del objetivo de la clásica institución de la responsabilidad civil, según el cual “sin daño no hay responsabilidad”, para darle paso a la posibilidad de considerar “si la responsabilidad civil podría estar presente ex ante en relación con el acaecimiento del daño, para evitarlo”.

Se cuestiona entonces si ¿podría una persona ser declarada jurídicamente responsable por amenazar el interés individual o colectivo?. Es un cuestionamiento que desde luego supone ampliar el espectro de actuación de la institución de la responsabilidad civil, vislumbrando la existencia de una “responsabilidad civil *a priori*”, que naturalmente genera un choque sensible frente al tradicional mecanismo en que opera la clásica responsabilidad y que es *a posteriori*, que actúa cuando de reparar un daño ya irrogado se trata. Afirma esta autora, que “no se trata de tergiversar esta institución sino de adecuarla a la transformación de la sociedad y del mismo daño”¹⁴⁰.

Recuerda la profesora Troncoso que el concepto de precaución se forjó en Europa en los años 70, en la doctrina del derecho público alemán, con el fin básico de limitar el uso de las nuevas tecnologías. Ilustra la noción de este principio indicando que “Para entender la precaución es importante conocer la definición de

¹⁴⁰ TRONCOSO, María Isabel. El principio de precaución y la responsabilidad civil, En: Revista de Derecho Privado, No. 18. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2010. p. 206.

una institución cercana a la misma como es la prevención, pues, si bien es cierto que se asemejan, el aspecto que las diferencia es esencial para determinar el proceso de gestión del riesgo”.

Citando a Viney, enseña que la precaución *“es hija de la prudencia, que se impone a los actores públicos y privados cuando las decisiones entrañan riesgos potenciales...”*, al tiempo que *“la prevención se presenta en el escenario en el que los daños provienen de riesgos comprobados, es decir, cuando su existencia está demostrada. En otros términos, la diferencia entre riesgo potencial y riesgo comprobado es el fundamento de la distinción entre precaución y prevención”*¹⁴¹.

Refiriéndose a la influencia del principio de precaución en la responsabilidad civil, esta autora, presenta varias situaciones: a) una acción ex ante frente una situación de amenaza de que un daño pueda ocurrir, es decir, frente al *daño evitable*, y b) el principio de precaución utilizado como un amplificador de la “culpa”, más concretamente referido a la obligación de prudencia, situación que resulta más cercana al esquema clásico de la responsabilidad civil.

Al describir la existencia de un daño evitable, se hace alusión a los términos de amenaza, daño contingente, riesgo, duda o incertidumbre respecto de la ocurrencia del daño. Cuyo estudio y tratamiento naturalmente resultan en una influencia favorable para la responsabilidad civil en la medida en que se trata de anticiparse al daño, con lo que se conjura la lesión de los intereses jurídicos tutelados de terceros. En cualquier caso, es clara en señalar que la “idea del riesgo cero no existe, pues el riesgo es inherente a la vida misma. En consecuencia, la aplicación del principio de precaución no debe frenar el progreso...de lo que se trata es de evitar daños que normalmente no deben ser soportados por la sociedad”¹⁴².

¹⁴¹ Ibid., p. 209.

¹⁴² Ibid., p. 216.

Así, presenta una precisión coherente con la propuesta de esta investigación y es que “no se trata de evitar cualquier daño, sino sólo aquél que amenace intereses esenciales de forma grave e irreversible...”. Esta aseveración, es coincidente con la idea de este ejercicio académico, según la cual, el amparo de la prevención del daño en el seguro de responsabilidad, no alude a cualquier clase de daño, solamente al daño INMINENTE.

Finalmente al referir al principio de precaución como amplificador de la culpa, aclara que “esta forma de influencia de la precaución sobre la responsabilidad civil es aceptada como una posibilidad en la doctrina francesa y trae a Viney con el siguiente comentario: (...) la obligación de prevención, que ya está incluida en el deber de prudencia, es susceptible de verse reforzada bajo la influencia del principio de precaución”¹⁴³.

En cualquier caso, la figura de la precaución vista desde el prisma del seguro de responsabilidad civil, no deja de presentar preocupaciones de orden técnico, por ejemplo, frente a dificultades de orden actuarial para delimitar los compromisos del asegurador, o el carácter potencialmente catastrófico de las consecuencias de un defecto de precaución y en esta línea el profesor Cousy sostiene que “...el carácter catastrófico de los siniestros no debería, necesariamente, excluir el seguro privado de los mecanismos que entran en consideración para hacer frente a algunos accidentes mayores que no pudieron ser evitados por medidas preventivas o de precaución”¹⁴⁴.

De la ilustración en torno al principio de precaución que se desenvuelve en un escenario técnicamente más crítico para la institución del seguro, cual es la extrema incertidumbre, pero que con todo, no se descarta el concurso del seguro en el manejo de algunos eventos, se presenta la propuesta de otorgar coberturas

¹⁴³ Ibid., p. 217.

¹⁴⁴ COUSY, Herman. El principio de la precaución... Ob. cit. p. 30.

de prevención bajo el seguro de responsabilidad civil, con mayor opción de ser acogida por el sistema asegurador.

En esta línea el profesor López Mesa Marcelo J., sostiene que “...el derecho de daños no debe ceñirse al problema de la reparación sino que debe adentrarse a prevenir los perjuicios y, si esto no se logra, el objetivo es la restitución al estado anterior, rectificándose así las consecuencias dañosas del hecho lesivo. La incidencia creciente en el derecho del principio de precaución, ha llevado a algunos autores a creer que la evitación del daño constituye una finalidad tan importante como la reparación”¹⁴⁵.

En el empeño por distinguir el principio de precaución de la prevención, sin duda, conceptos situados en un espacio en el gran universo del riesgo, se debe destacar que el primero se activa frente a riesgos potenciales, en tanto que el segundo lo hace ante riesgos comprobables, o como lo menciona la profesora Anna García, “la prevención denota una acción en pos de evitar algo antes de repararlo o intentar mitigarlo. Si bien, cuando actuamos preventivamente disponemos de un acontecimiento suficiente para saber qué ocurrirá, aunque sea probablemente”¹⁴⁶.

En este sentido, el análisis de riesgos constituye en sí mismo una herramienta preventiva, pues, se trata de evitarlos o mitigarlos, luego, la gestión no se queda en la identificación y análisis de los riesgos sino que trasciende a su tratamiento y control o monitoreo.

3.3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL y SU RIESGO ASEGURABLE

Se aborda este tema en punto a reflexionar sobre aspectos que indudablemente inciden en la trama central de la propuesta de investigación, orientada a establecer

¹⁴⁵ LÓPEZ MESA, Marcelo J., Ob. cit., p. 84.

¹⁴⁶ GARCÍA HOM, Anna, Ob. cit., p. 129.

la viabilidad del aseguramiento de acciones de prevención del daño inminente en el seguro de la Responsabilidad Civil.

Refiriendo a los fundamentos principales de la actividad aseguradora, la profesora Hilda Zornosa, recuerda que éstos se fundamentan *“...desde sus orígenes, en la ley de los grandes números, en el cálculo de probabilidades, sin embargo, el desarrollo científico, los avances en la física, en la química y en la biología, los socavan, por éste motivo el aseguramiento de los nuevos riesgos se han encarecido y restringido notablemente. Esta consideración se predica especialmente del ramo de la responsabilidad civil”*¹⁴⁷.

El análisis que la profesora Hilda Zornosa hace de la evolución científica y tecnológica asociada a la creciente generación de nuevos riesgos, aparece oportuno en un escenario de prevención y tratamiento de tales riesgos, que por su fuente generadora repercuten sensiblemente en diversos ámbitos de la vida humana y naturalmente de la actividad empresarial, así plantea ejemplos como: *“el tratamiento y prevención de las enfermedades, el transporte, la conservación y la producción de alimentos, los viajes al espacio, el avance de las telecomunicaciones...”*.

Los factores enunciados, permiten reflexionar acerca del mejoramiento de las condiciones de vida que ha traído el desarrollo científico y tecnológico, pero que como bien lo anota la profesora Zornosa, no lo es tanto si se considera que los beneficiados son unos pocos *“mientras que gran parte de la población recibe, los efectos nocivos de esta evolución, dando lugar a la aparición de verdaderas*

¹⁴⁷ ZORNOSA PRIETO, Hilda Esperanza: et al. Escritos sobre Riesgos y Seguros. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2012, p. 529.

*víctimas... frente a unos riesgos que se encuentran huérfanos de un control social o científico adecuado...*¹⁴⁸.

En este sentido y citando a Luhmann siguiendo a George Spencer Brown, destaca que *“Se confunde con la indiferencia y es, precisamente, la que permite que los espacios de participación social se manipulen, que se transformen en un mero proceso de persuasión a la ciudadanía. Así mismo, es en éste ámbito, que la precaución, como categoría jurídica, deviene un mero discurso retórico porque, como lo demostró Luhmann, hasta la adopción de medidas preventivas desencadena nuevos riesgos”*¹⁴⁹.

El concepto de riesgo, en el derecho de seguros colombiano está orientado a indemnizar pérdidas. Para el seguro privado la palabra riesgo indica la probabilidad de acaecimiento de un acontecimiento dañoso cuya ocurrencia es futura e incierta como lo prescribe el artículo 1054 Código de Comercio colombiano¹⁵⁰.

Puntualizando en **riesgo asegurable** en responsabilidad civil, es precisamente la **responsabilidad del asegurado**. Sobre este particular, vale recordar que el artículo 946 del Código de Comercio colombiano, vigente hasta antes de la reforma introducida en 1971, contemplaba que *“son asegurables la responsabilidad contractual y extracontractual, con la restricción indicada en el artículo 878”*. A partir de la reforma de esta época, el criterio de riesgo asegurable se mantiene; sólo que en adelante se plasmó en el artículo 1127, cuyo texto se modificó atendiendo la propuesta de uno de los miembros del subcomité de

¹⁴⁸ ZORNOSA PRIETO, Hilda Esperanza: et al. Ob. cit., p. 530.

¹⁴⁹ LUHMANN Niklas. Sociología del Riesgo. En: ZORNOSA PRIETO, Hilda Esperanza: et al. Escritos sobre Riesgos y Seguros. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2012, p. 530.

¹⁵⁰ Artículo 1054 C. de Co. Colombiano: “Denominase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador...”

seguros Dr. Álvaro Quiñones, quien señaló que *“sería más propio cambiar la expresión – de acuerdo con las leyes-, por la frase “de acuerdo con la ley”, bajo el argumento de que la nueva expresión supone un mayor alcance*¹⁵¹. En todo caso, fue una modificación que no generó mayor discusión.

Más adelante, con la reforma introducida al Código de Comercio por la Ley 45 del 18 de noviembre de 1990, específicamente referida al artículo 1127, se consagró la posibilidad de asegurar *“la culpa grave”*, tema de enconada controversia en los escenarios doctrinal y jurisprudencial, por cuanto, concebir el aseguramiento de una conducta que implicara la culpa grave del asegurado, era adentrarse en terrenos de la *ETICA*. Sin embargo, sus defensores lo planteaban en términos de que, precisamente esa culpa es el objeto de seguro, pues, de otro modo resultaría en producto inane.

Es así como en el segundo inciso del artículo 1127 se posibilitó el aseguramiento de la culpa grave, bajo el siguiente tenor: *“Son asegurables la responsabilidad contractual y extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055”*. Sobre el punto tocante a la restricción, se ha discutido que obedeció a un error técnico en la redacción del texto, en razón de que el artículo 1055 prohíbe asegurar la culpa grave...”, que en todo caso, se consolidó en razón de que la Ley 45 de 1990, es una ley posterior al Decreto – Ley expedido en 1971.

Este repaso en torno a la modificación del artículo 1127 del código de comercio, se muestra como una clara evolución del seguro de responsabilidad, la cual se muestra a tono con la legislación de otros países, donde no solamente se asegura la culpa grave en responsabilidad sino en toda clase de seguros. Claro está, que en Colombia, sólo tiene aplicación en materia de seguro de responsabilidad civil.

¹⁵¹ ACOLDESE; ACOAS. Antecedentes Legislativos del Derecho de Seguros en Colombia. Ed. Guadalupe. Bogotá. 2002. p. 234.

3.3.1. El riesgo inasegurable en el seguro privado.

Para el derecho privado de seguros, el riesgo es su materia prima, su razón de ser, de hecho, constituye uno de los elementos esenciales del contrato de seguro, sin el cual, no nace a la vida jurídica o termina siendo un contrato distinto. El seguro entonces, constituye una valiosa herramienta para el tratamiento de los riesgos a través del mecanismo de la transferencia. Sin embargo, no se puede perder de vista que presenta serias limitaciones.

Las pólizas incorporan una clara delimitación de responsabilidad del asegurador, determinando el alcance de la cobertura, definiendo riesgos amparados, exclusiones, garantías, deducibles, etc.

El artículo 1056 del código de comercio colombiano enseña que salvo que exista disposición legal en contrario, el asegurador, puede, *“a su arbitrio, asumir todos o algunos riesgos...”* ello supone por regla general que también le es dable delimitarlos, lo cual desde luego, ha de acordarse con su otro extremo contractual (tomador/asegurado), en ejercicio de la autonomía privada de la voluntad.

Dos categorías de riesgos surgen de lo dispuesto por el legislador, así lo examina la profesora Hilda Zornosa: “los asegurables, es decir el suceso incierto que no depende de la voluntad del tomador asegurado y beneficiario y los riesgos inasegurables es decir los que por ningún motivo se pueden asegurar. En efecto, **los riesgos inasegurables** corresponden a una categoría de riesgos **cuyo aseguramiento se encuentra prohibido por el legislador en normas imperativas** que restringen el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad”¹⁵². En efecto, el derecho público de seguros enseña que la actividad aseguradora no puede pasar por alto las prohibiciones que con criterio imperativo demarcan el espectro del contrato de seguro, de tal suerte que si el asegurador incorpora en

¹⁵² ZORNOSA PRIETO, Hilda Esperanza: et al. Ob. cit. p. 550.

sus contratos cláusulas que contraríen normas imperativas tales estipulaciones son ineficaces de pleno derecho.

