

### **Problemáticas que suscita el seguro RC frente a la eficacia de la responsabilidad civil**

Tratando de hacer un recuento de los principales factores que han llevado a que el seguro RC haya adquirido un lugar importante como instrumento de indemnización del daño, se puede mencionar que el fin de la protección de las víctimas explica en gran medida el desarrollo prodigioso de este instrumento. Igualmente, la toma de conciencia acerca de la importancia y la gravedad del riesgo de responsabilidad civil en el mundo moderno, sumado a la ocurrencia de riesgos de accidentes, resultado del carácter peligroso de un gran número de actividades, han incitado que tanto el legislador como la jurisprudencia pongan en marcha sistemas de responsabilidad más estrictos, lo cual conlleva que los potenciales responsables se vean en la necesidad de contratar un seguro.

Del mismo modo, el propio legislador, en muchos casos, ha contribuido a aumentar la demanda del seguro RC cuando impone la obligación de asegurar la responsabilidad civil. Incluso la jurisprudencia, para el caso específico de Francia, ha decidido que, en algunas materias y aun no existiendo la obligación de asegurarse, debe valorarse como culposa la conducta de quien expone a un tercero a ciertos riesgos sin haber verificado que estos estuvieran o no garantizados por un seguro. Este fue el criterio expresado en el caso de una agencia de viajes que no verificó que los transportadores y hoteleros a los cuales envió sus

clientes estuvieran asegurados para su responsabilidad civil.<sup>116</sup> Para la jurisprudencia francesa, aquel que ejerce una actividad creadora de riesgos asume por ello la obligación de contratar un seguro.

Esta expansión vertiginosa del seguro de responsabilidad ha recibido, sin embargo, algunas críticas por parte de la doctrina. La primera de ellas tiene que ver con la pérdida del sentido individual de responsabilidad que la práctica del seguro trae consigo para el propio asegurado; la segunda se relaciona con las dificultades que el mismo instituto del seguro genera al momento de otorgarse una indemnización a la víctima del daño; finalmente, la tercera hace alusión a algunas desigualdades que surgen entre el asegurador y la víctima al momento de acceder a la administración de justicia.

Si bien en la época actual, especialmente en los países desarrollados, se considera normal, aconsejable e incluso a menudo obligatorio asegurarse, hay incluso quienes consideran que es la única opción que se tiene, a no ser que la persona esté capacitada económicamente para responder por los costos de las demandas civiles de indemnización. Sin embargo, respecto al seguro RC se ha discutido la desventaja que este puede traer al permitir que el asegurado “adopte una actitud más tranquila y menos diligente en su conducta usual y profesional”.<sup>117</sup>

En verdad, una de las críticas más frecuentes ha sido aquella según la cual el seguro RC provoca en el sujeto potencialmente responsable que se haya asegurado una “sensación de tranquilidad respecto las consecuencias de su propia conducta, con el correlativo efecto de disminuir los niveles de atención y diligencia”.<sup>118</sup> De este modo, se habla de una posible pérdida del sentido individual de responsabilidad en el asegurado, conocido en Italia con el nombre de *azzardo morale*, que es uno de los más importantes argumentos adoptados a favor de la presunta inmoralidad del seguro de responsabilidad civil.

Por este motivo, corrientemente se ha interrogado respecto a si la amenaza de la responsabilidad civil sea útil para que los médicos ejerzan su arte con diligencia. A este respecto, alguna doctrina manifiesta que si la respuesta fuera

116 Geneviève Viney y Patrice Jourdain, *Les effets de la responsabilité...*, op. cit., p. 636.

117 José Fernández, *Sistema de responsabilidad médica...*, op. cit., p. 615.

118 Maria Gagliardi, *Contratto di assicurazione e dinamiche assicurative: informazione e clausole contrattuali*, en Giovanni Comandé y Giuseppe Turchetti (coords.), *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio e assicurazione*. Padova: Cedam, 2004, p. 189.

•La crisis del seguro de responsabilidad civil.

afirmativa, habría necesidad de prohibir la práctica del seguro RC; sin embargo, otros señalan que es evidente que la diligencia de los médicos no depende en nada de la responsabilidad civil, pues la cualidad de un médico depende de varios aspectos:

Del esfuerzo que él realiza por estar al corriente de los progresos de la ciencia, de su aptitud para escuchar, para interrogar, para juzgar o para actuar pausadamente, de su benevolencia respecto al paciente que sufre o que está inquieto al cual es menester reconfortar con una palabra, con una sonrisa.<sup>119</sup>

De este modo, el alto nivel médico no depende de la amenaza que puede representar la institución de la responsabilidad civil, sino de la formación profesional recibida, del control disciplinario y, solo en casos graves, del control que ejerce la justicia penal. Así pues, no es la responsabilidad civil la que eleva y mantiene el nivel médico; en consecuencia, podría afirmarse que el instituto del seguro RC logra garantizar no solo la seguridad de los pacientes, sino también, y dentro de justos límites, la libertad de decisión a la cual aspiran los médicos.

Como antes se indicó, en sus inicios, la validez de este contrato de seguro de responsabilidad se puso en duda, pero esa supuesta ilicitud del contrato, erróneamente asimilado al pacto de exoneración de responsabilidad, no tenía razón de ser, porque no se eliminaba el deber del responsable hacia el tercero perjudicado, sino que se reforzaba con la garantía del seguro.<sup>120</sup> No obstante, el seguro RC era observado con gran desconfianza, ya que se sospechaba que su práctica alentaba la negligencia y la incuria; de ahí que la presión de los hechos y el desarrollo pertinaz y espontáneo de su práctica llevaron a un cambio radical de opinión, que en últimas fue la que logró llevar al convencimiento respecto de su utilidad y eficacia, permitiendo que la figura ganara el importante lugar que ocupa hoy en día.<sup>121</sup>

La absoluta e inderogable necesidad de mantener aquellas actividades indispensables para el desarrollo de la vida en sociedad permitió el crecimiento de este ramo del seguro. Con el desarrollo de la tecnología y la difusión de un constante

119 André Tunc, *L'assurance tous risques médicaux...*, *op. cit.*, p. 180.

120 Antonio La Torre, *Responsabilidad y seguro...*, *op. cit.*, p. 34.

121 Suzanne Carval (coord.), *La construction de la responsabilité civile*. Paris: Presses Universitaires de France, 2001, p. 307; Antonio La Torre, *Responsabilidad y seguro...*, *op. cit.*, p. 30.

estado de riesgo en la sociedad, la garantía de la responsabilidad civil se hizo necesaria y moralmente válida, a tal punto que en algunos casos ha sido impuesta por la ley, sin que ello comporte un cambio en sus términos fundamentales.<sup>122</sup>

Así las cosas, es preciso señalar que el seguro no suprime la responsabilidad, solamente la transforma.<sup>123</sup> Cuando una persona contrata un seguro, prevé la posibilidad que pueda cometer algún comportamiento culposo. Luego, lejos de deshacerse de toda responsabilidad, acepta anticipadamente la carga, pagando una cierta suma de dinero que contribuirá a la reparación del daño. El seguro no suprime entonces la responsabilidad, ya que esta subsiste, solo que transformada, pues aquel que causa el daño por su culpa no es quien lo repara, sino la compañía aseguradora, generalmente más solvente que un simple particular.

