

# Los Contratos en el Derecho Privado

*Fabricio Mantilla Espinosa*

*Francisco Ternera Barrios*

Directores Académicos

Antonio Aljure Salame  
Marcela Anzola Gil  
Nicolas Bague  
Juan Jacobo Calderón Villegas  
Andrea Camargo García  
Bruno Caprile Biermann  
Juan Pablo Cárdenas Mejía  
Juan Caro Nieto  
Fernando Alfredo Castillo Mayorga  
Marcela Castro de Cifuentes  
Adriana Covelli Soto  
Alfredo De Jesús O.  
Iñigo de la Maza Gazmuri  
Enrique Díaz Ramírez  
Alberto Gaitán Martínez  
Gabriel Hernández Villarreal  
Hernando Herrera Mercado  
Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo  
Christian Larroumet  
Édgar Iván León Robayo  
Jorge López Santa María  
Fabricio Mantilla Espinosa  
Betty Mercedes Martínez Cárdenas  
Denis Mazeaud  
Héctor Mauricio Medina Casas

Carlos Mario Molina Betancur  
Carlos Molina Sandoval  
Luis Carlos Neira Mejía  
Germán Eduardo Nieto Olivar  
Tatiana Oñate Acosta  
Álvaro Ortiz Monsalve  
Eduardo Pacheco de la Hoz  
Carlos Pizarro Wilson  
Édgar Augusto Ramírez Baquero  
Diana Alexandra Remolina Botía  
Ernesto Rengifo García  
Mauricio Rengifo Gardeazábal  
Erick Rincón Cárdenas  
Sergio Rodríguez Azuero  
Manuel Guillermo Rueda Serrano  
Myriam Salcedo Castro  
Arturo Sanabria Gómez  
Jorge Santos Ballesteros  
Eduardo Silva Romero  
Mauricio Tapia Rodríguez  
Hernando Tapias Rocha  
Michael Tenenbaum  
Francisco Ternera Barrios  
Valérie Lasserre-Kiesow  
Alejandro Venegas Franco



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO  
Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario - 1653



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

- 19 "Artículo 22. 4°. Para el cómputo de los votos correspondientes a las acreencias derivadas de contratos de leasing, sólo se incluirán los cánones causados y pendiente de pago".
- 20 Concepto 220.33566 "Refuerza el anterior argumento lo previsto en el numeral 4 del artículo 22 de la tantas veces citada Ley 550, cuando refiriéndose a la determinación de los derechos de voto de los acreedores, dispone que para el cómputo de los votos correspondientes a las acreencias derivadas de contratos de leasing, sólo se incluirán los cánones causados y pendientes de pago, pues, obviamente no tendría sentido que a quien deba tomar partido en las decisiones para la obtención del acuerdo se le permitiera concomitante y paralelamente perseguir la restitución de unos bienes necesarios para la reactivación del empresario, echando de menos la finalidad perseguida con el acuerdo y, por ende, haciéndolo nugatorio. En ese orden de ideas, los cánones que se causen con posterioridad a la admisión del acuerdo deberán atenderse con cargo a los gastos administrativos, es decir, aquellos que se causen a partir de la fecha de la iniciación".
- 21 "Bajo este entendimiento, si el contrato de leasing en Colombia no posee una regulación legal propiamente dicha (suficiencia preceptiva), debe aceptarse, por ende, que no puede ser gobernado exclusiva y delantamente por las reglas que le son propias a negocios típicos, por afines que éstos realmente sean, entre ellos, por vía de ilustración, el arrendamiento; la compraventa con pacto de reserva de dominio; el mutuo. No en vano, la disciplina que corresponde a los negocios típicos está dada, en primer término, por "las cláusulas contractuales ajustadas por las partes contratantes, siempre y cuando, claro está, ellas no sean contrarias a disposiciones de orden público".

## El contrato de seguro y el exceso de responsabilidad civil\*

POR: MAURICIO TAPIA RODRÍGUEZ\*\*

Refiriéndose esencialmente al derecho francés, el artículo analiza el rol del contrato de seguro en el exceso de responsabilidad civil. Con este fin, en primer lugar, se revisa la evolución del contrato de seguro hacia una verdadera garantía de la reparación de los daños de la víctima y la evolución de la responsabilidad civil hacia la extensión de su dominio. En segundo lugar, se examina la forma en que el contrato de seguro pudo influir en este exceso de responsabilidad civil, sus efectos nocivos y algunos posibles correctivos.

### INTRODUCCIÓN

1. *El contrato de seguro y el exceso de responsabilidad civil.* A diferencia de la ilimitada responsabilidad moral, explicaba

JEAN CARBONNIER, a "esa angustia que se extiende al infinito en el espacio y en el tiempo", la responsabilidad civil es restringida, impone obligaciones limitadas, permite el olvido y es, por esto, una "gran liberadora". Sin embargo, la evolución reciente de la responsabilidad civil muestra que, lamentablemente, tiende a perder este carácter, pues su dominio se extiende desmesuradamente: los simples errores se sancionan como negligencias; se "descubren" nuevos perjuicios susceptibles de ser indemnizados; se reparan consecuencias remotas e imprevisibles; se crean innumerables estatutos especiales de responsabilidad estricta, etc. La inflación normativa debe bastar a la inflación de la responsabilidad civil y es un factor determinante de lo que llamaba ese mismo autor "la parte del derecho en la angustia contemporánea"<sup>2</sup>.

\* El estudio es parte de la investigación realizada por el autor, en el marco de su contribución al *Tratado de responsabilidad civil extracontractual*, del profesor Enrique Barros, y contiene referencias esencialmente al derecho francés. El autor agradece al profesor Barros sus comentarios, a quien por lo demás se deben varias ideas expuestas en este texto, pero a quien no son atribuibles ninguna de las inexactitudes que pueda haber cometido el autor.

\*\* Abogado y profesor de derecho civil de la Universidad de Chile; Master en derecho privado y candidato a doctor en derecho de la Universidad de París XII. Asociado de la oficina "Barros, Letelier & Cía." Entre sus obras se destaca: *Código Civil. 1855-2005. Evolución y perspectivas; Contrato por adhesión; Décadence et fin éventuelle du principe d'identité des fautes pénales et civiles; Nulidad y divorcio en el proyecto de nueva Ley de Matrimonio civil; Códigos civiles y recopilaciones de derecho constante; Codificación: entre pasión y desencanto por las leyes; Código Civil de Andrés Bello y su influencia en América Latina*. Ha traducido al español obras de derecho privado de François Chabas y Jean Carbonnier.

En efecto, la responsabilidad civil se vuelve excesiva, desmesurada. Con un poco de alarmismo, se habla de "crisis de la responsabilidad", "decadencia de la responsabilidad individual"<sup>3</sup> y se buscan culpables. Y, entre estos, el *contrato de seguro de responsabilidad civil*, es frecuentemente estigmatizado como la fuente del mal<sup>4</sup>. Sin duda, no es el único culpable (la industrialización y el aumento del espíritu litigioso, son otros), pero, entre ellos es el más tangible y, particularmente, el sospechoso ideal. Después de todo, es comprensible que este contrato, símbolo de una antigua y próspera actividad económica, provoque suspicacias cuando se involucra en el ámbito de las desgracias humanas, en infortunios que se tratan de reparar o compensar mediante la indemnización.

Refiriéndose esencialmente a la experiencia del derecho francés, este estudio revisa la contribución del seguro a este exceso de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, mediante el examen, por una parte, de la evolución del seguro hacia una garantía de la reparación y de la responsabilidad civil hacia la desmesura y, por otra, de cómo pudo influir el primero de estos fenómenos sobre el segundo, determinando sus efectos nocivos y explorando algunos posibles correctivos.

2. *Teoría general y régimen especial del seguro de responsabilidad*. Los gestos de esta magnífica iniciativa de obra colectiva—los profesores ALEJANDRO VENEGAS, FRANCISCO TERNERA y FABRICIO MANTILLA—diseñaron su estructura con una doble perspectiva: desde la teoría general frente a los regímenes especiales y desde los contratos específicos respecto a la teoría general. Esta aproximación conviene perfectamente al objeto de esta contribución.

Evidentemente, el seguro de responsabilidad civil es perfectamente reconducir-

ble a la *teoría general del contrato* y, sobre todo, al estatuto general de los contratos de seguros, previsto en las codificaciones decimonónicas, esencialmente para el seguro de cosas. En los sistemas que no cuentan con regulación especial para el seguro de responsabilidad civil, su estatuto se sigue extrayendo precisamente de esas normas generales<sup>5</sup>. Más aún, históricamente, fue esa misma carencia de régimen especial la que permitió, en ejercicio de la libertad contractual prevista por la teoría general, que la práctica comercial del seguro se sofisticara y se masificara mediante la utilización de *pólizas de seguros*.

Por otra parte, el *régimen especial* del seguro de responsabilidad (extraído de algunos textos legales, de la jurisprudencia y de usos comerciales), es en gran medida una derogación del estatuto general. En realidad, el contrato de seguro jamás ha sido un buen discípulo de la teoría general. Una prueba evidente se encuentra en materia de formación del consentimiento: la redacción abusiva de las *pólizas* dio nacimiento a una tipología particular de contrato (*contratos por adhesión*) e impulsó la creación de normas protectoras de los consumidores<sup>6</sup>.

Así también, y más relevante para el propósito de esta contribución, el exceso de responsabilidad civil puede percibirse como una alteración de su estatuto general, atribuible, al menos parcialmente, al régimen especial del contrato de seguro. La evolución histórica del seguro de responsabilidad lo hizo mutar desde una protección del patrimonio del asegurado hacia una garantía del pago de la indemnización a la víctima. Como se expone, esta mutación se refleja en su régimen especial, particularmente en el *efecto de sus obligaciones* respecto de la víctima. Actualmente, la indemnización puede ser reclamada en ciertos casos

directamente por la víctima al asegurador, quien asume en todo caso la defensa del asegurado en el juicio<sup>7</sup>. En apariencia, el juicio transcurre entre la víctima y el asegurador, y existen entonces incentivos implícitos para declarar responsable al asegurado, con el fin de garantizar la reparación de la víctima, sin comprobar exhaustivamente la concurrencia de las condiciones de la responsabilidad. Así, el régimen especial del seguro pudo influir en la apreciación de las condiciones de la responsabilidad civil, contribuyendo a su expansión. Finalmente, como se verá, si la lógica del régimen especial del seguro facilitó estos excesos, cabe la pregunta de si algunos correctivos pueden encontrarse también en esa lógica contractual<sup>8</sup>.

3. *Plan*. Para el análisis de estas cuestiones, la exposición se dividirá en dos partes: (I) en primer lugar, se revisa la evolución del seguro, transformado progresivamente en una garantía del pago de la indemnización, y la evolución de la responsabilidad civil, que no cesa de extender sus límites, (II) en segundo lugar, se examina la influencia que esa evolución del seguro pudo tener en el exceso actual de responsabilidad civil, sus consecuencias negativas y algunos posibles correctivos.

## I. EVOLUCIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO Y DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

4. *Generalidades*. Una revisión histórica de la evolución de ambas instituciones deja en evidencia un movimiento doble, que probaría, según algunos autores, una "influencia recíproca"<sup>9</sup>: (A) por una parte, el seguro de responsabilidad civil mutó progresivamente de naturaleza desde un ins-

trumento de protección del patrimonio del suscriptor del seguro, mediante la distribución del riesgo entre los asegurados; hacia una garantía de la reparación de la víctima. (B) Por otra parte, la responsabilidad civil extiende sin cesar su dominio.

Naturalmente, la evolución que se describe del seguro y de la responsabilidad civil ha ocurrido con diversos matices en los sistemas jurídicos; aunque la exposición, como se señaló, se referirá esencialmente a la experiencia francesa. En todo caso, esta evolución dista de evidenciar "metamorfosis" abruptas como algunos sostienen, sino que es más bien la consecuencia del lento pero constante progreso de las sociedades.

### A. Evolución del seguro hacia una garantía de la reparación

5. *¿Un crédito de reparación?* Con una frase sugerente, y pensando sobre todo en el papel del seguro de responsabilidad, YVONNE LAMBERT-FAIVRE identificó el progreso de la responsabilidad civil como la evolución desde "una deuda de responsabilidad hacia un crédito de reparación"<sup>10</sup>. Este "crédito de reparación" poseería un título y obtendría eficacia práctica en los mecanismos de socialización del riesgo, esto es, esencialmente en el seguro de responsabilidad civil. Pero esta es una afirmación pertinente en un sistema como el francés, en el que la socialización del riesgo, como consecuencia de la masificación del seguro y de los fondos públicos de garantía, alcanza niveles considerables<sup>11</sup>. Además, un "crédito de reparación" en favor de la víctima implica el reconocimiento de un "derecho propio" en beneficio de esta, para exigir el pago de la indemnización al asegurador; cuestión que únicamente podría sostenerse

que existe, como se expondrá, en los casos en que se consagra la denominada *acción directa*<sup>12</sup>.

La afirmación parece, entonces, un tanto excesiva para ser generalizada. Como se verá a continuación, lo que sí puede sostenerse que ocurre en varios sistemas jurídicos (y no sólo en el francés) es que algunos rasgos del seguro, que acentúan su función de garantía de la reparación de la víctima, se han reforzado. Eso se percibe al examinar sus principales transformaciones a lo largo de la historia (i), así como al revisar el régimen jurídico que se le reconoce actualmente a este contrato (ii).

6. (i) *Principales transformaciones históricas*. No se examinará detalladamente la evolución del contrato de seguro en general, vinculada a la expansión del comercio y a la industrialización de la economía<sup>13</sup>. Solamente se mencionarán algunos hitos que muestran la lenta mutación del seguro de responsabilidad civil, primero en la práctica comercial y luego en el derecho positivo, desde un mecanismo de protección del patrimonio del asegurado hacia una garantía de la indemnización de la víctima.