Así por ejemplo, de acuerdo con la legislación comercial colombiana vigente, tenemos como riesgos inasegurables son:

1. El dolo y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario.
2. Las sanciones de carácter penal o policivo
3. La culpa grave, excepto en los seguros de responsabilidad civil
4. Los hechos ciertos, salvo: La muerte en el seguro de vida, se puede asegurar porque tiene un dejo de incertidumbre (todos sabemos que nos vamos a morir pero nadie sabe cuándo.)

Atendiendo el marco descrito, es menester resaltar que los actos de prevención frente a los cuales se propone su aseguramiento, son aquellos que apunten a la evitación del daño inminente que de no ejecutarse conllevarían la realización del riesgo de responsabilidad civil, porque se materialicen perjuicios en contra de terceros. Con tal orientación, es claro que no se enmarcan en ninguno de los riesgos inasegurables antes indicados.

3.3.2. El riesgo asegurable en el seguro de responsabilidad civil.

Para iniciar el desarrollo de este punto, resulta pertinente abordar el texto normativo mediante el cual el legislador colombiano, concibe el seguro de responsabilidad civil. Al respecto, el artículo 1127 — Modificado. L. 45/90, art. 84.

Naturaleza del seguro de responsabilidad civil, consagra:

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 (...)

En contraposición a esta disposición, el texto anterior del artículo 1127 en concordancia con el artículo 1133, recalcan que el seguro de responsabilidad civil, **no era un seguro a favor de terceros**¹⁵³.

Esta discusión histórica pone de relevancia la evolución del seguro de responsabilidad civil en el contexto colombiano. Pues, ha pasado de ser, como lo sostiene la profesora uruguaya Andrea Signorino, un seguro reparador donde el beneficiario de la indemnización era el asegurado porque primero debía afectar su patrimonio pagando la indemnización a la víctima y luego acudir vía solicitud de reembolso al asegurador, a uno preventivo donde el foco de la indemnización es la víctima y su cobertura opera en forma directa por la acción de esta, previniendo la afectación del patrimonio del asegurado. Sin embargo, obsérvese como el cambio por profundo que fue, no tocó el tema relativo al RIESGO ASEGURABLE, el cual ha sido siempre LA RESPONSABILIDAD del asegurado.

En concreta alusión a esta temática, la Corte Suprema de Justicia colombiana, con ponencia del Magistrado Carlos Ignacio Jaramillo¹⁵⁴, aclara que la reforma introducida al seguro de responsabilidad civil en la legislación comercial vigente

¹⁵³ ACOLDESE. Memorias V Encuentro Nacional. Barranquilla. Junio 27 a 30 de 1979. p. 64. Sobre el particular, la ponencia del capítulo de Medellín a través del doctor Miguel González Agudelo, presenta la siguiente posición: *“el seguro de responsabilidad civil no es un seguro a favor de terceros. En efecto, la obligación del asegurador, vale decir, la prestación a que se obliga, consiste en indemnizar al asegurado, de los perjuicios patrimoniales que sufra como consecuencia de haber incurrido en determinada responsabilidad. El beneficiario directo e inmediato del seguro es, pues, el asegurado. El tercero damnificado apenas es beneficiario indirecto del seguro en cuanto a la indemnización debida por el asegurador, destinada en último término a resarcirle el daño o perjuicio que le ha causado el asegurado, pero el ser destinatario de la indemnización debida por el asegurador no le confiere un derecho propio, autónomo, sobre el crédito del asegurado contra el asegurador”*.

¹⁵⁴ Corte Suprema de Justicia de Colombia de Colombia, Sala de Casación Civil, sentencia del 29 de junio de 2007, Magistrado Ponente Carlos Ignacio Jaramillo. Expediente 11001-31-03-009-1998-04690-01.

(artículo 1127), dirime la controversia en torno a que efectivamente, éste si es un seguro a favor de terceros y lo señala en los siguientes términos:

...Trascendente, por tanto, fue entonces la reforma efectuada al seguro de [responsabilidad en la esfera patria. De estar antes afincado en el asegurado y en su patrimonio, así como de tener por fin cardinal la protección de uno y otro, pasó a ser un seguro medularmente centrado en la víctima y encaminado a repararle a ella el perjuicio que le hubiese sido ocasionado, tanto que se le erigió en beneficiaria de la indemnización, a lo que se agrega que el seguro migró de ser un contrato a favor del asegurado para tornarse en un negocio jurídico a favor de terceros, fundamentalmente. La naturaleza y propósito otrora únicos del contrato, dejaron de ser sus rasgos principales y si bien se conservaron en la nueva normatividad, lo fueron como cuestión complementaria, aledaña, o aún indirecta, esto es, como efecto reflejo del resarcimiento del daño, en la medida en que éste conlleva, en los términos señalados, la correlativa salvaguarda del directo responsable -asegurado- y de su patrimonio.

No en pocas oportunidades se encuentra confusión entre quienes piensan que el riesgo asegurable está representado en el patrimonio del asegurado que pueda resultar afectado tras la ocurrencia de un siniestro, y quienes están convencidos de que este elemento esencial lo constituye efectivamente la responsabilidad del asegurado, como lo ilustra claramente el profesor Juan Manuel Díaz-Granados al señalar que *“dado que el seguro de responsabilidad tiene por objeto, además de proteger a la víctima, salvaguardar el patrimonio del potencial responsable, quien ostenta la calidad de asegurado, el interés se circunscribe en la preservación de dicho patrimonio que es susceptible de erosionarse por deudas de responsabilidad”*¹⁵⁵. Esta postura aparece ilustrada en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de fecha febrero 10 de 2005, exp.7614.

En definitiva, el RIESGO ASEGURABLE es la RESPONSABILIDAD del asegurado y el INTERES ASEGURABLE es la integridad patrimonial del asegurado.

¹⁵⁵ DIAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. El Seguro de Responsabilidad. Edit. Universidad del Rosario. Bogotá: 2006. p. 130.

Siendo que el riesgo asegurable es la responsabilidad, es importante aclarar que el mismo tiene expresiones diferentes en el derecho colombiano a raíz de la reforma introducida por la Ley 389 de 1997, cuando refiere a la modalidad de **ocurrencia** del hecho generador del daño durante la vigencia de la póliza, ora que se trate de la modalidad de **reclamación** presentada por la víctima durante la vigencia del seguro contra el asegurado o contra el asegurador.

La responsabilidad como riesgo susceptible de ser asegurado, anota el profesor Díaz-Granados, *“requiere de su individualización para determinar en qué medida se encuentra cubierto por el contrato... en consecuencia, aquellos riesgos que no se enmarquen en la precisa identificación no podrán considerarse amparados en el respectivo contrato de seguro”*¹⁵⁶.

El código de comercio permite el aseguramiento de la responsabilidad civil contractual y la extracontractual. La póliza de responsabilidad civil extracontractual más conocida en el mercado es la de P.L.O. (predios labores y operaciones); se trata de una póliza todo riesgo que suele excluir las responsabilidades contractuales algunas de las cuales se pueden contratar expresamente mediante anexo.

Es sabido que en el derecho colombiano, el interés asegurable junto con el riesgo asegurable, la prima y la obligación condicional del asegurador, constituyen de acuerdo con el artículo 1045 del Código de Comercio colombiano, los elementos esenciales del contrato de seguro y que la falta de uno de ellos, jurídicamente deviene en una causal de ineficiencia. Luego, pertinente es resaltar la idea de que “la responsabilidad civil es la materia prima del seguro de responsabilidad civil”, como lo manifiesta la profesora Hilda Zornosa, al señalar que *“A esta modalidad de cobertura aplican las normas comerciales del contrato de seguro, el Código Civil, las*

¹⁵⁶ DIAZ-GRANADOS, Juan Manuel, ob. cit. 143.

interpretaciones jurisprudenciales, el sistema general de culpa – que se combina con el de las presunciones de culpa – y las causales de exoneración mediante la prueba de la diligencia o de la causa extraña”¹⁵⁷.

En cualquier caso, en el ámbito del riesgo asegurable en responsabilidad no basta la responsabilidad del asegurado, pues, es imperativo que la misma se encuentre bajo cobertura de la póliza de responsabilidad civil, cuyo valor asegurado no se contrata en función de los daños que pueda ocasionar el asegurado a un tercero sino en consonancia con su universo patrimonial en riesgo, que como lo recuerda la profesora Zornosa, “los aseguradores no sólo aseguran causas – como la culpa grave, la responsabilidad contractual y la extracontractual– sino también consecuencias, pérdidas totales, perdidas parciales” vistas en el marco de la tipología de los daños comúnmente conocidos como patrimoniales (daño emergente, lucro cesante y actualización monetaria) y extrapatrimoniales (daño moral, daño a la vida de relación).

En este mismo sentido, el profesor Juan Manuel Díaz-Granados, señala que:

El seguro fue concebido inicialmente como un mecanismo de protección exclusiva del asegurado responsable, quien decidía contratar la protección con el fin de cubrir su patrimonio; esto tenía cierto reflejo en la ley, que rechazaba la posibilidad para que la víctima pretendiera una indemnización directamente del asegurador. Sin embargo, luego de la ley 45 de 1990, se agrega una segunda finalidad que consiste en la indemnización de los daños inferidos a las víctimas, fenómeno que no significa que el riesgo asegurado haya sufrido alteración: este continuará siendo la responsabilidad¹⁵⁸.

Otro riesgo asegurable en materia de responsabilidad civil que también encuentra fundamento en la ley, lo tenemos en el artículo 1128 del Código de Comercio, que refiere al cubrimiento de los “gastos del proceso”¹⁵⁹.

¹⁵⁷ ZORNOSA PRIETO, Hilda Esperanza: et al., ob. cit. p. 554.

¹⁵⁸ DIAZ-GRANADOS, Juan Manuel. Ob. cit. 141, 142.

¹⁵⁹ El artículo 1128 del C. de Co. colombiano dispone: *El asegurador responderá, además, aún en exceso de la suma asegurada por los costos del proceso que el tercero*

Como quiera que el seguro de responsabilidad civil propugna por una doble función: la protección del patrimonio del asegurado responsable y procurar el resarcimiento de la víctima, es que el presente trabajo reitera la necesidad de incursionar de manera categórica y concreta en el plano de la prevención, otorgando cobertura para gastos orientados a evitar o mitigar los daños, con lo cual se materializa la doble función citada. Pues, es claro que se apunta a preservar el patrimonio del asegurado en la medida en que la potencial víctima no llegue a consolidar tal situación.

Los gastos de defensa, son ejemplo claro de tal intención preventiva, toda vez, que una cosa es dejar que el proceso curse a su suerte y otra diametralmente opuesta, si el mismo proceso es objeto de un acompañamiento profesional y calificado que busca la defensa del asegurado frente a la responsabilidad que se le endilga, sólo que este acto de prevenir que sobrevenga una sentencia adversa está desarrollándose ex post, es decir, después de materializado un daño y la idea es actuar proactivamente en función de contener el daño inminente amenazante, lo que a la luz de este ejercicio académico, evidentemente atiende los rasgos de orden técnico u jurídico para establecer que *corresponde a un riesgo asegurable*.

Conclusión del capítulo 3

Haber visto en desarrollo de este capítulo el entorno del riesgo en el seguro de responsabilidad civil, identificar que es lo asegurable y que lo inasegurable, y

damnificado o sus causahabientes promuevan en su contra o la del asegurado, con las salvedades siguientes:" 1. Si la responsabilidad proviene de dolo 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, éste sólo responderá por los gastos del proceso en proporción a la cuota que le corresponda en la indemnización.

analizar que un escenario adecuado de administración y gestión de riesgos cuyo foco principal es la prevención, lleva a determinar que evidentemente existe una incidencia clara de la Administración de Riesgos en la viabilidad de otorgar coberturas de **prevención** bajo el seguro de responsabilidad civil.

Se veía como el desarrollo tecnológico y científico traen consigo la creación de nuevos riesgos y que el seguro lejos de apartarse radicalmente de ellos, viene buscando en su dinámica, el escenario más propicio como la herramienta de tratamiento de los riesgos por excelencia que es. En efecto, la transferencia de riesgos a través del seguro, constituye un mecanismo idóneo para su manejo, sea que se le apunte al control o a la mitigación de los mismos, pero no es el único. En todo caso, no es fácil acometer un desarrollo vertiginoso, cuando por ejemplo, a la luz del “principio de precaución” reina campante la “incertidumbre”. Pues, es entendible que el acercamiento de la institución del seguro a estos retos sea paulatina, pero es claro que existen los elementos de juicio, técnicos y jurídicos para avanzar en el otorgamiento de coberturas de **prevención**, en el entendido que resultaría menos oneroso que un escenario de reparación, si el concurso del sector asegurador como conocedor de los riesgos e idóneo en su manejo, coadyuvan en un tratamiento más eficaz.

El capítulo final de la investigación estará dedicado a presentar el entorno asegurabilidad de la prevención del daño inminente, ilustrando ejemplos existentes y proponiendo ideas tendientes a la demostración de las hipótesis planteadas para esta investigación, luego de analizar el alcance de la norma que el Colombia reconoce el reembolso de gastos, léase artículo 1074 del Código de Comercio colombiano, solo que expresamente los limita a evitar “la extensión y propagación del siniestro”, aspecto de sustancial importante frente a posiciones doctrinarias patrias que han ahondado en establecer el real alcance de este artículo, en la inteligencia de que un siniestro en cualquier ramo de seguro y más en el de responsabilidad civil, no es un fenómeno que se realiza o ejecuta de manera

instantánea sino que se prolonga en el tiempo, presentando desde luego varios momentos en su itinerario. De la misma forma se presenta la postura del derecho inglés en torno al reembolso de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil, que bajo una rotunda oposición, nutre el campo de discusión que propone este esfuerzo investigativo.

