

El reembolso de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil en el derecho inglés*

TOMÁS RESTREPO RODRÍGUEZ**

Sumario: Premisa. I. Argumentos en contra del reembolso de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil en el derecho inglés. II. Teorías que justifican el reembolso de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil. III. El reembolso de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil es un asunto de interés público. IV. Conclusión.

Resumen

La investigación desarrolla la pregunta de si la póliza de responsabilidad civil cubre los costos que asume el asegurado para prevenir la ocurrencia del siniestro. Se analiza, de un lado, los argumentos que conducen a la jurisprudencia inglesa a negar dicho cubrimiento y, del otro, se exploran justificaciones de naturaleza contractual y extracontractual para afirmar que el asegurado debe ser reembolsado. Finalmente, se pone de presente la necesidad en el derecho inglés de una norma imperativa que obligue al asegurado a cubrir los costos de prevención.

* Agradezco al rector FERNANDO HINESTROSA por el apoyo para el desarrollo de la presente investigación en el Reino Unido y a los profesores Juan CARLOS HENAO PÉREZ, FELIPE NAVIA ARROYO y ÉDGAR CORTÉS MONCAYO, por su confianza.

** LLM en Derecho Bancario y Financiero de la Universidad de Londres (QMUL). Investigador del Departamento de Derecho Civil, Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: [tomas.restrepo@uexternado.edu.co]

Fecha de recepción: 15 de noviembre de 2010. Fecha de aceptación: 14 de febrero de 2011.

Palabras clave: Responsabilidad civil, seguro de responsabilidad civil, póliza de responsabilidad civil, cubrimiento de la póliza, reembolso, prevención del siniestro, prevención del daño, principio de indemnidad, principio de responsabilidad establecida, subrogación, restitución, términos implícitos, buena fe, *moral hazard*.

RECOVERING PREVENTION COSTS IN LIABILITY INSURANCE

Abstract

The research answers the question of whether or not public liability policy covers the costs the insured incurred in order to avert loss. It analyzes, on the one hand, the arguments that lead English Courts to reject such coverage and, on the other hand, explores possible contractual and non-contractual justifications to assert that the insured must be reimbursed. Lastly, it suggests the necessity under English law of a mandatory provision compelling the insurer to recover the costs of preventive measures.

Keywords: Liability, Liability insurance, Liability insurance policy, Coverage of the policy, Reimbursement, Accident prevention, Injury prevention, Principle of indemnity, Liability principle established, Subrogation, Restitution, Implied terms, Good faith.

PREMISA

i) La necesidad del contrato de seguro

La vida está plagada de riesgos. Entre más evoluciona la sociedad, más riesgos la amenazan. En efecto, la transición del estatuto al contrato, del feudalismo a la economía de mercado, de la sociedad agraria a la industrial, trajo consigo la multiplicación de fuentes de daño¹. Este fenómeno ha llevado a algunos a denominar la sociedad moderna como "*La sociedad del riesgo*", donde "la creación, distribución y prevención del riesgo, en lugar de la creación y distribución de la riqueza, constituye la preocupación principal..."². Es en este escenario donde el contrato de seguro –derivado en sus orígenes del contrato babilonio de *bottomry*–³, desarrollado

¹ T. KAYE, *Law and Risk: Introduction*, en *Risk and the law*, Rotledge-Cavendish, 2009, 3; J. STEELE, *Risks and Legal Theory*, Hart Publishing, 2004, 47-51.

² J. STEELE, ob. cit., 47-51.

³ C.F. TRENERRY, *The Origin and Early History of Insurance*, The Lawbook Exchange Ltda., New Jersey, 2009, 6: "el comerciante recibe en mutuo del prestamista dinero para financiar el viaje y las mercancías que va a transportar por mar: garantiza el pago con la nave; y estipula que si la mercancía se pierde por los peligros determinados en el contrato, el prestamista pierde también su derecho a exigir el pago, pero, si la mercancía llega a salvo, el prestamista está legitimado para recibir el pago del capital y los intereses...".

por los mercaderes italianos del siglo XIV y refinado, desde entonces, en la *City of London*⁴⁻⁵ emerge como una institución fundamental para el orden social mediante la transferencia del riesgo del individuo al grupo.

ii) Dinámica del contrato de seguro

A través del contrato de seguro, una parte –el asegurador–, a cambio de una prima, se obliga a compensar a la otra parte –el asegurado– la pérdida que ésta sufra como consecuencia de la realización del riesgo específico determinado en el contrato⁶. Para garantizar el pago de dicha compensación, el asegurador acopia las primas recibidas de los distintos asegurados en un fondo común denominado *pool*, que estará al servicio del asegurado en caso de pérdida⁷. Este esparcimiento o distribución del riesgo se ajusta a las necesidades del mercado, pues, de un lado, el asegurado está protegido frente a la contingencia de daño mediante el pago de una cuota asequible y, del otro lado, dado que, en general, el *pool* excede el valor de los reclamos, el asegurador se beneficia de esta diferencia y del rendimiento que obtenga de la inversión de la porción del fondo que le sea permitido disponer de acuerdo con la regulación del capital y de la liquidez⁸.