Por otra parte, dentro de las críticas a la expansión del seguro RC, se hace alusión a las dificultades que el mismo instituto del seguro genera al momento de otorgarse una indemnización a la víctima del daño. El seguro de responsabilidad civil es una institución bastante delicada por la misma coexistencia de dos figuras jurídicas bastante complejas: la responsabilidad civil y el seguro, que juntas se funden en los tres sujetos involucrados: el asegurador, el asegurado y el tercero-víctima. En este sentido, el seguro de responsabilidad no escapa a la perspectiva contenciosa que puede generarse, en razón a los distintos intereses que están en juego.<sup>124</sup> Por una parte, los asegurados, deudores de una indemnización, buscan descargarse de esta deuda contratando un seguro; los aseguradores, por su lado, tienden a minimizar o incluso a rechazar el peso de dicha indemnización; finalmente, las víctimas, acreedores de la indemnización, generalmente buscan obtener el máximo posible en un corto plazo.

Esta estructura conflictiva del seguro de responsabilidad civil suscita dificultades específicas referidas a la prueba de la responsabilidad del asegurado y a la prueba de la garantía del asegurador. En efecto, para que la garantía del seguro se haga efectiva, es necesario que la víctima, antes que demostrar la responsabilidad del asegurado, identifique al responsable o autor presunto del daño. Una vez

122 Daniele de Strobel, *L'assicurazione di responsabilità...*, *op. cit.*, p. 12.

123 G. Stefani, La validité de l'assurance: De l'assurance des fautes, en Suzanne Carval (coord.), *La construction de la responsabilité civile*. Paris: Presses Universitaires de France, 2001, p. 319; André Tunc, *La responsabilité civile*. Paris: Economica, 1989, p. 107.

124 Guido Gentile, *Responsabilità civile e assicurazione...*, *op. cit.*, p. 17.

identificado el asegurado-eventual responsable del daño —lo cual puede resultar difícil en algunos eventos—, la víctima puede verse confrontada a otros obstáculos relacionados con la prueba de su responsabilidad, no obstante los cuales, una vez que la responsabilidad ha sido establecida, la garantía del seguro no se adquiere necesariamente; es decir, no existe certeza en la indemnización, ya que a menudo los aseguradores incluyen en los contratos cláusulas por las cuales prohíben al asegurado reconocer su responsabilidad o transigir con la víctima y el incumplimiento de estas obligaciones puede ser sancionada incluso con la privación de su derecho a la garantía.<sup>125</sup>

En lo tocante a las dificultades relativas a la prueba de la garantía del asegurador, una vez que la víctima ha demostrado la obligación del responsable-asegurado, corresponde a este demostrar que la obligación está cubierta por un seguro, estableciendo para ello que todas las condiciones de la garantía están reunidas. Para liberarse parcialmente de la carga de la indemnización, el asegurador, por su parte, invoca simplemente la limitación de la garantía que se halla estipulada en el contrato. Para liberarse totalmente, en cambio, debe comprobar que las circunstancias del siniestro no entran en el campo de aplicación de la garantía, demostración que también conlleva de por sí un cierto número de dificultades en cuanto la carga de la prueba.

Otra de las complicaciones en torno a la indemnización tiene que ver con el perjuicio que puede sufrir el asegurado con ocasión de la apelación de la decisión que realiza el asegurador y con la eventual insolvencia del asegurado a la que debe enfrentarse la víctima. Como lo indica la doctrina francesa, es posible que el asegurador, haciendo uso de su facultad de dirigir el proceso de responsabilidad adelantado contra su asegurado, decida sin ninguna razón válida apelar la decisión que en primera instancia haya impuesto una condena que no excede el *plafond* de garantía establecido en el contrato de seguro; en consecuencia, el fallo de segunda instancia puede aumentar el monto de la condena por encima del *plafond* señalado. Esta actitud del asegurador resulta a todas luces perjudicial no solo para el asegurado, quien queda a cargo de aquella parte del daño no cubierto por el seguro, sino también para la víctima, quien tendrá que soportar no solo la lentitud del proceso, sino también la eventual insolvencia del asegurado.

.....  
125 Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité...., op. cit.*, p. 49.

Por otra parte, el pacto de las cláusulas *claims made* en este tipo de contrato constituyen otro de los factores que hacen difícil la indemnización por parte del asegurador.<sup>126</sup> Dichas cláusulas, que en el ámbito internacional han sido objeto de una dura polémica, son admisibles en nuestro país desde 1997 y constituyen una gran amenaza a los intereses de los asegurados, ya que estos pueden llegar a quedar sin la protección de la garantía contratada, cuando el reclamo de la víctima es realizado por fuera de los fatales plazos fijados en la póliza. En verdad, por fuerza de la estipulación de este tipo de cláusulas, un asegurado que ha venido pagando cumplidamente las primas del contrato puede, en un momento dado, encontrarse con que el siniestro no está cubierto, por lo cual, entonces, tiene que hacer frente a la reparación de la víctima con su propio patrimonio.

Frente a estos eventos de cláusulas *claims made*, por cierto, comúnmente consagradas en las pólizas de responsabilidad civil,

el asegurado, sujeto sin mayor experiencia y conocimiento de esta clase de contratos —para lo cual contrató a una compañía—, que no realiza reservas técnicas, que no tiene reaseguros, que se dedica a otra actividad, que no sabe nada de seguros, deberá responder por el riesgo de la misma póliza de seguros que contrató.<sup>127</sup>

De igual modo, se puede señalar como otra de las dificultades en torno a la indemnización el riesgo que existe de realizar una transacción desequilibrada, desfavorable a la víctima.<sup>128</sup> En verdad, corrientemente se dice que “más vale un mal arreglo que un buen pleito”; sin embargo, a menudo se teme que ese “mal” arreglo pueda ser sinónimo de “desastroso” para la víctima del daño.