El seguro se vincula históricamente a diversos mecanismos solidarios para solventar contingencias, cuyo origen puede remontarse antes del derecho romano. Con el advenimiento del cristianismo, el seguro resultaba consistente con el imperativo de la *caridad*, pues en gran medida formalizaba la ayuda a una persona por el concurso voluntario de otras<sup>14</sup>. Pero en una economía familiar y agrícola, sujeta a riesgos menores y ocasionales, el seguro de responsabilidad civil tenía una función limitada. Su expansión se explica por el agravamiento de los riesgos como consecuencia del desarrollo del comercio y de los medios de trans-

porte, impulsados en las ciudades del norte de Italia en el siglo XIV, pero que se intensifica con la industrialización de la economía en los siglos XVIII y XIX. En esta época, además, se perfeccionan los cálculos estadísticos sobre tablas probabilísticas, que son la base de la explotación económica del seguro por las compañías.

Sin embargo, estos cambios sociales no se tradujeron en una variación inmediata del derecho positivo (como ocurre con frecuencia, porque el derecho tiene horror del vanguardismo), por el contrario, los códigos decimonónicos se limitaron a recoger un sistema de responsabilidad con raíces en el derecho romano, creado para responder a riesgos derivados de una economía familiar y agrícola. Así, esa codificación ignoró al seguro de responsabilidad civil. Más aún, durante la primera parte del siglo XIX se discutió en la jurisprudencia la validez de este contrato, al que se le imputaba incentivar la incuria, condenada solemnemente en los códigos. Implícitamente, esta resistencia indica que en esa época el contrato de seguro era estimado por la jurisprudencia más como una forma de protección del patrimonio del asegurado —que pretendía descargarse de las consecuencias de su impericia—, que como una garantía de la reparación de las potenciales víctimas de su acción.

Pero los tribunales comenzaron lentamente a reconocer el papel que cumplía en la práctica. En Francia, una jurisprudencia de 1845 tomó partido por la validez del seguro<sup>15</sup>; contrato que un autor de ese mismo siglo definió como “esencialmente humano”, marcando con ello una preocupación mayor por la suerte de las víctimas<sup>16</sup>. Nada de revolucionaria tenía tal decisión, pues durante la segunda mitad del siglo XIX la cada vez más importante industrialización de la economía y la incorporación de las

máquinas en los medios de transporte impulsaron la generalización de la práctica del seguro de responsabilidad. A falta de reconocimiento legal, esta expansión se apoyó en el uso de *pólizas de seguros*, formularios que permiten su conclusión estandarizada, rápida y menos costosa. A pesar de esto, en los países del *common law*, el argumento de que el seguro de responsabilidad civil sería ilícito por “incentivar la negligencia” fue sólo superado en las primeras décadas del siglo XX; e incluso esa oposición se mantuvo buena parte del siglo XX en la ex URSS<sup>17</sup>.

Un segundo paso, relevante fue dado por la aceptación expresa del seguro de responsabilidad civil en caso de comportamiento *negligente* del asegurado (en el año 1876, en Francia) y, posteriormente, incluso tratándose de la *culpa grave* o *lata* (en el año 1930, también en el caso francés)<sup>18</sup>, enfatizando así progresivamente la valorización del seguro como un instrumento útil de protección de las víctimas: una garantía del pago de los daños provocados por la conducta negligente del asegurado, sin importar su gravedad.

Desde comienzos del siglo XX, el seguro de responsabilidad tuvo una enorme expansión en todos los países industrializados. Su práctica se extendió más allá de las actividades industriales y de transporte, vinculándose al ejercicio de cualquier profesión sujeta a riesgos graves (como la medicina y, recientemente, la abogacía). Paralelamente a la extensión de los ámbitos de acción, el seguro, como forma de protección del patrimonio del asegurado y de las víctimas, continuó recibiendo el apoyo de la jurisprudencia. Así, por ejemplo, en Francia los tribunales no dudaron en interpretar restrictivamente la noción de culpa intencional (excluida como *riesgo asegurable*)

y en condenar las cláusulas contractuales que limitaran abusivamente la garantía del asegurado<sup>19</sup>.

Finalmente, la reacción del legislador, a comienzos del siglo XX, se materializó en leyes especiales que regularon el seguro, para corregir abusos en la redacción de las pólizas y para normalizar el ejercicio de esta actividad económica<sup>20</sup>. Por otra parte, en varios países, se creó la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil para ejercer determinadas actividades o profesiones sujetas a riesgos graves y frecuentes, como se expone más adelante<sup>21</sup>. Tal como sostiene YVONNE LAMBERT-FAIVRE, cuando el legislador crea un seguro de responsabilidad civil obligatorio “se preocupa muy poco de la suerte del responsable deudor, culpable o no; pero por el contrario garantiza de esta forma a la víctima, que encuentra un responsable solvente gracias al seguro suscrita”<sup>22</sup>.

7. (ii) *Régimen jurídico del seguro de responsabilidad*. La evolución que se acaba de describir llevó a conceder al contrato de seguro de responsabilidad civil una regulación especial bastante simétrica en los diversos sistemas jurídicos, producto en gran medida de las prácticas comerciales de las compañías aseguradoras que operan a nivel internacional<sup>23</sup>. En efecto, el contrato de seguro de responsabilidad civil posee en la actualidad un régimen jurídico bien definido en cuanto a sus elementos esenciales, a su clasificación dentro de los contratos en general, a las obligaciones y cargas que genera para las partes y al rol de la víctima. Una exposición breve de este régimen, en lo que interesa para los fines de este estudio, permite también insistir sobre su función de garantía de la indemnización de la víctima.

En cuanto a sus *elementos esenciales*, como es sabido, por este acuerdo, el asegurador se compromete, a cambio de la prima, a cubrir las indemnizaciones a que resulte obligado el asegurado por daños a terceros previstos en la póliza. En la mayoría de los sistemas, el legislador regula la constitución y el funcionamiento de las compañías de seguros, mediante reglas que ordenan este mercado, aumentando la confianza pública en su gestión y estimulando así su expansión. El legislador insta también a la suscripción de seguros, al regular la *subrogación* del asegurador en los derechos de las víctimas contra otros eventuales responsables, incentivando con esto la recuperación de las sumas pagadas, la disminución del costo de las primas y, en consecuencia, su masificación (aunque impulsando al mismo tiempo a la litigiosidad).

Con relación a su *clasificación*, existen dos, más bien antiguas, que recuerdan que el seguro nació esencialmente como una protección del asegurado, que era su principal beneficiario. Se sostiene que este contrato es un *seguro de daños*, pues su objeto es sustituir al asegurado en el pago de los perjuicios por la realización de un riesgo contemplado en la póliza<sup>24</sup> y, de entre estos, se clasifica como un *seguro patrimonial*, porque garantiza la integridad del patrimonio de ese asegurado<sup>25</sup>. Pero existen otras clasificaciones, más modernas, que acentúan su función de garantía de la reparación. Así, se trata de un contrato solemne, pero que se perfecciona por la suscripción de una *póliza* que redacta el asegurador y que, por consiguiente, revisite el carácter de *contrato por adhesión*. Al constituir un *contrato por adhesión* le son aplicables las normas de protección de consumidores, que invalidan cláusulas abusivas que intenten privar indebidamente de indemnización a la víctima.

En cuanto a las *obligaciones y cargas* de las partes, como en todo seguro, el *asegurado* asume la obligación de pagar oportunamente la prima convenida y ciertas cargas, como la obligación de notificar la ocurrencia del siniestro, de abstenerse de reconocer su responsabilidad o de transigir sin la autorización del asegurador. El *asegurador* se obliga a pagar la suma a que sea condenado el asegurado por concepto de responsabilidad civil y también a ciertas cargas, como notificar la caducidad del contrato por incumplimiento, pronunciarse dentro de un plazo acerca del derecho del asegurado frente al siniestro y asumir su defensa si se ha previsto en la póliza. Como se expone, la prohibición de reconocer la responsabilidad y de transigir impuesta al asegurado, así como la dirección del proceso concedida al asegurador, pudieron ser cruciales en la contribución del seguro a la expansión de la responsabilidad civil<sup>26</sup>.

Pero a las obligaciones y cargas de las partes debe agregarse el rol que en la actualidad tiene la *víctima*, que en estricto rigor es un tercero en este contrato, que en su fórmula original no estaba destinado a otorgarle una protección especial. Sin embargo, en virtud de algunas disposiciones del derecho positivo, la víctima se transforma progresivamente en la principal beneficiaria del seguro. Esto ocurre, principalmente, mediante la denominada *acción directa*. El afán de reparar rápida y eficazmente a las víctimas, mediante la prestación contenida en el seguro de responsabilidad civil, dio nacimiento en algunos países (como en Francia y en Colombia<sup>27</sup>) a la denominada *acción directa* de la víctima contra el asegurador. Esta acción, analizada en otra contribución proyectada en esta obra, constituye la materialización de un "derecho propio" de la víctima para perseguir el pago de la indemnización frente al asegurador y su

beneficio es mayor del que se obtiene ejerciendo la *acción oblicua* prevista por el estatuto contractual general, que sólo permite la entrada del crédito en el patrimonio del deudor (en el que concurriría la víctima con los otros acreedores)<sup>28</sup>. Como sostiene un autor, el propósito de la *acción directa* es bastante claro: "no es un procedimiento simplificado de puesta en práctica del seguro de responsabilidad civil, sino una garantía de pago de la indemnización en beneficio de la víctima", pues para lo primero hubiese sido suficiente con generalizar una regla de comparecencia judicial obligatoria del asegurador en todo juicio de responsabilidad del asegurado<sup>29</sup>.

Finalmente, regulaciones especiales de algunos contratos de seguro (como ocurre con el de accidentes de la circulación en Francia) han reforzado esta protección de la víctima, obligando al asegurador a proponer, en un determinado plazo, una suma como indemnización, limitando las excepciones (causas de exoneración) que pueden hacer valer contra esta<sup>30</sup>; o declarando inoponibles a las víctimas las causales de caducidad en que incurre el asegurado con posterioridad al siniestro<sup>31</sup>.

8. *Síntesis del título.* De esta forma, varios aspectos de la evolución y del régimen jurídico del contrato de seguro reafirmaron su función de *garantía de reparación de la víctima*: la regulación legal de la actividad de los seguros y de la subrogación, que estimularon la confianza en esta actividad, disminuyeron sus costos e impulsaron su expansión; la aceptación del seguro por comportamiento negligente, incluso por culpa grave del asegurado; el estímulo (o al menos la tolerancia) de la práctica estandarizada de contratación mediante *pólizas* que reducen costos e incentivan su masificación; la eliminación de cláusulas

abusivas susceptibles de excluir la indemnización; la declaración legal de la obligatoriedad del seguro para ejercer actividades y profesiones sujetas a riesgos graves y frecuentes; el reconocimiento de una *acción directa* de la víctima para exigir la indemnización; la prohibición de utilizar ciertas causas de exoneración o de caducidad en perjuicio de la víctima, etc. Esta función de garantía, como puede concluirse, tuvo incidencia en la expansión de la responsabilidad civil.

Pero el refuerzo de la función de garantía de la reparación del seguro no implica, naturalmente, afirmar que los asegurados suscriban en la actualidad estos contratos por altruismo y que antes lo hicieran por simple egoísmo. Nada de eso. Los móviles de quien contrata un seguro para cubrir los daños que su acción pueda causar a terceros parecen seguir siendo los mismos: evitar la ruina personal, precaverse del infortunio y de las torpezas ajenas, o simplemente cumplir un requisito legal para ejercer una actividad económica o una profesión. Lo que se sostiene con esa afirmación es que el estatuto especial que se reconoce al contrato de seguro de responsabilidad, fruto de la evolución y del régimen jurídico descrito, tiende a privilegiar aquellos rasgos que facilitan la reparación de los daños de la víctima.

En todo caso, esta evolución de la práctica y del derecho positivo en materia de seguro explica por qué los principales tratados y cursos de responsabilidad civil recientes efectúan una revisión al menos sumaria de este contrato y de su incidencia en la reparación de los perjuicios<sup>32</sup>. Como se expone, es frecuente que esas mismas obras denuncien la influencia del seguro en el exceso de responsabilidad civil<sup>33</sup>.

## B. Evolución de la responsabilidad civil hacia el exceso

9. *¿Crisis de la responsabilidad civil?* La evolución que se describirá a continuación se centrará, como se hizo para el caso de los seguros, sólo en algunos acontecimientos que muestran la expansión de la responsabilidad civil<sup>34</sup>. Se revisarán circunstancias que prueban objetivamente esta expansión, pero no se adoptará por esto una posición de denuncia de una supuesta "crisis" de la responsabilidad civil—que es corriente en los estudios doctrinales—, por varias razones<sup>35</sup>.

Para quienes hablan de "crisis" de la responsabilidad civil, esta sería provocada por la "decadencia de la responsabilidad individual"<sup>36</sup>, tal como se conoce al menos desde la codificación: un agente que debe indemnizar si su comportamiento negligente se encuentra en relación de causalidad directa con el daño provocado. Según algunos autores, este tipo de responsabilidad sería insuficiente para administrar riesgos cada vez más graves y frecuentes por efecto de los progresos técnicos: la utilización de nuevas máquinas e instrumentos que, estadísticamente, provocan accidentes (automóvil, equipos médicos, etc.). Como prueba de esta insuficiencia, se mencionan ciertas "transformaciones" de la responsabilidad: por ejemplo, la multiplicación de estatutos de responsabilidad estricta y las condenas a reparar daños alejados causalmente del comportamiento del actor. Como se verá en la segunda parte, estos análisis generalmente imputan al seguro ser la causa principal de esta "crisis", porque al introducir una lógica dirigida a la reparación de la víctima en todo evento, habría provocado graves "deformaciones" en la responsabilidad civil<sup>37</sup>.

El fenómeno es mucho más complejo de lo que pueden ilustrar estas notas y, aunque el diagnóstico de "crisis" sea parcialmente acertado, es también un poco alarmista. Los cambios recientes de la responsabilidad civil son importantes, pero son más bien la prueba de la evolución natural de las sociedades y no de una "crisis". ¿Quién puede negar que la sociedad actual es distinta a aquella del siglo XIX?; pero la fascinación por los avances (algunos hablan de "aceleración de la historia"<sup>38</sup> y otros proclaman su fin) no debe oscurecer el análisis. El progreso es constante y cada época tiene sus revoluciones, mucho más relevantes para quienes las vivieron que para los que las estudian como parte de la historia. La subsistencia, a pesar de estos cambios, de las antiguas categorías de la responsabilidad civil es una prueba de la reacción natural del derecho frente a las mutaciones sociales. En efecto, el ritmo de los progresos sociales, sea cual sea, no puede hacer olvidar que la reacción del derecho es siempre tardía. La legislación actúa con mucho retraso frente a los cambios, en parte porque las categorías y reglas jurídicas de *derecho común*, que son flexibles y abiertas, se adaptan con facilidad a estos. ¿Cuántas transformaciones sociales introdujo la *Revolución*? y, sin embargo, diez años después el *Code Civil*, recogió reglas que venían elaborándose desde Roma. Como afirmaba GEORGES RIPERT, el derecho es pasado y para que los cambios presentes se reflejen en normas jurídicas, generalmente debe esperarse que pasen a formar parte de ese mismo pasado<sup>39</sup>.