iii) La necesidad del seguro de responsabilidad civil

Entre los riesgos que amenazan a las personas naturales y jurídicas, la responsabilidad civil ocupa un lugar significativo. Prueba de ello es que en 2007 el sistema de responsabilidad civil de los Estados Unidos de América tuvo un costo \$252 billones de dólares, que equivale a \$835 dólares por persona en ese país⁹. A pesar de estas cifras, el sistema de responsabilidad civil se revela ineficiente al momento de compensar víctimas, principalmente, porque no todos los declarados civilmente responsables tienen la solvencia suficiente para cumplir con la obligación de reparar. No obstante, los altos costos administrativos y la disparidad del monto de la indemnización entre las distintas víctimas, también contribuyen a la crisis del sistema. Para mitigar esta situación, el seguro de responsabilidad civil, mediante el esparcimiento del riesgo de la responsabilidad civil, asegura la compensación a las

⁴ La City es un sector de Londres donde se encuentra ubicado el mercado de seguros de Lloyd's. Este último es el mercado de seguros más grande del mundo.

⁵ J. BIRDS, *Bird's Modern Insurance Law*, 7ª edn, Thomson, Sweet and Maxwell, 2007, 1-3.

⁶ *Newark Fire Ins Co v Turk*, 533, 534 (3d Cir-Vea).

⁷ *The Basics of Insurance*, Lloyd's, www.lloyds.com/About_Us/What_is_Lloyds/Insurance_for_beginners/The_basics_of_insurance.htm.

⁸ STEPHEN VALDEZ, *An Introduction to Global Financial Markets*, 5ª edn, Palmer, Basingstoke, 2007, 426.

⁹ 2008 Update on U.S. Tort Cost Trends, Towers-Perrin. www.towersperrin.com/tp/getwebcahedoc?webc=USA/2008/200811/2008_tort_costs_trends.pdf

víctimas y protege el patrimonio del asegurado que causa daño a un tercero¹⁰. La necesidad e importancia social de este tipo de seguro se evidencia en el hecho de que es obligatorio para ciertas actividades, tal es el caso del seguro obligatorio de automóviles¹¹ o de responsabilidad de empleados en Inglaterra¹².

iv) El seguro de responsabilidad civil en Inglaterra

La jurisprudencia inglesa define el seguro de responsabilidad civil como "cualquier seguro que indemnice obligaciones con terceros"¹³. La amplitud de esta definición se debe a la tendencia que tiene el *common law* de evitar conceptos estrechos que limiten la aplicación y evolución práctica-comercial de la figura negocial. Este tipo de seguro cubre desde pérdidas originadas por daños a la integridad física de la persona, hasta pérdidas originadas por daño a la propiedad¹⁴. Aunque, teóricamente, en el derecho inglés, el seguro de responsabilidad civil puede comprender tanto la responsabilidad extracontractual, como la responsabilidad contractual, en la práctica las pólizas excluyen la pérdida derivada del incumplimiento del contrato y del riesgo negocial¹⁵. Las pólizas de responsabilidad civil más comunes que se suscriben en el mercado de Lloyd's son: la Póliza de Responsabilidad Civil General (*Public Liability Policy*), la Póliza de Responsabilidad por productos defectuosos (*Products Liability Policy*) y la Póliza de Responsabilidad por Errores en la Práctica Profesional (*Malpractice Policy*).

En derecho inglés, mientras la obligación principal del asegurado es pagar la prima, la obligación principal del asegurador es compensar a aquel cuando la obligación de reparar a un tercero está establecida¹⁶. A este respecto, la decisión *Great West Steel Industries Ltd v Simcoe & Erie General Ins Co*¹⁷, expresa que la obligación de reparar está establecida cuando la cuantía ha sido determinada por un juez, un laudo arbitral o acuerdo de las partes (*settlement*)¹⁸.

¹⁰ A. KENETH, *The Liability of the Century*, Harvard University Press, 2008, 2-3.

¹¹ Road Traffic Act 1988, ss. 143 and 145.

¹² Employers Liability Act 1969, s.1.

¹³ *Quimlan v Liberty Bank Co.*, 575 So 2d 336, 339 (la, 1990-Liability).

¹⁴ E.M. HOLMES, *Holmes' Appleman on Insurance 2d, vol. 15, Law of Liability Insurance*, Lexis Publishing, New York, 2000, 11.

¹⁵ M. A. CLARKE, *The Law of Insurance Contracts*, 5ª edn, Informa, London, 2006, 475.

¹⁶ *Post Office v Norwich Union Fire Ins Ltd* [1967] 2 QB 363, 373.