La transacción constituye para el asegurador un instrumento favorable para la gestión de los intereses de la mutualidad, pero muchas veces se hace en detrimento de los intereses individuales de la víctima. Numerosos estudios han demostrado que las indemnizaciones logradas a través de transacción son claramente inferiores a las indemnizaciones judiciales. Este modo de terminación no contenciosa de los conflictos permite gestionar los siniestros al menor costo, es decir,

126 Mónica Fernández, *Las cláusulas claims made...*, *op. cit.*, p. 213.

127 Francisco Miranda, Seguro de responsabilidad civil por mala praxis médica. Delimitación temporal de la cobertura del seguro. Cláusulas *claims made*, en *Revista Iberoamericana de Seguros*, n.º 16, 2001, p. 115.

128 Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité...*, *op. cit.*, p. 48.

reducir el nivel de la indemnización con relación a la realidad de los perjuicios ocasionados a la víctima. La práctica transaccional puede entonces ocasionar una desigualdad, desfavorable para la víctima, entre la indemnización que resulta de la transacción y aquella resultado de la práctica judicial. La transacción se traduce en un “cara a cara entre un asegurador experto y una víctima a menudo desarmada, impotente”<sup>129</sup>, por lo cual la víctima en muchos casos sacrifica su indemnización en razón de las ventajas que le genera la transacción (por ejemplo, le evita la lentitud, los costos y el alea de un proceso judicial).

Finalmente, otro de los problemas que en materia de contrato de seguro puede presentarse respecto la indemnización está representado por la presencia de cláusulas de exclusión de ciertos riesgos, las que en un momento dado pueden causar sorpresas a los asegurados de buena fe.<sup>130</sup> En Colombia, por ejemplo, riesgos tan comunes como el de daños derivados de infecciones intrahospitalarias o aquellos vinculados a los daños por contaminación del virus del sida por vía de transfusión sanguínea están excluidos de la cobertura en los seguros de responsabilidad médica.

Así las cosas, ante todos estos múltiples aspectos que de un modo u otro pueden dificultar la reparación de los daños a la víctima, se insiste una vez más en que el médico, la clínica o el establecimiento hospitalario que contrata un seguro que cubra su responsabilidad civil deben buscar una póliza que se adecúe a su realidad, que le permita evitar cualquier vacío de cobertura que se produzca durante el ejercicio de su actividad; para ello, tendrá que actuar con mucho cuidado en el estudio y la negociación de la póliza, teniendo que examinar escrupulosamente todas y cada una de las cláusulas contractuales.

Finalmente, otra de las críticas elevadas en torno al seguro RC, derivada de las complejidades que suscita la estructura conflictiva de esta clase de seguro, tiene que ver con los problemas de acceso a la administración de justicia. Además de las cuestiones problemáticas antes esbozadas, ha de tenerse en cuenta que al momento de reclamar un resultado rápido y favorable a la solicitud de

129 Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité...*, *op. cit.*, p. 62.

130 René Savatier, *Les métamorphoses économiques...*, *op. cit.*, p. 329.

indemnización, las víctimas censuran más la administración de justicia que la técnica del seguro RC.<sup>131</sup>

En efecto, la crítica esencial tiene que ver con la desigualdad que se presenta entre el asegurador y la víctima frente al acceso a la administración de justicia. Mucho se ha dicho en cuanto a la ignorancia de la víctima respecto la posibilidad de hacer valer sus derechos. La víctima debe enfrentarse no solo a un asegurador —deudor de la indemnización— que domina el derecho de los seguros y de la responsabilidad, sino a una justicia compleja, a una acción de carácter altamente onerosa y a todo tipo de problemas relacionados con los largos plazos que implican los procesos.

La víctima, a menudo ignorante del derecho, se debe enfrentar al principal obstáculo: la complejidad de la justicia, debida en mayor parte al gran número de textos legislativos y reglamentarios, a los cuales se suma la existencia de dos órdenes jurisdiccionales que en muchas ocasiones conlleva decisiones distintas para un perjuicio igual. La responsabilidad médica es un ejemplo claro de ello; en este campo se demuestra sorprendentemente cómo la fragmentación del contencioso y la existencia de distintas reglas o sistemas aplicables para dar solución a estos casos puede entrañar que víctimas de daños semejantes, ocurridos en circunstancias idénticas, puedan obtener una reparación, mientras que otras deban enfrentar un rechazo de su indemnización.

Así pues, la desigualdad que coexiste entre el asegurador y la víctima al momento de acceder a la administración de justicia se resume en la presencia de una víctima inexperta e ignorante de sus derechos que debe enfrentarse no solo a un asegurador experto en los temas de la garantía, reclamaciones y negociaciones, sino también a las múltiples dificultades que se derivan de la complejidad de la justicia y del derecho de la responsabilidad, en especial, de la responsabilidad médica.

### **Del seguro de responsabilidad civil al seguro directo**

La siguiente reflexión toma en cuenta los desarrollos del derecho francés alcanzados luego de las modificaciones introducidas al sistema de salud a través de la Ley 2002-1577 del 30 de diciembre de 2002, cuando se comenzó a hablar de una

131 Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité...*, op. cit., p. 57.



crisis del seguro de responsabilidad civil médica. De hecho, un alza considerable de las primas del seguro RC (hasta 300% para algunas especialidades)<sup>132</sup> trajo consigo un rechazo de asegurarse y una consecuente suspensión de aquellos actos médicos no asegurados. Pero de esta crisis había comenzado a hablarse incluso varios años atrás, cuando entre las principales causas de esta se citaron la inseguridad jurídica y la desnaturalización del seguro de responsabilidad. Así las cosas, en Francia una propuesta fue presentada, relacionada con la contratación de un seguro directo por parte de la víctima eventual de los daños; sin embargo, como se verá a continuación, dicha proposición se enfrentó —y aún lo hace— a varios obstáculos que alteran su efectividad.

### *Causas de la crisis del seguro de responsabilidad civil*

Hoy en día, la dinámica del desarrollo conjunto de la responsabilidad civil y del seguro de responsabilidad es puesta en tela de juicio, ya que los límites del seguro, consistentes en la incapacidad para el mercado de seguros de cubrir los riesgos dentro de condiciones de seguridad económica, se han evidenciado concretamente por la retractación del mercado frente a aquellos riesgos de responsabilidad civil considerados difíciles de evaluar.<sup>133</sup> Así, invocando los límites a su capacidad indemnizatoria, los aseguradores franceses afirman no estar en capacidad de satisfacer la demanda en materia de responsabilidad civil.

Si bien es indiscutible que sin la garantía de un seguro de responsabilidad, la ejecución de un fallo judicial que declara la responsabilidad y determina la ocurrencia de importantes daños permanecería en el alea, también lo es que desde hace algún tiempo las aseguradoras en Francia señalan una posible “crisis” de la expansión del campo de la responsabilidad gracias al seguro. En otros términos, dichas aseguradoras acuden a la mencionada crisis de la responsabilidad civil y de su seguro, con la esperanza de que el seguro directo entre a reemplazar el seguro RC.