4. RECONOCIMIENTO DE LOS GASTOS DE PREVENCIÓN EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Contextualizado como aparece el tema propuesto, en cuyo desarrollo se tocaron tópicos asociados al propósito de establecer la existencia válida de amparos de prevención del daño inminente al seno del seguro de responsabilidad civil. Corresponde en este capítulo adentrarse de manera concreta en el análisis legal y técnico que puedan soportar la propuesta de investigación, además de ilustrar antecedentes sobre la existencia de amparos del seguro de responsabilidad que le apuntan a la prevención en el mercado asegurador de otros países y del colombiano, que conciben mayor favorabilidad invertir en prevención, que atenerse a la clásica alternativa de la reparación, que de suyo supone un gasto.

En cualquier caso, es preciso señalar que no se trata de evitar “cualquier daño”, como se tuvo la oportunidad de subrayar en apartes anteriores de este trabajo, sino solamente aquél que amenace de manera inminente los intereses tutelados de un tercero, que de no atajarse con medidas preventivas idóneas, definitivamente va a ocurrir.

En esta línea de principio, el profesor Tomás Restrepo plantea que el fin último de una medida preventiva, es “impedir que el daño pase de eventual y evitable a cierto e inevitable, y en consecuencia, impedir que se presente el problema de la reparación”¹⁶⁰. Por analogía, transpolar esta idea al campo del seguro de responsabilidad civil, se sintetiza en precaver la realización del riesgo de responsabilidad que conlleve afectar el seguro de responsabilidad civil para indemnizar a la víctima, cuando se ha podido activar válidamente una cobertura que se active al paso de una medida preventiva que conjure el siniestro o cuando menos minimice o mitigue su consecuencia. Y es que resulta pertinente, rescatar

¹⁶⁰ RESTREPO RODRIGUEZ, Tomás. El remedio preventivo en la responsabilidad civil. Ob. cit., p. 230.

otra idea del profesor Tomas Restrepo, que aludiendo al profesor Juan Carlos Henao presenta la alternativa de evitación del daño como “el daño no ha iniciado su onda explosiva (sic) [expansiva], pero a partir de la alteración de la situación fáctica que soporta el derecho, se concluye que de manera inminente ocurrirá la lesión del mismo”¹⁶¹. Obsérvese como se presenta a manera de “itinerario del daño”, desde que se manifiesta alterando una situación fáctica, hasta su consumación imponiendo su reparación. Puntualmente, el profesor Juan Carlos Henao aludiendo a que el daño no puede ser un evento instantáneo, lo presenta como “la proyección que en el futuro se hará a partir de la amenaza hasta la lesión definitiva...” lo que ha dado en denominar “la prolongación cierta y directa de la amenaza actual”¹⁶².

Para efectos prácticos y en el plano del seguro de responsabilidad se podría ilustrar con la siguiente figura, que se denominará “itinerario del daño”:



El anterior diagrama pretende explicar los momentos que se presentan cuando luego de haber tenido lugar un hecho que altera una situación fáctica, que en línea de ejemplo bien puede corresponde a un SINIESTRO DE DAÑOS, v. gr. El volcamiento de un carro cisterna con hidrocarburo, cuyo vertimiento amenaza la afectación de terceros si no se activa de manera eficiente, eficaz y oportuna un

¹⁶¹ RESTREPO RODRÍGUEZ, Tomás. El remedio preventivo en la responsabilidad civil, ob. cit., p. 2222.

¹⁶² HENAO PÉREZ, Juan Carlos. De la importancia de concebir la amenaza, ob. cit., 194.

plan de contingencia que controle el derrame y se evita que alcance personas, animales, capa vegetal, cuerpos hídricos, etc.

No obstante existir el producto de seguro de responsabilidad civil cuyo amparo básico se extiende a cubrir los alcances potencialmente dañinos que regulan normas como los Decretos 1609 de 2002 y 4299 de 2005, dependiendo del tipo de producto que se transporte, algunas compañías son del criterio de que si el vertimiento del producto tras el evento accidental ocurrido al vehículo transportador, no ocasiona daños efectivos a un tercero, además de no existir SINIESTRO DE RESPONSABILIDAD CIVIL, “tampoco hay lugar a reconocer los gastos en que incurrió el asegurado para activar el plan de contingencia y conjurar el derrame” pese a que los resultados saltan a la vista, con tal efectividad que NO HUBO TERCEROS AFECTADOS, que en términos concretos es el objeto último de las medidas de prevención desplegadas para que no se realice el riesgo de responsabilidad, que desde luego ha estado precedido de un siniestro de daños, en un evento cuyas características sin ninguna duda generaron una situación de RIESGO INMINENTE de dañar a terceros.

4.1. EL DEBER DE EVITAR LA EXTENSION Y PROPAGACION DEL SINIESTRO

No es pacífica la discusión en torno al alcance del artículo 1074 del código de comercio, que atañe a una de las obligaciones del asegurado una vez ocurrido el siniestro y cuyo texto consagra: *“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”*.

En palabras del profesor Andrés Ordoñez, *“ésta es una carga de diligencia que impone la conducta de buena fe que deben observar las partes y que se traduce en evitar que se aumente innecesariamente la indemnización debida por la aseguradora”*¹⁶³. Sin embargo, las acciones que se emprendan en orden al cumplimiento de esta carga, han de estar enmarcadas en la razonabilidad, ejecutando aquellas actividades u operaciones que resulten necesarias para mitigar las consecuencias del siniestro. En consecuencia, lo que se califica es la aptitud de tales medidas en pos de alcanzar el propósito buscado.

También se extracta de la primera parte de este artículo, el deber de salvaguarda del salvamento, que al final, tiene incidencia directa en el alcance de la pérdida, en la proporción que se hubiera logrado rescatar de la cosa siniestrada. En punto tocante con el salvamento, es menester concordar el artículo 1074 del Código de Comercio que se viene estudiando, con el art. 1112 ibídem, en tanto que éste último impone al asegurado no hacer abandono de las cosas aseguradas con ocasión del siniestro.

Obsérvese, como en el contexto de siniestros de daños reales que no patrimoniales, la aplicabilidad del artículo 1074 resulta ser clara dado el expreso fundamento legal que representa. Pues, se parte del supuesto de la realización de un riesgo de daño material frente al cual el asegurado está en el deber de evitar su propagación. Pero es precisamente, este momento en el decurso del siniestro, que da lugar a la aparición de un “limbo” técnico y si se quiere jurídico de no muy fácil comprensión, cuando el siniestro de orden material precede una eventual afectación de terceros, que de consumarse habrá dado lugar a la ocurrencia del siniestro de responsabilidad civil, pero que sí las acciones preventivas son de tal entidad que eviten la realización del riesgo de responsabilidad, tal siniestro no nace a la luz del seguro de responsabilidad civil, evitando claramente la afectación

¹⁶³ ORDOÑEZ ORDOÑEZ, 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 No. 3. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2005. p. 97.

del patrimonio del asegurado, del asegurador y por supuesto sin el surgimiento de ninguna víctima.

Es en este contexto que resulta cuando menos injusto por no calificarlo de incoherente, el hecho de que se alegue por parte del asegurador, que los gastos que evitaron la realización del riesgo de responsabilidad, no sean objeto de reconocimiento en aplicación a la póliza de seguro de responsabilidad civil, so pretexto de que ningún siniestro existió, entonces ¿cual extensión y propagación?

En esta línea el profesor Ricardo Vélez Ochoa, aludiendo al momento en que nace la carga en cabeza del asegurado, plantea que:

Cuando la carga surge, evidentemente el siniestro no ha producido todos los efectos que potencialmente puede producir; de hecho, si así fuera, la carga no tendría ningún tipo de efecto. De hecho, vale la pena preguntarse si es necesario que se hayan producido efectivamente daños al interés o intereses asegurados para que surja la carga de evitar la extensión del siniestro, o si basta con que se produzca un suceso, amparado por supuesto, que potencialmente pueda generar daños a los intereses asegurados, para que surja la carga para el asegurado de intentar evitar las consecuencias de aquel suceso (...) Así, la carga surge incluso antes de que se hayan producido los primeros efectos dañinos del suceso incierto (...) lo anterior, si bien no implica necesariamente que pueda hablarse de siniestro antes de la causación de un daño, por lo menos permite concluir que el siniestro puede llegar a tomarse como un hecho complejo; como un conjunto de aconteceres de orden fáctico que se prolongan en el tiempo¹⁶⁴. (Se subraya).

Puntualizando en la carga derivada del artículo 1074 en punto al seguro de responsabilidad civil, el profesor Vélez sostiene que: “*el siniestro, sigue siendo una situación compleja que se inicia aún antes de que se produzcan las primeras manifestaciones del hecho dañoso; lo que lleva a pensar que en materia de*

¹⁶⁴ VELEZ OCHOA, Ricardo. La carga de evitar la extensión y propagación del siniestro en materia de seguros. En: Memoras del I Congreso Internacional de Derecho de Seguros. Cartagena. FASECOLDA. 2012.

seguros de responsabilidad civil será el hecho externo imputable al asegurado, calificación que supone la inminencia de generación de perjuicios, la que marca el nacimiento de la carga para el asegurado”.(Se subraya).

Vista desde su real perspectiva, la cuestión relativa a la carga que prescribe el art. 1074, se plantea en el terreno del reconocimiento de los gastos en que tiene que incurrir el asegurado para evitar la materialización del año a terceros, esto es evitar que ocurra un siniestro de responsabilidad civil, circunstancia que asociada con los planteamientos del profesor Ricardo Vélez, encuentran eco, si se concibe la idea de propugnar por evitar la consumación del daño en cabeza de una víctima, para cuyo éxito se impone la actuación oportuna y eficaz desde el primer suceso que en forma inminente amenace con la causación de un daño, siendo suficiente, según lo plantea el profesor Vélez, para tener derecho al reembolso de los gastos que procuraron tal evitación de daño, que haya tenido lugar un hecho imputable al asegurado.

En línea de principio resulta oportuno presentar el análisis que en esta temática trae la profesora española Amalia Rodríguez González y que rige en España bajo la denominación de “Deber de Salvamento y Prevención”, al plantear que “la prevención en sentido amplio, no sólo actuaría con anterioridad a la producción del acontecimiento dañoso, sino que puede actuar también, después de que tal acontecimiento se haya producido, puede suceder que en el contrato de seguro se establezca cuáles son los medios de prevención”¹⁶⁵.

Aludiendo al tipo de daño que ha de prevenirse, la profesora Amalia coincide en que no es cualquier clase de daño, al afirmar que “en el caso de las medidas de prevención y su pago por el asegurador, no solo sería necesario que el peligro fuera inminente, sino que también sería imprescindible que el mismo fuera cierto e

¹⁶⁵ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Amalia. El deber de aminorar las consecuencias del siniestro en el contrato de seguro. Madrid. Ed. Dykinson. 2009. p. 33.

inevitable y que produjera amenaza sobre el objeto asegurado que económica caiga bajo la responsabilidad del asegurado”¹⁶⁶. Nótese como el concepto de reembolso que se predica de gastos de prevención, en el seguro español, apunta al daño amenazante inminente.

4.1.1. La buena fe de las partes en el cumplimiento del artículo 1074 del Código de Comercio colombiano.

Lo primero es señalar que en Colombia, el principio de buena fe está concebido de raigambre constitucional en su artículo 83¹⁶⁷ y como principio general del derecho que es, constituye un “criterio de interpretación de los contratos y fuente de integración” de éstos, de tal forma que se presenta como regla de conducta a la que deben someterse las partes de la relación negocial y que entraña un deber de cooperación y solidaridad que deben acatar los contratantes¹⁶⁸.

En el mismo sentido la profesora Amalia Rodríguez, citada arriba, manifiesta que la buena fe en materia del contrato de seguro es de carácter objetivo y que se predica tanto del asegurado como del asegurador¹⁶⁹.

Aludiendo a esta temática, el profesor Andrés Ordoñez, recuerda que por tratarse del contrato de seguro la doctrina más generalizada le otorga “un carácter especial de buena fe, de ubérrima buena fe, no como un simple instrumento para juzgar el comportamiento de las partes frente al cumplimiento de sus obligaciones como es usual en cualquier contrato, sino para moderar objetivamente los efectos del

¹⁶⁶ Ibid., p. 45.

¹⁶⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Art. 83. “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

¹⁶⁸ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Maximiliano. Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho internacional de los contratos. En: Revista de Derecho Privado. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. No. 15 2008. p. 399.

¹⁶⁹ RODRIGUEZ GONZALEZ, Amalia. Ob. cit., p. 44.

mismo...”¹⁷⁰. Del mismo modo el profesor Ordoñez sostiene que “La ley colombiana no distingue, en cuanto a los efectos del incumplimiento de esta carga, si la conducta del asegurado ha sido de buena o de mala fe, como sí lo hacen otras legislaciones, que prevén la pérdida total del derecho a la indemnización en los casos de dolo o incluso de culpa calificable como grave por parte del asegurado”¹⁷¹.

Las razones expuestas llevan a concluir que tradicionalmente se ha entendido que existe una íntima relación entre el principio de la buena fe y el deber de cumplir con la carga que impone el artículo 1074 del Código de Comercio, en su orden, para el asegurado adoptando las medidas razonables para evitar la extensión y propagación del siniestro y para el asegurador, reembolsando los gastos que en el mismo marco de razonabilidad debió incurrir para atender tal disposición legal.

4.1.2. El deber del asegurador de reembolsar al asegurado los gastos para el cumplimiento de la carga que le impone el artículo 1074 del C. de Co.