En realidad, la queja acerca de la "crisis" de la responsabilidad civil esconde algunas falacias. Sostener que la responsabilidad se ha "transformado" y que está en "crisis" quiere decir que existía un estado anterior, por decirlo de algún modo "original", de contornos claramente delimitados,

que se perdió con estas mutaciones. ¿Pero cuál sería ese estado inicial? ¿la responsabilidad civil subjetiva, cercana a la penal, de los tiempos de la codificación?; ¿las reglas identificadas por la exégesis en las escasas normas del código?; ¿la responsabilidad fundada en una negligencia abstracta e impersonal?, etc. Para quienes denuncian esta "crisis", este panorama no sería tan caótico, si existiera acuerdo sobre un nuevo fundamento de la responsabilidad civil (riesgo, precaución, etc.). Pero un cambio de fundamento requiere de una lenta evolución, que se efectúa a fuerza de avances y de retrocesos. Después de todo, el sistema de responsabilidad civil tiene fuentes en el derecho romano y es parte de ese *derecho común* civil que, como sostenía PORTALIS, "se hace con el tiempo, pero, para ser más exactos, en realidad no se hace"<sup>40</sup>. Ese *derecho común*, contenido en categorías y reglas flexibles, se adapta lentamente, aunque sin mayores problemas, a los cambios. El mejor ejemplo es la *culpa civil*, borrada de algunos estatutos especiales de responsabilidad por el hecho de las cosas (automóviles, por ejemplo), pero que vuelve con fuerza en materia de responsabilidad profesional<sup>41</sup>.

Existe una última razón para no abordar la evolución de la responsabilidad sobre este esquema de "crisis". Los conceptos que subyacen a esta disciplina (responsabilidad individual, por culpa, por riesgo, como garantía, etc.) no son más que teorías, más o menos aproximativas, formuladas sobre la base de miles de decisiones de justicia que formaron a través de los siglos el derecho de la responsabilidad. Pero estas teorías siempre han tenido problemas para dar cuenta íntegramente de una realidad mucho más compleja que las generalizaciones. De esta forma, esa "crisis", puede ser percibida simplemente como el proceso natural de adaptación de ese antiguo *derecho común* a las

nuevas situaciones. Así, la transformación de esos conceptos o teorías, en gran medida provocada por la acción de la jurisprudencia, sería la condición natural del derecho de la responsabilidad civil.

Por esto, la evolución que se trazará en los párrafos siguientes persigue un fin más modesto: mostrar brevemente cómo mediante la acción de la jurisprudencia (i), y del legislador (ii), el dominio de la responsabilidad se ha expandido de una forma considerable en la práctica. Esta "extensión" no se debe principalmente a la "absorción" de otros ámbitos del derecho por las normas de la responsabilidad civil. Esta "absorción", denunciada en la primera mitad del siglo XX por LOUIS JOSSEERAND, HENRI MAZEAUD y JEAN CARBONNIER, se refiere a una forma de evitar estatutos restrictivos, apelando a las reglas de la responsabilidad civil (como en investigación de paternidad, divorcio o infracciones de prensa)<sup>42</sup>. Esta "absorción" provoca una ampliación de la responsabilidad considerable, pero su impacto es relativamente limitado con relación a otra "extensión" que se puede denominar "interna"<sup>43</sup>. En efecto, este estudio revisa la extensión proveniente de la noción misma de responsabilidad civil: se trata de describir cómo actuaciones que eran jurídicamente anodinas a la luz de la responsabilidad civil, hoy se sancionan con indemnización de perjuicios. Tal como se adelantó en la introducción, esta proliferación de responsabilidad civil es una manifestación de la *inflación normativa* que aqueja el derecho y que tiene como una de sus causas la presencia del contrato de seguro. Esta evolución, se reitera, aludirá esencialmente a la experiencia francesa<sup>44</sup>.

10. (i) *Extensión de la responsabilidad civil por medio de la acción de la jurisprudencia.* La jurisprudencia tuvo un rol

principal en la extensión de la responsabilidad civil, de dos formas: (a) desinteresándose progresivamente del examen de la conducta del agente para dar lugar a la reparación, y (b) consagrando nuevos intereses susceptibles de ser protegidos por la acción de responsabilidad.

11. (a) En primer lugar, la jurisprudencia extendió la responsabilidad al desplazar la preocupación desde el castigo del culpable hacia la reparación de los perjuicios de la víctima. Esto ocurrió por una doble tendencia: de una forma general, perfeccionando el juicio de reproche *objetivo* de la conducta del agente, y de manera específica, al deducir presunciones de comportamiento culpable o prescindiendo de este requisito en algunos ámbitos.

Como es sabido, la responsabilidad civil se encuentra históricamente vinculada a la responsabilidad penal. Por esta razón, originalmente tenía una marcada función retributiva y en el juicio de culpabilidad civil era frecuente considerar las aptitudes del agente y las condiciones específicas en que actuó. De esta forma, la pena y la indemnización eran proporcionales a la gravedad de la culpa del agente. Pero esta apreciación *in concreto* de la culpabilidad civil fue cediendo paso a una *in abstracto*, en una lenta evolución cuyos orígenes pueden remontarse a Roma, pero que se acentuó en los últimos dos siglos. En la actualidad, la constatación de la negligencia se efectúa comparando la conducta real del agente con aquella que podía esperarse de un *buen padre de familia* (o del *hombre razonable*), colocado en una situación similar<sup>45</sup>. El actuar diligente se define así como el que legítimamente podían esperar los terceros de un hombre razonable colocado en una situación similar. Definido de esta forma, la jurisprudencia dejó de interesarse por el

examen de las particularidades o debilidades específicas del agente (cada persona debe compensar sus debilidades con un grado de cuidado apropiado), volviendo más severo el juicio de reproche y extendiendo, en consecuencia, el número de potenciales responsables. Esta evolución se acentuó en Francia con la exclusión de la *imputabilidad* como condición de la responsabilidad, efectuada en principio por iniciativa del legislador<sup>46</sup>.

Fue probablemente ese mismo desinterés por la conducta específica del agente el que condujo a la jurisprudencia, esta vez en ámbitos específicos de la responsabilidad civil, a presumir el comportamiento negligente, e incluso a prescindir de esta condición de la responsabilidad, con el propósito de asegurar una indemnización a la víctima. Esta evolución está marcada generalmente por consideraciones sociales, pues se trataba de proteger a víctimas que estaban en situación de desventaja estratégica frente al autor del daño (accidentes del trabajo) o que sufrían accidentes en el marco de actividades peligrosas (accidentes de la circulación). Las presunciones de culpabilidad tienen una larga historia (*res ipsa loquitur*) y se han aplicado tanto en el ámbito de responsabilidad por el hecho propio o por el hecho de las cosas (daños producidos por el manejo de armas de fuego, por ejemplo), como por el hecho ajeno (responsabilidad por el hecho de dependientes, por ejemplo).

Pero estas presunciones de culpabilidad, que ceden frente a la prueba de la diligencia, se han transformado progresivamente en *responsabilidades estrictas*, que sólo pueden desvirtuarse por la prueba de una causa extranjera. La evolución comenzó a gestarse desde fines del siglo XIX, también con el propósito de eximir a las víctimas de accidentes del trabajo de la prueba muchas veces imposible de la negligencia del

empleador, y su impulso está históricamente vinculado a los estudios de LOUIS JOSSEAND y RAYMOND SALEILLES<sup>47</sup>. Frente a la escasa reacción del legislador, esta evolución se efectuó en el derecho francés sobre la base de la interpretación jurisprudencial del artículo 1384 del Código Civil, del que se dedujo una regla general que pronto se aplicó a todas las cosas, se encuentren o no viciadas, siempre que estén bajo la custodia del responsable. Estas conclusiones fueron extendiéndose a varias actividades peligrosas (como los accidentes ferroviarios y automovilísticos), mucho antes de que leyes especiales confirmaran una evolución en el mismo sentido<sup>48</sup>. En algunas responsabilidades por el hecho ajeno, esta evolución también dio lugar a nuevos estatutos estrictos: como la responsabilidad vicaria o por el hecho de los dependientes. Así mismo, responde a un esquema estricto la responsabilidad por inconvenientes anormales de vecindad y, recientemente en Francia, la denominada *responsabilidad general por el hecho ajeno* (el famoso *arrêt Blicke* de 1991), que se aplica a situaciones tan disímiles como la responsabilidad de los centros de adaptación social, frente a las actuaciones de sus pacientes, o de los clubes deportivos, ante los actos de violencia excesiva cometidos entre jugadores<sup>49</sup>. En materia de responsabilidad contractual, también se produjo una ampliación del ámbito de las responsabilidades sin culpa, luego del "descubrimiento" por la jurisprudencia (particularmente de la francesa) de la *obligación de seguridad de resultado* (preservar la integridad del acreedor) envuelta en ciertos contratos (transporte de personas y contrato médico, por ejemplo)<sup>50</sup>.

El razonamiento judicial que condujo a esta expansión de los potenciales responsables, centrando la preocupación en la reparación del daño causado, tiene un fundamento antiguo: la *justicia correctiva*, en

atención a que los jueces concluyeron que era injusto dejar a cargo de las víctimas estos daños, por las razones expuestas (peligrosidad de las actividades, posición relativa de la víctima, etc.). Aunque, como se entiende, se encuentra también presente el afán de *compensar* el mayor número de daños posible, sin detenerse en el examen preciso de la conducta del agente.

Influenciada por la evolución de la culpabilidad, la expansión de la responsabilidad también se produjo por la apreciación jurisprudencial de la *relación de causalidad*; única condición exigida, fuera del daño, para dar lugar a la reparación en las denominadas responsabilidades estrictas. La causalidad es una noción proveniente de las ciencias exactas, que el derecho vuelve bastante aproximativa. La jurisprudencia no siempre respondió a las teorías elaboradas por la doctrina (*equivalencia de las condiciones, causalidad adecuada*, etc.), conformándose con una relación directa y cierta entre acción y daño. Pero el laxismo en su apreciación ha llevado a indemnizar daños extremadamente alejados en la cadena causal, o incluso en ausencia de esta (como el caso resuelto por el famoso *arrêt Perruche*), y a reparar simples *pérdidas de una oportunidad*<sup>51</sup>.

Otros excesos se han producido incluso en áreas donde se conserva la negligencia como condición de la responsabilidad, como ocurre en las actividades médicas. En estas, la jurisprudencia, en la imposibilidad (legal o material) de presumir o prescindir de la culpa, tiende a asimilar el comportamiento negligente al simple *error de conducta*. Con el fin de proteger a las víctimas, se confunde "el comportamiento negligente con el simple error de conducta", esto es, se tiende a "asimilar una anomalía accidental de comportamiento ligada a la fali-

bilidad humana [...] a una anomalía culpable"<sup>52</sup>.

Naturalmente, esta evolución no ha tenido la misma intensidad en otros derechos (aunque desde los años sesenta una tendencia en el mismo sentido se percibe en el *common law*). En cualquier caso, en esta expansión de la responsabilidad efectuada por la jurisprudencia, pudo influir la conciencia de la existencia de un seguro o de la posibilidad de contratarlo, como también ocurrió cuando se comenzó a multiplicar los tipos de daños reparables.

12. (b) En segundo lugar, la jurisprudencia no solamente aumentó el número de los potenciales responsables, sino que también la responsabilidad se expandió internamente mediante el "descubrimiento" de nuevos *perjuicios reparables*. Históricamente, la responsabilidad civil perseguía ante todo compensar en dinero la pérdida patrimonial sufrida por la víctima. La mayor consideración en la modernidad de los bienes de la personalidad ha provocado una explosión de las categorías de daño reparable. La expansión en este sentido se encuentra ligada a los *daños morales* que derivan de los denominados *daños corporales*: dolor físico, aflicciones mentales, privación de agrados de la vida y daño por rebote.

En algunos sistemas jurídicos, se produjo una evolución controlada y atenta a los límites del daño reparable y a los montos de las indemnizaciones, excluyendo el daño moral por rebote, estandarizando los montos de las indemnizaciones, etc.<sup>53</sup>. Sin embargo, el derecho francés y varios de los países que han seguido su *principio de reparación integral* conceden indemnización por todo tipo de daños morales, inmediatos y por rebote, introduciendo subdistinciones al interior de cada tipo de perjuicio. Así, en

la actualidad, en los países de esa tradición jurídica, se repara sujeto a varios matices los siguientes daños: *pretium doloris*; perjuicio estético (como las quemaduras en el rostro o las cicatrices de intervenciones transformadas en necesarias por el accidente); pérdida de los goces de la vida o perjuicio de agrado (privación de la posibilidad de acceder a estudios, placeres normales, etc.); *daño reflejo o por rebote* (la reparación del daño patrimonial y moral que sufren terceros por las lesiones o la muerte de la víctima directa); perjuicio sexual (imposibilidad, transitoria o permanente, de mantener relaciones sexuales); el perjuicio de nacer discapacitado; perjuicio de contaminación por el VIH y el perjuicio juvenil (privar de los juegos normales de su edad a un niño).

A ellos se debe agregar la pérdida de una oportunidad, esto es, la frustración de una expectativa de obtener una ganancia o de evitar una pérdida (como la imposibilidad de acceder a una profesión si la víctima, con estudios avanzados, tenía oportunidades serias de ejercerla) —concepto que con frecuencia es utilizado de forma indebida por la jurisprudencia para esconder sus incertidumbres acerca de la relación de causalidad y condenar de forma parcial al agente<sup>54</sup>.

