DE LA FUNCION PREVENTIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA DISTRIBUCION DEL RIESGO EN LA SOCIEDAD MODERNA

Por: SARAH MILKES SÁNCHEZ

Sumario

I. Introducción. II. La responsabilidad civil. A. Fundamento B. Funciones. 1. Función demarcatoria 2. Función compensatoria 3. Función distributiva 4. Función preventiva C. Elementos. III. Distribución de riesgos: contrato de seguro.

Resumen

Este trabajo tiene por objetivo realizar un análisis breve respecto de la relación de la responsabilidad civil con el contrato de seguros, específicamente cuando se detallan las funciones que ha de cumplir la responsabilidad. Así pues, se pretende revisar el alcance de las medidas preventivas cuando se optan por diferentes instrumentos de socialización o distribución de riesgos en el caso concreto de la actividad aseguradora.

Palabras Clave

Responsabilidad civil, daño, reparación, función preventiva, función compensatoria, riesgo, contrato de seguro, distribución o socialización de riesgos.

I. INTRODUCCIÓN

La categoría de responsabilidad civil, como figura jurídica del derecho civil, ha sido una de las grandes manifestaciones de la equidad y la justicia en la medida en que el ser humano ha buscado la reparación de los daños que se acometen en su acontecer cotidiano, bien sea en la ejecución de sus relaciones negociales o actividades fuera de ellas. Estos principios que emanan del ordenamiento jurídico, o incluso de la sociedad misma, permean las instituciones jurídicas, en mayor o menor medida, atendiendo a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que esta se analice. Un ejemplo claro, son los principios del “*neminem laedere*” y “*suum cuique tribuere*” (1) de la Antigua Roma, bajo el entendido que uno de los presupuestos para la convivencia social parte de la prevención y no causación de daños y de atribuir a cada quien lo que le corresponde y de igual forma la necesidad de ajustarse a un modelo de justicia distributiva y no sólo correctiva en la responsabilidad civil, según las necesidades que actualmente impone el Estado social de Derecho. No obstante, con independencia de la relevancia de uno u otro principio o de los modelos de justicia que imperen, si se ocasiona un daño debe existir una respuesta jurídica: el nacimiento de la obligación de reparar a quien ha sufrido un daño por parte de quien lo ha ocasionado y en algunas situaciones el deber de mitigación y evitación de los daños por quien lo ha padecido.

Por otro lado, con el auge del post-industrialismo (Valakasis, 1985) y de las nuevas tecnologías que hacen que el riesgo que se encuentra en la sociedad aumente considerablemente, existe la necesidad de las personas de encontrar una seguridad o respaldo económico que permita cumplir con la obligación de indemnizar, lo que comúnmente se denomina la distribución de riesgos o socialización de riesgos con diferentes alternativas, como lo es la actividad aseguradora, de tal forma que sea el asegurador quien responda frente a esta causación cuando se cumplen los requisitos legales exigidos.

El presente trabajo, pretende dilucidar de manera breve cómo en el campo de la responsabilidad civil, la función preventiva presenta varias inconsistencias cuando quien asume el riesgo en virtud de un contrato de seguro es quien responde. De allí que sea de suma importancia analizar primero de qué trata cada uno de los elementos que componen la responsabilidad civil, y además analizar los elementos más importantes de la distribución de riesgos en la sociedad moderna desde el análisis económico del derecho y su relación con el contrato de seguro, más específicamente con las pólizas de responsabilidad civil. Finalmente, concluir con la relación que presentan estas dos categorías respecto de la obligación indemnizatoria o *id quot interest* y el papel de la función preventiva.

II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La responsabilidad, en general, supone un vínculo obligacional entre quien comete el daño y quien debe repararlo entre acreedor y deudor, una tensión entre víctima y victimario (Hinestrosa, 2003). El presupuesto de la responsabilidad civil, tradicionalmente se ha entendido que es el daño o incumplimiento, y cuando alguno de estos acaece, nace a la vida jurídica la obligación de reparar, ya sea por la lesión de un derecho de crédito o de una actividad que no requiere un vínculo jurídico previo entre los sujetos, y por tanto la lógica de responder conlleva directamente a reparar.