Resulta indefectible para que nazca para el asegurador el deber de reembolsar los gastos incurridos para evitar la extensión y propagación del siniestro, que el asegurado hubiere cumplido la carga que descansa en cabeza suya, de manera razonable y apropiada.

Cuando el tenor del inciso 2º del artículo 1074 del Código de Comercio consagra que “(...) *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 (...)*”, se está contemplando que el interesado en este reembolso, entiéndase: tomador, asegurado, beneficiario y aún un tercero que hubiere estado

¹⁷⁰ ORDOÑEZ ORDOÑEZ, Andrés. et al. Régimen general de sanción civil al dolo del asegurado en el contrato de seguro. En: Estudios de Seguros. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2012., p. 401.

¹⁷¹ ORDOÑEZ ORDOÑEZ, Andrés E. Las obligaciones y cargas...Ob. cit., p. 99.

en posibilidad de ejecutar las acciones que lograron el propósito de evitar la propagación del siniestro, puede obtener el reconocimiento y pago de dichos gastos aún en exceso de la suma asegurada. Así lo dispone el artículo 1079 Ibídem, al estipular que “(...) *el asegurador no estará obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de los dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074 (...)*”.

Esta condición en que opera el reembolso, constituye una excepción a la regla de que la responsabilidad del asegurador va hasta la concurrencia de la suma asegurada y así lo han reafirmado en forma reiterada la jurisprudencia y doctrina patrias.

En otras latitudes como la española, a comentario de la profesora Amalia Rodríguez, “la obligación del asegurador de reembolsar al asegurado los gastos de salvamento (como se denominan en España), es la consecuencia lógica de la obligación del asegurado, y la condición necesaria de un equilibrio entre las obligaciones y derechos de las partes. Con ello aparece un factor de motivación en los asegurados a la hora de adoptar medidas oportunas de salvamento”. Insiste de manera categórica frente a la razonabilidad de esta disposición contractual, que “no resultaría equitativo que el asegurador se beneficiara de los gastos de salvamento realizados por el asegurado, sin el reembolso de los mismos”¹⁷². En estos términos queda ilustrado que de manera semejante a cómo opera el reembolso de gastos en Colombia, opera en el contrato de seguro español.

4.1.3. Consecuencia del incumplimiento de la carga establecida en el artículo 1074 del C. de Co.

Abordar este tema impone remitirse a lo consagrado en el inciso 1º del artículo 1078 del Código de Comercio patrio, según el cual “Si el asegurado o el

¹⁷² RODRIGUEZ GONZALEZ, Amalia. Ob. cit., p. 87.

beneficiario incumplieren las obligaciones que les corresponden en caso de siniestro, el asegurador sólo podrá deducir de la indemnización el valor de los perjuicios que le cause dicho incumplimiento”. Esta circunstancia, de que el asegurador esté llevando a su cliente-asegurado ante los tribunales para hacerse reconocer unos perjuicios so pretexto del incumplimiento de cargas como la que señala el artículo 1074, para efectos prácticos es poco frecuente. En cualquier caso, ahí está la norma, para acceder a ella en la medida en que la compañía de seguros esté en la capacidad de probar, no solo la falta de conducta del asegurado, dada la presunción de buena fe exenta de culpa de que está revestida su actuación, según lo estipula el artículo 835 *Ibidem*, sino también que se le ha ocasionado un perjuicio con tal incumplimiento, amén de acreditar idóneamente la cuantía de tales perjuicios. Caso contrario, es decir, de no accionar en forma oportuna al asegurado persiguiendo tal reconocimiento de perjuicios, implicaría para el asegurador incurrir en mora frente al cumplimiento de su obligación condicional de indemnizar dentro del término que impone el artículo 1080 de la misma normatividad comercial que se viene tratando.

4.2. EL REEMBOLSO DE COSTOS DE PREVENCION EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO INGLES

Estando en el capítulo atinente ya no a la institución de la responsabilidad civil que se tuvo la oportunidad de tratar espacios atrás, sino del seguro de responsabilidad civil, y particularmente en el tema asociado con la temática de investigación, encarnado en la viabilidad de existencia de amparos de prevención en esta clase de seguro, resulta de interés e importante aporte, el trabajo desarrollado por el profesor colombiano Tomás Restrepo Rodríguez, que coincidente con la idea de este esfuerzo académico, la trata con el prisma del derecho Inglés¹⁷³.

¹⁷³ RESTREPO RODRIGUEZ, Tomás. El reembolso de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil en el derecho inglés. *En*: Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. No. 20 (enero – junio de 2011). pp. 399.

Para efectos prácticos del presente estudio, se tratará de sintetizar las ideas medulares en que se centra el ensayo que precisamente trae como nombre “El reembolso de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil en el derecho inglés”. Para contextualizar al lector en el alcance de este aporte, se presenta a continuación, el contenido temático en que se desarrolla: 1. Argumentos en contra del reembolso de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil en el derecho inglés. 2. Teorías que justifican el reembolso de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil. 3. El reembolso de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil es un asunto de interés público. 4. Conclusión.

El debate argumentativo desarrollado en los tres temas planteados tiene como punto de partida la siguiente pregunta de investigación: “¿la póliza de responsabilidad civil cubre los costos que asume el asegurado para prevenir la ocurrencia del siniestro?”. Este concreto interrogante, (coincidente en un todo con la propuesta de tesis), llevan al profesor Restrepo a trasegar por los argumentos que llevan a la jurisprudencia inglesa a negar dicho cubrimiento pasando por explorar las justificaciones de naturaleza contractual y extracontractual para afirmar que el asegurado debe acceder al reembolso de esta clase de costos, hasta el planteamiento de la necesidad en el derecho inglés de una norma imperativa que obligue al asegurador a cubrir los costos de prevención¹⁷⁴.

Introduce su trabajo, aludiendo a la necesidad del contrato de seguro en una sociedad plagada de riesgos, indicando que éste “emerge como una institución fundamental para el orden social mediante la transferencia del riesgo del individuo al grupo”. No deja de ver la dinámica en que se mueve el contrato de seguro en el mercado y recaba en la necesidad del seguro de responsabilidad civil que se “revela ineficiente al momento de compensar a las víctimas”, pero que tan importante para la sociedad que frente a ciertas actividades es de carácter obligatorio.

¹⁷⁴ Ibid., p. 399.

Se trae a colación la definición que la jurisprudencia inglesa hace del seguro de responsabilidad civil en Inglaterra según la cual, se trata de “cualquier seguro que indemnice obligaciones con terceros”. Nótese como, no obstante la amplitud de la definición, su aplicación se restringe a tres eventos concretos: cuando tal reparación la determine un juez, un laudo arbitral o el acuerdo entre las partes. Es decir, lo que activa la cobertura del seguro es el establecimiento de la responsabilidad. También se ilustra que tal como lo hace la doctrina colombiana, la inglesa clasifica el seguro de responsabilidad civil dentro de los seguros de indemnidad o patrimoniales, que en el fondo procura compensar la pérdida que sufre el asegurado en su patrimonio, y que en el derecho inglés la indemnización debe corresponder a la cuantía de la condena de responsabilidad civil. Se aclara sin embargo que el principio de indemnidad no es absoluto y que el libre ejercicio de la voluntad puede flexibilizarlo.

También se explica que en Inglaterra el seguro de responsabilidad civil es a favor de terceros, en tanto que el beneficiario de la indemnización no es el asegurado, con la claridad de que en esta legislación no se ha reconocido la acción directa de la víctima en contra del asegurador.

El problema del reembolso de los gastos de prevención en el seguro de responsabilidad civil.

En torno al reembolso de gastos de prevención en el seguro de responsabilidad civil inglés, se debe concretar, lejos de reconocerlos, la póliza contiene una cláusula que obliga al asegurado a tomar todas las medidas necesarias para evitar o mitigar el daño, como condición para el pago de la indemnización, bajo un esquema diametralmente opuesto al artículo 1074 del Código de Comercio colombiano, pues, la presenta bajo el siguiente tenor:

Ante el descubrimiento de cualquier circunstancia o evento que pueda originar una demanda de responsabilidad civil, conforme a los términos de esta póliza (...) el asegurado está obligado a llevar a cabo y permitir que se desarrolle toda acción – razonable en la práctica – dirigida a evitar la propagación de la pérdida, destrucción o daño y minimizar o vigilar cualquier interrupción o interferencia con el negocio, o evitar o mitigar el daño¹⁷⁵.

Este alcance es reafirmado por la jurisprudencia inglesa al sostener en la decisión del caso entre *Yrksire Waters Services Vs Sun Alliance & London Ins*, que “las pérdidas que no se pueden evitar razonablemente no son reembolsables”. En este caso, el asegurado ante la amenaza inminente de inundación de predios vecinos provocado por la fractura de un depósito de desechos, adoptó medidas de prevención que evitaron el nacimiento de la obligación de reparar y, consecuentemente, evitó que la aseguradora tuviera que pagar millones de libras por la ocurrencia del siniestro, la Corte de Apelación, negó al asegurado el reembolso de estos gastos¹⁷⁶.

El criterio en que la Corte de Apelación decidió de la forma ilustrada antes, es que “si el asegurado no ha causado daño a un tercero, no existe fuente de la obligación de reparar y, en consecuencia, tampoco nace el deber del asegurador de compensar al asegurado”. Es una decisión, que simple vista puede resultar injusta y económicamente ineficiente, porque con estos antecedentes lo que se hace es desincentivar al asegurado para que adopte medidas preventivas que pueden impedir que nazca la obligación del asegurador.

Con todo, el derecho inglés si concibe la posibilidad de que contractualmente las partes pacten esta clase de cubrimiento. Es decir, “si la póliza de responsabilidad civil no contiene una cláusula que establezca el cubrimiento de los costos de prevención del daño, la aseguradora no es responsable de los gastos en que incurrió el asegurado para evitar la pérdida”.

¹⁷⁵ Ibid., p. 403.

¹⁷⁶ Ibid., p. 404.

Argumentos en contra del reembolso de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil

En esta línea de principio, son fundamentalmente siete (7) los argumentos en que las cortes inglesas centran su criterio de que “el asegurado no debe ser reembolsado en los costos de prevención cuando el contrato no tiene una cláusula que lo tenga previsto”. Así tenemos:

1) Los principios de equidad y justicia no están reconocidos en el derecho inglés de los contratos. 2) El concepto de responsabilidad civil no comprende la prevención del daño como fuente de la obligación de reparar. 3) El derecho a reclamar la compensación del asegurador sólo nace cuando la responsabilidad está establecida. 4) No es necesario introducir un término implícito que establezca que los costos de las medidas preventivas son reembolsables en la póliza de responsabilidad civil. 5) Las medidas de prevención son tomadas en el interés del asegurado. 6) La obligación de evitar o minimizaron de evitar o minimizar la pérdida no implica necesariamente que el asegurador deba reembolsar los costos de evitación y mitigación y 7) Es imposible establecer qué costos de prevención son razonables¹⁷⁷.

Teorías que justifican el reembolso de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil

En contraposición a los diversos argumentos que el derecho inglés utiliza para negar el reembolso de los gastos de prevención en el seguro de responsabilidad civil, aparecen algunas teorías que los justifican y para ilustrarlas se analizan desde dos perspectivas: contractual y extracontractual.

En el ámbito contractual, se alude a la doctrina del peligro inminente y a la teoría de los términos implícitos. Con respecto a la doctrina del peligro inminente se toma como complemento a la teoría de la causa próxima y en tal sentido un

¹⁷⁷ Ibid., p. 407.

asunto de causalidad que citando a Neil Campbell, el profesor Restrepo presenta como, sí “el evento asegurado fue causado por un riesgo asegurado”. En síntesis, el reconocimiento de la doctrina del daño inminente desarrollada en el caso *Bridgeman Vs Allied Mutual Insurance Ltd* (del año 2000), termina con la siguiente definición: “...*un peligro actual, y no simplemente un miedo... de que a menos que se haga algo, el daño ocurrirá*”. Esta es una tesis ampliamente controvertida, pues, según sus opositores, se edificó sobre una inconsistencia consistente en concebir la aplicación de la doctrina del peligro inminente como una extensión del evento asegurado, extensión que no aparece justificada¹⁷⁸.

En relación con la teoría de los “términos implícitos”, se afirma que en “contraste con los términos expresos, los implícitos no están establecidos de manera visible en el contrato. En el derecho inglés estos términos pueden introducirse por la costumbre, los jueces, la ley o la Constitución”. En este orden, se puede llegar a pensar que la introducción d un término implícito justificaría el reembolso de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil¹⁷⁹.

Ahora bien, en el campo extracontractual, la aproximación al reembolso de los costos de prevención en esta clase de seguro, se ha analizado desde la óptica de la justicia y la restitución. Este tema se ilustra con el caso *Leebov Vs United States Fidelity and Guaranty Company*, donde la Corte Suprema de Pennsylvania estableció que los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil son reembolsables con fundamento en la justicia. Esta decisión ha sido aceptada como precedente por varios Estados y Cortes Federales. Sin embargo, es una posición que aparece como lo señala el profesor Restrepo, carente de razonamiento jurídico, pues, sólo se sustenta en que rechazar el reembolso de esta clase de gastos “parece injusto”.

¹⁷⁸ Ibid., p. 419.

¹⁷⁹ Ibid., p. 420.

En punto tocante con la figura de la restitución, el criterio para apoyar el reembolso de los gastos de prevención en el seguro de responsabilidad civil, se sustenta en que *“...como las medidas tomadas para evitar o mitigar la pérdida benefician al asegurador, él tiene la obligación extracontractual de restituir el beneficio al asegurado. La teoría de la restitución, bajo la forma del derecho a la subrogación y la doctrina de la necesidad, ha sido utilizada para justificar el estos costos de prevención...”*.