Así mismo, como producto de su mayor valoración, diversos *atributos de la personalidad*, distintos a aquellos funcionales que recogía el derecho civil clásico, dan también lugar a reparación en caso de lesión: imagen, intimidad, nombre, reputación, libertad civil y otros vinculados a la familia.

La lista de daños reparables comienza a volverse surrealista cuando se considera que también se ha reparado el sufrimiento moral de una empresa sujeta a un largo pro-

ceso; el impacto emocional de recibir una noticia falsa; la decepción que sigue a la creencia de una ganancia ilusoria; el perjuicio de afección por la pérdida de un "animal querido", etc.<sup>55</sup>.

Si bien puede sostenerse que esta fragmentación del daño puede contribuir a su evaluación y comparación, así como al establecimiento de *baremos* referenciales, también envuelve serios peligros. Las "fastidiosas" listas de daños reparables tienen un grado importante de artificialidad, pues los bienes de la personalidad, a diferencia de los patrimoniales, poseen una naturaleza que impide divisiones demasiado categóricas<sup>56</sup>. Es así como una cicatriz (*perjuicio estético*) se puede traducir esencialmente en una pérdida de la autoestima (*perjuicio de agrado*) y en sufrimientos físicos y morales (*pretium doloris*); una mutilación de un órgano sexual (*perjuicio sexual*) genera sufrimientos (*pretium doloris*) y perturba el desarrollo social del individuo (*perjuicio de agrado*); etc. De esta forma, el riesgo que se corre, una vez asumida la práctica de fragmentar el daño, es que su aplicación excesivamente formalista conduzca a la reparación de un daño que ya lo ha sido en virtud de otra categoría, vulnerando el principio que prohíbe conceder una indemnización por un daño ya reparado y generando también otros efectos negativos (como el desincentivo de ciertas actividades, el aumento del costo de los seguros o el retiro de las aseguradoras de algunas áreas)<sup>57</sup>. Sin embargo, en el caso francés esta expansión de los daños reparables tiene también una explicación en las particularidades de su sistema de colectivización del riesgo, mediante el seguro y la seguridad social<sup>58</sup>.

Pero el legislador también ha contribuido a la desmesura actual de la responsabilidad civil.

13. (ii) *Extensión de la responsabilidad civil por medio de la acción del legislador*. Con retardo respecto de la evolución de la jurisprudencia, el legislador también ha instado a la extensión de la responsabilidad civil, de dos formas principales: a) contribuyendo a borrar de la responsabilidad civil exigencias subjetivas, elevando así el número de potenciales responsables y b) creando estatutos especiales de responsabilidad estricta. Pero estas son las tendencias principales, pues el legislador también ha contribuido de otras formas, por ejemplo, creando obligaciones solidarias al pago de la deuda de indemnización, declarando abusivas cláusulas contractuales que limiten o excluyan la indemnización de la víctima, etc.

14. (a) En primer lugar, el legislador contribuyó también a eliminar los elementos subjetivos del juicio de responsabilidad civil, designando así a nuevos responsables. Esta evolución es típica del derecho francés, pues otros derechos mantienen un requisito mínimo subjetivo ligado a la *imputabilidad* de la acción al agente, esto es, a su capacidad y libertad de acción. En este sentido, la transformación del derecho francés muestra de buena forma la confianza del legislador en el seguro para distribuir los riesgos atribuidos a estos nuevos responsables. Hasta el año 1968, la jurisprudencia francesa consideraba que la responsabilidad civil suponía el *discernimiento*. Sin embargo, la Ley N° 68-5 de 3 de enero de 1968 introdujo un artículo 489-2 en el Código Civil, que aceptó sin restricción la responsabilidad de las personas alteradas mentalmente. Este nuevo artículo significaba el abandono de todo el contenido moral de la culpa, "adoptando la definición objetiva expuesta por MAZEAUD y TUNC en su tratado y llevando hasta sus consecuencias más extremas, siguiendo el ejem-



pló de estos eminentes autores, el método de apreciación *in abstracto*<sup>59</sup>. Como la jurisprudencia consideró que el texto era de aplicación general, varios fallos de la *Asamblea Plenaria de la Corte de Casación* terminaron admitiendo, en 1984, que la obligación de reparar daños causados por niños pequeños no suponía tampoco la prueba de su facultad de discernimiento<sup>60</sup>. De esta forma, la opinión de HENRI MAZEAUD parece totalmente justificada: con estas modificaciones "ya no se compara la conducta de un demente con aquella de otro demente, la conducta de un niño con aquella de otro niño, cuestión que los eximiría de culpa y por este hecho de responsabilidad, sino con aquella de un individuo sensato, y se decidirá entonces que han cometido un acto culpable cuando una persona sensata no habría actuado como ellos"<sup>61</sup>. En Francia, esta tendencia en la legislación se confirmó recientemente con un texto que insiste en la erradicación de los elementos subjetivos de la culpa civil y en su apreciación abstracta<sup>62</sup>.

15. (b) En segundo lugar, el legislador también creó regímenes especiales de responsabilidad estricta, aunque manteniendo como regla general, en la mayoría de los sistemas jurídicos, el sistema de responsabilidad por culpa. Históricamente, las primeras intervenciones del legislador en este sentido fueron en materia de accidentes del trabajo (como ocurrió en Francia con la ley de 9 de abril de 1898). Posteriormente, los regímenes de responsabilidad estricta se fueron desarrollando en áreas de actividad cuyos riesgos, en intensidad y frecuencia, se agravaron como producto del avance de la técnica: establecimientos peligrosos o insalubres; explotación de la energía atómica; transporte de sustancias peligrosas y, particularmente, por contaminación del mar por hidrocarburos; aplicación de plaguicidas; en materia de vicios de construcción de

inmuebles; por los defectos de seguridad de los productos (materia en la que existe una directiva europea del año 1985), etc. Así mismo, el progreso de los medios de transporte también condujo a establecer algunas responsabilidades estrictas: respecto del explotador de naves, aeronaves, teleféricos, remolcadores, etc. De forma más reciente, la circulación de vehículos terrestres a motor también se encuentra sujeta en algunos países a regímenes de responsabilidad estricta (como ocurrió en Francia con la ley de 5 de julio de 1985)<sup>63</sup>.

Al establecer regímenes de responsabilidad estricta, el legislador fija generalmente límites de responsabilidad e impone una obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil, con lo que se percibe claramente sus propósitos distributivos y su afán de reparar los daños del mayor número de víctimas posible<sup>64</sup>.

16. *Síntesis del título.* De lo expuesto, se puede afirmar que, si bien es discutible sostener que la responsabilidad civil se encuentra en "crisis", sí existen algunos hechos objetivos que prueban su expansión. Algunos de estos acontecimientos provienen de la jurisprudencia: el aumento del número de responsables, erradicando los elementos subjetivos del juicio de culpabilidad y deduciendo presunciones de responsabilidad o responsabilidades estrictas, y la fragmentación y multiplicación de las categorías de daño reparables. Otros tienen su fuente en la legislación: como la eliminación de la imputabilidad como condición de la responsabilidad en el derecho francés y la proliferación de estatutos de responsabilidad estricta.

Como se adelantó, esta evolución del contrato de seguro y de la responsabilidad civil es mucho más compleja de lo que pueden

mostrar estas notas. El propósito era simplemente afirmar que, por una parte, el seguro se ha consolidado como un mecanismo de garantía de la reparación de las víctimas y que, por otro, la responsabilidad civil ha tendido a expandir su dominio. Como se expone a continuación, este proceso histórico es útil para dilucidar el papel que pudo tener el contrato de seguro en la desmesura de la responsabilidad civil.

## II. LA CONTRIBUCIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO AL EXCESO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

17. *Generalidades.* Como se puede concluir, la evolución del seguro que se describió pudo influir en la expansión de la responsabilidad, esto es, en la medida en que el seguro se consolidó como una garantía del pago de la indemnización a la víctima, la responsabilidad civil comenzó a extender desmesuradamente su dominio. En esta segunda parte, por tanto, se examinará cómo en la práctica pudo operarse esta influencia (A) y cuáles son las posibles soluciones a los efectos negativos de la misma (B).

### A. La influencia del seguro en el exceso de responsabilidad civil

18. *¿Un deformador de la responsabilidad civil?* Al examinar la evolución de la responsabilidad civil, se señaló que con frecuencia se denuncia una actual "crisis" de sus fundamentos<sup>65</sup>. Ahora bien, en las últimas décadas, se ha vuelto usual denunciar al contrato de seguro como culpable de esta supuesta "crisis", que habría provocado graves "transformaciones", "metamorfosis" o "deformaciones" en la responsabilidad civil y, en este sentido, existen varios estudios<sup>66</sup>.

Sin embargo, y por las razones expuestas en otra parte de esta contribución, se prefiere sostener simplemente que la responsabilidad civil se ha expandido y que, en los excesos de ese movimiento, el contrato de seguro tuvo un papel relevante. Como sostiene JEAN CARBONNIER, el contrato de seguro actuó aparentemente como un "acelerador" de la extensión de la responsabilidad civil<sup>67</sup>.

Pero si bien el seguro es un "culpable ideal" de la desmesura de la responsabilidad civil, como se mencionó en la introducción, otras múltiples causas pudieron ser determinantes también en esta evolución de la responsabilidad civil, tales como: el desarrollo del maquinismo (ferrocarriles, automóviles), fuente de numerosos y anónimos accidentes; la mayor valoración de la integridad física y de los bienes de la personalidad; la menor resignación de las víctimas y una mayor sensibilidad de la opinión pública<sup>68</sup>; la relajación de las relaciones entre profesionales y clientes; el aumento general del espíritu litigioso o, incluso, como sostienen ROBERT COOTER y THOMAS ULÉN, la codicia de los abogados que plantean reclamaciones cada vez más absurdas<sup>69</sup>.

Se debe tener presente, una vez más, que el análisis que sigue se refiere esencialmente al sistema francés, donde el seguro se masificó a niveles considerables. En todo caso, el examen de la contribución del seguro a la expansión de la responsabilidad civil se vuelve más difícil en los sistemas que toleran una justificación escueta de las sentencias o cuyas cortes superiores se abstienen de revisar varios aspectos de las mismas, dejándolos a la competencia exclusiva de los jueces de fondo.

En los párrafos siguientes, se analizará cómo pudo influir el seguro en la expan-

sión de la responsabilidad civil (i) y cuáles son los efectos negativos de esta influencia (ii).

19. (i) *Forma en que el seguro pudo influir en el exceso de responsabilidad civil.* Aunque corresponda más bien a un examen sociológico, cuyo estudio detallado escapa a los fines de este texto, es necesario tener presentes algunos aspectos del funcionamiento práctico de los seguros en los juicios de responsabilidad civil, que derivan de su particular naturaleza jurídica y que pudieron ser determinantes en la extensión que sufrió esta<sup>70</sup>.

Existiendo un seguro contratado por agente responsable del daño, el juicio de responsabilidad transcurre como si opusiera directamente la víctima al asegurador. Por una parte, como se expuso, la víctima posee en diversos sistemas jurídicos una *acción directa*, especialmente en los ámbitos en que el seguro es declarado obligatorio, para exigir el pago de la indemnización al asegurador<sup>71</sup>. En tales casos, la presencia del responsable en el juicio de responsabilidad es prescindible, entablándose el juicio directamente entre la víctima y la compañía aseguradora.

Por otra parte, aún en el caso en que no se conceda esta acción o que ella no se ejerza, la redacción de las pólizas conduce inevitablemente a que el juicio se verifique, al menos en apariencia, entre el asegurador y la víctima. Las pólizas establecen como carga del asegurado la prohibición de reconocer en juicio su responsabilidad o de transigir, sin la autorización del asegurador. Más aún, en virtud de la cláusula denominada de *dirección del proceso*, es el asegurador el que asume la defensa del asegurado: designa a los abogados; determina cuándo y cómo transigir; decide acerca del ejercicio

de recursos procesales, etc. A esta situación también contribuye el que los aseguradores insten a la transacción cuando el daño es menor (evitando el pronunciamiento judicial) y que en los juicios de montos elevados desplieguen una considerable y costosa defensa para enfrentar a la víctima.

Existe así al menos la *apariencia* de que el responsable es el pagador de la indemnización: la compañía aseguradora. Y en los fenómenos sociales las apariencias importan, pues, como afirma el teorema de W. I. THOMAS: "Cuando los hombres consideran ciertas situaciones como reales, ellas son reales en sus consecuencias"<sup>72</sup>. Tal como se expone a continuación, sus consecuencias más inmediatas son la particular reacción que la jurisprudencia y el legislador tienen frente a esta *apariencia*.

20. *Conducta de la jurisprudencia frente a un riesgo asegurado.* La reacción de los jueces frente a un responsable asegurado es evidente: tienen menos dudas en dictar una resolución que los condene a indemnizar los perjuicios de la víctima, pensando que esta deuda recaerá en el patrimonio de la compañía aseguradora. Para comprobar esta tesis, basta con referirse a un estudio de jurisprudencia elaborado por el comparatista BASIL MARKESINIS<sup>73</sup>. Este autor demostró, en un análisis comparado de decisiones de justicia del *common law* y del *civil law*, que la consideración implícita de la existencia de un seguro lleva a una indulgencia solapada en la apreciación de las condiciones de la responsabilidad civil. Los casos analizados por BASIL MARKESINIS aluden precisamente a los principales hitos de la expansión de la responsabilidad civil ya descritos. En todos esos casos, un seguro de responsabilidad estaba contratado o podía haberse contratado a un costo razonable y los jueces, sin declararlo expresamente,

utilizaron este antecedente como un argumento decisivo para condenar al pago de perjuicios. Así, en algunos fallos, una simple inatención, que habría cometido incluso un *buen padre de familia*, es retenida como prueba suficiente de la negligencia del agente (en materia de accidentes de la circulación y de responsabilidad médica)<sup>74</sup> y, en otros, la relación de causalidad retenida como suficiente responde a una amplísima y vaga noción "natural" (como ocurre, por ejemplo, en casos de responsabilidad por el hecho ajeno).