¹⁷ *Great West Steel Industries Ltd v Simcoe & Erie General Ins Co* (1979)106 DLR (3d) 347 (Ont-Liability).

¹⁸ *Post Office v Norwich Union Fire Ins Ltd* [1967] 2 QB 363, 373.

iv) Clasificación del seguro de responsabilidad civil en el derecho inglés

Tal como lo hace la doctrina en Colombia, la inglesa clasifica al seguro de responsabilidad civil dentro de los seguros de indemnidad¹⁹. En este sentido, la finalidad del seguro es compensar estrictamente la pérdida que sufre el asegurado, es decir, poner al asegurado exactamente en la situación que tendría si el siniestro no hubiera acontecido. El asegurado debe ser indemnizado en la misma cuantía de la condena de responsabilidad civil, en fin, no debe enriquecerse ni empobrecerse, como resultado de la indemnización²⁰. Sin embargo, el principio de indemnidad no es absoluto, las partes, en ejercicio de su libertad contractual, pueden flexibilizar la aplicación de éste²¹.

Adicionalmente, el seguro de responsabilidad civil es categorizado por la doctrina inglesa como un seguro de tercera persona (*'third-party insurance'*)²², en contraste con el seguro de primera persona (*'first-party insurance'*). Así pues, el beneficiario de la indemnización no es el asegurado, sino el tercero que sufre daño²³. Ahora bien, cabe anotar que, en el *common law* las víctimas no están legitimadas para reclamar directamente al asegurador²⁴, pues el principio de la relatividad del contrato es muy estricto en este sistema²⁵. Entonces, a pesar de que el beneficiario del seguro es una tercera persona, ésta no tiene derecho a demandar directamente al asegurador²⁶.

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

Generalmente, como condición para el pago del reclamo, la póliza de responsabilidad civil contiene una cláusula que obliga al asegurado a tomar todas las medidas necesarias para evitar o mitigar el daño. Verbigracia, de acuerdo con la póliza de responsabilidad civil general (*Public Liability Insurance*):

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

¹⁹ *British Cash & Parcel Conveyors Ltd v Lamson Store Service Co Ltd* [1908] 1KB 1006, 1014-1015.

²⁰ E. M. HOLMES, ob. cit., 2.

²¹ Una cláusula de exceso especifica la cuantía de la pérdida que debe asumir el asegurado. H. IVAMY, *General Principles of Insurance Law*, 6ª edn, Butherwoths, 1993, 461.

²² J. BIRDS, ob. cit., 3.

²³ *Ibid.*

²⁴ M.A. CLARKE, ob. cit., 437.

²⁵ *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v Selfridge & Co Ltd* [1915] AC 487.

²⁶ Third Parties Act 1930.

y minimizar o vigilar cualquier interrupción o interferencia con el negocio, o evitar o mitigar el daño"²⁷.

Ahora bien, la existencia de una obligación de evitar o mitigar el daño, no implica necesariamente una contraprestación consistente en el reembolso de los costos en que incurrió el asegurado para tomar medidas de prevención. A este respecto, la Corte de apelación de Inglaterra en la decisión *Yorkshire Waters Services v Sun Alliance & London Ins*²⁸, sostuvo que "las pérdidas que no se pueden evitar razonablemente no son reembolsables de acuerdo con el Derecho de los Contratos Inglés"²⁹.

En el caso referido en el párrafo anterior, el demandante-asegurado tomó medidas para evitar la inundación de los predios vecinos amenazados por la fractura de un depósito de desechos. Aunque el asegurado, mediante la adopción de medidas preventivas impidió el nacimiento de la obligación de reparar y, consecuentemente, evitó que la aseguradora tuviera que pagar al asegurado millones de libras por la ocurrencia del siniestro, la Corte de Apelación negó al asegurado el reembolso de GBP 4.601,061 en que éste incurrió para evitar el daño³⁰.

No obstante, la posición adoptada en *Yorkshire*³¹ difiere de decisiones tomadas en otras jurisdicciones. La Corte Suprema de Pensilvania, en un caso similar donde una constructora bloqueó un derrumbe para proteger las casas aledañas, estableció que sería injusto compensar al asegurado que no hizo nada para evitar el daño y no reembolsar nada al asegurado que en realidad evitó el daño³².

En Italia, el Código Civil, que clasifica al seguro de responsabilidad civil como un seguro de daños, prescribe que "el asegurado debe hacer todo lo posible para evitar o mitigar la pérdida... los gastos en que incurrió el asegurado a este propósito son a cargo del asegurador" (art. 1914). Así mismo, el derecho alemán, en lo que respecta al contrato de seguro (VVG) establece que "(a)nte la ocurrencia del siniestro, el asegurado está obligado a velar, mientras sea posible, por la evitación y la minimización de la pérdida... (§62)... los gastos en que incurra el asegurado conforme a §62, aún si son inútiles, estarán a cargo del asegurador (§63)...".