Este análisis sobre la teoría de la restitución, se apoya en la doctrina de la necesidad (persona urgida de bienes y/o servicios) como otro argumento a favor del reembolso de costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil, según la cual, se presentaría cuando *“...el asegurado, mediante la adopción de medidas apropiadas para mitigar o evitar el daño, procura un servicio necesario al asegurador. Entonces, como resultado, el asegurador estaría obligado a reembolsar los costos de las medidas preventivas”*¹⁸⁰. En cualquier caso, también es una teoría controvertida y no se reconoce como fundamento de la restitución, sobre la base de que en el estado de avance tecnológico actual, *“es muy difícil imaginarse una hipótesis en que no sea posible para el asegurado comunicar al asegurador del peligro de daño”*.

El reembolso de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil es un asunto de interés público

El autor de este artículo, profesor Restrepo, plantea que el derecho al reembolso de los costos de prevención revisten gran importancia, en la medida en que constituye un incentivo al asegurado a evitar y/o minimizar la pérdida y, por consiguiente atenúa el problema del “moral hazard” (riesgo moral). En contraposición a ello, esto es, que el asegurado sienta el abandono de su asegurador frente al reembolso de estos gastos, *“no tendrá ningún incentivo para*

¹⁸⁰ Ibid., p. 431.

impedir que lo peor ocurra”, lo cual resulta directamente relacionado con la adversidad que incrementa la exposición de los terceros a convertirse en víctimas.

Insiste el profesor Restrepo, que “los terceros deben estar protegidos contra las externalidades que la póliza de responsabilidad civil supone”. Por tanto es partidario de la expedición de una norma que obligue al asegurador a reembolsar los costos de las medidas preventivas del asegurado. En todo caso, esta imperatividad normativa no puede quedar a merced de cualquier circunstancia, sino que debe atender unos presupuestos mínimos, a saber: a) La Inminencia del peligro. b) La razonabilidad de las medidas y su carácter extraordinario. c) La buena fe del asegurado.

De la importante ilustración vista en el trabajo del profesor Restrepo, se extractan, pese a la negativa del derecho inglés de reconocer el reembolso de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil, importantes planteamientos coincidentes con la propuesta investigativa en desarrollo que es insistente en reiterar, a riesgo de repetir, que es mejor prevenir que curar y en este contexto se denota el avance del derecho de seguro colombiano frente al derecho inglés, que con las restricciones y controversias que en un momento dado se puedan presentar, no rechaza de plano el derecho al reembolso a los gastos para evitar la extensión y propagación del siniestro, como sí se hace en Inglaterra, donde evidentemente se necesita la creación de una norma imperativa que consagre este derecho a favor del asegurado, que sin duda redundará en beneficios prácticos para el asegurador.

4.3. EL REEMBOLSO DE GASTOS DE PREVENCIÓN EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN COLOMBIA

Vistos como han quedado, tanto el alcance del artículo 1074 del Código de Comercio colombiano frente al reconocimiento de los gastos en que razonablemente incurra el asegurado para evitar la extensión y propagación del

siniestro, como la radical posición del derecho inglés en desconocer la viabilidad del reembolso de los “costos de prevención” como ellos los denominan, corresponde intentar la ilustración de cómo se comporta el tema en el contrato de seguro de responsabilidad civil colombiano.

Del análisis efectuado hasta aquí, resulta pertinente resaltar algunas posiciones de la doctrina nacional conducentes a dar claridad al tema de investigación. En línea de ejemplo, los profesores Juan Carlos Henao y Ricardo Vélez Ochoa, coinciden en concluir que el siniestro en cualquier ramo de seguro, pero fundamentalmente en el de responsabilidad civil, no es un acontecimiento que se realice de manera instantánea y pase. Por el contrario, sostienen que es un fenómeno que transita desde un suceso inicial mediante el cual se manifiesta el riesgo que avizora un eventual daño, hasta que éste se materializa o se consuma, con lo cual coincide la propuesta de investigación.

Por su parte la hipótesis planteada en este trabajo, sostiene que en el interregno entre la manifestación del suceso inicial y la consumación del daño, existe un limbo que es necesario dilucidar.

Pues, no son pocas las voces en el ámbito patrio que en materia del seguro de responsabilidad civil y al mejor estilo del “derecho inglés”, se oponen al reconocimiento de gastos previos a la causación del daño a un tercero, so pretexto de que al no existir el siniestro de responsabilidad civil por la ausencia de un tercero efectivamente afectado, no se activa la póliza.

Peor aún, insisten en rechazar la aplicación del artículo 1074 del Código de Comercio colombiano, con fundamento de que el reembolso allí reconocido es para evitar la extensión y propagación del siniestro, lo que supone que el siniestro haya ocurrido efectivamente y que si no hay tercero afectado, tales gastos no tienen asidero para su reembolso.

En cambio, existen posturas que reconocen el resultado de la diligente gestión del asegurado que conjuró el daño a terceros, como un argumento a favor del reconocimiento y pago de los gastos en que este incurrió con tal propósito.

Sin embargo, la óptica con que se pronuncian doctrinantes como Juan Carlos Henao y Ricardo Vélez O., es que el siniestro de responsabilidad civil no se materializa en un solo momento, y que generado un hecho imputable al asegurado, surgen naturalmente las medidas de prevención, que puntualmente el profesor Vélez sostiene en que están al amparo del artículo 1074 citado, postura que resulta razonable pero que al no estar generalmente aceptada, se impone la necesidad de hacer un alcance a esta norma en función de aclarar su aplicación, dados los beneficios que reporta para las partes, incluido desde luego el asegurador.

A este respecto el Laudo Arbitral proferido dentro del proceso entre OCENSA Vs LIBERTY Seguros S.A., recuerda conceptos básicos alusivos al siniestro que se traduce en la realización del “riesgo asegurado” y que para que haya reclamo se requiere probar su ocurrencia y su cuantía.

Además indica “...que hay ocasiones en que las partes ejercen la autonomía privada de la voluntad y pactan que estos gastos se causan aún ante un inminente peligro, en cuyo caso el deber de evitar la propagación de la pérdida se constituye en algo más que un deber para evitar el impacto del daño; sin duda, se trata más bien de un deber que debe ser ejercido para impedir la causación del daño mismo, todo lo cual se encuentra en consonancia con la función preventiva de la responsabilidad civil”¹⁸¹.

¹⁸¹ Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. Laudo proferido dentro del Proceso Arbitral de Oleoducto Central S.A. OCENSA contra Liberty Seguros S.A, el 8 de noviembre de 2006. Árbitros – doctores: Jorge Santo Ballesteros, José Pablo Navas e Hilda Zomosa Prieto.

Desde luego, también encuadra en el contexto de la tutela civil inhibitoria, de que trata el moderno derecho de daños, cuya acción trasciende de un acto meramente resarcitorio a otro de prevención.

Se mencionaba en un aparte anterior, que el seguro de responsabilidad civil cumple hoy una doble función, pues, protege el patrimonio del asegurado responsable y tiene como propósito resarcir a la víctima beneficiaria. En tal propósito la idea de incorporar una cobertura para zanjar esta discusión en el alcance y aplicabilidad del artículo 1074 del código de comercio colombiano, resulta conducente según lo plantea la temática investigativa.

Ejemplo de esta enconada controversia se ilustra con el siniestro que llevó al asegurado OLEODUCTO CENTRAL S.A. a demandar en trámite arbitral a LIBERTY SEGUROS S.A., por el no reconocimiento de los gastos efectivamente incurridos por el asegurado pero no consolidados con la reclamación de terceros. En efecto, algunos de los apartes en que la aseguradora centra su férrea defensa, se deja ver la vehemencia con que se afronta este tipo de situaciones. Se presenta a manera de ilustración los siguientes:

Afirma Liberty que el siniestro no es un concepto que pueda al garete predicarse indistintamente de cualquier póliza que se tenga contratada, ni los gastos para evitar la extensión y propagación del siniestro con cargo a una póliza constituyen un sucedáneo o un comodín legal y contractual para suplir las reclamaciones fallidas de otra póliza, mucho menos el mote y denominación de unas erogaciones permite mutar la naturaleza de éstas y convertirlas en gastos razonables para evitar la extensión y propagación de un siniestro... El punto crucial, en este contexto, alude a establecer, en una póliza de responsabilidad civil, hasta donde los gastos y expensas incurridos por el asegurado corresponden a aquellos en que, por virtud del artículo 1.074, ha de incurrir y deben serle reembolsados por el asegurador, por ser del interés de éste, y desde donde resulta improcedente su reconocimiento por corresponder al interés exclusivo del asegurado, en cuanto hacen referencia a la guarda, conservación y mantenimiento de su propias cosas¹⁸².

¹⁸² Ibid. Laudo Arbitral Oleoducto Central S.A. OCENSA contra Liberty Seguros S.A.

En otro de sus apartes esta providencia resalta que la función de la institución de la responsabilidad civil no se circunscribe a procurar la indemnización integral del detrimento derivado de un siniestro sino además:

...prevenirlo en la medida en que el sujeto a quien se imputa el evento con aptitud para producir el daño esté en capacidad de evitar que efectivamente se cause un perjuicio a terceros, quienes al fin de cuentas en el seguro de responsabilidad civil van a ser los beneficiarios de la indemnización

(...)

Igualmente, y para los efectos previstos en el artículo 1074 del Código de Comercio, en relación con el seguro de responsabilidad civil, “el hecho externo imputable al asegurado” ha de ser tal que, conforme a las reglas de la experiencia y al sentido común, in re ipsa, tenga objetivamente la posibilidad de desplegar, por sí mismo, el fenómeno desencadenante de una situación dañosa con lo cual se quiere significar que le corresponde al mismo asegurado o sujeto responsable, dentro de una mesurada y razonable previsibilidad, y atendidas aquellas circunstancias, evaluar las consecuencias que el hecho imputable pueda desarrollar para adoptar las medidas o procedimientos que sean indispensables “para evitar la extensión y propagación del siniestro”,

El criterio con que se analiza la efectividad del reembolso de gastos de prevención en el seguro de responsabilidad civil en Colombia, como lo advierte el Laudo Arbitral citado, está fundado en un tipo de daño que analizadas las consecuencias que puedan sobrevenir de su materialización, permiten inferir que se trata del daño inminente, frente a lo cual resulta, como se ha insistido a lo largo del trabajo, procedente el reconocimiento esta clase de gastos.

Este aspecto crítico entre otros varios suscitados en el decurso de esta clase de fallidas reclamaciones, es el que lleva a la propuesta investigativa a presentar una alternativa de cobertura en función de acciones preventivas, cuyo alcance será objeto de análisis y pacto entre las partes del contrato de seguro para su inserción en la póliza en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, precisamente para

precaer que al amparo del reconocimiento de este tipo de gastos, se filtren conceptos que realmente constituyan un mejoramiento o enriquecimiento atentatorio contra el principio indemnizatorio que consagra la legislación comercial colombiana en su artículo 1088.

4.3.1. Figuras de reembolso de gastos de prevención en el mercado asegurador colombiano.

Ya se mencionada en la introducción del capítulo, que el aseguramiento de algunas acciones de prevención, ya existen en el mercado asegurador colombiano, incorporados a través de disposiciones normativas algunas y desarrollados por la práctica contractual de esta industria en otras, así tenemos:

Gastos y costos de defensa

Es innegable que el amparo para costos del proceso según lo consagra el artículo 1128 del código de comercio - **Modificado. L. 45/90, art. 85. Responsabilidad del asegurador**, constituye un palpable ejemplo de una cobertura **preventiva**. En efecto, al iniciarse el despliegue de actuaciones orientadas a defenderse de la acción de los terceros afectados que persigan la reparación o indemnización de daños y perjuicios en el evento que el asegurado sea declarado responsable de los mismos.

Como se puede observar, la cobertura al tenor del artículo 1128 de la legislación comercial colombiana vigente, que ya se ha tenido la oportunidad de comentar, se activa antes de la realización del riesgo encarnado en la responsabilidad, cuya bondad se evidencia en la medida en que se logre obtener una sentencia favorable a los intereses de la aseguradora.

En la práctica, se trata como lo advierte la profesora Zornosa, “de morigerar el texto legal estipulando que los honorarios y gastos deben ser aprobados de manera previa a su causación. Por lo demás, el asegurador se reserva la facultad

de coordinar la dirección del proceso, así el asegurado se compromete a suministrar las informaciones, y a definir con el asegurador las estrategias sustanciales y procedimentales para el ejercicio de las defensas procesales...” con la salvedad de que si la responsabilidad no es clara, la víctima se verá obligada a ejercitar su acción directa contra el asegurador o una acción ordinaria de responsabilidad civil contra el asegurado llamando en garantía a la aseguradora¹⁸³.

El espíritu entonces, de este amparo, está claramente orientado a cubrir una acción preventiva. En otros términos, asumir unos costos y gastos en procura de lograr la absolución del asegurado frente a la responsabilidad que se le endilga, evento en el cual habría resultado sustancialmente menos oneroso, que si no se adelantara.

Gastos de limpieza y descontaminación

Referir a la cobertura de seguro para eventos de contaminación, es ubicarse en la práctica actual, donde al amparo del seguro de responsabilidad civil se otorga un anexo para este tipo de riesgo, que generalmente, en el condicionado básico de la póliza aparece excluido, pero por su connotación de exclusión relativa, es susceptible de convertirse en amparo a cambio de la clásica contraprestación. Esto es, una **prima adicional**.

Ello se puede apreciar, por ejemplo, con el auge que ha tenido el manejo de mercancías peligrosas, con mayor énfasis en el riesgo de transporte de las mismas, cuando tras la ocurrencia de un accidente al vehículo transportador sobreviene el derrame del producto peligroso que amenaza contaminar la capa vegetal, cuerpos hídricos, personas o toda clase de bienes en la zona de influencia del siniestro. La cobertura apunta a desplegar todas las acciones

¹⁸³ ZORNOSA PRIETO, Hilda Esperanza: et al. Ob. cit. p. 559.

necesarias para evitar que tal producto alcance a dañar a un tercero, evitando de esta manera que se realice el riesgo de responsabilidad civil. Pues, en la práctica se incurrió en unos gastos de típica **prevención**, precaviendo la **reparación** de terceros perjudicados, que de haber sido alcanzados con los efectos nocivos de la contaminación, seguramente habría derivado en onerosas indemnizaciones.