Sin embargo, la doctrina se ha encargado de desarrollar diferentes nociones respecto de esta categoría y en esa medida los diferentes autores que se han pronunciado al respecto, elaboran sus definiciones no sólo en torno al daño sino teniendo en cuenta otros elementos de la responsabilidad como lo es la *imputación* (Reglero Campos, 2006). Aun así, el enfoque que se le ha dado a las construcciones académicas y a su vez a las jurisprudenciales, ha sido el aporte de elementos de carácter objetivo que permitan imputar daños con mayor facilidad y menos opciones de exoneración por parte del deudor de una obligación indemnizatoria, o en su defecto el victimario, a cambio de la limitación de los factores subjetivos, como la culpa *-factor de imputación por excelencia-*.

La responsabilidad (2), se puede definir desde sus fines, como una figura jurídica que busca hacer un juicio de reproche a quien ha quebrantado un equilibrio patrimonial y a quien se le realiza una imputación de la misma índole (De Cossío, 1966, pág.528) para reparar el daño causado. Todo esto bajo el entendido, que en un análisis *ex ante* se verifiquen todos los presupuestos necesarios para la existencia de la obligación y no haya una razón justificativa o exonerativa que rompa el nexo causal en el contexto dado.

A. FUNDAMENTO

El fundamento de la responsabilidad civil, por su naturaleza, suscita cuestiones filosóficas que dan razón del ¿por qué? de reparar, todo dependiendo de los objetivos que la misma considere. Ese fundamento, que en primer lugar parece tener sólo un desarrollo teórico, encuentra razón en la praxis toda vez que quien sufrió un daño y pretende una reparación por los perjuicios, necesita de ese fundamento que la legitime a reclamar, sino resultaría irrazonable que el mismo ordenamiento le otorgara protección.

Tradicionalmente, el discurso se desarrolla en torno a un “principio de justicia correctiva” que impone la exigencia de volver al estado de las cosas con anterioridad a la ocurrencia de un daño (Bustamante Alsina, 1993) como mencionaremos más adelante, o que incluso la misma institución de la responsabilidad civil es una manifestación de la justicia correctiva al cumplir con sus exigencias (Coleman & Mendlow, 2013, pág. 181). En la gran mayoría de autores se acepta que la

institución de la responsabilidad tiene un papel instrumental y por tanto habría que detenerse sobre los fines a los que quiere llegar - *¿Qué se quiere resolver? x-*, fines que indudablemente adoptan modelos morales o éticos y no únicamente un modelo que repose sobre la distribución de riesgos.

Para empezar, es preciso recalcar el aporte de la noción aristotélica al derecho de daños, en el cual se parte de la existencia de una igual libertad y dignidad de los hombres. Por consiguiente, surge la exigencia de una justicia particular donde se repara a cada uno lo que previamente, antes del acto de reparar o de justicia era suyo (Poole, 2010, pág. 15). A partir de la noción de justicia particular, Aristóteles distinguió la justicia correctiva o conmutativa y la distributiva en su obra “Ética a Nicómaco” en su Libro V, en virtud del cual aquella hace referencia a *“la que se genera como consecuencia del intercambio de bienes, o por la lesión o apoderamiento de los bienes del otro”* mientras que la última *“es la que se ejerce en el reparto de bienes y cargas o funciones entre los miembros de una comunidad”*. Es decir, que en la justicia correctiva lo que se debe, voluntaria o involuntariamente, se resuelve a partir de quienes se encuentran involucrados propiamente en la relación, un contrato o un daño; mientras que la distributiva (3) centra su atención en la sociedad siempre y cuando se consideren sus circunstancias concretas (condición, necesidad, capacidad, etc.) (Wright, 1995).

En síntesis, si el modelo de justicia correctiva se desarrolla en torno a una relación particular, entre “víctima” –que jurídicamente no tiene el deber de soportar la violación a alguno de sus derechos- y dañante, resulta imperante que exista un nexo causal entre el daño y la conducta del dañante, ya que esta última puede ser *una* de las muchas consecuencias que pueden generar el daño y no exclusivamente ésta (Honoré, 2013), pero no es el daño en sí mismo el que da existencia al deber de reparar, sino únicamente este otorga un derecho a imponer esa obligación de reparar el daño. Aun así, no resulta claro qué se entiende por daño bajo esta tesis, ya que se da prelación a lo que debe hacer cierto sujeto frente a otro y sólo sería aceptable que se le dé una significación sustancial a *ese daño*, en la medida en que lo que se deba reparar sea por razones de justicia.