Finalmente, más allá de los casos analizados por ese autor, en otros fallos la extensión desmesurada del concepto daño reparable se explica también en parte por la existencia de seguros, como ocurre en el derecho comparado cuando se indemniza el denominado *perjuicio de nacer*, provocado por actos médicos efectuados durante el embarazo de la madre (como en el fallo *Perruche*)<sup>75</sup>. En Francia, la influencia del seguro en la reparación de este daño resulta evidente, sobre todo si se considera que con posterioridad el legislador transfirió la reparación de esos daños desde el seguro (como consecuencia de las quejas de las aseguradoras) a un fondo público de indemnización<sup>76</sup>. En otros sistemas (como en el derecho chileno), la entidad del daño reparado en muchos casos, particularmente tratándose de perjuicios morales, puede explicarse porque la jurisprudencia considera, implícitamente, la existencia de seguros que garantizan la indemnización<sup>77</sup>.

De esta forma, frente a un riesgo asegurado, la jurisprudencia termina resolviendo en *equidad*, dictando sentencia condenatoria por *razones humanitarias*, para garantizar a la víctima la reparación de sus daños. Tras esta práctica subyace la idea errónea de que, en todo evento, el costo de la in-

demnización es igual a cero, es decir, que la condena no impone una carga económica para nadie<sup>78</sup>. Esta idea es una falacia, en primer lugar, porque la concesión de la indemnización tiene una consecuencia económica inmediata para el responsable: directamente, mediante un eventual encarecimiento de las primas o, indirectamente, por nuevas *segmentaciones* que efectúen las compañías<sup>79</sup>. Enseguida, también existe una consecuencia económica para las víctimas: la concesión de indemnizaciones conduce a los agentes a asegurarse (o incluso sobreasegurarse) y el costo de estos seguros es traspasado a las potenciales víctimas en el precio de los productos o servicios.

Una reacción similar frente a riesgos asegurados se percibe en el comportamiento del legislador.

21. *Conducta del legislador frente a un riesgo "asegurable".* En principio, podría estimarse que el legislador está en una mejor posición que la jurisprudencia para evaluar los intereses económicos en juego (de las potenciales víctimas y de los agentes económicos), para decidir la creación de seguros obligatorios o para reglamentar las coberturas de los existentes. Se señaló que frecuentemente la creación de seguros obligatorios va unida a la creación de responsabilidades estrictas y, en consecuencia, a una intensificación del fenómeno de ampliación de la responsabilidad: "La extensión de la responsabilidad objetiva o cuasiobjativa, se encuentra estrechamente ligada al desarrollo del seguro de responsabilidad civil"<sup>80</sup>. Sin embargo, el legislador, en algunos casos, también parece extraviarse en esa apariencia de que un riesgo asegurado es un perjuicio que no le cuesta nada a nadie. Un ejemplo reciente se encuentra en Francia en materia de responsabilidad civil médica. La Ley N° 2002-303

de 4 de marzo de 2002, *relativa al derecho de los enfermos y a la calidad del sistema de salud*, confirmó la regla de la responsabilidad por negligencia de los médicos, estableció un seguro obligatorio y efectuó una distinción entre *riesgos terapéuticos* menos graves (asignando su reparación a los médicos y, por ende, a sus aseguradores) y *riesgos terapéuticos* graves y anormales (a cargo de la solidaridad nacional; esto es, de fondos públicos). Sin embargo, las compañías aseguradoras estimaron que el riesgo dejado a su cargo era excesivo, se produjo un aumento considerable de las primas de las pólizas de responsabilidad médica (de hasta un 300%) y, consecuentemente, una negativa de algunos especialistas a asegurarse y la suspensión de actos médicos sujetos a riesgos elevados (anestesiistas, obstetras, etc.), en atención a que el seguro fue declarado obligatorio. Las presiones de estas compañías lograron que el legislador interviniera nuevamente, mediante la Ley N° 2002-1577 de 30 de diciembre de 2002, trasladando otros *riesgos terapéuticos* a la solidaridad nacional<sup>81</sup>. Aunque en este caso el alza de las primas pueda deberse a la excesiva segmentación de los seguros, la actuación del legislador grafica en alguna medida su confianza excesiva en el contrato de seguro para extender (o confirmar la extensión) de la responsabilidad civil; en este caso, en el límite entre la culpa y la fatalidad (*riesgo terapéutico*)<sup>82</sup>.

Junto con influir en la ampliación de la responsabilidad civil, esta apariencia de "gratuidad" de la indemnización objeto de un seguro también trae aparejada otras consecuencias negativas.

22. (ii) *Consecuencias negativas de esta influencia del seguro en el exceso de responsabilidad civil*. La consecuencia negativa directa de la intervención del segu-

ro es su rol de "acelerador" de la extensión de la responsabilidad civil, mediante la relajación de la apreciación jurisprudencial de sus condiciones y la creación de nuevos estatutos legales de responsabilidad estricta. Como se señaló en la introducción, este exceso de responsabilidad, al igual que el exceso de normas, no puede ser percibido como un progreso. La ampliación de la responsabilidad civil puede también ser considerada como un "exceso" por provocar otras consecuencias negativas sociales o económicas, como por ejemplo: estímulos a la inacción, particularmente nocivos en una economía fundada en la iniciativa individual; abandono de algunas profesiones; proliferación de abogados en las empresas, que justifican su rol aumentando la litigación, etc.

Finalmente, existe un efecto jurídico negativo indiscutible: la extensión de la responsabilidad fundada en la existencia de un seguro puede conducir a decisiones judiciales injustas. Desde ya es objetable desde el punto de vista de la justicia que se condene a un *responsable no culpable*, esencialmente porque se encuentra asegurado (condena que puede dañar su prestigio profesional). Pero existe una injusticia mayor, pues, por esta vía, se puede llegar a condenar a un *responsable no culpable y no asegurado*. En efecto, estos fallos, como explica FRANÇOIS CHABAS, forman peligrosos precedentes en materia de responsabilidad civil, en atención a que formalmente declaran fundarse en la comprobación estricta de la concurrencia de las condiciones de la responsabilidad (culpa, daño y causalidad). Así, no es extraño que se apliquen tales "precedentes" a agentes no culpables y no asegurados, haciendo soportar el peso de una especie de *solidaridad social* en el patrimonio de individuos arbitrariamente seleccionados<sup>83</sup>. Como se expondrá, esta situación puede ver-

se estimulada por algunas doctrinas que de forma cuestionable instan a asignar responsabilidad cada vez que la posición del agente era relativamente favorable para contratar un seguro<sup>84</sup>.

Peró, al extender la responsabilidad civil, el comercio del seguro recibe, a su vez, algunas consecuencias negativas.

23. *Disfuncionamientos en el mercado de los seguros*. El seguro es causa pero también efecto de la expansión de la responsabilidad (y, por eso, algunos hablan de "influencia recíproca"<sup>85</sup>). Ya se examinó en qué medida el seguro puede ser considerado una causa de la desmesura actual de la responsabilidad civil. De lo que se trata en este párrafo es de describir sumariamente de qué manera la expansión de la responsabilidad civil puede influir negativamente en el funcionamiento del seguro, al masificarlo y al agravar los riesgos asegurables<sup>86</sup>.

En primer lugar, la extensión de la responsabilidad civil estimula la *masificación* del seguro, sobre todo en actividades que exponen a terceros a daños corporales. Esta masificación es en principio benéfica, porque disemina en un mayor número de potenciales responsables el costo de los daños que algunos provoquen. Se afirma usualmente que esta masificación genera al mismo tiempo un efecto negativo en la conducta del responsable: una incitación implícita a la imprudencia. El argumento, como se revisó, es antiguo y bastante discutible. En principio, la mayoría de los potenciales responsables contrata un seguro no para permitirse actuar torpe e impunemente, sino para evitar la ruina personal, precaverse del infortunio y de las torpezas ajenas o, simplemente, para cumplir un requisito legal. La apariencia de que la indemnización "no

cuesta nada a nadie" influye en los jueces, pero difícilmente en el comportamiento del responsable (si este actúa con racionalidad económica). En efecto, estos eventuales "estímulos perversos" a la imprudencia son corregidos mediante herramientas previstas por los propios seguros: alza de las primas, límites a la cobertura, sumas deducibles no asegurables, etc.<sup>87</sup>.

En segundo lugar, la expansión de la responsabilidad produce, desde el punto de vista del negocio del seguro, un aumento de la *frecuencia* y una *agravación* de la naturaleza de los siniestros. Es decir, las compañías aseguradoras se ven expuestas a pagar más indemnizaciones y a un monto más elevado. En principio, esto no debería ser un problema, porque el seguro tiene precisamente por fin la distribución del peso de esos riesgos entre la masa de asegurados. Sin embargo, este fenómeno trae aparejadas varias consecuencias nocivas. La más evidente es que, siendo la prima el precio del riesgo asumido por el asegurador, cuando ese riesgo aumenta (en frecuencia y naturaleza), el monto de la prima también lo hace. Por otra parte, frente a una explosión de riesgos de frecuencia variable y naturaleza distinta, los aseguradores tienden a *segmentar* el mercado de los seguros, afinar las estadísticas para formar grupos más pequeños de asegurados sujetos a riesgos homogéneos, con el objeto de aplicarles tarifas proporcionales a los riesgos que comparten. Así, la "solidaridad" frente a los riesgos opera solamente entre los integrantes de un grupo y aquellos sujetos a los riesgos más graves soportan progresivamente una tarifa mayor. En definitiva, estos agentes deben pagar primas elevadísimas, que conducen a un desincentivo de esas actividades y a una disminución de la demanda de seguros, tal como ocurrió en Estados Unidos y Francia con los cirujanos, anestesiistas y obstetras<sup>88</sup>. Es-

ta misma circunstancia (la disminución de la demanda de seguros en algunos segmentos), así como el elevado monto de las indemnizaciones (particularmente por daños corporales) pudieron ser factores determinantes de la decisión de los aseguradores de retirarse de algunas áreas e, incluso, de la insolvencia de pequeñas compañías aseguradoras<sup>89</sup>.

En algunos países, estas circunstancias económicas estimularon la creación de baremos legales que limitan el monto de los daños reparables<sup>90</sup> y la adopción de otras medidas que permiten reducir, medir y anticipar la entidad del riesgo por las compañías aseguradoras<sup>91</sup>.

Por otra parte, el encarecimiento de las primas provoca también que en un porcentaje considerable la obligación de contratar seguros no se cumpla. En algunos países, los accidentes sin seguros, así como las consecuencias de riesgos extremadamente graves y difíciles de asumir por los aseguradores, condujeron a transferir su reparación al ámbito de la *seguridad social*<sup>92</sup>. Como ocurre en Francia, proliferan los *fondos* públicos para indemnizar daños que ni los presuntos responsables ni sus aseguradores son capaces de asumir: de accidentes de la circulación y de la caza, de actos terroristas, de transfusiones sanguíneas, de accidentes médicos, de contaminación del mar, de accidentes agrícolas, etc. Pero aquí ya no estamos en el terreno de la responsabilidad civil, sino en el de la asistencia social, pues la garantía prevista por estos fondos no exige la búsqueda de un responsable. Así, en gran medida, los costos económicos de la expansión desmesurada de la responsabilidad civil terminan siendo una carga social difícilmente sostenible sin el apoyo de un pesado sistema estatal de seguridad social, que pocos países son capaces de soportar.

24. *Síntesis del título.* De lo expuesto se puede concluir que ciertas características del juicio de responsabilidad civil en que actúa un seguro contribuyeron a crear la apariencia de que el proceso se verifica entre víctima y asegurador y de que la indemnización "no cuesta nada a nadie". Esta apariencia, a su vez, constituyó un acelerador de la extensión de la responsabilidad civil de la siguiente forma: por una parte, la jurisprudencia tiene menos dudas en condenar a un responsable asegurado, sin detenerse en el examen detallado de las condiciones de la responsabilidad y, por otra parte, el legislador confía en el seguro como método de distribución de riesgos para crear nuevos ámbitos de responsabilidad estricta. Esta extensión de la responsabilidad civil tiene efectos negativos, entre los que cabe destacar: el desincentivo de algunas actividades, el aumento de la litigación, los efectos desastrosos en agentes no culpables sin seguro, el encarecimiento de las primas, la segmentación excesiva del mercado del seguro, el retiro de los aseguradores de ciertas áreas, la presión a la formación de fondos públicos de reparación, etc.

Sin embargo, todo este diagnóstico no es tan irreversible como alguna parte de la doctrina sostiene. Es posible imaginar algunos correctivos a este exceso de responsabilidad civil y a sus consecuencias negativas.

#### B. Algunos correctivos al exceso de responsabilidad civil generada por el seguro

25. *¿"Influencia recíproca" entre el seguro y la responsabilidad?* Existen algunas posibles soluciones a la incidencia del seguro en el exceso de responsabilidad; sin embargo, el tratamiento que generalmente

se les otorga a las relaciones entre el seguro y la responsabilidad no contribuye demasiado a la búsqueda de correctivos. Una parte importante de los estudios monográficos descritos con anterioridad<sup>93</sup>, así como otros generales sobre la responsabilidad civil<sup>94</sup>, explican las relaciones entre seguro y responsabilidad como un doble movimiento de "influencia recíproca": por una parte, en razón de que la responsabilidad se amplía, surge la necesidad de distribuir su costo y de garantizar el pago de la indemnización mediante el seguro y, por otra parte, en atención a que frente a un agente asegurado los jueces tienen menos dudas para condenar a la reparación, las condiciones de la responsabilidad se relajan, el dominio de la responsabilidad se expande y, en definitiva, se incrementan las áreas donde es imprescindible la distribución y la garantía de los riesgos por el seguro.

Pero esta explicación es un tanto circular: sostener que existe una "influencia recíproca" puede ser acertado desde un punto de vista histórico, pero no contribuye demasiado a percibir cuál es la contribución precisa del seguro en el exceso de responsabilidad. Más aún, la imagen de una "influencia recíproca" da una falsa impresión de que se trata de un movimiento irreversible, que se retroalimenta sin forma de detenerlo; la idea de una "influencia recíproca" es, por esto, un tanto fatalista.

Así, es preferible sostener simplemente que el seguro pudo influir en la expansión de la responsabilidad civil y examinar a continuación algunas posibles soluciones para morigerar esta influencia. Para esta búsqueda de soluciones resulta necesario, ante todo, aclarar que la lógica del seguro no se puede extrapolar a la responsabilidad civil (i) y, enseguida, revisar algunos correctivos con-

cretos a su influencia en la extensión de la responsabilidad (ii).