Como causas de esta posible crisis se señalan, por una parte, la inseguridad jurídica resultado de la variedad de reglas de responsabilidad y del control

132 Yvonne Lambert-Faivre, La crise de l'assurance responsabilité civile médicale, en *Dalloz*, 2003, p. 142.

133 Claude Delpoux, Les assurances de responsabilité..., *op. cit.*, p. 752.

jurisprudencial sobre el contrato de seguro; y, por otra parte, la desnaturalización del seguro de responsabilidad.

En efecto, la variación de las reglas jurídicas en materia de responsabilidad civil, fruto evidente de su adaptación constante a la transformación de la sociedad, es uno de los factores que más preocupa a los aseguradores, quienes señalan que para poder establecer, a través de un cálculo de probabilidades, la frecuencia y el costo de los siniestros, el seguro de responsabilidad supone que el riesgo de responsabilidad sea conocido, es decir, perfectamente definido. Así, solo un conocimiento perfecto del riesgo les permite prever la capacidad de sus compromisos y administrar eficazmente la operación de seguro.

Ahora bien, la evolución jurisprudencial modificaría los límites de la asegurabilidad, volviendo el riesgo de responsabilidad difícilmente delimitable. En otras palabras, según los aseguradores, la imprevisibilidad del derecho de la responsabilidad crearía una inseguridad fundamentalmente antinómica al seguro que está construido por previsiones. La responsabilidad médica es un ejemplo revelador de la tendencia cambiante de la responsabilidad, es uno de los campos respecto a los cuales los aseguradores muestran una particular inquietud: la predilección para alentar el seguro directo<sup>134</sup>; no obstante, los principios tradicionales de la responsabilidad médica, al ser una fuente de insatisfacción para las víctimas, han sido acondicionados para mejorar su situación, a través de la flexibilización de sus condiciones, como, por ejemplo, la consagración de hipótesis de presunción de culpa, obligaciones de resultado, obligaciones de seguridad, la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad, entre otros.

Los aseguradores rechazan la evolución hacia una responsabilidad por riesgo y sus principales críticas se relacionan con el riesgo de pérdida del sentido individual de responsabilidad en el asegurado y con el costo que un tal sistema implicaría. La solución propuesta consiste entonces en favorecer el seguro individual del paciente asociado al seguro de responsabilidad del médico; para los aseguradores esa es la única alternativa al exceso de responsabilidad médica. Así pues, más que la variación de las reglas de la responsabilidad como fuente de inseguridad jurídica, la evolución de la responsabilidad civil, siempre más favorable a la víctima,

134 Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité...*, *op. cit.*, p. 93.

se encuentra en el centro del debate sobre la “crisis” anunciada por los aseguradores para promover el seguro directo.

Por otra parte, los aseguradores señalan que la *inseguridad jurídica* es también el resultado del control jurisprudencial realizado sobre el contrato de seguro, debido a que con dicho control no se respeta suficientemente el régimen de libertad contractual. Para los profesionales del seguro, el control jurisprudencial más inaceptable tiene que ver con la definición del periodo de garantía y, en términos más generales, con la propensión de los jueces a impedir la aplicación de aquellas disposiciones contractuales desfavorables a las víctimas y asegurados<sup>135</sup>; por ejemplo, cuando el asegurador invoca una exclusión de garantía, debe demostrar que se reúnen todas las condiciones de hecho para que opere dicha exclusión. En Colombia, incluso existen antecedentes de concesión de tutela de los derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital frente a un asegurado que, habiendo recibido disparos con arma de fuego y haber quedado como consecuencia de ello con invalidez permanente en un 100%, su compañía aseguradora se negaba a pagar el seguro de accidentes personales contratado, aduciendo que se había pactado como exclusión la tentativa de homicidio. En el evento, la Corte Constitucional estableció que el pago se había negado sin fundamento válido, pues cuando la aseguradora manifestó que no pagaría la póliza, por tratarse de una tentativa de homicidio, estaba obligada a demostrar el por qué se configuraba tal causal; en consecuencia, de acuerdo con la Corte, teniendo en cuenta que la tentativa de homicidio es un concepto especializado que forma parte del derecho penal y que tiene unos elementos de técnica jurídica, corresponde entonces a la aseguradora demostrar la existencia de tales elementos para que opere la exclusión.<sup>136</sup>

Por otra parte, con anterioridad a la citada Ley 2002-1577 del 30 de diciembre 2002, la estipulación de las cláusulas de reclamación de la víctima eran consideradas como no escritas. Según los aseguradores, esta regla desestabilizaba extremadamente el seguro RC, en cuanto que la nulidad de dicha cláusula impedía que ellos pudieran conocer con certeza el límite de sus compromisos en el tiempo y, en consecuencia, este hecho trastornaba sus previsiones y el equilibrio financiero de la operación global del seguro. De este modo, el principal inconveniente que

135 Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité...*, op. cit., p. 108.

136 Corte Constitucional, T-865 de 2014, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

se advertía era de orden técnico, en razón a la perturbación de la economía del contrato de seguro de responsabilidad. Según los aseguradores, este principio era incompatible con la regla que impone al asegurador constituir provisiones “anuales” de las primas recibidas durante el ejercicio en curso; provisiones con cargo a las cuales deben pagarse los siniestros ocurridos durante el mismo ejercicio. En efecto, con este principio el asegurador se ve obligado a dejar en reserva una parte de las primas recibidas a fin de responder a las solicitudes futuras de reparación. Ahora bien, el plazo existente entre el hecho generador y la ocurrencia del daño se convertía en un obstáculo para la constitución de tales reservas financieras.<sup>137</sup>

Sin embargo, como consecuencia de la presión hecha por los aseguradores en Francia, esta causa concreta de inseguridad jurídica logró superarse a través de la reforma legislativa que tuvo lugar el 30 de diciembre de 2002, debido a que con ella renació el estatuto de “reclamación de la víctima”. En este orden de ideas, la principal crítica de los aseguradores apunta hacia las repercusiones financieras que trae consigo la evolución general de la responsabilidad, tendiente a descomponer la garantía inicialmente prevista en el contrato; sin embargo, esta posición ha sido criticada por quienes consideran que afirmar que las compañías de seguro están al borde de la ruina sería tanto como aceptar que la sociedad hace nacer costos que no pueden ser imputados a las propias actividades que son su causa.<sup>138</sup>

Así pues, podría decirse que la única crítica convincente es aquella relacionada con la desnaturalización de la técnica del seguro de responsabilidad, debido a la exclusión del responsable por la víctima, quien cada vez más está presente a través del ejercicio de la acción directa. Esta circunstancia, en opinión de algunos, constituye el preludio de una “metamorfosis del seguro de responsabilidad en seguro de personas”.<sup>139</sup> La desnaturalización del seguro RC es otro de los factores que los aseguradores señalan como posible causa de la denominada “crisis del seguro de responsabilidad” y que, según su parecer, justificaría el establecimiento de un seguro directo.