En consecuencia, al aceptar este principio de justicia, se diferencia entre quien debe responder y quien no, lo que reposaría en el principio de justicia distributiva, ya que, al existir un riesgo que se traduce en incertidumbre, quien decide actuar debe diferenciarse entre quien no actuó o quien debiendo no actuar, lo hizo. Para ilustrar de manera adecuada este postulado, que se analizara más adelante, es en la distribución de riesgos donde cada persona, en desarrollo de sus actividades, tiene la carga de soportar un riesgo de las actividades que los otros ejecutan en su acontecer cotidiano; pero a pesar de que tiene esta carga jurídica, puede beneficiarse de los resultados que produzca su actividad.

De allí, que se afirme que, con el desarrollo de la sociedad y el crecimiento de las teorías amparadas en el riesgo y su distribución, estos se enmarcan bajo la noción de ambos modelos de justicia. Es así, que sólo permitiendo una adecuada

distribución de los riesgos de la sociedad bajo la óptica de un Estado social de Derecho (justicia distributiva), se permite lograr una efectiva reparación de quienes han tenido que soportar un daño que jurídicamente no estaban en el deber jurídico de soportar (justicia correctiva) y, por tanto, ésta depende de aquella (4). En conclusión, si no se impusiera un modelo de justicia distributiva que permee la responsabilidad civil, la justicia correctiva llevaría a que los objetivamente responsables de un daño indemnizen sin tener en cuenta las situaciones excesivamente onerosas, que, en los casos concretos, llevaría no a la aplicación de un modelo de justicia, sino a situaciones totalmente inequitativas e injustas.

B. FUNCIONES

Cuando hablamos de las funciones de la responsabilidad civil, en un primer momento debe partirse desde la distinción que se hace entre fin y función, en esa medida, responden preguntas diferentes. El fin obedece a una lógica teleológica, es decir, el objetivo que se cumple al realizar algo – *¿Para qué?* - mientras que la función obedece a la razón de realizar ese objetivo -*el ¿Por qué?* (Merton, 1949). Con certeza se podría afirmar que el fin de la responsabilidad civil es el de reparar, pero no sucede lo mismo con la función que cumple la responsabilidad civil, por tanto, no existe un criterio uniforme respecto de cuál sería su función principal o en el entendido en que coexistieran diversas funciones, cómo armonizarlas y no crear una disyuntiva entre las mismas.

La doctrina ha señalado que la función compensatoria o resarcitoria cumple un papel principal dentro de la responsabilidad, aunque se puede encontrar un papel secundario de las otras funciones (Reglero Campos, 2006, pág. 75) como lo son la demarcatoria, la distributiva, la preventiva, y en algunos sistemas, la sancionatoria.

1- Función demarcatoria

La responsabilidad civil demarcatoria tiene la función, como lo indica su nombre, de delimitar el ámbito de actuación que tienen las personas entre lo que permite y prohíbe el ordenamiento jurídico, consagrando el principio de libertad (Salvador Coderch & Castiñeira Palou, 1997). En nuestra constitución política, esta función se ve reflejada en el Artículo 6 cuando reza *“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes (...)”*. En consecuencia, si la responsabilidad se deriva del incumplimiento de lo que está prohibido, lo que no está prohibido estaría permitido y no habría razón de imputar responsabilidad por quien no ha desobedecido la normatividad – en sentido amplio-. Al conocer el ámbito de libertad que tienen las personas se conoce con exactitud el parámetro de comportamiento para no realizar aquello que está prohibido o interferir en la esfera jurídica del otro causando un daño (5).

2- Función compensatoria

La función resarcitoria, indemnizatoria o compensatoria ocupa, para la mayoría de la doctrina, la función principal en tanto el fundamento bajo el cual se ha estructurado la teoría de la responsabilidad civil ha sido el daño, esta interviene *ex post* a su causación para restablecer, a quien lo ha sufrido, al estado *ex ante* de su ocurrencia. Sin embargo, esta función tiene razón en un sistema de responsabilidad por culpa o subjetiva, como la legislación colombiana, en el que se responde por no haber actuado con la diligencia debida.

El código civil colombiano en su Artículo 2341, con inspiración en el Artículo 1382 del código civil francés (6), señala que *“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”*, es decir, que nuestra legislación de manera principal, se cimienta en un principio de justicia correctiva, llevándonos a la función compensatoria, como la principal de la responsabilidad civil.