Este segundo ejemplo de aseguramiento de la prevención, es indicativo de que el sector asegurador, viene con la prudencia debida, accediendo al otorgamiento de algunas coberturas con esta finalidad, acumulando experiencias que permitirán a futuro contemplar un modelo de aseguramiento con mayor alcance. Claro está que en este caso en particular, es donde mejor evidencia el itinerario del siniestro de responsabilidad: a) tiene lugar un suceso o hecho imputable al asegurado (transportador) con ocasión del accidente del automotor. b) sufre efectivamente un daño en su patrimonio como consecuencia de la pérdida de la carga transportada y por incurrir en costos para la atención de la contingencia en orden a evitar la causación del daño a un tercero y c) no se materializa el daño en cabeza de un tercero.

Product Recall o Retirada de Productos

Desarrollando el tema relacionado con el principio de precaución, veíamos como su concepción inicial apuntó a reaccionar rápidamente ante un posible peligro para la salud humana, animal o vegetal o para proteger el medio ambiente, aún en el evento en que el riesgo no esté determinado o identificado completamente por falta de registros históricos o datos científicos.

Un ejemplo aplicable a este escenario, lo constituye precisamente la acción de impedir la distribución de productos que puedan entrañar un peligro para la salud o incluso proceder a su retirada del mercado.

En efecto, cuando se toma la determinación de retirar un producto del mercado, en el contexto de la responsabilidad civil, es porque se detecta algún defecto que pueda ser potencialmente dañino, lo cual naturalmente, implica altos costos, que son precisamente el objeto del seguro “Product Recall”, que activando una cobertura de prevención, impide la materialización del daño en la integridad de terceros y con ello precave el asumir los costos de reparación, los cuales pueden llegar a ser en extremo altos. Se trae a colación este ejemplo por lo conducente, no porque constituya una cobertura de responsabilidad civil.

Anexo de costos de limpieza - electrónica

Es un amparo de prevención cuyo texto es de la aseguradora AIG, hoy Chartis Colombia y que apunta al campo de la electrónica y la sistematización para actuar antes de que se realice un eventual siniestro. El texto es el siguiente: *“Los reaseguradores se comprometen a indemnizar al Asegurado por todos los gastos incurridos y/o honorarios pagados por el Asegurado (todos con la aprobación previa de los reaseguradores dada por escrito) para la verificación y reconstitución de Instrucciones Computarizadas Electrónicas que hayan sido preparadas o modificadas de manera fraudulenta de manera que puedan dar origen a un siniestro bajo las Cláusulas de Seguro aplicables de esta Póliza”¹⁸⁴.*

4.3.2. Concurso del asegurador en programas de prevención de su asegurado

En el mismo anexo de gastos para prevención del daño que se propone, resulta conducente considerar la participación del asegurador destinando un porcentaje del valor de la prima para adoptar conjuntamente con el asegurado, medidas

¹⁸⁴ AIG Seguros. Anexo de costos de limpieza

destinadas a este propósito, de tal suerte que se genere una adecuada dispersión del riesgo, cargando a cada ramo de seguro el porcentaje que un estudio objetivo en cada caso determine.

Un ejemplo de esta figura, se encuentra en los programas de prevención de pérdidas que involucran capacitación al personal de conductores de empresas que cuentan con flota propia de automotores, v.gr. un transportador.

El contenido de las capacitaciones dictados como talleres, charlas o a nivel de diplomados, conllevan un idóneo adiestramiento en conocimiento de normas de tránsito, manejo defensivo, alcance y consecuencias de la responsabilidad civil, penal y de otro orden que se derive de verse inmerso en un accidente de tránsito, cuyo foco es apuntar a evitar la siniestralidad.

Este tipo de programas implican inversión considerable de recursos, y el llevarlas a cabo ha mostrado resultados favorables en los índices de siniestralidad. Como quiera que para el ejemplo citado en el párrafo anterior, se involucran cuando menos tres ramos de seguro, a saber: Autos, transporte de mercancías, y responsabilidad civil, se hace necesario desagregar la participación de cada ramo de seguro en dichas acciones de prevención, a efectos de que no todo el impacto lo tenga el seguro de responsabilidad civil, que particularmente tiene un propósito: evitar la accidentalidad para conjurar el daño hacia terceros, en su integridad personal o en sus bienes.

La experiencia muestra, que cuando una aseguradora interviene en esta clase de programas, los P & G de las cuentas intervenidas corresponden con un bajo índice de siniestralidad. Es entonces, donde se materializa la bondad de la PREVENCIÓN. En este orden de ideas se impone entender que esta participación del asegurador en los programas de prevención conjuntamente con su asegurado, bien podrían dejar de llamarse sin más, “servicios” o “valores

agregados”, cuando realmente corresponden a verdaderas actuaciones en el terreno de la prevención.

Generar un anexo aplicable a la póliza de seguro de Responsabilidad Civil, permitiría unificar criterios frente al rubro presupuestal que ha de registrar dichos gastos, que comúnmente se observan imputados al concepto contable de “gastos de emisión de pólizas”. Entre tanto se precisa el alcance desde la ley.

La idea, es crear la herramienta, EL ANEXO DE GASTOS DE PREVENCIÓN DEL DAÑO, donde se puedan incorporar las distintas opciones vistas en la ilustración de este 4º capítulo, que permitan al sector asegurador unificar criterios frente al manejo de esta arista del negocio asegurador, en correspondencia con la perspectiva que plantea la TUTELA INHIBITORIA DEL DAÑO, cuya bondad, a juicio de la propuesta investigativa, es posible transpolar al mundo del seguro de responsabilidad civil. Máxime cuando aún en el ámbito inglés como el más férreo contradictor del reembolso de gastos de prevención en el seguro de responsabilidad civil, se concibe la posibilidad de que las partes pacten este tipo de amparo.

En el análisis de cada negocio se determinará el origen de los recursos, sea que impacten la prima pura de riesgo, u otro componente del factor “G”, cuyo porcentaje de concurrencia del asegurador se pactará bajo la garantía de que el plan de prevención que se acuerde, se implemente en el curso de la vigencia del seguro, caso contrario, tal monto no se entenderá acreditado a favor del asegurado en forma automática.

La idea es que quede sometido a condición de que se implementen las medidas que conjuntamente se acuerden entre las partes, a la iniciación de la vigencia de la póliza, que bien puede ser bajo el modelo de un programa de administración de riesgos donde se delimite claramente la intervención del asegurador, de cara al programa de seguros contratado.

4.3.3. Propuesta de anexo para gastos de prevención en el seguro de responsabilidad civil (anexo 1)

La ilustración desarrollada a lo largo de la investigación, indican que la institución del seguro de responsabilidad civil no está ajeno a la dinámica propuesta por el derecho de daños, al trascender en su concepción del manejo del daño, de un plano eminentemente **resarcitorio o reparador** a permitir una extensión en la que se admite un escenario de **prevención** instrumentado a través de la tutela inhibitoria del daño.

En este contexto, la propuesta concreta consiste en la creación de un anexo a la póliza de responsabilidad civil que consolide o agrupe las coberturas de prevención ya creadas y se complemente con los amparos que resulten pertinentes y conducentes, asociadas al seguro de responsabilidad civil:

El documento proyectado como anexo, se edifica sobre la idea de consolidar los distintos amparos que integrarían la cobertura de **gastos para prevención del daño**, cuyo desarrollo respeta el marco legal regulatorio del contrato de seguro en Colombia, recoge las experiencias del sector asegurador en esta temática e incorpora la aceptación del esquema preventivo en otros países, como un elemento determinante en la viabilidad del producto de seguro de responsabilidad civil extra contractual, en la medida en que una acción mancomunada de prevención entre **asegurado y asegurador**, necesariamente propiciará un escenario de exposición a riesgos, tratado en forma idónea y adecuada.

Naturalmente que la bondad de este marco de seguro, sostenible en el tiempo, dependerá de la oportunidad y disciplina con que se acometa el monitoreo a la ejecución del plan de acción que se derive de una, también adecuada, gestión de riesgos en sus fases de identificación, evaluación y monitoreo.

La estructura del anexo, la conformarían básicamente 4 secciones, a saber:

- i) Amparos
- ii) Exclusiones
- iii) Definiciones
- iv) Marco regulatorio

La expectativa está orientada a obtener, de la discusión profesional que se de en torno a esta propuesta, la materialización de un Anexo de Seguro, de general aceptación y aplicación en el mercado asegurador colombiano, a partir de la posibilidad que brinda el libre ejercicio de la voluntad de las partes en acordar y pactar el reembolso de gastos de prevención, entre tanto se pudiera complementar o aclarar el artículo 1074 del Código de Comercio, en la inteligencia de que el siniestro no es un fenómeno instantáneo sino que se prolonga en el tiempo, en particular un siniestro de responsabilidad civil.

En el anexo 1, se proyecta una idea del esquema de aseguramiento del reembolso de los gastos de prevención del daño inminente.

En el anexo 2, se ilustran algunos ejemplos de cómo en otras latitudes se maneja este concepto. Para el efecto se traen a colación algunas cláusulas asociadas con esta temática, de dos pólizas de RC Australianas y una Americana de Liberty Seguros. Para CGU por ejemplo se contempla la posibilidad de este reembolso siempre que medie autorización expresa previa de la compañía de seguros, en la otras dos, el tema de la prevención al igual que en el derecho inglés, consideran que es deber del asegurado los actos de prevención.

Pero como se anotó en su oportunidad, nada obsta para que contractualmente las partes puedan acordar esta clase de amparo.

CONCLUSIONES

Las conclusiones que se desprenden del presente trabajo de investigación, resultan de relevancia no solamente para rescatar la vigencia plena de la institución de la responsabilidad civil en general, sino para destacar el papel que ha jugado el sistema del seguro de responsabilidad civil a lo largo de la historia.

Resulta significativo concluir que la influencia de estas dos instituciones ha sido recíproca, razón además para haber propuesto un papel del seguro acorde con la evolución que presenta el moderno Derecho de Daños, en cuyo seno se abre paso, además de la tutela resarcitoria o reparadora instrumentada a través de la clásica responsabilidad civil, un modelo de prevención instrumentado a través de la tutela civil inhibitoria o tutela inhibitoria del daño, desarrollo del cual no se puede desprender la institución del seguro.

Trasegar por el desarrollo de estas dos instituciones, a partir del análisis de la doctrina nacional y extranjera, ilustrada en el capítulo 1, subcapítulos 1.1 a 1.3, concebir el deber jurídico de prevenir el daño tanto desde la óptica del potencial dañador como de la víctima, es un claro mensaje que lleva a establecer las bases para aseverar que la hipótesis planteada como respuesta al problema No. 1 es cierta. Esto es, ¿en Colombia es posible el reconocimiento de los gastos de prevención del daño amenazante al amparo del seguro de responsabilidad civil? Tal afirmación se deduce de que en la actualidad ya existen coberturas de prevención como las ilustradas en subcapítulo 4.3.1., que si bien corresponden a riesgos puntuales, nada obsta para que bajo ese mismo criterio se extienda a otros riesgos asociados con la responsabilidad y porque no, a una cobertura de prevención que aplique al seguro de responsabilidad civil en su ámbito general, con el necesario análisis y evaluación previos del riesgo y de las medidas a implementar para su tratamiento, de manera que no se soslaye el principio indemnizatorio ni los elementos esenciales del contrato de seguro.

Así el problema No. 2 planteado en términos de si ¿el aseguramiento de los gastos de prevención del daño inminente constituye necesariamente un mejoramiento del riesgo?, requirió de la contextualización y análisis desarrollado en los capítulos 2 y 3 para arribar a la conclusión de que la respuesta es negativa. Pues, no necesariamente, hablar de prevención supone mejoramiento de riesgo en el contexto de un eventual enriquecimiento injusto del asegurado. Por el contrario, un sano análisis de riesgos a través de una oportuna gestión y tratamiento de éstos, puede significar un fortalecimiento del producto de seguro de responsabilidad civil, en la medida en que un experto en el manejo de riesgos como es el asegurador, se involucre en la vigilancia y control de éstos a través de implementar medidas adecuadas para el efecto, máxime cuando el daño al que se refiere esta propuesta, no es de cualquier tipo, sino al *daño inminente*.

Ahora bien, frente al problema No. 3, según el cual se cuestiona si ¿Constituye el aseguramiento de la prevención del daño inminente en el seguro de responsabilidad civil, una alternativa real de mejoramiento de la posición de la víctima, del asegurado y del asegurador frente a potenciales perjuicios?, la conclusión es que la hipótesis planteada es cierta. Desde luego, la posibilidad de contrarrestar la materialización de un daño inminente, a través de invertir en prevención, redundará en el mejoramiento de la situación de todos los intervinientes en el marco del seguro de responsabilidad civil. Así, el asegurado verá efectivamente retribuida su inversión en la adquisición de una póliza de seguro de responsabilidad civil en función del amparo de su patrimonio cuya afectación resultará menos probable si una orientación idónea en el manejo de sus riesgos evita la causación de daños a terceros. Respecto del asegurador, su concurso va a verse retribuido con el mejoramiento de sus índices de siniestralidad, procurando una mayor rentabilidad y competitividad en la explotación de este ramo. Finalmente respecto de la víctima, es claro que su mejor estadio, es no llegar a convertirse en una. Es claro que en condiciones normales, la persona salvo casos excepcionales, no anda en busca de ser dañado

en su integridad personal ni en sus bienes, en consecuencia si nadie lo afecta podrá continuar con su cotidianidad normal.