137 Rémy Raffi, *Réflexions sur le rôle du temps en assurance de responsabilité*, en *Dalloz Chron.*, 1998, p. 247.

138 Gilles Martin, *La mise en œuvre du principe de précaution et la renaissance de la responsabilité pour faute*, en *Juris Classeur Périodique*, 1999, p. 5.

139 André Favre-Rochex, citado en Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité...*, *op. cit.*, p. 125.

Invocar la desnaturalización del seguro de responsabilidad supone establecer su naturaleza. Para los aseguradores, el seguro RC, inicialmente concebido como una *garantía de la deuda de responsabilidad del asegurado*, actualmente es concebido como una *garantía del crédito de indemnización de la víctima*, debido a la evolución experimentada por la acción directa, que transforma a la víctima en acreedor directo del asegurador. En la práctica, la garantía del asegurador se ha extendido, entonces, más allá de lo que técnicamente permite la teoría clásica del seguro de responsabilidad.

Según la doctrina, cuando los aseguradores evocan esta “desnaturalización” del seguro de responsabilidad, en el fondo atacan los estupendos progresos alcanzados a efecto de reforzar los derechos de la víctima sobre la indemnización debida por el asegurador de responsabilidad. Para los aseguradores, ya que el seguro de responsabilidad, inicialmente concebido como una relación tripartita entre el asegurador, el asegurado y la víctima, tiende a convertirse en una relación bipartita entre la víctima y el asegurador, el seguro directo concuerda con el desenlace natural de esta evolución.

Así, cuando la responsabilidad ha sido asegurada y la víctima hace uso del instrumento de la acción directa, en realidad quienes entran en contacto inmediato son el asegurador y la víctima misma; por su parte, el responsable asegurado pasa a desempeñar un rol “teórico y casi postizo”<sup>140</sup>, “un deudor nominal pero no efectivo al momento de indemnizar”.<sup>141</sup> De este modo, pareciera ser mínima la diferencia entre la *colectivización indirecta* que realiza el seguro RC, donde la indemnización por el asegurador está subordinada a la existencia de la responsabilidad en el asegurado, y la *socialización directa*, que no requiere para su ejercicio la prueba de una responsabilidad individual.

El seguro directo encaja dentro de los mecanismos de indemnización colectiva directa de las víctimas, por cuanto toma en cuenta ciertos daños sin la búsqueda previa de la responsabilidad. Así, el seguro directo tiende a separar el problema de la indemnización de las víctimas de la cuestión de la búsqueda de responsabilidades. La consagración del seguro directo ha sido principalmente una idea de los aseguradores. El deseo de reducir el contencioso ha conllevado que

140 Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité...*, op. cit., p. 38

141 Patrice Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile...*, op. cit., p. 16.

ellos elaboren convenciones que busquen regular el conflicto fuera del campo judicial, es decir, a través del acercamiento de la víctima a su propio asegurador. Así, la generalización del seguro directo que defienden los aseguradores apunta a organizar un ámbito donde las diferencias entre aseguradores, asegurados y víctimas puedan resolverse sin recurrir a la vía contenciosa.

En efecto, la puesta en marcha del seguro RC implica la necesidad de establecer la responsabilidad, lo que puede ser resuelto mediante un proceso o una transacción, es decir, por un proceso que resulta largo, costoso y en el que la víctima a menudo se encuentra en posición de debilidad. Ahora bien, según los partidarios de esta figura el aseguramiento directo evitaría tales dificultades, simplemente porque el seguro directo no está subordinado a la prueba de una responsabilidad. Se estima que a través del seguro directo se podría llegar a un arreglo rápido, garantizando los daños que el seguro de responsabilidad no cubre.

Teniendo en cuenta que otro de los reproches dirigidos contra el seguro de responsabilidad consiste en que este incita a los jueces a admitir más fácilmente la responsabilidad de las personas aseguradas, y a favorecer la aparición de más eventos de responsabilidad objetiva, sus detractores consideran que a través del seguro directo puede frenarse esta tendencia excesiva que puede conducir en el futuro a una deformación de la noción de responsabilidad y atentar contra la seguridad jurídica.

En fin, los partidarios de la promoción del seguro directo resaltan como argumento de orden económico que hacer pesar el costo de este seguro sobre la colectividad de las personas expuestas al riesgo —por ejemplo, los pacientes— permite una difusión más amplia que imponer a la colectividad de los acreedores de los riesgos (los profesionales médicos) que es menos numerosa, dado que la tasa de la prima es inversamente proporcional al número de asegurados; por ello, la carga de la reparación sería mejor repartida en el marco del seguro directo. Por otra parte, se estima que para el asegurador el riesgo al cual está expuesto su asegurado es generalmente más fácil de medir que el riesgo de responsabilidad.

Se considera que el seguro tomado directamente por la víctima eventual presenta muchas ventajas sobre el régimen de responsabilidad civil, incluso cuando es cubierto por el seguro. Muchos estiman que un seguro directo sobre la vida y contra los accidentes, o aun un seguro de cosas para los daños a los bienes, suscrito por una víctima potencial, sería una buena solución, y su práctica generalizada

podría ser un remedio alternativo a los demás modos de indemnización colectiva directa o indirecta.

Entre las ventajas que han sido reconocidas a este tipo de seguro y que lo pondrían en un plano superior al seguro RC, se han señalado el costo más reducido de funcionamiento y la moderación de las indemnizaciones que obtienen las víctimas<sup>142</sup>; esta última es la ventaja más evidente del seguro directo con relación al seguro RC.