26. (i) *La lógica del seguro no se puede extrapolar a la responsabilidad civil.* Ante todo, la búsqueda de soluciones a la influencia del seguro en la extensión de la responsabilidad civil debe partir de una afirmación metodológica importante: el seguro no es un sistema de responsabilidad civil, no puede sustituirla ni aplicársele su lógica. El examen del contrato de seguro en los estudios dedicados a la responsabilidad civil, como ocurre en la actualidad, no debe llevar a esta confusión. La existencia de una "influencia recíproca" entre el seguro y la responsabilidad civil no deja de ser una constatación histórica interesante, pero que no debe conducir a la dilución de la identidad de cada una de estas instituciones. Con demasiada frecuencia se tiende a olvidar que los seguros y la responsabilidad civil son, además de dos fuentes de las obligaciones diversas, dos instituciones que coexisten en todos los sistemas jurídicos modernos, pero que mantienen sus principios normativos propios. El seguro no es un sistema de responsabilidad civil, sino simplemente una forma de protección del patrimonio del asegurado y una garantía útil del pago de la indemnización. Para su nacimiento y para la producción de sus efectos, el seguro se sujeta a la estricta lógica del derecho de contratos. A su vez, la existencia de un seguro no puede determinar las condiciones de la responsabilidad civil, pues de lo contrario se generan los efectos negativos descritos. Que el agente se encuentre asegurado nada indica sobre la negligencia de su comportamiento, la apreciación de la relación de causalidad o la extensión de los perjuicios reparables. La única relevancia de la existencia de un seguro en materia de responsabilidad es que, en virtud de la distribución del riesgo que él opera, el cumplimiento

de la obligación principal del asegurador (pagar la indemnización una vez producido el siniestro) constituye un útil mecanismo para otorgar efectividad a la reparación de los daños, de una forma similar a como funciona, por ejemplo, la *solidaridad pasiva* del derecho civil. En síntesis, aunque en un accidente uno de los agentes se encuentre asegurado, la pregunta ¿quién debe responder por los daños? debe resolverse exclusivamente mediante los criterios del sistema general de responsabilidad por negligencia o de los especiales de responsabilidad estricta.

En este sentido, el derecho comparado, y en particular el derecho francés, proporciona ejemplos de las exuberancias que puede sufrir la responsabilidad civil, si se le extrapola la lógica del seguro, como parecen sostener directa o indirectamente algunas corrientes doctrinales. Denunciando una supuesta *decadencia* absoluta de la culpa como criterio de la responsabilidad civil, una parte de la doctrina francesa, seguida parcialmente por la jurisprudencia, ha instado a que esta invada las funciones del seguro y de la seguridad social. Tal es el efecto de una tesis que sostiene que la víctima posee una verdadera *garantía objetiva* a la indemnización del daño corporal y material (excluyéndose el daño moral y el daño puramente económico), sin que sea necesario acreditar que el autor cometió un hecho culposo<sup>95</sup>. Así mismo, desde la década de los años sesenta se ha sostenido en Francia, con una fe desmedida en los mecanismos colectivos de reparación, que la designación del responsable debe efectuarse considerando quién se encontraba antes de la producción del daño en la mejor posición para contratar un seguro que garantizara ese riesgo, con independencia de la constatación de la negligencia del agente, esto es, atribuir el peso de la indemnización a quien

da más garantías de pago a la víctima. El acento puesto en la garantía de la compensación que proporciona el seguro lleva indebidamente a una laxitud en la determinación de la responsabilidad (por razones juzgadas erróneamente *humanitarias*), con el fin de asegurar la reparación de los perjuicios. Naturalmente, esta posición tiene mayor legitimidad cuando se trata de guiar las decisiones legislativas en determinadas áreas de la responsabilidad civil (siempre que se consideren adecuadamente las implicancias económicas de tales decisiones), como ha ocurrido en muchos países con los accidentes de la circulación (en que es el propietario el que se encuentra en mejores condiciones de asegurar este riesgo). Sin embargo, tal legitimidad se desvanece cuando esta posición se pretende aplicar a la actividad judicial, sobre la base del sistema general de responsabilidad, como ocurre con la tesis defendida insistentemente en Francia por GENEVIÈVE YINÉY<sup>96</sup>. Aunque se pretenda utilizar esta teoría de la "aptitud para el seguro" como una explicación de la conducta de los jueces, su formulación solemne y sin prevenciones pareciera al menos legitimar estas prácticas contrarias a los criterios de la responsabilidad, y cabe preguntarse en qué medida influyó en la extensión desmedida de la responsabilidad civil en Francia. Como sostuvo ANDRÉ TUNC, "este punto de vista evidentemente no puede ser transformado en regla jurídica"<sup>97</sup>.

Estas teorías acentúan el carácter instrumental del derecho de la responsabilidad civil, como incentivos para orientar la conducta de las personas; en este caso, para distribuir el costo de los accidentes mediante la contratación de seguros, atribuir la responsabilidad a los agentes asegurados y garantizar de esta forma la indemnización de las víctimas. Así, podría concluirse que existen algunas cercanías entre estas posi-

ciones y las corrientes de *análisis económico del derecho*<sup>98</sup>, cuyo fin último es también normativo: guiar la conducta de los individuos con el objeto de prevenir a un costo razonable los accidentes<sup>99</sup>.

En definitiva, estas teorías, al utilizar la lógica del seguro, desvían la atención de aquello que constituye la esencia de la responsabilidad civil: una *relación de derecho privado* entre el autor y la víctima, fundada en principios de justicia. Los daños a que expone la vida en sociedad son infinitos y en gran medida una consecuencia natural del ejercicio de la libertad. El derecho civil, mediante la responsabilidad civil, define en qué casos el efecto patrimonial de los daños permanecerá en la víctimas y cuándo corresponderá transferirlos a terceros, pues "el principio general es que la pérdida de un accidente debe quedar donde caiga"<sup>100</sup>. La extrapolación de la lógica del seguro a la responsabilidad civil hace olvidar que esta constituye una relación de derecho privado que debe responder, en primer lugar, a la antigua categoría aristotélica de la *justicia correctiva*, de restablecimiento del equilibrio roto entre las partes como consecuencia del daño. Si bien pueden atribuirse otros fines a la responsabilidad civil, la condena en indemnización de perjuicios debe satisfacer ese imperativo mínimo: ser absolutamente necesaria para corregir la situación injusta producida entre las partes; condición que no se cumple cuando se condena a un agente por el sólo hecho de estar asegurado, sin constatar la ocurrencia de las condiciones de la responsabilidad civil<sup>101</sup>.

Efectuada esta aclaración metodológica, corresponde finalmente preguntarse acerca de algunos correctivos a la influencia nociva del seguro en la extensión de la responsabilidad civil.

27: (ii) *Algunos correctivos a la influencia del seguro en el exceso de responsabilidad civil*. Es posible imaginar varios correctivos a la influencia ejercida por el contrato de seguro en el exceso de responsabilidad. Un primer camino sería la honestidad, esto es, ventilar abiertamente en los juicios de responsabilidad civil la existencia de seguros, como un elemento más que debería tener en cuenta el juez para dar por establecida o no la responsabilidad<sup>102</sup>. Según quienes sostienen esta idea, tal ventilación erradicaría la tentación de subestimar las condiciones de la responsabilidad para dar cabida subrepticamente a la realidad del seguro. Sin embargo, esta ventilación involucraría facultar implícitamente a los jueces para que, teniendo en cuenta la existencia de seguros o la posibilidad de asegurarse, prescindan de todas formas de algunas condiciones de la responsabilidad y decidan en definitiva qué daños deben ser garantizados por un seguro; decisiones que parecen corresponder en una sociedad democrática más bien al Parlamento que a la jurisprudencia<sup>103</sup>.

Para otros, sería conveniente volver a un *clasicismo* en los conceptos de responsabilidad utilizados por la jurisprudencia, con el fin de evitar que su extensión conduzca a una reparación generalizada de todos los daños sin importar su causa. Lamentablemente, en este ámbito existen prácticas judiciales inapropiadas muy asentadas (como en materia de determinación de la culpa o de evaluación del daño) y cualquier intento de rectificación en este sentido debe pensarse en el largo plazo y, en muchos países que no cuentan con una práctica de fallos debidamente fundados que formen precedentes, sería más bien utópico<sup>104</sup>.

En algunos sistemas jurídicos se han creado *baremos* o limitaciones legales a los

daños reparables, que es una forma relativamente simple de hacer *economías* frente a la proliferación de condenas fundadas únicamente en la existencia de seguros. Sin embargo, ello sólo resuelve parcialmente el problema, pues la estandarización de las indemnizaciones puede incluso ser un incentivo para mostrarse menos riguroso en la apreciación de las restantes condiciones de la responsabilidad, fundándose en la creencia errónea de que al supuesto responsable y, en definitiva, al sistema, no le resultará demasiado onerosa la reparación.

Finalmente, otros proponen una solución extrema: llevar hasta sus últimas consecuencias la influencia del seguro en los juicios de responsabilidad, para considerar que el responsable asegurado contrata una especie de *seguro directo por la cuenta de las potenciales víctimas*, que tendrían un derecho directo a demandarla sin detenerse a examinar si se reúnen las condiciones de la responsabilidad en el autor. Esta solución es errada, pues conduciría simplemente a la desaparición de la responsabilidad civil, dejando en la sombra la determinación de las responsabilidades individuales y menospreciando sus fines correctivos, retributivos y preventivos<sup>105</sup>.

28. *Seguro de personas y de cosas.* *Proposición de François Chabas.* Existe otro posible correctivo sostenido en Francia por François Chabas<sup>106</sup>. La proposición parte de algunas constataciones: por una parte, que los riesgos creados por las máquinas ya no son de rara ocurrencia como a comienzos de la industrialización; por otra parte, que la tecnología es masiva y se convive con riesgos creados por los usuarios o que otros crean en su beneficio. Así, cabe la pregunta de si el *buen padre de familia* no solamente debería anticipar las consecuencias

de su propia actuación, sino también los daños que pueden eventualmente afectarle por la acción de terceros. De esta forma, sería conveniente promover no sólo el seguro de responsabilidad, sino también el *seguro de personas y de cosas*, que garanticen la integridad física de la víctima o la de sus bienes contra la acción de terceros. Esto permitiría desplazar la búsqueda de un responsable en un juicio de la víctima *versus* el agente (o su asegurador), a un juicio entre el asegurador de cosas y personas *versus* el asegurador de responsabilidad.

En efecto, si a todos estos seguros se les atribuyen fines reparatorios, se suprimiría una causa principal de la extensión de la responsabilidad por efecto del seguro: la atribución forzada de la responsabilidad a un responsable asegurado. La víctima recibiría en todo evento la cobertura de los daños en virtud del seguro de cosas o de personas. Posteriormente, gracias al ejercicio de la *acción subrogatoria*, el juez estaría llamado a resolver la existencia o no de la responsabilidad en un juicio que opondría al asegurador de cosas o de personas que indemnizó a la víctima y al asegurador de responsabilidad que garantizó contra ese riesgo al agente. Esto haría desaparecer los estímulos de la jurisprudencia para resolver en *equidad*, esto es, por *razones humanitarias* tendientes a garantizar la indemnización de la víctima. Así podría contribuirse, en alguna medida, a un retorno a la ortodoxia en la aplicación de las condiciones de la responsabilidad civil.

Naturalmente, para que esta solución funcione debería generalizarse el mecanismo de la acción subrogatoria, otorgando a estos seguros un carácter inopinadamente indemnizatorio. Una generalización de la acción subrogatoria debería producir varios

efectos consecutivos: una baja en el costo del seguro de personas y de cosas (ya que el asegurador podrá elevar el porcentaje de recuperación de las indemnizaciones pagadas), una mayor masificación de estos seguros, que haría nuevamente disminuir el valor de la prima y, en definitiva, una disminución de la carga de los organismos de *seguridad social* (y, por ende, para la comunidad), pues estos podrían rechazar el otorgamiento de prestaciones cada vez que el daño se encuentra cubierto por alguno de estos seguros.

En todo caso, el autor de esta proposición reconoce su optimismo, en atención a que choca con una realidad social: la opinión pública, al menos en la actualidad, es reacia a la imposición de seguros de personas o de cosas. Por lo demás, la generalización de estos seguros se encuentra estrechamente condicionada por el progreso económico de cada país. Solamente un avance sistemático y paulatino en este sentido, tal como lo ha sido la propia evolución del seguro de responsabilidad, podría conducir al éxito de esta proposición<sup>107</sup>.

29. *Síntesis del título.* Cualquier correctivo a los efectos nocivos del exceso de responsabilidad civil como consecuencia de la influencia del seguro debe tener presente que este no es un sistema de responsabilidad civil, que no puede sustituirla ni aplicársele su lógica. La responsabilidad civil constituye una relación de derecho privado y en ella la justicia correctiva exige, bajo ciertas condiciones, una indemnización para restituir el equilibrio roto por el daño. Un sistema de responsabilidad civil no puede examinarse con la lógica del seguro, pues no es su finalidad, además de ser irreal esperar que pueda llegar a compensar todos los daños. Efectuada esta precisión, diver-

sos correctivos se proponen como solución: una ventilación de los seguros en los juicios de responsabilidad; una vuelta al classicismo en la apreciación de las condiciones de la responsabilidad, etc. Finalmente, una proposición, en la que ha insistido FRANÇOIS CHABAS, plantea estimular el *seguro de cosas y de personas*, como correctivo a la búsqueda artificial de un culpable y como incentivo a la determinación de la responsabilidad sobre las categorías del derecho civil, efectuada en juicios que opongán a los aseguradores de las víctimas y a aquellos de los responsables.

## CONCLUSIONES

30. La exposición precedente, aludiendo esencialmente al derecho francés, examinó la contribución del seguro al exceso de responsabilidad civil, mediante la revisión, por una parte, de la evolución de este contrato hacia una garantía de la reparación y de la responsabilidad civil hacia la desmesura y, por otra, de cómo pudo influir el primero de estos fenómenos sobre el segundo, determinando sus efectos nocivos y explorando algunos posibles correctivos. De lo expuesto, se puede concluir lo siguiente:

(i) El contrato de seguro de responsabilidad civil tiene en la actualidad una marcada función de *garantía de reparación de la víctima*, como lo demuestran diversos aspectos de su evolución histórica y de su régimen jurídico (por ejemplo, el reconocimiento a la víctima de una *acción directa* para exigir la indemnización al asegurador).