De hecho, si se revisa la evolución de los planteamientos en torno al desarrollo de las dos instituciones, encontramos como, al tiempo que la responsabilidad civil comparte al interior del **derecho de daños** su enfoque reparatorio, con un modelo preventivo instrumentado a través de la tutela inhibitoria del daño, el sistema de seguro comienza a mostrar su clara intención de entrar en esta dinámica, otorgando coberturas de prevención, fundamentalmente en lo que toca con el reembolso de gastos que le apunten a evitar la materialización de un daño inminente, lo que consolida en la práctica la reciprocidad en la influencia de ambas instituciones (responsabilidad civil y seguro de responsabilidad civil).

Obsérvese que la doctrina y la jurisprudencia se han convertido en los impulsores por excelencia de estos cambios. Para citar un ejemplo, tenemos que el enfoque del seguro de responsabilidad civil de operar bajo la modalidad de reembolso al asegurado (beneficiario de la indemnización), se transformó en un seguro a favor de terceros, donde el eje en torno al cual gira la indemnización debida por el asegurado responsable, es la víctima, que en cualquier caso, corresponde a un modelo de reparación del daño ya irrogado.

Como quiera que la propuesta investigativa le apunta a buscar alternativas de cobertura bajo el seguro de responsabilidad civil que propendan por prevenir el daño inminente, resulta fundamental volver sobre la figura de la tutela inhibitoria del daño, que pregona una función puramente preventiva, para concluir que no es un factor del todo ajeno a la esfera de la responsabilidad civil, de hecho, los defensores a ultranza de la institución de la responsabilidad civil, reclaman la función preventiva de ésta, con lo que resulta coherente la propuesta de incentivar la incorporación de coberturas de prevención al interior del tradicional seguro de

responsabilidad civil, bajo un anexo que bien podría denominarse ANEXO DE GASTOS PARA PREVENCIÓN DEL DAÑO.

Ahora bien, un programa de Administración de Riesgos en la época actual, se vislumbra como una condición “sine qua non” para el crecimiento empresarial y por supuesto para la modernización de la actividad aseguradora, en el entorno de una responsabilidad civil que como institución, se encuentra en pleno vigor, una de cuyas manifestaciones modernas, la constituye los seguros obligatorios en el plano de la socialización de los riesgos.

Finalmente, aparece evidente que asociar factores como la reparación, la prevención, la administración de riesgos y morigerar las pretensiones de la víctima resaltando que también está comprometida con el deber de prevenir y mitigar su propio daño, derivará en un producto de seguro de responsabilidad civil realmente eficaz, en un escenario donde el legítimo ejercicio de la autonomía privada de la voluntad de las partes (tomador - asegurador), permiten construir condiciones de protección realmente efectivas, entre tanto, el legislador o la jurisprudencia zanján la discusión en torno al alcance y aplicabilidad del artículo 1074 del Código de Comercio colombiano, cuando del siniestro de responsabilidad civil se trata.

BIBLIOGRAFÍA

ACCIARRI, Hugo A. Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños. Alacde, Bahiablanca, Argentina: 2009.

ACOLDESE; ACOAS. Antecedentes Legislativos del Derecho de Seguros en Colombia. Ed. Guadalupe. Bogotá. 2002.

ACOLDESE. Memorias V Encuentro Nacional. Barranquilla. Junio 27 a 30 de 1979.

ALARYS, Fundación Latinoamericana de Administración de Riesgos: definición tomada de (ISO GUIDE 73:2009, Risk Management – Vocabulary)

BARASSI, Lodovico. La teoría generale delle obbligazioni, II, Giuffré, Milano, 1964.

----- Instituciones de Derecho Civil. BOSH, Barcelona, 1955.

BARROS, Enrique. Tratado de la responsabilidad extracontractual. Editorial Jurídica de Chile. 2006.

BGB - Código Civil Alemán.

BRAVO MENDOZA, Oscar; SANCHEZ CELIS, Marleny. Gestión Integral de Riesgos. B&S, Bogotá, 2009.

CAMARGO, Pedro Pablo. Las acciones populares y de grupo. 6ª ed. Bogotá, Colombia. Leyer. 2009.

Código Civil colombiano. Art. 1603.

Código Civil colombiano, Art. 2359. "Titularidad de la acción de reparación".

Código de Comercio colombiano. Art. 1045, "Elementos esenciales del contrato de seguro".

Código de Comercio colombiano, Art. 1056. "Delimitación contractual de los riesgos".

Código de Comercio colombiano, Art. 1074. "Obligaciones del asegurado ocurrido el siniestro".

Código de Comercio Colombiano. Artículo 1127 a 1133.

Constitución Política de Colombia. Art. 83.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, M.P. Nicolás Bechara Simancas. Sentencia de junio 8 de 1999, Referencia Expediente 5157.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA, Sala de Casación Civil. Sent 1997-09327 del 13 de mayo de 2008. Antecedente Jurisprudencial que comienza reconociendo en el capítulo de daños extra patrimoniales, el “Daño a la Vida de Relación”.

CORREA HENAO, Néstor Raúl. Derecho Procesal de la Acción de Tutela. 2 ed. Javegraf. Bogotá.

COUSY, Herman. El principio de la precaución y sus relaciones con el derecho de seguros. En: REVISTA Ibero Latinoamericana de Seguros. Pontificia Universidad Javeriana, número 23. 2005.

COUSY, Herman. Doctor Iuris, Universidad Católica de Lovaina (K. U. Leuven) (1969) - "Licenciatura in notariado latino", Universidad Católica de Lovaina (K. U. Leuven) (1969) - Master en Derecho Comparado, Universidad de Chicago (1970) - Ph.D. Tesis sobre un estudio comparativo de responsabilidad por productos defectuosos, Universidad Católica de Lovaina (K. U. Leuven) (1975).

DE CUPIS, Adriano. El daño. Barcelona, BOSCH, Casa Editorial S.A., 1975.

DE TITTO, Ernesto. Taller Nacional de Actualización/Revisión de Prioridades en la Gestión Sustentable de Sustancias Químicas. Buenos Aires, octubre 2000.

DIAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. El Seguro de Responsabilidad, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006.

DIEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. 1ª Ed. Navarra, España. Editorial Aranzadi, S.A. 2011. p. 19.

DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEON, Luis. Derecho de Daños: Civitas, 1999.

DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen. Conferencia: “Deber de minimizar los daños de la víctima o del acreedor”. VIII Encuentro Internacional de Responsabilidad Civil. Medellín, octubre 13 y 14 de 2011, presentada por el doctor Arturo Solarte Rodríguez, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, Sala Civil.

EWALD, Francois, Filosofía política del principio de precaución. PUF Coll. 2001.

GARCÍA HOM, Anna. Negociar el Riesgo. Barcelona. Editorial Ariel, S.A. 2005,

GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. Responsabilidad por Daño Ambiental. En: TRIGO REPRESAS, Félix A. et al. Tratado de la Responsabilidad Civil 2 ed. Buenos Aires, Argentina. La ley. 2011.

HENAO PEREZ, Juan Carlos. El Daño. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. (Extracto visible en las páginas 167 y 168 de los Anales del Consejo de Estado, T. LVI).

HENAO PEREZ, Juan Carlos. Conferencia “Distintas formas de concebir la tipología de los perjuicios”. VIII Encuentro Internacional de Responsabilidad Civil, realizado en Medellín los días 13 y 14 de octubre de 2011, en el cual se rindió homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo.

IARCE. Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado. Revista No. 29. Ed. Diké: Medellín. 2011.

Laudo Arbitral OCENSA Vs LIBERTY Seguros S.A. Planteamiento de la defensa de la aseguradora.

Ley 42 de 1993. Sistema de Control Fiscal. Art. 4º.

Ley 734 de 2002. Código Único Disciplinario.

LLAMAS POMBO, Eugenio. Tutela Inhibitoria del Daño. Civitas, Madrid: 2004.

LOPEZ HERRERA, Edgardo. “Introducción a la Responsabilidad Civil”. 11 de marzo de 2011.

LORENZETTI, RICARDO. Las normas fundamentales del Derecho privado, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1995.

— — — — — Conferencia presentada en el marco del VIII Encuentro Internacional de Responsabilidad Civil. Medellín, octubre 13 y 14 de 2011.

MARIONI, L.G. Tutela Inhibitoria Individual e Coletiva, Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1998.

MEJIA QUIJANO, Rubi Consuelo. Administración de riesgos – Un Enfoque Empresarial. Fondo Editorial Universidad EAFIT. Medellín, Colombia. 2008.

NARVAEZ BONNET, Jorge Eduardo. Régimen Pensional y Seguros Privados. Ed. Librería del Profesional, Bogotá, 2004.

OLIVEROS TASCÓN, Adolfo León. La Causalidad en el Derecho de Daños. Medellín, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. 2012.

ORDOÑEZ 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 No. 3. Ed. Universidad Externado de Colombia: Bogotá. 2004.

RAPISARDA, Profildella tutela civile inibitoria, Cedam, Padova, 1987.

RESTREPO RODRIGUEZ, Tomás. El reembolso de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil en el derecho inglés. En: Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. No. 20 (enero – junio de 2011).

RESTREPO RODRÍGUEZ, Tomás. El remedio preventivo en la responsabilidad civil. En: Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. No. 14, junio de 2008.

REVISTA Ibero – Latinoamericana de Seguros. Pontificia Universidad Javeriana, número 23. 2005.

RESTREPO RODRIGUEZ, Tomás. El remedio preventivo en la responsabilidad civil. En: REVISTA de Derecho Privado. No. 14. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2008.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Maximiliano. Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho internacional de los contratos. En: Revista de Derecho Privado. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. No. 15 2008.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Amalia. El deber de aminorar las consecuencias del siniestro en el contrato de seguro. Madrid. Ed. Dykinson. 2009.

SEGUI, Adela. Prevención de los daños y Tutela Inhibitoria en materia Ambiental. En: LORENZETTI, Ricardo Luis et al. DERECHO AMBIENTAL Y DAÑO. Buenos Aires, Argentina. La ley. 2009.

SIGNORINO BARBAT, Andrea. Conferencia presentada en el marco del XXVI Encuentro Bodas de Oro de ACOLDESE realizado en Cartagena, Colombia, los días 19 al 21 de octubre de 2011. Autora del libro en que se consigna la disertación expuesta en este Congreso: “Los Seguros de Responsabilidad Civil- Caracteres generales y Coberturas principales”, Ed. FCU. Montevideo. 2011”. Actualmente Presidente de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros – AYDA- Uruguay.

SOTO, Héctor Miguel; HORST SPEYER, Claudio J. El seguro como instrumento eficaz para la prevención y reparación del daño ambiental y de los daños particulares derivados del mismo (Conveniencia de adaptar el ordenamiento jurídico (Argentina) a las exigencias que plantea el aseguramiento de tales daños). En: Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros. No. 9. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1996.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil". Tomo I. Legis, Bogotá. 2007.

TRIGO REPRESAS, Félix et al. Tratado de la responsabilidad civil. 2 ed. Buenos Aires. La Ley. 2011.

TRONCOSO, María Isabel. El principio de precaución y la responsabilidad civil, En: Revista de Derecho Privado, No. 18. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2010.

Unión Europea. Consejo Europeo realizado en Niza, los días 7, 8 y 9 de diciembre de 2000. Resolución de Niza.

VELEZ OCHOA, Ricardo. La carga de evitar la extensión y propagación del siniestro en materia de seguros. En: Memoras del I Congreso Internacional de Derecho de Seguros. Cartagena. FASECOLDA. 2012.

VINEY, Geneviève. Introduction À La Responsabilité. Traducción de MONTOYA MATEUS, Fernando. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007.

ZORNOSA PRIETO, Hilda Esperanza. et al. Ensayo "Breve mirada desde la Filosofía del Derecho a la responsabilidad civil y a su aseguramiento en la era de la tecnología". En: Escritos sobre Riesgos y Seguros. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2012.

**PREVENCIÓN DEL DAÑO EN EL SEGURO
DE RESPONSABILIDAD CIVIL**

ANEXO 1

**PROPUESTA DE ANEXO DE GASTOS
PARA PREVENCIÓN DEL DAÑO INMINENTE
EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL**

POLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

ANEXO PARA GASTOS DE PREVENCIÓN DEL DAÑO INMINENTE

(Proyecto)

La Aseguradora, no obstante lo que se diga en contrario en la carátula de la póliza o en su condicionado general, acepta otorgar cobertura para reembolso de gastos de PREVENCIÓN, siempre que estén orientados a la mitigación o eliminación del daño inminente adoptando medidas preventivas que eviten el nacimiento de la obligación de reparar a terceros, tras la manifestación de un hecho súbito, accidental e imprevisto que por su relevancia y/o grado de culpa que le pueda ser imputable al asegurado, sea susceptible de evitarlo, atendiendo los límites asegurados para cada concepto, de acuerdo con las siguientes condiciones:

1. RECLAMACIONES DEL ASEGURADO POR GASTOS DE PREVENCIÓN PARA EVITACION DEL DAÑO A TERCEROS:

- 1.1. Gastos de limpieza y descontaminación por derrame accidental de mercancías peligrosas.
- 1.2. Gastos para recogida de productos potencialmente dañinos.
- 1.3. Gastos para bloquear el avance de fenómenos precedidos de un evento accidental que amenacen a terceros.

2. GASTOS DE PREVENCIÓN EN GESTIÓN DE RIESGOS PARA EVITAR LA MATERIALIZACIÓN DEL DAÑO:

- 2.1. Auspicio al asegurado para implementación y desarrollo de programas de administración del riesgo asegurable.
- 2.2. Capacitación en técnicas de manejo defensivo y acciones de prevención vial para conductores de vehículos asegurados.
- 2.3. Capacitación al personal del asegurado en la construcción de protocolos para prevenir el daño a clientes y visitantes.
- 2.4. Programas de capacitación jurídica y técnica en el seguro de RC e implementación de acciones de prevención de pérdidas.