Por otro lado, a diferencia del seguro RC, se ha señalado como otra ventaja del seguro directo el hecho de que este último fomenta la honestidad de las compañías aseguradoras, cuya falta muchas veces permite obtener de modo más fácil transacciones abusivas. Igualmente, se ha considerado que el seguro directo permite una mejor repartición de los riesgos; para entender ello, se cita el ejemplo de un peatón londinense que, al ver que la acera estaba obstruida, puso el pie sobre la calzada, provocando que un motociclista lo volcara; pero mientras el peatón no sufrió ningún daño, el motociclista, en cambio, resultó muerto y el tribunal condenó al peatón a pagar una renta que representaba una fracción importante de su salario durante toda la vida de la viuda. Otro ejemplo: un pequeño artesano que, haciendo un trabajo sobre una vía comunal, corta por ignorancia el cable que alimenta de electricidad a una fábrica importante. En ambos casos se pregunta si no hubiese sido más satisfactorio que el motociclista y el dueño de la fábrica hubieran contratado un seguro que los protegiera contra estos riesgos, más que imputar una responsabilidad civil para arruinar a este tipo de responsables.<sup>143</sup>

Finalmente, se aprecia como otra ventaja del seguro directo el ser más flexible que el de responsabilidad civil, al permitir a las víctimas eventuales que sean ellas mismas quienes decidan los casos donde desean ser indemnizadas, el monto y las modalidades del aseguramiento; es decir, no obstante el inconveniente de pesar económicamente sobre la víctima, quien debe financiar el costo ofrece la ventaja de la flexibilidad, al dejar a la libre iniciativa de la víctima el grado de protección deseado en función de su necesidad de seguridad.

142 Patrice Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile...*, op. cit., p. 25.

143 André Tunc, *Responsabilité civile et assurance...*, op. cit., p. 352.

### *La defensa del seguro de responsabilidad contra el seguro directo*

Todos estos argumentos en contra del seguro de responsabilidad han sido refutados al argumentar que hacer pesar la carga del seguro sobre la colectividad de personas expuestas al riesgo, exonerando a la colectividad de los creadores del riesgo, constituye una injusticia que no puede legitimarse de ninguna manera, ni siquiera por el hecho de que la actividad riesgosa aproveche a la sociedad en su conjunto, ya que ello podría entrañar graves discriminaciones sociales<sup>144</sup>, debido al hecho de que muchas personas no son conscientes de los riesgos a los que están expuestos y, por ello, no se aseguran; o que al contrario: incluso estando conscientes de ello, no cuentan con los medios económicos para asegurarse. En consecuencia, si estas personas son privadas de la posibilidad de beneficiarse de una responsabilidad garantizada por un seguro eficaz, en caso de un daño resultado de la realización de los riesgos provenientes de la actividad de otra persona, se llegaría a constituir una sociedad con dos niveles de víctimas, lo cual es inaceptable, pues las personas estarían aseguradas de acuerdo con sus medios y no según sus necesidades.<sup>145</sup>

La disposición de medios financieros para contratar el seguro personal es un factor importante que ha de tenerse en cuenta al momento de analizar los obstáculos a la aseguración privada. En efecto, una parte importante de la población vive tan preocupada por las necesidades y problemas cotidianos que está casi incapacitada para hacer un esfuerzo en la prevención de daños futuros.

Se analiza, incluso, la posibilidad de que el seguro individual pueda acrecentar, más que la responsabilidad civil, las desigualdades sociales<sup>146</sup>, pues se estima que los titulares de grandes rentas no dudarán en asegurarse ampliamente, pero muchos podrían quedar sin cobertura por falta de educación o simplemente por falta de medios. En consecuencia, para las personas con una renta modesta, la responsabilidad civil constituye una protección indispensable, pues por debajo de la escala, ciertas categorías sociales, como los trabajadores ocasionales, trabajadores informales, indigentes, no tienen siquiera acceso a la responsabilidad civil.

.....  
144 Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité...*, *op. cit.*, p. 502.

145 Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité...*, *op. cit.*, p. 84.

146 André Tunc, *Où va la responsabilité civile aux États-Unis ?*, en *Revue internationale de droit comparé*, n.º 3, 1989, p. 723.



Desde estas condiciones, el seguro personal directo *facultativo y voluntario* no pareciera una solución racional que pudiera permitir su generalización<sup>147</sup>, dado que se estaría frente a una sociedad con efectos sociales discriminatorios en razón a la diversidad de las víctimas existentes, una sociedad donde el seguro directo beneficiaría solo a una cierta categoría de la población. Por lo tanto, según muchos autores, no sería socialmente aceptable que este tipo de seguro pudiera pretender el reemplazo de la responsabilidad en su función indemnizatoria.

Ahora, si bien el carácter facultativo de esta clase de seguro aparece como inapropiado, lo propio sucede con el carácter obligatorio. En efecto, aun los más fervientes partidarios del seguro directo reconocen el carácter utópico de una tal obligación, en razón a que la opinión pública no posee la madurez suficiente para verse imponer un seguro obligatorio de personas; para lograr ello, se necesitaría tal vez una promoción incansable de este tipo de seguro, a fin de que poco a poco se logre estimular su contratación.<sup>148</sup>

Por otro lado, en contra de la consagración del seguro privado, se estima que la tendencia dominante hoy en día es favorable a la internalización de los costos externos, como un factor de prevención y, en consecuencia, de reducción de los costos sociales de la reparación. En efecto, la internacionalización obliga a hacer recaer la carga del seguro sobre quienes crean los riesgos, y no sobre quienes están expuestos a ellos; por lo tanto, desde esta perspectiva se controvierte el argumento según el cual el seguro directo es más acorde con la buena gestión económica.<sup>149</sup>

Por otra parte, la contratación de un seguro directo requeriría también de ciertos medios intelectuales o culturales, lo cual constituye otro de los obstáculos que los autores franceses reconocen a la propuesta del seguro directo por parte de la víctima. Se estima que culturalmente los individuos están más interesados en asegurar sus bienes que su propia persona; por consiguiente, este poco interés respecto a la aseguración contra los accidentes corporales hace presagiar que, en este ámbito, existe una tendencia natural a buscar la reparación a través del instituto de la responsabilidad. En efecto, se considera que nuestra cultura latina nos

147 Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité...*, op. cit., p. 201.

148 Françoise Chabas, *L'assurance de personne au secours du droit...*, op. cit., p. 89.

149 Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité...*, op. cit., p. 85

incita naturalmente a contar con el esfuerzo de los demás para beneficiarnos de prestaciones confortables; esto implica imputar al vecino la responsabilidad del daño ocasionado.<sup>150</sup>

De igual manera, se observa que el sistema del seguro directo a cargo de las víctimas potenciales traería como resultado la supresión misma de la responsabilidad, por lo cual la clandestinidad en la determinación misma de la responsabilidad constituye otra de las críticas a esta propuesta. En consecuencia, alguna doctrina francesa ha planteado como propuesta alternativa la de suprimir algunas categorías de daño reparable o instaurar *forfaits* y *plafonds* como límites a la reparación.<sup>151</sup> Incluso se ha planteado una modalidad más realista para lograr la generalización del seguro directo sin aumentar las desigualdades sociales. Se trata de una solución intermedia entre el seguro facultativo y el seguro obligatorio, esto es, la incorporación de una garantía obligatoria a un contrato facultativo<sup>152</sup>, es decir, adjuntar una contribución suplementaria al seguro *multirisques habitation* (riesgos múltiples para vivienda), garantía esta última que, sin ser obligatoria, cubre más del 95% de la población francesa. Esta solución fue advertida sobre todo en materia de indemnización de las víctimas de accidentes médicos, campo en el cual se plantearon en Francia los más complejos debates sin que haya sido acogida como solución definitiva.