3- Función Distributiva

Esta función tiene lugar cuando por motivos sociales se adopta una regla de responsabilidad objetiva, en razón del incremento de actividades riesgosas o peligrosas pero útiles a la sociedad misma y por tanto se distribuyen esos riesgos entre diversos agentes dentro de las relaciones sociales, como acontece en el mercado de seguros. No obstante, el factor de imputación ya no recae en la esfera meramente subjetiva sino se requiere únicamente que, en virtud del incremento de un riesgo socialmente aceptado, se permita constatar únicamente la relación entre un sujeto y un daño, salvo que existan causales exonerativas que lo liberen de su responsabilidad (Tamayo Jaramillo , 1983).

4- Función Preventiva:

La función preventiva, a diferencia de la resarcitoria, actúa *ex ante* de la causación del daño. Históricamente, tendríamos su razón bajo el principio romano de *“alterum non laedere”* o no causar daños al otro, donde encuentra su plena realización cuando se toman medidas dirigidas a prevenirlo, pues como lo afirman autores como Alterini, la impasibilidad ante la ocurrencia o repetición de un daño es llevar a la legitimación de un “derecho a perjudicar”. De acuerdo a este planteamiento, básicamente se previene de 2 maneras: general, cuando el sujeto evita que se le apliquen las consecuencias desfavorables de una norma que delimite su actuar cuando está desobedeciéndola y de manera especial cuando se influye directamente en las acciones futuras de quien ocasionó un daño. (Diez de Picazo, 1999, pág. 206 y ss.)

Por otro lado, el análisis económico del derecho ha influenciado en gran parte la incursión de esta función dentro del derecho de daños, en la medida en que los sujetos, que cargan con una presunción de racionalidad, analicen los costos de transacción (Coase, 2009), de tal forma que los lleve a actuar diligentemente para prevenir o disuadir la causación de los daños con el objetivo de obtener una mayor eficiencia económica al minimizar los costos (7) (Calabresi, 1970). Según Calabresi, en su obra *“The Cost of Accidents”* la función de la responsabilidad civil busca, en primer lugar, la reducción de los costos en tanto exista medidas preventivas que permitan que estos sean disminuidos, es decir, que la función preventiva obtiene un lugar prominente para obtener una mayor eficiencia en el análisis de costo-beneficio, ya que se parte de la idea que en un sistema indemnizatorio resulta más económico optar por prever que por reparar.

La función preventiva llevaría a deducir que para que exista un verdadero equilibrio económico se necesitaría que los costos de las medidas de prevención sean menores, en términos económicos, de tal forma que exista un incentivo por parte de los agentes económicos –potenciales causantes del daño- de optar por las medidas preventivas y no incurrir en los gastos que implica la reparación de los daños. Aun así, cuando se ocasiona el daño, quien decidió incurrir en ese costo debe asumirlo y extinguir la obligación indemnizatoria mediante el pago, el cual abarcará la totalidad del daño y todos los perjuicios, en la mayoría de las situaciones; salvo ocasiones donde el mismo sistema impone límites a la obligación, por la imposibilidad de algunas industrias de responder con una indemnización o reparación (8) plena o lo que se denomina en el sistema anglosajón como *full compensation* (Van Wijck & Winters, 2001).

En síntesis, podría afirmarse que esta función preventiva no excluye la función compensatoria sino se integran mutuamente. Cuando la obligación indemnizatoria por parte de quien cometió un daño se produce, existe a su vez un fin sancionatorio (9) de carácter especial al patrimonio de la persona que debe responder; mientras que las medidas preventivas, de carácter especial o general –*como en materia penal*- acaecen, no necesariamente se produce un daño y por tanto no hay requerimiento de sancionar, sino únicamente de prever (Salvador Coderch & Castiñeira Palou, 1997, pág. 15).

Desde otro punto de vista, en relación con el fundamento filosófico-jurídico de la responsabilidad que se revisó con anterioridad, esta función de prevención que conlleva a la adopción de medidas de evitación del daño limita la extensión de la responsabilidad de quien se demanda. En el caso que las medidas efectivamente tomadas resultasen insuficientes, la responsabilidad estaría restringida al daño que debió haberse previsto (Honoré, 2013, pág. 147). Claramente, esto constituye un ejemplo en el que coexisten tanto la función preventiva como la compensatoria de la responsabilidad donde no solo se obedece a un modelo de justicia correctiva.