A primera vista, el reembolso de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil es inconsistente con los principios de responsabilidad establecida y tercera parte beneficiaria. De hecho, en principio, si el asegurado no ha causado daño a un tercero, no existe fuente de la obligación de reparar y, en consecuencia, tampoco nace el deber del asegurador de compensar al asegurado. Sin embargo,

²⁷ *Public Liability Policy Wording, More Than Business, Part of RSA Group*, www.morethanbusiness.com/documents/22/PublicLiabilityWordingR02433C_WEB.pdf

²⁸ *Yorkshire Waters Services v Sun Alliance & London Ins Plc*. [1997] 2 Lloyd's Rep. 21 (C.A.).

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ *Ibíd.*

³¹ *Ibíd.*

³² *Leebov v United States Fidelity & Guarantee Co.* 160 Atlantic Reporter 2d, 84 (1960).

dicha conclusión puede ser injusta y económicamente ineficiente, porque mediante la toma de medidas preventivas el asegurado puede impedir que nazca la obligación del asegurador de compensar el daño potencial que, en muchos casos es más costoso que las medidas preventivas. Además, rehusar el pago de estas medidas puede inducir al asegurado a dejar el desenlace del siniestro al azar, en lugar de motivarlo a tomar medidas preventivas, agravando el problema del *moral hazard*; esto es, cuando, en vista de la seguridad que genera en la psiquis del asegurado el saber que tiene una protección frente a un riesgo, no se preocupa por evitarlo.

La existencia de distintas perspectivas sobre el cubrimiento de los gastos de prevención en el seguro de responsabilidad civil, la aparente inconsistencia de cubrir estos gastos con los principios de responsabilidad establecida y tercera parte beneficiaria, contrastada con la injusticia e ineficiencia económica de rechazar el reconocimiento de estos costos, hace este tema merecedor de estudio. El presente artículo examina, entonces, si los gastos de prevención del daño deben ser reembolsados en el seguro de responsabilidad civil de acuerdo con el derecho inglés³³. En el primer capítulo se verán los argumentos que fundamentan el rechazo al reembolso de los costos de prevención en la decisión *Yorkshire (I)*, mientras que en el segundo capítulo se explorarán aquellas teorías que podrían soportar su reembolso (II). En el último capítulo se evalúa la necesidad de normas imperativas en el derecho inglés que legitimen al asegurado a reembolsarse los costos de evitar o minimizar la pérdida en el seguro de responsabilidad civil (III).

I. ARGUMENTOS EN CONTRA DEL REEMBOLSO DE LOS COSTOS DE PREVENCIÓN EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO INGLÉS (*YORKSHIRE WATERS SERVICES V SUN ALLIANCE & LONDON INS PLC*)

En el derecho inglés si la póliza de responsabilidad civil no contiene una cláusula que establezca el cubrimiento de los costos de prevención del daño, la aseguradora no es responsable de los gastos en que incurrió el asegurado para evitar la pérdida. El precedente más importante a este respecto es –tal como se afirmó en la introducción– *Yorkshire Waters Services v Sun Alliance & London*³⁴.

³³ Cabe anotar que, lo referente a cualquier cláusula que establezca el deber del asegurador de cubrir los costos de prevención, tal como la conocida *Sue and Labour Clause* en seguros marítimos, está por fuera del ámbito de este estudio. La razón para excluir estos asuntos, es que no existe controversia sobre su aplicación; un término expreso estableciendo que los gastos de prevención son cubiertos por el seguro es, sin discusión, válido por virtud de la autonomía de las partes. Para un estudio detallado sobre este tipo de cláusulas: J. GILMAN y otros. *Arnould's Law of Marine Insurance*, 7ª edn, Sweet and Maxwell, London, 2008, 1137-1179; P.M. EGGERS, *Sue and Labour and beyond: the assured's duty of mitigation*, LMCLQ, 1998, 228-253. Así mismo, este estudio tampoco abarca el deber de precaución relacionado con todas aquellas medidas de manejo del riesgo que son condición para la compensación de la pérdida.

³⁴ [1997] 2 Lloyd's Rep. 21 (C.A.).

Dada la importancia de *Yorkshire* y la exhaustiva exposición de LORD JUSTICE STUART-SMITH sobre el tema, los argumentos principales en contra del reembolso de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil y el fundamento de esta decisión, serán tratados en el presente capítulo.

1. Los hechos de *Yorkshire Waters*

YORKSHIRE WATERS, el operador de una planta de tratamiento de desechos industriales, suscribió una póliza de responsabilidad civil con Sun Alliance, bajo los siguientes términos:

“La Compañía indemnizará al asegurado por todas las sumas a que el asegurado esté obligado a pagar como daños o compensación, en relación con: (b) la pérdida o daño a propiedad en el curso de sus negocios, ocurrida durante el periodo de vigencia de la póliza”.