En este orden de ideas, ¿cómo legitimar entonces la transferencia de una parte de la carga de la reparación desde aquel que crea el riesgo a través de su actividad (sistema de responsabilidad civil) hacia aquel que lo soporta (sistema de seguro directo)?; es decir, ¿cómo justificar que todos tengan que asegurarse contra los accidentes que solo pueden ser cometidos por algunos? Este interrogante se ubica entre una de las más renombradas problemáticas que trae consigo esta propuesta, sobre todo cuando se admite que “para las personas con una renta modesta, la responsabilidad civil constituye una protección indispensable”.<sup>153</sup> Todo ello ha llevado a concluir, se repite, que el seguro directo no es el mecanismo idóneo para reemplazar la función de indemnización del derecho de la responsabilidad civil.

150 Henri Margeat, Déclin, rémanence ou renaissance de la responsabilité civile, en *Risques*, n.º 10, 1992, p. 32.

151 Françoise Chabas, L'assurance de personne au secours du droit..., *op. cit.*, p. 87.

152 Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité...*, *op. cit.*, p. 204.

153 André Tunc, Où va la responsabilité civile aux États-Unis..., *op. cit.*, p. 724.

Por otra parte, una problemática más que se patentiza tiene que ver con la oposición que existe entre el principio de la reparación integral, atributo propio de la responsabilidad, y el seguro directo, cuando este último recurre al método de reparación con base en techos o topes de garantía (*plafonds*). Muchos autores, al interrogarse sobre la eficacia de la indemnización realizada a través de la responsabilidad civil, hacen valer como ventaja de este instituto esencialmente el principio de la reparación integral, el cual se muestra efectivamente más favorable a las víctimas que el sistema de seguro directo, cuando este se otorga con base en *plafonds* o techos de garantía; sin embargo, a este respecto, debe tenerse en cuenta que el principio de reparación integral no es de la esencia de la responsabilidad, de tal suerte que puede, en ciertos casos, ser eliminada a través de cláusulas limitativas.<sup>154</sup>

La propuesta por un seguro directo se caracteriza por su carácter indemnizatorio, conforme el cual el asegurador se compromete solo por un valor que no supera el monto del perjuicio sufrido por el asegurado. Sin embargo, dado que el principio de la libertad contractual permite que el asegurador planifique convencionalmente su garantía, todo dependerá de los términos en que ha sido establecido el contrato de seguro. Empero, se estima que dentro del mercado es frecuente encontrar contratos que, no obstante la afirmación del carácter indemnizatorio, la reparación está lejos de estar conforme al derecho común, el cual exige una reparación integral del daño ocasionado. En efecto, dentro de las pólizas ofrecidas, todos los perjuicios no son indemnizados, además de la estipulación de franquicias mayores al 10%, cuando en realidad el 90% de las incapacidades son inferiores a 10%.<sup>155</sup>

En este orden de ideas, para que el seguro directo respete el principio de la reparación integral, se exige no solo que la garantía ofrecida tome en cuenta el conjunto de los perjuicios sufridos por la víctima, sino también que su nivel de indemnización sea comparable con aquella que se otorga a nivel judicial. Con el objetivo de lograr una armonización de las indemnizaciones por daños corporales, en Francia se propuso la publicación de un Archivo Nacional de Indemnizaciones; sin embargo, la gestión de este archivo fue confiada a una

154 Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité...*, op. cit., p. 59.

155 Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité...*, op. cit., p. 227.

asociación que dependía totalmente de los aseguradores, hecho que infortunadamente alteró su transparencia y fines iniciales.<sup>156</sup>

El seguro directo tiene como objetivo reducir el contencioso de la responsabilidad; sin embargo, mientras persistan las diferencias entre la indemnización que se otorga a través de una decisión judicial y aquella propuesta por el asegurador directo, resulta muy difícil imaginar que dicho objetivo pueda ser alcanzado. En verdad, mientras las víctimas sigan considerando que las indemnizaciones que otorgan las aseguradoras son insuficientes, los litigios serán difícilmente evitables. En este orden de ideas, se ha vislumbrado como única condición para que el seguro directo logre no solo disminuir el contencioso relativo a la responsabilidad, sino también indemnizar, según el derecho común, que las indemnizaciones propuestas por los aseguradores sean muy cercanas a aquellas otorgadas por los jueces; es decir, que la indemnización propuesta por el asegurador ofrezca las mismas garantías que la indemnización judicial.

Para lograr este objetivo, parte importante de la doctrina francesa contempló la posibilidad de instaurar un *baremo oficial*; no obstante, otro sector se opuso a ello en virtud del principio de la reparación integral, que supone necesariamente el respeto de las particularidades de cada víctima. Para escapar a este dilema, finalmente se sugirió admitir que la noción de reparación integral no tenía ningún significado en lo concerniente al daño moral y que para respetar una cierta igualdad entre las víctimas no había otro mecanismo que elaborar una *tarifación oficial* que podía dejar cierto margen de apreciación al juez.<sup>157</sup>

En efecto, para la evaluación de las indemnizaciones destinadas a compensar los daños morales, algunos autores consideran que el derecho francés es insuficiente y totalmente irrealista. Se afirma que si hasta el presente no se ha propuesto ninguna tarifación al respecto, ha ocurrido así para respetar el principio de la reparación integral. Pero según los autores, reparar integralmente con dinero aquello que no tiene correspondiente pecuniario alguno no tiene ningún significado. De este modo, como los jueces no poseen ninguna referencia ni ninguna tarifación oficial como base, se sienten constreñidos a crear e imponer a ellos mismos una tarifa, la cual escapa a todo control y se convierte a la vez en anarquía y

156 *Ibid.*, p. 223.

157 Geneviève Viney y Patrice Jourdain, *Les effets de la responsabilité...*, *op. cit.*, p. 280.

arbitrariedad. Desde esta perspectiva, en función de vislumbrar una solución, los autores consideraban necesario admitir que la noción de reparación integral no poseía ninguna significación en lo concerniente al daño moral, pues dicho principio exige que todos los perjuicios sean reparados, por lo que resulta ilusorio cuando se está frente a perjuicios respecto a los cuales es imposible suministrar una reparación; en consecuencia, se consideraba que no había otro medio que elaborar una *tarifación oficial*.<sup>158</sup>

Esta proposición no tuvo ningún efecto, no obstante vislumbrarse como una buena solución dentro de la perspectiva de una generalización del seguro directo y con el objetivo de evitar que los aseguradores instauraran un baremo convencional que fijara indemnizaciones inferiores a las del derecho común. Hoy en día, se considera que al tener el asegurador el poder contractual de prever la reparación no de todos sino de algunos de los daños ocasionados, reservándose el ejercicio de la subrogación, el principio de la reparación integral se encuentra amenazado.