Por su parte, la *responsabilidad civil* se extiende hasta el exceso, como conse-

cuencia de la acción de la jurisprudencia (que, por ejemplo, erradica los elementos subjetivos del juicio de culpabilidad, deduce presunciones de responsabilidad o responsabilidades estrictas, aumenta las categorías de daño reparables, etc.) y también del legislador (que, por ejemplo, crea estatutos legales de responsabilidad estricta).

(ii) Algunas características del juicio de responsabilidad civil en el que actúa un seguro pudieron contribuir a crear la apariencia de que este se verifica entre la víctima y el asegurador y de que la indemnización concedida "no cuesta nada a nadie". Esta apariencia constituyó un *acelerador de la extensión de la responsabilidad*, pues la jurisprudencia tuvo menos dudas en condenar a un responsable asegurado y el legislador confió en el seguro para crear nuevos ámbitos de responsabilidad estricta. Esta influencia tiene varios efectos negativos (más allá de que el exceso de responsabilidad en sí mismo no sea conveniente), entre los que se destaca el aumento de la litigación y los

efectos desastrosos en caso de agentes no asegurados.

Para corregir estos efectos nocivos debe tener presente, ante todo, que el seguro no es un sistema de responsabilidad civil, que no puede sustituirla ni aplicársele su lógica. Un sistema de responsabilidad civil no puede examinarse con la lógica del seguro, pues no es su finalidad, además de ser irreal esperar que pueda compensar todos los daños. Efectuada esta precisión, diversos correctivos se proponen como solución: una ventilación de los seguros en los juicios de responsabilidad; una vuelta al clasicismo en la apreciación de las condiciones de la responsabilidad, etc. Finalmente, una proposición, en la que ha insistido FRANÇOIS CHABAS, plantea ampliar el *seguro de cosas y de personas*, como correctivo a la búsqueda artificial de un culpable y como incentivo a la determinación de la responsabilidad sobre las categorías del derecho civil, efectuada en juicios que opongan a los aseguradores de las víctimas y a aquellos de los responsables.

- 1 *Essais sur les lois, Répertoire du notariat Deffrénois*. 2ª ed., París, 1995, pp. 299 y ss.
- 2 *La part du droit dans l'angoisse contemporaine*. En: Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur, 10ª ed., París, LGDJ, 2001, p. 201.
- 3 Sobre estas denuncias, v. *infra* n° 9.
- 4 V. *infra* n° 18.
- 5 Es el caso del derecho chileno, en que resultan aplicables a este contrato las normas del Código Civil y del Código de Comercio, previstas esencialmente para el seguro de cosas. Un proyecto de ley de 2 de agosto de 1995 perseguía crear una regulación especial para el seguro de responsabilidad civil, pero no llegó a convertirse en ley.
- 6 Sobre el nacimiento de los *contratos por adhesión* y de las normas de control de cláusulas abusivas, v. Tapia Mauricio y Valdivia José Miguel. *Contrato por Adhesión*. Ley 19.496. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- 7 V. *infra* n° 7.
- 8 Mediante la promoción de los *seguros de personas y de cosas*, v. *infra* n° 28.
- 9 V. sobre esta explicación de la "influencia recíproca" del seguro y la responsabilidad civil, *infra* n° 25.

- 10 *L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation*. En: Revue trimestrielle de droit civil, 1987, pp. 1 y ss.
- 11 Yvonne Lambert-Favre efectuó un examen detallado de esta transformación del contrato de seguro en una garantía de la reparación en el derecho francés. *Le sinistre dans l'assurance de responsabilité et la garantie de l'indemnisation des victimes*. En: Revue générale des assurances terrestres, 1987, pp. 193 y ss.
- 12 V. *infra* n° 7.
- 13 Véase una descripción de esta evolución en Lambert-Favre Yvonne. *Droit des assurances*. 11ª ed., París, Dalloz, 2001, pp. 3 y ss.
- 14 V. Sainctelette, en la recopilación de textos realizada por Carval Suzanne. *La construction de la responsabilité civile*. París, PUF, 2001, pp. 312 y ss.
- 15 *Cour royale de Paris*, 1º de julio de 1845, *La compagnie L'Automédon c/ Isot, Sirey*, 1845, 2, pp. 466 y ss.
- 16 Sainctelette, en Carval Suzanne. *Op. cit.*, p. 312.
- 17 V. Tunc André. *La responsabilité civile*. París, Economica, 1989, 2ª ed., 1989, p. 74.
- 18 V. *Ibidem*. En Francia, el 13 de julio de 1930 se dictó la ley sobre el contrato de seguro, que reconoció expresamente la validez del seguro de responsabilidad por negligencia, incluso cuando esta es grave.
- 19 Sobre esta evolución en Francia, Viney Geneviève. *Introduction à la responsabilité, Traité de Droit Civil*, bajo la dirección de Jacques Ghestin, París, LGDJ, 1995, 2ª ed., pp. 24 y ss.
- 20 En Francia, este ocurrió mediante la ley de 13 de julio de 1930, que influyó en la doctrina y en el derecho positivo de varios países.
- 21 Como también se indicará, esta obligación de contratar un seguro para ejercer una actividad se vincula al establecimiento de regímenes de responsabilidad estricta. V. *infra* n° 15.
- 22 *Le sinistre... Op. cit.*, pp. 205 y ss.
- 23 En el derecho chileno, una explicación de la regulación del *contrato de seguro* en: Baeza P., Sergio. *El seguro*. Santiago de Chile, Edit. Jurídica, Santiago, 2001, 4ª ed. actualizada por Juan Acurra, Juan J. Vives y Contreras Osvaldo. *El contrato de seguro*. Santiago, La Ley, 2002.
- 24 Por oposición a los *seguros de personas*, en que el objeto de la cobertura es la vida, salud y la integridad física de las personas aseguradas.
- 25 Por oposición a los *seguros reales o de cosas*, que son aquellos que protegen contra siniestros que pueden afectar a cosas determinadas.
- 26 V. *infra* n° 19.
- 27 En Francia, fue deducida por la jurisprudencia de algunas normas legales que establecieron una retención o afectación de la indemnización en poder del asegurador en favor de las víctimas (v. Lambert-Favre Yvonne. *Droit... Op. cit.*, p. 505). En Colombia, la acción directa, aplicada en algún momento exclusivamente para el seguro automotriz, fue introducida para el seguro de responsabilidad civil en general por la Ley 45/90 (art. 1133, C. de Co.).
- 28 El estudio de la *acción directa* también ha preocupado a la doctrina chilena en los últimos años: v. Salinas Gastón. *El seguro de responsabilidad civil y la acción directa*. Universidad de Chile, 1999, un resumen en: Revista de derecho y humanidades, Universidad de Chile, n° 7, 1999; Contreras Osvaldo. *La acción directa en el seguro de responsabilidad civil*. En: Revista chilena de derecho de seguros, n° 12, 2004, p. 15.
- 29 Viney Geneviève y Jourdain Patrice. *Les effets de la responsabilité, Traité de droit civil*, bajo la dirección de Jacques Ghestin, París, LGDJ, 2001, 2ª ed., p. 749.
- 30 Disposiciones introducidas por la ley de 5 de julio de 1985. V. sobre esta ley, Chabas François. *Les accidents de la circulation*. París, Dalloz, Connaissance du Droit, 1995.



- 31 Prevista en la actualidad en la legislación general de contrato de seguro de responsabilidad: art. R. 124-1 del Código de Seguros.
- 32 En Francia, por ejemplo, entre los tratados de responsabilidad más conocidos: Mazeaud Henri, Léon y Jean y Chabas François. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. T. III, vol. 2, París, Montchrestien, 1983, 6ª ed., pp. 183 y ss.; Viney Geneviève y Jourdain Patrice. *Les effets*. Op. cit., pp. 635 y ss. En el derecho chileno, el tratado de responsabilidad civil más consultado (Arturo Alessandri. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Santiago, Imprenta Universitaria, 1943), si bien efectuó referencias a este seguro, declara que su estudio excede sus propósitos. Recientemente, Hernán Corral (*Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 486 y ss.) realizó un análisis más extenso de este contrato, como así mismo se hace en el *Tratado de responsabilidad civil extracontractual*, de Enrique Barros. Existen varias obras monográficas sobre este contrato en el derecho chileno. Entre estas, sorprende el temprano estudio de Sofía Mayanz (tesis de grado, *Seguro de responsabilidad civil*, Universidad de Chile, 1938), que analiza extensamente los principales problemas jurídicos que hasta hoy plantea este seguro, fundándose en la legislación francesa de 1930 y en la doctrina y jurisprudencia de ese país.
- 33 V. infra nº 18.
- 34 Acerca de la evolución histórica de la responsabilidad civil: Viney Geneviève. *Introduction*. Op. cit., esp. pp. 6 y ss.
- 35 V. por ejemplo, Tunc André. Op. cit., p. 6; Viney Geneviève, ibídem, pp. 22 y ss.
- 36 Viney Geneviève. *Le déclin de la responsabilité individuelle*. París, LGDJ, 1965.
- 37 V. infra nº 18.
- 38 Savatier René. *Le droit et l'accélération de l'Histoire*. Recueil Dalloz, 1951, chr., p. 29, y *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui (Première série. Panorama des mutations)*, 3ª ed., París, Dalloz, 1964.
- 39 En efecto, nadie mejor que Georges Ripert ha descrito esta tensión entre los cambios sociales y la resistencia del derecho, que sólo tardamente se pliega a las evoluciones: v. *Les forces créatrices du droit*. 2ª ed., París, LGDJ, 1955, pp. 10 y ss.
- 40 *Discours préliminaire sur le projet de Code Civil (présenté le 1er pluviôse an IX)*, una edición reciente en francés in *Naissance du Code civil. La raison du législateur*, París, Flammarion, 2004, p. 48.
- 41 Le Tourneau Philippe. *La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou la relativité de son déclin)*. En: *Revue trimestrielle de droit civil*, París, 1988, pp. 505 y ss.
- 42 V. Jossierand Louis, prefacio a la obra de Brun André. *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*. Lyon, Bosc frères, M. et L. Riou, 1931, p. V; Mazeaud Henri. *L'absorption des règles juridiques par le principe de responsabilité civile*. Recueil Dalloz, 1935, chr., pp. 5 y ss.; Carbonnier Jean. *Le silence et la gloire*, Recueil Dalloz, 1951, chr., pp. 119 y ss.
- 43 Por lo demás, en varios ámbitos (como en materia de prensa) esta "absorción" se detuvo como consecuencia de que el legislador o la jurisprudencia rechazaron la utilización de las normas de la responsabilidad civil para eludir normas restrictivas.
- 44 Una completa descripción de esta evolución de la responsabilidad civil en Francia, orientada hacia la prescindencia de la culpa como condición de la responsabilidad y hacia la expansión de los daños reparables en: v. Chabas François. *Cien años de responsabilidad civil en Francia*. París, Editorial van Dieren, 2004, traducción y notas de Mauricio Tapia.
- 45 En este sentido, el estudio de Dejean de la Bâtie Noël. *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*. París, LGDJ, 1965.
- 46 V. infra nº 14.
- 47 Jossierand Louis. *De la responsabilité du fait de choses inanimées*. París, 1897, y Saleilles Raymond. *Les accidents du travail et la responsabilité civile; le risque professionnel dans le Code Civil*. París, 1898.
- 48 Barros Enrique. Op. cit.
- 49 V. sobre la responsabilidad por el hecho ajeno en el derecho francés, la interesante tesis de Jérôme Julien. *La responsabilité civile du fait d'autrui, ruptures et continuités*. Aix-en-Provence, PUAM, 2001.
- 50 En una obligación de resultado—según la clasificación de René Demogue seguida por varios sistemas jurídicos en la actualidad—, el deudor asegura la obtención de un objeto determinado, la obtención de un resultado concreto (la entrega material de una cosa, por ejemplo). En esta obligación, el incumplimiento se demuestra probando simplemente que el resultado no se obtuvo, sin que sea necesario acreditar la negligencia del deudor, funcionando, por esta razón, como una responsabilidad estricta.
- 51 V. infra nº 12.
- 52 Penneau Jean. *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*. París, LGDJ, 1973, párr. 204. El comportamiento culpable involucra una elección en plena libertad del agente: este decidió adoptar una conducta que no hubiese tenido un buen padre de familia colocado en su situación, en vez de seguir otro comportamiento posible más seguro. Por el contrario, el error es una inadvertencia, una falta de atención, una reacción desgraciada que no implica ninguna elección y que pudo haber cometido cualquier buen padre de familia. El acto culpable es aquello que no habría hecho el "buen padre de familia", el "hombre diligente" o "razonable", pero estos no pueden evitar cometer traspiés, estadísticamente ineludibles. V. Tunc André. Op. cit., pp. 114 y ss.
- 53 Como ha ocurrido, con varios matices, en el *Common Law* y en los derechos español, italiano y alemán.
- 54 Su reparación es admitida ampliamente por la doctrina y jurisprudencia francesa. V. los estudios de François Chabas. *Cien años...* Op. cit., pp. 76 y ss.; *La perte d'une chance en droit français*, en coloquio *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Ginebra, Centre d'études européennes, 1991, pp. 131 y ss.; y *La perte d'une chance dans le droit français de la responsabilité civile*. En: *Responsabilité civile e previdenza*, nº 2, 1996, pp. 221 y ss.
- 55 Una descripción de más de 40 tipos de daños reparables en el derecho francés en: Viney Geneviève y Jourdain Patrice. *Les conditions de la responsabilité. Traité de droit civil*, bajo la dirección de Jacques Ghestin, París, LGDJ, 2ª ed., 1998, pp. 28 y ss.
- 56 Una crítica a esta fragmentación en Mazeaud Henri, Léon y Jean, y Chabas François. *Leçons de droit civil, Obligations, Théorie générale*. T. 2, vol. 1, París, Montchrestien, 9ª ed., 1998, de François Chabas, pp. 425 y ss.
- 57 Este fenómeno puede constatare claramente en la noción de *perjuicio de agrado*. En Francia, por ejemplo, una tendencia jurisprudencial ha expandido las fronteras de este perjuicio (todos los placeres normales de la vida), a tal punto que su noción ha llegado a absorber casi por completo al daño corporal. V. Chabas François. *Cien años...* Op. cit., pp. 79 y ss.
- 58 En Francia, en virtud de una ley de 1973, la víctima, aún recibiendo prestaciones de terceros pagadores (seguros o cajas sociales), conserva una acción para perseguir al responsable sobre la parte del perjuicio de carácter personal. Para aumentar las posibilidades de reparación de la víctima, la jurisprudencia ha interpretado cada vez más extensivamente este perjuicio personal, en particular, su componente de contornos más ambiguos: el *perjuicio de agrado*. V. Viney Geneviève y Jourdain Patrice. *Les effets...* Op. cit., pp. 202 y ss.
- 59 Viney Geneviève. *Réflexions sur l'article 489-2 du Code civil*. En: *Revue trimestrielle de droit civil*, 1970, p. 263.
- 60 *Ass. plén.*, 9 de mayo de 1984, *Recueil Dalloz*, 1984, jur., p. 525, nota François Chabas.
- 61 *La faute objective et la responsabilité sans faute*. En: *Recueil Dalloz*, 1985, chr., pp. 14 y ss.
- 62 V. Se trata de una ley de 10 de julio de 2000, sobre los delitos no intencionales, que intenta poner fin al antiguo principio jurisprudencial de identidad entre la culpa civil y la culpa penal. V. sobre los efectos de esta ley en materia de responsabilidad civil: Tapia Mauricio. *Décadence et fin éventuelle du principe d'identité des fautes pénales et civiles*. En: *Gazette du Palais*, 7-8 de marzo de 2003, pp. 2 y ss.