C. ELEMENTOS

Los elementos de la responsabilidad civil son los sujetos, el hecho generador (bien sea una acción o una omisión), la imputación, nexos causal y el daño. Como se mencionaba anteriormente, tanto en la doctrina y la jurisprudencia no existe unanimidad frente a cuál de estos elementos tiene prevalencia. Sin embargo, resulta una discusión sin finalidad práctica. Al ser un tema donde los teóricos del derecho de daños y responsabilidad civil han ahondado con suficiencia, de manera breve, explicaremos los elementos.

En primer lugar, los *sujetos* son la o las personas, naturales o jurídicas, sobre las que recaerá la obligación de reparar o quien ha sufrido un daño, ya sea directamente quien lo sufrió, sus causahabientes o quien se haya visto perjudicado a raíz de ese daño.

El *hecho generador*, sin distinguir si se está en frente de una responsabilidad contractual o extracontractual, es la acción u omisión (10) de un sujeto, y dependiendo del análisis de atribución fáctica y jurídica, del cual se determinará si ocasionó un daño (Reglero Campos, 2006). En ambos casos se parte de la categoría de antijuridicidad en la medida que existe una contradicción entre ese hecho generador con el ordenamiento jurídico o con el contrato.

El concepto de *imputación* indica la relación entre los dos elementos anteriores, el hecho generador y el sujeto. Esta relación depende de diversos factores de atribución, algunas veces subjetivo y otros objetivos; el primero, cuando lo que se analiza es el grado de diligencia y cuidado que le era exigible a quien ocasionó el daño y que fue desplegado en el caso concreto (dolo o culpa), y el segundo, se le imputa a una persona el daño que produzca la actividad desarrollada (creación de riesgo no permitido, elevación del riesgo, asunción de riesgo, etc.). Respecto de los factores de atribución resulta ilustrativa la distinción artificial que se hace entre obligaciones de medio y de resultado en materia contractual, donde plantea que cuando la obligación tiene por prestación la obtención de una finalidad resulta indiferente el factor subjetivo de quien incumplió al tener un factor objetivo, y viceversa (Rozo Sordini, 1998). Sin embargo, este no es objeto de estudio en el presente trabajo.

El *nexo de causalidad* para algunos autores consiste en la premisa fundamental de la imputación, que no sólo es fáctica sino consustancialmente jurídica, pues en algunas ocasiones el injusto causado no es producto de quien es responsable fácticamente (Reglero Campos, 2006, pág. 70). Es decir, es indispensable diferenciar las condiciones materiales que explican la producción de determinado resultado (causalidad fáctica o naturalista) y los criterios que ha creado el ordenamiento jurídico que justifican y delimitan a los responsables (causalidad jurídica), en la medida que puede existir una relación de causalidad pero no necesariamente de determinación al no cumplirse los criterios de la imputación

objetiva (Larenz, 1926) como lo son el consentimiento de la víctima, el principio de confianza, la prohibición de regreso, posición de garante, entre otras.

Por último, el *daño* como elemento estructural de la responsabilidad civil, configura el alcance de la reparación, como fin de la responsabilidad civil. Existen diversas definiciones en la doctrina, y según el enfoque que se adopte se hace énfasis en uno u otro aspecto, verbigracia, la noción de daño que adopta la escuela de análisis económico del derecho donde se considera que éste es sólo un costo que alguien debe asumir, ya sea quien ocasiona un daño o un tercero, como lo sería un asegurador (Calabresi, 1970). Claramente esta definición – desde mi punto de vista- es sesgada en tanto limita el concepto al daño patrimonial y por tanto contempla únicamente la forma de reparación pecuniaria. Aceptar que el daño es un costo, es materializar todo suceso del acontecer humano, y como se recapitulara más adelante, resulta fundamental que la institución de la responsabilidad civil repose en fundamentos morales y de justicia, no porque la reparación pecuniaria vaya en contra de estos principios, sino que existen diversas formas de reparar que no representan un costo, entendido este como la erogación que se realiza de un patrimonio.

Otra definición de daño es la que da el Dr. Juan Carlos Henao señalando que: *“El daño es toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátense de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que, gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad –imputación y fundamento del deber de reparar- se encuentran reunidos”*. (Henao, 2015, págs. 280 - 285) Esta idea de daño flexibiliza el alcance del concepto de responsabilidad ya que por el contrario se aleja de la idea de daño tradicional al considerar derechos no pecuniarios, la posibilidad de reparar colectivos y la idea de la sola alteración a ese derecho constituiría una infracción que debe ser reparada.