En consecuencia, surgió el interrogante sobre si la negación del principio de la reparación integral era una particularidad de los procesos de colectivización o socialización directa de los daños. Respecto a esta concepción, hay quienes sostienen que nada permite afirmar que dichos procesos sean incompatibles con el principio de la reparación integral, pues si bien algunos consideran que el asegurador directo que elude la búsqueda de un responsable en la fase de la indemnización debería, por las mismas razones, otorgar una reparación limitada, otros señalan que la ausencia de esta búsqueda del responsable es solo provisional, ya que una vez que la víctima es indemnizada, el asegurador directo se puede subrogar en los derechos de ella para accionar contra el responsable. Desde esta perspectiva, el seguro directo debería, entonces, ofrecer a la víctima una reparación lo más completa posible, una indemnización en las mismas condiciones que el derecho común.<sup>159</sup>

Así pues, el principio de reparación integral no se pondría en tela de juicio por el carácter directo de los procesos de reparación, ya que las víctimas, al beneficiarse de un seguro directo, participarían en la carga financiera del perjuicio que sufren, a través del pago de la prima del seguro, hecho que justifica su pretensión

158 Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité...*, op. cit., p. 39.

159 Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité...*, op. cit., p. 231.

por una reparación del daño. Pero, no obstante esta reflexión, los partidarios del seguro directo —en su mayoría aseguradores— insistieron en finiquitar cualquier vínculo con dicho principio.

Los aseguradores, deudores eventuales de la indemnización, estiman que el principio de la reparación integral del daño no es adecuado a la sociedad moderna y que, por lo tanto, es imprescindible aceptar una reparación limitada. Tal concepción conllevaría que, en la práctica, se aumenten los procesos de responsabilidad, ya que el asegurado-víctima que hubiere recibido una indemnización parcial se vería obligado a accionar contra el responsable o su asegurador, en su afán de obtener la indemnización de los perjuicios no garantizados por el seguro directo, es decir, en su deseo de lograr una reparación integral.

Otra de las explicaciones que los aseguradores dan para justificar una reparación limitada la constituye el costo global de un sistema de indemnización fundado en el principio de la reparación integral. Quienes critican esta posición señalan que en el marco del seguro directo no existe ninguna razón para limitar la indemnización, ya que la financiación de la reparación estaría ampliamente asegurada por el conjunto de las víctimas potenciales, además de la subrogación que beneficiaría al asegurador directo, la cual le permitiría recuperar el valor de las sumas pagadas. En efecto, el seguro directo libera el derecho a la indemnización de la víctima de los problemas ligados al establecimiento de una responsabilidad, pero una vez la víctima es indemnizada, gracias al ejercicio de la subrogación, reaparece la posibilidad de establecer la responsabilidad de aquella persona que, en definitiva, tendrá que soportar la carga de la indemnización.

De este modo, en lo concerniente a la función preventiva de la responsabilidad, la doctrina considera que para preservar esta función gracias al ejercicio de la subrogación, se requeriría una transformación total, es decir, sería necesario que el ejercicio de la subrogación quedara subordinado a la prueba de una culpa, que su amplitud fuera medida conforme la gravedad de la culpa y no del daño, y sobre todo que su seguro fuera prohibido.<sup>160</sup>

En efecto, en un sistema de seguro directo, si bien la responsabilidad no es una condición necesaria para el ejercicio del derecho a la indemnización del asegurado-víctima —lo cual representa, en principio, una gran ventaja si se compara

160 Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité...*, *op. cit.*, p. 55.

con el mecanismo del seguro RC, que condiciona la indemnización a la demostración de este elemento—, la responsabilidad puede retomar su importancia en una fase posterior, en la cual el asegurador directo arremete contra el responsable mediante el ejercicio de la subrogación, convirtiéndose esta última en el único mecanismo que permite restablecer el orden conforme al principio indemnizatorio, haciendo soportar la carga definitiva de la reparación al responsable.

Así las cosas, cuando existe de por medio un responsable, la financiación del riesgo está doblemente asegurada por las primas percibidas en el seguro directo y por aquellas recaudadas en el seguro de responsabilidad. Desde esta perspectiva, podría entonces afirmar que el asegurado-víctima en el seguro directo tiene el derecho a una indemnización lo más completa posible.

Tratando este tema, no debe pasarse por alto otro aspecto relacionado con el seguro privado, más concretamente con la aplicación del principio de la *compensatio lucri cum damno* o reducción del monto del daño resarcible por la concurrencia de un lucro.<sup>161</sup> Especialmente se ha debatido si es posible o no que la víctima-asegurada pueda acumular el resarcimiento debido por el responsable, con la indemnización debida por su propio asegurador privado. Luego de algunas deliberaciones se ha concluido que si el daño causado por el médico fuese indemnizado por el asegurador privado de la víctima, esta podría de todos modos demandar al médico responsable, siempre y cuando su pretensión fuera la de obtener el resarcimiento del eventual excedente no cubierto por su asegurador personal.<sup>162</sup>

Así pues, se puede afirmar que esta propuesta dirigida hacia la consagración de un seguro directo que substituya la institución de responsabilidad en su función reparadora, propuesta planteada principalmente en Francia para hacer frente a una presunta crisis del seguro de responsabilidad, posee algunos argumentos a favor y muchos en contra. En tal entendido, entre tanto dichos obstáculos no se superen, es preciso seguir pensando en términos de una responsabilidad civil garantizada a través del ejercicio de un seguro RC; o incluso, como lo reconoce actualmente la doctrina en Francia, puede pensarse en un sistema de doble aseguramiento, es decir, un sistema en que las dos formas de seguro continúen

161 Adriano de Cupis, *El daño*. Barcelona: Bosch, 1975, p. 327.

162 Marco Rossetti, *Attività medica e assicurazione della responsabilità civile*, en *Assicurazioni*, 1999, p. 448.

desarrollándose simultáneamente no obstante los costos globales que dicho sistema implica,<sup>163</sup> y además, porque como se señaló anteriormente, aun los partidarios del seguro directo nunca han planteado suprimir el recurso del asegurador contra el responsable.

.....  
<sup>163</sup> Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité...*, *op. cit.*, p. 86.