En 1992 un depósito se fracturó, derramando cantidades considerables de desechos. Como reacción al desastre, YORKSHIRE WATERS desarrolló trabajos de recuperación en su propiedad para evitar que los desechos alcanzaran a las propiedades vecinas por un valor superior a GBP 4.000.000³⁵.

El demandante pretendía que los costos de recuperación fueran reembolsados por el asegurador de acuerdo con la póliza de responsabilidad civil. Éste argumentaba que los costos eran reembolsables no sólo porque así lo expresaba el contrato, sino también bajo términos implícitos de la póliza.

“(e)s un término implícito de las pólizas de responsabilidad civil que el asegurado está legitimado para ser indemnizado (hasta el límite de las pólizas) respecto a todos los costos razonables en que incurrió para prevenir o mitigar la pérdida que, de otra forma, ante la ocurrencia de el hecho [sic] o evento, habría sido responsabilidad de la aseguradora asumir”³⁶.

Por el contrario, la aseguradora expresó que bajo los términos del contrato, los costos de prevención no eran reembolsables.

La Corte de Apelación refutó los dos argumentos de YORKSHIRE WATERS. Sin embargo, aunque el debate sobre si la póliza contenía o no una cláusula expresa que cubriera los costos de recuperación es interesante, nuestro estudio se centra en si los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil son reembolsables en ausencia de una cláusula que así lo exprese. Entonces, los argumentos descritos

³⁵ *Ibíd.*, 30.

³⁶ *Ibíd.*

a continuación no se refieren a dicho debate, sino que exploran porqué las cortes inglesas consideran que el asegurado no debe ser reembolsado en los costos de prevención cuando el contrato no tiene una cláusula que lo tenga previsto.

2. *YORKSHIRE WATERS* y el rechazo al cubrimiento de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil

De acuerdo con *YORKSHIRE WATERS* el asegurado no tiene derecho al reembolso de los costos de prevención, porque los principios de equidad y justicia no están reconocidos en el derecho inglés de los contratos (2.1.), el concepto de responsabilidad civil no comprende la prevención del daño como fuente de la obligación de reparar (2.2), el derecho a reclamar la compensación del asegurador sólo nace cuando la responsabilidad está establecida (2.3.), no es necesario introducir un término implícito que establezca que los costos de las medidas preventivas son reembolsables en la póliza de responsabilidad civil (2.4.), las medidas de prevención son tomadas en el interés del asegurado (2.5.), la obligación de evitar o minimizar la pérdida no implica necesariamente que el asegurador deba reembolsar los costos de evitación y mitigación (2.6.), y es imposible establecer qué costos de prevención son razonables (2.7.).

2.1. *Los principios de equidad y justicia no están reconocidos como principios de integración e interpretación del derecho inglés de los contratos*

En *YORKSHIRE WATERS*, LORD JUSTICE STUART-SMITH afirmó que bajo los principios de integración e interpretación de los contratos en el derecho inglés, la Corte es reacia a aceptar elementos de interés público, como la equidad o la justicia, que puedan derivar en interpretaciones distantes de la intención de las partes³⁷. En relación con el contrato de seguro, el juez sintetiza los principios de la siguiente forma:

- "1. Las expresiones de la póliza deben ser interpretadas en su sentido ordinario y reflejar la intención de las partes y el sentido comercial del acuerdo...
2. Una interpretación literal que conduzca a un resultado absurdo o una manifiestamente contraria a la intención real de las partes, debe ser rechazada si una alternativa de construcción más razonable puede ser adoptada sin violentar el lenguaje usado.
3. En caso de ambigüedad, la interpretación más favorable al asegurado debe ser adoptada, esto es, el principio *contra proferentem*"³⁸.

³⁷ *Ibíd.*, 31.

³⁸ *Ibíd.*, 33.

En el caso concreto, si del examen integral del contrato, la introducción de un término implícito obligando al asegurador a indemnizar los costos de prevención no parece reflejar la intención de las partes, la introducción de tal término no es aceptable. Una construcción de este tipo es inapropiada, aún si el no reconocimiento de los costos de prevención da la impresión de ser injusto, sin importar el hecho de que el asegurado, mediante la toma de medidas preventivas, evitó que el asegurador pagara una suma más alta, equivalente al daño potencial a terceros³⁹.

2.2. El concepto de responsabilidad civil no comprende la prevención del daño como fuente de la obligación de reparar

En el sentir de la Corte de Apelación, la responsabilidad civil implica necesariamente la compensación a un tercero. Así pues, es posible identificar dos elementos de la responsabilidad civil: primero, la existencia de un tercero con derecho a exigir la indemnización del daño y, segundo, la compensación como medio para volver a la víctima al estado anterior⁴⁰. En este sentido, en general, la póliza de responsabilidad civil cubre el daño a la persona o a la propiedad de un tercero causado por el asegurado, mientras excluye de su ámbito los gastos en que incurrió el asegurado para evitar el daño. En otras palabras, dado que el pago de las medidas preventivas no es concebido como responsabilidad civil—definida como la obligación de compensar a un tercero— el seguro de responsabilidad civil no cubre la suma que el asegurado gastó en medidas preventivas⁴¹.