En resumen, existen diferentes elementos –todos ellos necesarios- para que se pueda imputar a una persona la obligación de reparar o indemnizar.

III. DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS: CONTRATO DE SEGUROS

La sociedad moderna exige que las instituciones, en general, se amolden a las nuevas realidades. A partir del auge de la industria se han presentado cambios graduales y sustanciales en la responsabilidad civil, al pasar de una responsabilidad eminentemente individual fundamentada en el factor de atribución *culpa*, a una responsabilidad en donde se socializan los riesgos; además que se abandona como epicentro el juicio de reproche, esto es, aquel que se hace a quien daña; girando en torno a soluciones que protejan a la víctima garantizándole el elemento indemnizatorio (Savatier, 1981).

El tránsito del Estado de Derecho al Estado social de Derecho ha traído consigo la reivindicación de ideas de solidaridad social y de distribución de la riqueza, por consiguiente, se han desarrollado mecanismos de distribución de riesgos en favor de las víctimas a partir de la obligación de adoptar medidas necesarias, como la contratación de un seguro donde quede cubierta la responsabilidad civil. En consecuencia, se desarrolló la teoría del riesgo (11) donde se trata de prescindir del factor subjetivo –culpa- en la responsabilidad, pero se acude a la noción de riesgo creado. Resulta entonces determinante encontrar un nexo causal entre el daño y el sujeto para responder por los daños que se produzcan como consecuencia de la actividad riesgosa (Tamayo Jaramillo , 1983) y esto tiene una materialización en el seguro de responsabilidad civil.

El seguro de responsabilidad civil está regulado en nuestro código de comercio en el Artículo.1127 en el cual se señala: *“El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado. Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055”*. En otras palabras, en virtud de este contrato, una compañía aseguradora se obliga a responder por un hecho generador de daño (acción u omisión) donde el asegurado –no necesariamente el tomador- está llamado a responder, siempre y cuando, el daño sea objeto de cobertura según lo establecido en la póliza de responsabilidad civil que los vincula y exista interés asegurado (12), todo ello a cambio del pago de una prima asegurable por parte del asegurado.

Las pólizas de responsabilidad civil actúan de manera preventiva en la medida que protegen antes de la ocurrencia del siniestro el patrimonio del asegurado, en esa medida el asegurador asume directamente la obligación que debe asumir el asegurado frente a terceros perjudicados (Reglero Campos, 2006, pág. 728). No obstante, una vez ocurre el siniestro deben configurarse todos los elementos que aseguren que hay responsabilidad y una vez verificados, dirigirse a revisar si existe un contrato de seguro que ampare la responsabilidad civil de quien ha cometido un daño. En esa medida, el aseguramiento facilita mecanismos de distribución de pérdidas y de protección a las víctimas en razón de un principio de justicia distributiva que asigna cargas en proporción al beneficio obtenido y a su vez se garantiza que haya la adecuada compensación (Honoré, 2013, pág. 132). Particularmente se encuentra la acción directa consagrada en el Artículo 1133 C.Co. en el cual, la ley legitima que la víctima, sus herederos o quienes estén facultados se dirijan directamente contra la aseguradora con el fin de obtener la indemnización.

Una vez esbozado brevemente el panorama del contrato de seguros y la responsabilidad civil analizaremos si este permite que se cumpla efectivamente la función preventiva de la responsabilidad civil, como se mencionó anteriormente.

En primer lugar, la función compensatoria o resarcitoria de la responsabilidad se ve garantizada con el mecanismo del seguro al permitir reparar a quien ha sufrido un daño y, además que no sea objeto de burla por parte de quien se ve obligado a responder, como puede ser una posible insolvencia económica que lo impida a cumplir con su obligación. A su vez la función preventiva y demarcatoria actúa cuando en el ordenamiento jurídico se regulan las conductas que pueden generar la obligación de reparación y de esa manera disuade a los sujetos de la causación de daños; de allí, que resulte imperioso preguntarse si realmente el pago de la indemnización que hace, en este caso el asegurador, sirve para prevenir un suceso lesivo que ya ha tenido lugar.