- 63 Aun antes de declararla obligatoria, en numerosos países la conducción de vehículos motorizados con respaldo de seguros se había impuesto como una práctica generalizada. En Francia, la obligación de asegurar este riesgo existe desde 1958.
- 64 Debe tenerse presente que también el legislador en algunos casos (más bien escasos) ha actuado con un propósito inverso, esto es, con el fin de limitar la extensión de los daños reparables. Esto ocurrió, por ejemplo, con la ley francesa de 4 de marzo de 2002 que, confirmando la regla general de la responsabilidad por culpa de los médicos, excluyó la posibilidad de que un niño pueda demandar la reparación de los daños por el solo hecho de su nacimiento, dejando este y otros perjuicios derivados del denominado *riesgo terapéutico* a cargo de fondos públicos de indemnización de víctimas. V. Tapia Mauricio. *Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales*. En: Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile, XV (dic., 2003), pp. 75 y ss.
- 65 V. *supra* n° 9.
- 66 Entre estos, se destacará: Markesinis, Basil. *La perversion des notions de responsabilité civile délictuelle par la pratique de l'assurance*. En: Revue internationale de droit comparé, 1983, pp. 301 y ss.; Lambert-Faivre Yvonne. *Le sinistre...* Op. cit., pp. 193 y ss.; Savatier René. *Les métamorphoses...* Op. cit., pp. 332 y ss.; Viney Geneviève. *Le déclin...* Op. cit., y *De la responsabilité personnelle à la répartition des risques*. Archives de philosophie du droit, 1977, n° 22, La responsabilité, Paris, Sirey, pp. 5 y ss.; y Domínguez A. Ramón. *La transformación de la responsabilidad civil y el seguro*. En: Seminario responsabilidad civil y seguros. Actuales tendencias, Santiago, Folleto Colegio de Abogados de Chile, 2001, pp. 1 y ss.
- 67 *Droit civil, Les obligations*. T. 4, Paris, PUF, Thémis droit privé, 2000, 22ª ed., p. 373.
- 68 Causas que explican sobre todo, según Jean Carbonnier, el advenimiento de responsabilidades estrictas: v. ibidem.
- 69 *Derecho y economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, 1ª ed. española, pp. 463 y ss.
- 70 V. una buena aproximación histórica a estos fenómenos en Viney Geneviève. *Introduction...* Op. cit., pp. 37 y ss. V. además, Domínguez A. Ramón. Op. cit., pp. 3 y ss.
- 71 Sobre la *acción directa*, v. *supra* n° 7.
- 72 Más aún, no solamente la existencia de un seguro contratado influirá en la apreciación de la responsabilidad del asegurado, sino que también la posibilidad que este tenía de haberse asegurado a un costo razonable, aunque en los hechos lo haya omitido. La falacia aquí es similar: el responsable tenía la posibilidad de que el daño no le costará nada y, sin embargo, no actuó en consecuencia.
- 73 Op. cit., pp. 301 y ss.
- 74 En España, en el mismo sentido, Díez-Picazo Luis. *La responsabilidad civil hoy*. Anuario de derecho civil, 1979, pp. 727 y ss.
- 75 Los países que han intentado cubrirlo mediante las reglas de la responsabilidad civil (a pesar de los problemas de inexistencia de una relación de causalidad relevante) lo han hecho confiando en el respaldo del seguro o de mecanismos de seguridad social. En este caso *Perruche* se indemnizó el daño consistente en el hecho de nacer discapacitado, demandado por el hijo contra el médico de su madre que no detectó la rubéola durante el embarazo. Como insistió François Chabas, no cabe duda de que la decisión presentaba una falencia mayor: el médico y el laboratorio no causaron la rubéola de la madre y la discapacidad que provocó para el niño esa enfermedad, pues la mujer ya tenía la rubéola y no existía ninguna forma de prevenir o de atenuar la infección del feto. V. *Droit et patrimoine*, febrero 2001, p. 107.
- 76 V. Tapia, Mauricio. *Responsabilidad...* Op. cit., pp. 110 y ss.
- 77 En este sentido, Barros Enrique. Op. cit.
- 78 En España, Luis Díez-Picazo habla de una especie de "teoría del saco sin fondo", la creencia de que el erario público y las grandes compañías de seguro tienen un poder económico ilimitado, sin percibir que resarcir un daño es "simplemente mudarlo de lugar". V. *Derecho de daños*. Madrid, Civitas, 1999, pp. 192 y ss.
- 79 V. sobre esta segmentación, *infra* n° 23.
- 80 Markesinis Basil. Op. cit., p. 301.
- 81 Se trata de los siguientes riesgos terapéuticos: aquellos de las víctimas de la enfermedad de Creutzfeldt-Jakob transmitidas por utilización de la hormona del crecimiento de origen humano; los resultantes de una intervención en caso de *circunstancias excepcionales* (e). médico que socorrió a una persona en peligro; y los provenientes de infecciones hospitalarias que originen una tasa de incapacidad permanente superior a un 25% o en caso de deceso.
- 82 Sobre esta segunda ley: v. Lambert-Faivre Yvonne. *La crise de l'assurance responsabilité civile médicale*. En: Recueil Dalloz, 2003, point de vue, p. 142.
- 83 Se trata entonces de una "injusticia distributiva", según la expresión de François Chabas. *L'assurance de personne au secours de la responsabilité civile*. En: Revue Risques, n° 14, 1993, p. 85.
- 84 V. *infra* n° 26.
- 85 V. *infra* n° 25.
- 86 Acerca de estos disfuncionamientos, v. Díez-Picazo Luis, *Derecho...* Op. cit., pp. 190 y ss. Una visión de estos problemas, desde la perspectiva de las compañías aseguradoras en: *Le Livre Blanc de l'assurance responsabilité civile*, Direction du marché des risques d'entreprises, Département responsabilité civile - crédit caution, Paris, FFSÁ, 2000.
- 87 V. Cousy Herman. *La segmentation dans l'assurance de la responsabilité civile*. En: L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, Paris, Ed. Cujas, 2002, pp. 181 y ss.
- 88 V. ibidem.
- 89 Las compañías de seguros se encuentran sujetas a obligaciones de solvencia, de reservas y naturalmente de rentabilidad, que las conducen a retirarse de algunos mercados de seguros poco atractivos.
- 90 Es lo que ocurrió con la ley española de 1995, sobre los accidentes de la circulación.
- 91 Tal es el caso, por ejemplo, de las leyes que han permitido la inclusión de la denominada *cláusula de reclamación* en los seguros de responsabilidad civil, que permite limitar de una mejor forma en el tiempo la extensión de la garantía.
- 92 Como ocurrió en Francia, el año 2002, con el denominado *riesgo terapéutico*. V. al respecto, Tapia Mauricio. *Responsabilidad...* Op. cit., pp. 75 y ss.
- 93 V. *supra* n° 18.
- 94 V. algunos estudios generales en materia de responsabilidad civil y seguro, que se refieren a esta "influencia recíproca": Savatier René. *Les métamorphoses...* Op. cit., pp. 337 y ss., y *Comment repenser la conception française actuelle de la responsabilité civile?*, Recueil Dalloz, 1966, pp. 31 y ss.; Terré François. *Propos sur la responsabilité civile*. En: Archives de philosophie du droit, n° 22, 1977, La responsabilité, Paris, Sirey, pp. 42 y ss. En el derecho chileno, Corral Hernán. Op. cit., pp. 397 y ss.
- 95 Es una parte esencial de la tesis de Boris Starck, que se completa con la idea de que la responsabilidad civil cumple también una función de *pena privada*, particularmente cuando se indemnizan los daños morales y puramente económicos (tal es el título de la tesis de este autor: *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, L. Rodstein, 1947).
- 96 V. especialmente, *Le déclin...* Op. cit., pp. 215 y ss. Una tesis similar de "responsabilidad por asegurabilidad" ha sido sostenida en España por Ricardo de Ángel. *Tratado de responsabilidad civil*. 3ª ed., Madrid, Civitas, 1993, pp. 1030 y ss.
- 97 Op. cit., p. 77.
- 98 V. existe una extensa literatura sobre el análisis económico del derecho. V. esp. Posner, Richard. *El análisis económico del derecho*. México, Fondo de Cultura Económica, 1998, traducción de Eduardo Suárez.

- 99 A diferencia del *análisis económico del derecho*, que también se interroga normativamente sobre la responsabilidad, el acento en esta tesis no está puesto en la búsqueda de un *óptimo de prevención*, sino en un *óptimo de compensación* o, más bien, en una reparación generalizada de todos los daños sufridos sin importar su causa.
- 100 Holmes, Oliver W. *The common law*. Buenos Aires, Tea, 1964, traducción de la 45ª edición por Fernando Barrancos, p. 95.
- 101 Sobre estos fines de la responsabilidad civil, véase Barros Enrique. *Op. cit.*
- 102 V. Markesinis, Basil. *Op. cit.*, p. 317.
- 103 En efecto, los precedentes de responsabilidad que se forman así, conducirían a estimar al seguro prácticamente obligatorio en algunas áreas, entregando a los jueces la decisión de definir qué daños deben ser asegurados y la evaluación de las diversas variables económicas implícitas: si es factible el hundimiento de sus costos, la posibilidad de una segmentación adecuada, etc. En este sentido, Díez-Picazo Luis. *Derecho...* *Op. cit.*, p. 193.
- 104 En este sentido, Chabas, François. *L'assurance...* *Op. cit.*, p. 85.
- 105 En Francia, este era el sentido del *Proyecto Tunc* que pretendía crear un seguro directo en favor de las víctimas de accidentes de la circulación y que, en parte por esas razones, fue rechazado. Así mismo, es la lectura que Geneviève Viney quisiera dar a la ley francesa de 1985 sobre tales accidentes. V. Viney Geneviève y Jourdain Patrice. *Les conditions*. *Op. cit.*, pp. 1087 y ss. Una crítica de estas posiciones., Chabas, François. *L'assurance...* *Op. cit.*, p. 87.
- 106 Chabas François, *ibídem*, p. 83. Con anterioridad, en la *Conclusión del Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. T. III, vol. 2, *op. cit.*, p. 507.
- 107 *ibídem*, p. 89. Una proposición similar a la de François Chabas se encuentra en la reciente tesis de Chantal Russo. *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe*. Paris, Dalloz, 2001.

## La acción directa en el derecho de seguros francés

POR: ANDREA CAMARGO GARCÍA\*

### I. INTRODUCCIÓN

La acción directa ha emergido en diversas áreas del derecho francés con el firme propósito de materializar una expectativa propia del sistema jurídico, la cual, está encaminada a lograr que todas las herramientas inherentes a dicho sistema se encuentren marcadas diagonalmente por la justicia y la equidad.

La mencionada figura es el testimonio de la labor protagónica de la doctrina y la jurisprudencia francesa como fuente del derecho, tarea que han desplegado, entre otros medios, matizando figuras que de ser analizadas de forma exegética llevarían a un positivismo exacerbado, positivismo que podría minar las expectativas propias de la disciplina jurídica, entre las cuales encontramos a la justicia como eje supremo del esquema jurídico basado en un contexto económico.

Es así, como ciertas figuras legales propias del derecho civil se han ido tallando conforme al paso del tiempo, siendo el

encargado del cincel, el pretor impulsado por la doctrina.

Ahora bien, esta circunstancia no se encuentra al margen de lo acontecido en relación con la acción directa propia del derecho de seguros francés, ya que precisamente en esta tipología de acción permanece el mismo lineamiento evolutivo de la acción, el cual es adoptado poco a poco por la jurisprudencia y luego por la legislación.

De lo cual se extrae que es de origen pretoriano el matiz impuesto a uno de los principios más representativos del régimen general de contratos, *alteri stipulari nemo potest*, específicamente en el contrato de seguros. Atenuación que se consideró imperativa, en el entendido que su aplicación rigurosa afectaría o a los acreedores que disponen de un privilegio o una hipoteca sobre el bien siniestrado, o bien afectaría a la víctima en lo que tiene que ver con la reparación del daño. Circunstancia que cuestionaría la maquinaria jurídica que supone encenderse y engranarse con el propósito

\* Abogada, Universidad del Rosario (Bogotá-Colombia). Master en Derecho de Negocios Internacionales y Europeos, Universidad Paris Dauphine (Paris IX), aspirante al Master de Derecho Internacional Económico, Universidad Panthéon Sorbonne (Paris I) como becaria de la Corporación de Estudios en Francia. Especialización en Derecho de Seguros, Pontificia Universidad Javeriana. Profesora Auxiliar de Derecho de Seguros, Universidad del Rosario; autora de libros y artículos especializados.