2.3. El derecho para reclamar al asegurador nace cuando la responsabilidad está establecida

LORD STUART-SMITH expresó que el derecho del asegurado a reclamar compensación sólo nace cuando la responsabilidad está establecida. Él apoyó esta decisión en el precedente *Post Office v Norwich Union Fire Insurance Society*⁴². De acuerdo con esta decisión—cuya controversia también era sobre el seguro de responsabilidad civil— el derecho del asegurado de reclamar al asegurador surge cuando la responsabilidad de aquel ha sido establecida en un juicio, arbitramento o acuerdo. Es en este punto cuando el asegurador debe indemnizar al asegurado con base en el seguro de responsabilidad civil. En el caso concreto, STUART-SMITH expuso que como era evidente que los costos de prevención no habían sido establecidos por ninguno de

³⁹ *Ibíd.*, 32.

⁴⁰ *Ibíd.*, 33.

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² *Post Office v Norwich Union Fire Insurance Society*, [1967] 1 Lloyd's Rep. 216; [1967] 2 Q.B. 363.

los medios referidos –principalmente porque no había un daño actual– un reclamo para reembolso no tenía ninguna base⁴³.

2.4. No es necesario introducir un término implícito que establezca que los costos de las medidas preventivas son reembolsables bajo la póliza de responsabilidad civil

La Corte de Apelación afirmó que la introducción de un término implícito obligando al asegurador a reembolsar los gastos de prevención del daño no era necesaria para darle al contrato de seguro de responsabilidad civil eficacia negocial. De hecho, la corporación concluyó que el contrato se mantiene por sí mismo sin necesidad de dicho término. Al respecto, el juez expresó que el término implícito propuesto por el demandante no es de aquellos en que si un espectador oficioso ("officious bystander") sugiere a las partes su introducción, las partes responderían "sí, obvio" ("of course"). Aún más, la Corte opinó que la implicación de tal término conllevaría la transferencia de un riesgo adicional al asegurado, que no estaría reflejado en la prima.

2.5. Las medidas preventivas son tomadas en el interés del asegurado

Según LORD STUART-SMITH, a pesar de que el asegurado, mediante la evitación o minimización de la pérdida, puede haber ahorrado al asegurador un monto considerable en reclamos, al final de cuentas el asegurado actúa en su propio interés⁴⁴. Dicho interés es, de una parte, cumplir con su deber general de no dañar a otros y, de otra, evitar ser responsable por el exceso bajo los términos de la póliza. En consecuencia, la Corte de Apelación concluye que no es un argumento válido afirmar que los costos de prevención deben ser reembolsados porque las medidas fueron tomadas en el interés del asegurador⁴⁵.

2.6. La obligación de mitigar o evitar la pérdida no implica necesariamente que el asegurador esté obligado a asumir los gastos de prevención

Tal como se mencionó en la introducción⁴⁶, es común encontrar en las pólizas de responsabilidad civil una cláusula expresa obligando al asegurado a tomar las medidas necesarias para evitar o mitigar la pérdida. Sin embargo, de acuerdo con lo expuesto en el fallo, la cláusula no es suficiente para considerar que la existencia de tal obligación justifica el deber del asegurador de reembolsar los costos de las

⁴³ *Yorkshire* 29.

⁴⁴ *Ibíd.*, 30.

⁴⁵ *Ibíd.*, 31.

⁴⁶ Ver, Premisa V supra.

medidas de prevención. En palabras de LORD STUART-SMITH "es claro que el solo hecho de que una obligación sea impuesta a una de las partes para el beneficio de la otra, no es suficiente para introducir un término implícito que obligue a la última a reembolsar los gastos en que la primera incurrió para el cumplimiento de la obligación"⁴⁷.

2.7. *Imposibilidad de establecer qué gastos son razonables*

La Corte de Apelación expresó que un término que establezca que el asegurador es responsable de compensar los costos de evitación y mitigación de la pérdida es inútil en la práctica ("*virtually unworkable*"). En opinión del juez, es imposible medir los costos razonables a reembolsar. La lógica de esta afirmación es que si el daño nunca ocurrió, no existe un estándar que permita establecer si realmente las medidas tomadas para evitar o mitigar el daño impidieron que el asegurador tuviera que pagar una suma más alta⁴⁸.

3. El reembolso de los costos de prevención asumidos por una institución gubernamental en el seguro de responsabilidad civil (*Bartoline Ltd v Royal & Sun Alliance Insurance plc*)⁴⁹

La Corte de Apelación en *YORKSHIRE WATERS* apoyó su decisión en el precedente *Bartoline Ltd v Royal & Sun Alliance Insurance plc*. Este último caso trata también la controversia de si los costos de prevención están cubiertos o no por la póliza de responsabilidad civil, pero, como elemento adicional, afronta el problema de qué sucede si el asegurado debe pagar a una institución pública que asumió la prevención del daño de forma oficiosa.