Desde mi punto de vista, la función preventiva *específica*, la atinente a la relación particular del sujeto, sólo tiene justificación cuando quien tiene que responder exclusivamente soporta la carga de indemnizar o de reparar. Es decir, cuando el sujeto encuentra un respaldo económico en virtud de un contrato de seguro que garantiza la obligación indemnizatoria de la víctima, no hay elementos disuasorios que permitan, en otras ocasiones, a este sujeto actuar diligentemente. Además, si se analiza la prevención *general*, que estaría dada en este caso por el legislador de forma general, impersonal y abstracta, no sería efectiva en tanto no existan mecanismos que refuercen el papel preventivo de la responsabilidad y no resulta claro hasta qué punto puede hablarse de prevención general cuando la amenaza indemnizatoria se configura únicamente con el daño y no con la conducta.

Finalmente, es necesario preguntarse si en realidad es éticamente correcto que se propenda por la estabilidad de la actividad aseguradora, arriesgando toda posibilidad de que exista una real función preventiva en la responsabilidad. Si la respuesta es sí, no es necesario continuar refiriéndose a la categoría académica de la función preventiva de la responsabilidad civil, en tanto que en un contrato de seguro se requiere que el interés asegurable, como elemento del contrato, exista y, tenga por lo menos, una amenaza de concreción del riesgo. Ahora bien, si consideramos que la función preventiva de la responsabilidad civil tiene mayor importancia, habría que concluir que con la incursión de este tipo de contratos en la sociedad moderna, encontramos una excepción al desarrollo de la función preventiva que tiene la responsabilidad civil; y en esa medida, no existen elementos disuasivos para que el sujeto, que está obligado a responder, actúe con mayor diligencia en el tráfico jurídico y quede limitado a realizar el pago efectivo de la prima de seguros en favor de la compañía aseguradora.

NOTAS

- 1) Ulpiano: *Iustitia et iure*, fr.10, Pr: « *Iustitia est constans ac perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* »
- 2) Para Jossierand, la categoría de responsabilidad es tangencial y de suma importancia no solo en el ámbito jurídico sino a su vez en la sociedad, expresa así: “*No hay en el mundo actual nada más complejo y más viviente: bajo la acción de la vida moderna, siempre más mecánica y siempre más intensa, la*

responsabilidad tiende a ocupar el centro del derecho civil, es decir del derecho en su totalidad, (...) se convierte en el punto neurálgico común a todas las instituciones". Citado en Tamayo Jaramillo, J. 1983, De la responsabilidad civil, Bogotá.

- 3) En la sociedad este tipo de justicia se ve manifestada en la aplicación de la responsabilidad objetiva, verbigracia, quien realiza una actividad riesgosa así sea útil, debe responder.
- 4) Coleman & Mendlow expresan esta idea de la siguiente forma: *"Si una distribución de recursos es justa, entonces la justicia correctiva exige que la protejamos. Pero al hacerlo no hace más que devolver a los individuos a las posiciones a las que tienen derecho, como una cuestión de justicia distributiva. Entendida de esta forma, la justicia correctiva es el componente ex post de la justicia distributiva".* (Subrayado fuera del texto original).
- 5) Suzanne Carval le otorga a esta función una noción normativa en la medida que impone las reglas de conducta que facilitan la vida en sociedad, al respecto afirma: *« (...) elle continue à jouer son rôle originel de définition des comportements illicites, permettant ainsi au droit de la responsabilité de participer à une mission distincte de l'indemnisation et qui consiste dans l'élaboration du complexe réseau de règles de conduite sans lequel la vie en société ne serait pas possible »*. Citado por López Herrera en « Introducción a la responsabilidad civil », 2004, pág. 23.
- 6) Art.1382 Código Civil Francés: *« Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer »*.
- 7) Según el análisis económico del derecho todas las obligaciones se traducen en un costo, pero existen opositores a esta concepción al diferenciar los efectos que tienen las obligaciones según su naturaleza. Al respecto ver Al respecto ver Coleman, J., & Mendlow, G. (2013). *Las teorías de la responsabilidad extracontractual*.
- 8) Se considera que el concepto de *reparación* es omnicompreensivo y no se limita a la acepción pecuniaria que se le ha otorgado a la indemnización.
- 9) Existen sectores de la doctrina, en su gran mayoría los que hacen parte de la escuela de análisis económico del derecho, que conciben que existe una función sancionatoria en la responsabilidad civil que es inherente a la función reparatoria, en la medida en que hay una consecuencia desfavorable a quien comete el daño al tener que afectar su patrimonio; también cuando existe la participación de la víctima dentro de la causación del daño, pues se le sanciona con la imposibilidad de hacer exigible su derecho de ser indemnizada (*Frente a esto último: Cane, P. Atiyah's Accidents, compensation and the law, 6° ed, cit.p. 49*). Pero existe otra postura como la de Diez de Picazo, que considera que la responsabilidad civil no puede entrar a ocupar funciones que corresponden al derecho penal o sancionatorio, como lo es el de castigar (Diez de Picazo, 1999, pág. 46). Su aplicación se encuentra en el sistema anglosajón con los "punitive damages", institución jurídica que no encuentra recibimiento en nuestra legislación.
- 10) Cuando se trata de una omisión Diez Picazo considera *"solo es fuente de responsabilidad si existe un especial deber legal o negocial del obrar, aunque*