Parágrafo 1.-

La Aseguradora, dará curso a la atención de los reclamos que afecten alguno de los amparos antes descritos, siempre que la causa de los mismos tengan origen

en la Responsabilidad Civil Extracontractual en que incurra el ASEGURADO de acuerdo con la Ley.

Parágrafo 2.-

La efectividad de este anexo estará sujeta a la aplicación de las condiciones, modalidad de aseguramiento contratada (ocurrencia o reclamación), definiciones, sublímites y exclusiones que se definen según la clase de negocio, siempre que provengan de un evento súbito, accidental, imprevisible y no intencional.

Parágrafo 3.-

Los gastos en gestión de riesgos para la prevención del daño, se acordarán previamente con el asegurado según su actividad y el alcance de la intervención, conforme las condiciones, exclusiones y sublímites.

Parágrafo 4.-

Cuando quien incurre en los gastos para prevenir un daño inminente es un TERCERO, éste tendrá derecho a su reembolso previa autorización del asegurado y la correspondiente validación de la compañía de seguros.

**PREVENCIÓN DEL DAÑO EN EL SEGURO
DE RESPONSABILIDAD CIVIL**

ANEXO 2

**AMPAROS ASOCIADOS A COSTOS DE PREVENCIÓN
EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD
Ejemplos: Australia y E.U. Liberty**

(Traducción prof. Tania Paola Sánchez G.)

AMPAROS ASOCIADOS A COSTOS DE PREVENCION

CGU – AUSTRALIA INFORMATION & COMMUNICATION TECHNOLOGY LIABILITY

PROFESSIONAL INDEMNITY INSURANCE – Policy 1

3.7. Court attendance costs

for any person described in (a) or (b) below who actually attends court as a witness in connection with a claim covered by this policy, it is agreed that claims investigations costs will include the following rates per day on which attendance in court is required to give evidence:

- a) Payable to any principal or former principal of the insured: \$500
- b) Payable to any person who was or is an employee of the insured: \$250.

No excess shall apply to this section 3.

3.11 Loss mitigation and rectification

We will reimburse the insured the direct costs and expenses incurred by the insured with our prior written consent (which will not be unreasonable with held in taking reasonable and necessary steps to rectify orto mitigate the effects of any act error of omission of the insured in the performance or provision of information technology that would otherwise result in a claim covered by the policy provided always that the insured first discovers such act, error or omission during the period of insurance and immediately notifies us of such act, error or omission during the period of insurance.

Our total ability for the payment of such direct costs and expenses under the policy shall not exceed \$50.000 in the aggregate, which is included within and not in addition to the policy limit.

3.13. Public relations cover

we will pay the reasonable and necessary fees, costs and expenses of a public relations consultant retained by the insured with our prior written consent (which shall not be unseasonably delayed or withheld).

To design and implement a publicity campaign a approved by us, to prevent or mitigate damage to the reputation of the insured in consequence of a claim or covered claim arising from the performance or provision information technology.

Our total liability for the pay ment of such fees, casts and expenses al a public relations consultant under the policy shall not exceed \$25000 in the aggregate wich is included within and not in addition to the policy limit.

Notwithstanding item 7.2 the schedule, the excess applicable to his section 3.1315 \$1.000 for each and every publicity. Campaign

7.13 Loss prevention

The insured shall, as a condition to cover under this policy, take all reasonable steps to prevent any act, error, omission or witch may cause circumstance. Or contribute, to any claim or loss witch may be covered under this policy.

BROADFRORM PUBLIC AND PRODUCTS LIABILITY INSURANCE – POLICY 2

6.7 Product recall and repair.- liability to pay compensation for esarguesclaimed for the withdrywall, inspection, repair replacement or lass of use of the insured products.

7.3. Reasonable care the insured shall:

- a) Take all reasonable precautions to:
 - I. Prevent personal injury, property damages or advertising liability
 - II. Prevent the manufacture, sale or supply of defective products, and.
 - III. Comply and sure that the insured wordkerns, servants and agents comply with all statutory obligations, by laws or regulations

Imposed by any public authority in respect thereof for the safety of persons and property;

- b) At the insured's own expense take reasonable action to trace, recall or modify any products containing any defect or deficiency which defect or deficiency the insured has knowledge of or has reason to suspect.

TRADUCCION

SEGURO DE INDEMNIDAD PROFESIONAL – Póliza 1

3.7. Costos de presentación ante la corte

Para cada persona descrita en los literales (a) o (b) presentados a continuación que efectivamente se presente ante la corte como testigo de alguna reclamación cubierta por esta póliza, los costos de investigación de la reclamación tendrán las

siguientes tarifas diarias que corresponden a cada día de presentación ante la corte para rendir testimonio:

- a) A favor de cualquier jefe o jefe anterior del asegurado: \$500
- b) A favor de cualquier persona que haya sido o sea empleado del asegurado: \$250.

Ningún excedente se aplicará a la sección 3.

3.11 Mitigación y rectificación de siniestros

Se reembolsarán al asegurado los costos y gastos directos en los que este haya incurrido con nuestro previo consentimiento escrito (que no serán retenidos en forma injustificada) al seguir los pasos necesarios para rectificar o mitigar los efectos de cualquier error de omisión cometido por el asegurado al proveer tecnologías de la información que, de lo contrario, resultarían en una reclamación cubierta por la póliza, siempre que el asegurado descubra antes dicho acto, error u omisión durante la vigencia de la cobertura y nos lo notifique inmediatamente durante la vigencia.

Nuestra responsabilidad total por el pago de los costos y gastos directos asociados con la póliza no sobrepasará la suma de \$50.000, que está incluida dentro y no es adicional al límite de la póliza.

3.13. Cobertura de relaciones públicas

Se pagarán los honorarios, costos y gastos razonables y necesarios asociados con la contratación de un relacionista público por el asegurado con nuestro previo consentimiento escrito (el cual no se demorará ni retendrá en forma injustificada)

para diseñar e implementar una campaña publicitaria aprobada por nosotros y evitar o mitigar el daño a la reputación del asegurado a causa de una reclamación o reclamación cubierta que se derive del suministro de tecnologías de la información.

Nuestra responsabilidad total por el pago de los honorarios, costos y gastos asociados con la contratación del relacionista público en esta vigencia no sobrepasará la suma total de \$25000, que está incluida y no es adicional al límite de la póliza.

Pese a lo expresado en el numeral 7.2, el excedente aplicable a la sección 3.1315 es de \$1.000 por cada campaña publicitaria

7.13 Prevención de siniestros

El asegurado, para poder ser cubierto por esta póliza, deberá seguir todos los pasos necesarios para evitar cualquier acto, error u omisión que provoque una circunstancia

o contribuya a que se presente una reclamación o siniestro que pueda ser cubierto por esta póliza.

SEGURO AMPLIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE FABRICANTES – PÓLIZA 2

6.7 Retirada y reparación de productos

Responsabilidad por el pago de las compensaciones asociadas con las reclamaciones derivadas de la retirada, inspección, reparación, reemplazo o imposibilidad de usar los productos asegurados

7.3. Cuidado Razonable el asegurado deberá:

a) Tomar todas las precauciones razonables para:

I. Evitar lesiones corporales, daños materiales o responsabilidad publicitaria

II. Evitar la fabricación, venta u oferta de productos defectuosos y

III. cumplir y asegurarse de que los trabajadores, sirvientes y representantes del asegurado cumplan con todas las obligaciones, reglas y normas de ley impuestas por cualquier autoridad pública en lo referente a esto para la seguridad de las personas y bienes materiales;

b) A expensas del asegurado, emprender las acciones necesarias para hacer seguimiento, retirar o modificar cualquier producto defectuoso del que el asegurado tenga conocimiento o sospeche de su estado.

7.7. Product recall – Know Defects.

We will not cover you for claims for loss, cost or expense associated with the recall, withdrawal, inspection, repair, modification, replacement, adjustment, removal, or disposal of it products (including any property of which such it products form a part) where such it products are recalled or withdrawn from the market (or from use) due to a known defect, deficiency, Inadequacy, or dangerous condition, This exclusion will not apply to claims for loss of use resulting from such recall, withdrawal , inspection, repair, replacement, modification, adjustment, removal, or disposal:

TRADUCCION

7.7. Retirada de Productos – Defectos Conocidos

No se cubrirán las reclamaciones asociadas con siniestros ni los costos o gastos relativos a la retirada, inspección, reparación, modificación, reemplazo, ajuste, remoción o enajenación de los productos (incluso de cualquier bien del que hagan parte los productos) cuando estos sean retirados del mercado (o sean inutilizados) debido a un defecto, deficiencia, insuficiencia, o peligro conocido.

Esta exclusión no es válida para las reclamaciones por imposibilidad de uso derivada de la retirada, inspección, reparación, remplazo, modificación, ajuste, remoción o enajenación:

LIBERTY COMBINED GENERAL PRODUCT LIABILITY POLICY FOR INFORMATION TECHNOLOGY ORGANISATIONS – ESTADOS UNIDOS
--

1.2. Defense Costs.

Liberty will pay for defense costs in respect of a loss covered under insuring clause 1.1 or under any applicable extension.

Subject to general condition 5.3 in respect of “limit of liability”, defense costs are in addition to the limit of liability specified in the schedule.

2.3. Contractors – Consultants

The definition of insured in definition 6-7 is extended to include any natural person, or company with no more than two employees, who has a written contract with the named insured to perform information technology products but only in relation to the performance of information technology services or in the provision of information technology products for or on behalf of the named insured.

3.12 Product Recall

Any costs incurred in withdrawing or recalling any information technology products (including any costs involved in inspecting, repairing) because of any known or suspected defect or deficiency.

4.2 Defence and settlement

Liberty may, in this absolute discretion, take over the conduct of any investigation, settlement or defence of any claim.

The insured must:

- a. Take all reasonable steps to mitigate loss;
- b. Not agree to any waiver or limitation of or delay as to their legal rights of recovery against any other party;
- c. Not admit liability, negotiate any settlement, enter into any settlement or incur any defence costs without the prior written consent of liberty; and
- d. Give liberty all the information and assistance that liberty requires for the purpose of investigating
 - The cause and consequences of any claim.
 - The insured’s liability to any party in respect of any claim; and
 - Whether liberty has any liability to the insured under the policy and, if so, the extent of it is liability.

And, where applicable, conducting the defence of any claim

5.1. Reasonable Care

The **Insured** must:

- a. Exercise reasonable care that only competent persons are employed and take reasonable measures to maintain all premises, fittings and plant in sound condition;
 - b. take all reasonable precautions to:
 - i) prevent injury and damage;
 - ii) prevent the manufacture, sale or supply of defective **Information Technology Products**;
 - iii) comply and ensure that its employees and agents comply with all statutory obligations and other forms of regulation relating to the safety of persons or property; and
 - c. at its own expense take reasonable action to withdraw or recall any **Information Technology Products** containing any known or suspected defect or deficiency.
-

TRADUCCION

1.2. Gastos de defensa jurídica

Liberty pagará los gastos de defensa jurídica relacionados con los siniestros cubiertos por la cláusula 1.1 o cualquier extensión relacionada con ella.

Siempre que se cumpla la condición general 5.3 en lo referente al “límite de la responsabilidad”, los gastos de defensa jurídica se sumarán al límite de responsabilidad establecido en el anexo.

2.3. Contratistas – Consultores

La definición de asegurado de la definición 6-7 se extiende a cualquier persona natural o compañía de no más de dos empleados, que hayan celebrado un contrato escrito con el asegurado para la fabricación de productos relacionados con las tecnologías de la información pero solamente en lo referente a la prestación de servicios tecnológicos o al suministro de productos tecnológicos para o a nombre del asegurado.

3.12 Retirada de Productos

Cualquier gasto en el que se incurra al retirar cualquier producto relacionado con las tecnologías de la información (incluso cualquier gasto derivado de la inspección y reparación) que tenga o se sospeche que tiene un defecto o falla.

4.2 Defensa y resolución

Liberty podrá, a su absoluta discreción, asumir cualquier investigación, resolución o defensa jurídica de cualquier reclamo.

El asegurado debe:

- a. Tomar todas las medidas razonables para mitigar las pérdidas;
- b. no aceptar ninguna renuncia, limitación o demora en cuanto a sus derechos legales a las recuperaciones contra un tercero;
- c. no admitir responsabilidad, negociar cualquier resolución, llegar a cualquier resolución o incurrir en cualquier gasto de defensa jurídica sin el consentimiento previo y escrito de Liberty; y
- d. suministrar a Liberty toda la información y ayuda que requiera la investigación
 - de la causa y consecuencias de cualquier reclamo
 - la responsabilidad del asegurado hacia cualquier tercero con relación a cualquier reclamación; y
 - si Liberty tiene algún tipo de responsabilidad hacia el asegurado en términos de la póliza y, en caso de que así sea, qué tanta responsabilidad debe asumir y, si es el caso, asumir la defensa jurídica de cualquier reclamación

5.1. Cuidado Razonable

El **asegurado** debe:

- a. asegurarse de la contratación de personas competentes y tomar las medidas razonables para mantener en buenas condiciones el predio, las instalaciones y la planta;

- b. tomar todas las precauciones razonables para:
- i) evitar daños y perjuicios;
 - ii) evitar la fabricación, venta u oferta de productos defectuosos de las tecnologías de la información;
 - iii) cumplir y asegurarse de que sus empleados y representantes cumplan con todas las obligaciones de ley y con todas las demás normas relacionadas con la seguridad de las personas y bienes materiales; y
- c. a sus expensas tomar las medidas razonables encaminadas a retirar cualquier **producto de las tecnologías de la información** que tenga o se sospeche que tiene un defecto o falla.