3.1. *Los hechos en Bartoline*

Bartoline Ltd –fabricante de adhesivos y empacador de hidrocarburos– suscribió una póliza de responsabilidad civil con *Royal & Sun Alliance Insurance plc*, bajo los siguientes términos:

"La Compañía indemnizará a cualquier persona legitimada para ser indemnizada...

1. Hasta el límite de la indemnización por responsabilidad civil en relación con:

A) Daño accidental a la persona

⁴⁷ Yorkshire, p. 31.

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 32.

⁴⁹ *Bartoline Ltd v Royal & Sun Alliance Insurance plc and another*, [2007] 1 All ER (Comm) 1043.

- B) Daño accidental a la propiedad
- C) Perturbación a la posesión o al usufructo o al uso del agua, luz o aire"

En julio de 2002 se desató un incendio en la fábrica. En consecuencia, espuma de extinguidor y otros químicos fueron derramados en dos canales de agua, "Swine-more" y "Barmston".

Inmediatamente después del accidente y durante los siguientes días, la Agencia del Ambiente desarrolló trabajos de limpieza y descontaminación, evitando así que el daño se extendiera. La Agencia estaba legitimada para realizar estos trabajos por la sección 161 del "Water Resources Act 1991":

La Agencia del Ambiente requirió a *Bartoline* para que le pagara los gastos en que incurrió para evitar, minimizar y remediar la polución causada en los canales de agua, conforme a la sección 161(3) del "Water Resources Act 1991".

El demandante pretendía compensación por parte de la aseguradora de los gastos de limpieza y descontaminación ("clean up costs") que *Bartoline* debía pagar a la Agencia del Ambiente. *Royal & Sun Alliance* contestó que esos gastos no estaban cubiertos por la póliza de responsabilidad civil.

Este caso es interesante porque, en contraste con *Yorkshire*, hay una tercera parte involucrada: la Agencia del Ambiente. En consecuencia, el argumento de que los gastos de prevención no son reembolsables en el seguro de responsabilidad civil porque no existe una obligación con un tercero, carece de fuerza en este caso.

A pesar de que *Bartoline* tenía, de hecho, la obligación de reembolsar a la Agencia los costos de limpieza y descontaminación, el juez HEGARTY QC concluyó que estos costos no estaban cubiertos por la póliza de responsabilidad civil, puesto que una obligación administrativa ('statutory liability') no era responsabilidad civil ('liability in tort')⁵⁰. A continuación se expone con mayor profundidad el fundamento de esta decisión.

3.2. La obligación administrativa de reembolsar los costos de limpieza y descontaminación no está cubierta por la póliza de responsabilidad civil

En la perspectiva del juez, la naturaleza de la obligación de reembolsar los costos de las medidas preventivas tomadas por la Agencia, no es responsabilidad civil por las siguientes dos razones:

En primer lugar, las actividades y poderes de las agencias gubernamentales en comparación con aquellas de los individuos son muy distintas. Los poderes regulatorios de las instituciones gubernamentales son ejercitados bajo las normas del derecho público. Así pues, cuando una institución gubernamental ejerce sus

⁵⁰ *Bartoline* [2007] 1 All ER (Comm) 1043.

poderes, no está protegiendo su propio interés, sino el interés público⁵¹. Por el contrario, bajo las normas de derecho privado, los individuos protegen su propio interés mediante la presentación de acciones ordinarias cuya pretensión es la reparación en dinero o *in natura*. En consecuencia, mientras la institución gubernamental no necesita ser vulnerada en su propiedad o persona para usar sus poderes regulatorios –tal como el poder de requerir el pago de los gastos de limpieza y descontaminación–, los individuos deben probar daño o pérdida para que la obligación sea exigible⁵².

En segundo lugar, mientras el reembolso de los costos de evitación o mitigación requeridos por la Agencia tiene su fuente sólo en la ley, la responsabilidad civil implica la existencia de daños. Según el juez HEGARTY⁵³, la determinación de la cuantía de la compensación del daño es completamente distinta a la determinación del reembolso de los costos de limpieza y descontaminación. En efecto, mientras el límite del reembolso de los costos de limpieza y descontaminación se traduce en la suma en que incurrió la institución gubernamental para tomar dichas medidas, el límite de la indemnización en la responsabilidad civil depende del daño actual que experimentó la víctima⁵⁴.