con independencia en materia civil de que ocupe la posición de garante". (Diez de Picazo, 1999, pág. 287)

- 11) Sin embargo, nuestra legislación y jurisprudencia, no ha incursionado mucho en esta teoría en la medida en que se ha dicho que la responsabilidad está estructurada en la categoría de culpa y no la de riesgo (Corte Suprema de Justicia - Sala Civil Sentencia 24 de agosto de 2009).
- 12) Algunos autores afirman que en este tipo de seguros de responsabilidad civil no hay *interés asegurado* ya que únicamente se ve amenazado cuando existe una concreción del riesgo y en la medida que es un seguro de índole preventiva no cabría la posibilidad de hablar de esta categoría propiamente y quedaría condicionado a efectos del pago de la prima. Sin embargo, esta discusión teórica para efectos de este trabajo resulta indiferente. (*Frente a esto ver*: Reglero Campos, F. (2006). *Tratado de Responsabilidad Civil* (Tercera ed.). Navarra: Arazandi, SA.)

BILIOGRAFÍA

Bustamante Alsina, J. (1993). *Teoría General de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Calabresi, G. (1970). *The Cost of Accidents: a Legal and Economic Analysis*. *Book review: University of Chicago - Richard Posner*.

Coase, R. (2009). *Ensayos sobre economía y economistas*. Marcial Pons.

Coleman, J., & Mendlow, G. (2013). *Las teorías de la responsabilidad extracontractual*. En C. Bernal Pulido, & J. Fabra Zamora, *La filosofía de la responsabilidad civil: Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual* (págs. 177 - 213). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Diez de Picazo, L. (1999). *Derecho de daños*. Madrid: Civitas.

Henao, J. (2007). *Le dommage. Analyse à partir de la responsabilité civile extracontractuelle de l'État en droit colombien et en droit français*. Paris: Université Paris Pantheon-Assas .

Henao, J. (2015). *Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado*. *Revista de Derecho Privado*, 227 - 266.

Hinestrosa, F. (2003). *Tratado de las Obligaciones* (Segunda ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Honoré, A. (2013). La moralidad del derecho de la responsabilidad civil extracontractual: preguntas y respuestas. En C. Bernal Pulido, & J. Fabra Zamora, *La filosofía de la responsabilidad civil: Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual* (págs. 123 - 151). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Larenz, K. (1926). *Hels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*.
- Llamas Pombo, E. (2011). Problemas actuales de la responsabilidad civil. *Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla"*.
- Merton, R. (1949). *Teoría y Estructuras Sociales*. New York.
- Poole, D. (2010). Filosofía del Derecho: La justicia. *Ética y Derecho*, 15.
- Reglero Campos, F. (2006). *Tratado de Responsabilidad Civil* (Tercera ed.). Navarra: Arazandi, SA.
- Rozo Sordini, P. (1998). Las obligaciones de medio y de resultado y la responsabilidad de los médicos y abogados en el derecho italiano. (U. E. Colombia, Ed.) *Revista de Derecho Privado*(4).
- Salvador Coderch, P., & Castiñeira Palou, M. (1997). Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños. Madrid: Marcial Pons.
- Savatier, R. (1981). *Comment repenser la conception française actuelle de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz.
- Tamayo Jaramillo, J. (1983). *De la responsabilidad civil*. Bogotá: Temis.
- Valakasis, K. (1985). El mundo del mañana. En A. y. Cit. por Bressand. Buenos Aires.
- Van Wijck, P., & Winters, J. (2001). The principle of full compensation in tort law. *Eur. J of L&E*, 319 - 332.
- Wright, R. (1995). Right, Justice and Tort Law. *Moral Foundations of the law of Torts: Oxford University Press*.