En resumen, de acuerdo con *Bartoline*, el seguro de responsabilidad civil no cubre cualquier obligación con un tercero en abstracto; el cubrimiento se limita a la responsabilidad civil por daños a terceros. La obligación de reembolsar los costos de limpieza y descontaminación va más allá del ámbito de este tipo de póliza, porque está destinada a satisfacer el interés público y encuentra su fuente directamente de la ley. En palabras del juez:

“Cualquier obligación de reembolsar los gastos incurridos por la Agencia... y cualquier obligación de compensar los daños como condena de responsabilidad civil son asuntos bien distintos... sería equivocado interpretar las cláusulas relevantes de la póliza, de una forma tal que se entendiera incluida dentro de la compensación una obligación nacida directamente de la ley que es analíticamente distinta a la responsabilidad civil...”⁵⁵.

La decisión *Bartoline* y su análisis se enfoca únicamente en la naturaleza de la obligación cuando el sujeto activo de la obligación es una institución pública legitimada a reembolsarse por ley. Sin embargo, la decisión no se ocupa de la hipótesis en que las medidas preventivas son tomadas por un tercero que no ostenta la naturaleza de institución pública en su propio interés. En consecuencia, la pregunta de si el asegurador en el seguro de responsabilidad civil debe o no reembolsar los gastos

⁵¹ *Ibíd.*

⁵² *Ibíd.*, 1044.

⁵³ *Ibíd.*, 1046.

⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵ *Ibíd.*, 1045.

en que incurrió un tercero privado para evitar el daño se mantiene abierta. En este escenario hipotético, de acuerdo con las consideraciones de *Bartoline*, el problema jurídico sería determinar si la obligación de reembolsar al tercero privado los gastos de prevención constituye o no responsabilidad civil.

II. TEORÍAS QUE JUSTIFICAN EL REEMBOLSO DE LOS COSTOS DE PREVENCIÓN EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

El reembolso de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil puede ser analizado desde dos perspectivas: contractual (1) y extracontractual (2).

1. Aproximación contractual al reembolso de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil

Desde el punto de vista contractual se ha tratado de justificar el reembolso de los gastos de prevención en el seguro de responsabilidad civil con fundamento en la doctrina del peligro inminente (1.1) y en la teoría de los términos implícitos (1.2.).

1.1. La doctrina del peligro inminente y la causa próxima en el seguro de responsabilidad civil

La doctrina del peligro inminente dentro del contexto del seguro de responsabilidad civil fue aplicada por primera vez por la Corte Suprema de "New Plymouth" (Nueva Zelanda) en 1999⁵⁶. Antes de esta decisión, la doctrina del peligro inminente—relacionada con la doctrina de la causa próxima— se limitaba a casos de seguros terrestres y marítimos contra incendio. Ahora bien, previo a abordar el examen de la decisión referida, es conveniente explorar la doctrina de la causa próxima en el seguro contra incendio con la finalidad de comprender plenamente la doctrina del peligro inminente.

1.1.1. La doctrina de la causa próxima en el seguro contra incendio

La doctrina de la causa próxima supone que la pérdida sólo es cubierta por la póliza en tanto sea causada próximamente por la realización del riesgo asegurado. Cabe anotar que, la proximidad no se refiere a un tiempo determinado, ni mucho menos a una ubicación en el espacio; se refiere a una cercanía intelectual entre el antecedente y el consecuente. En el seguro contra incendio la jurisprudencia ha aceptado que los daños experimentados por la propiedad como resultado de las

⁵⁶ *Bridgeman v Allied Mutual* [2000] 1 NZLR 433.

medidas tomadas por el asegurado con el fin de evitar o minimizar la pérdida, son cubiertos por la póliza. La base de esta afirmación es que en este evento la pérdida se supone causada por el mismo fuego en lugar de causada por el asegurado⁵⁷. Aunque físicamente la pérdida no es resultado del fuego, mediante una operación intelectual se puede afirmar que éste es la causa de aquella.

La causa próxima se determina mediante dos exámenes⁵⁸. El primero es generalmente conocido como *conditio sine qua non*. En este sentido, cuando la pérdida hubiera ocurrido aun si el fuego no se hubiera desatado, éste no puede ser considerado causa de la pérdida o, lo que es lo mismo, "donde, dejando a un lado el fuego, la pérdida no hubiera ocurrido, el fuego es, para efectos de la póliza, la causa de la pérdida"⁵⁹. El segundo examen consiste en establecer la proximidad o cercanía entre el fuego y el daño⁶⁰ mediante una operación intelectual. Entonces, el asegurado, para obtener cubrimiento de la pérdida causada directamente por las medidas preventivas, deberá probar una relación causal entre el fuego y éstas⁶¹.

A este respecto, el precedente principal es *Stanley vs. Western Insurance Co.*⁶², donde el juez afirmó:

"Estoy de acuerdo con que cualquier pérdida resultante de un esfuerzo aparentemente necesario y bien intencionado de combatir el fuego, sea mojando los bienes con agua, o arrojando los artículos por la ventana, o aún mediante la destrucción de la casa vecina con el propósito de vigilar el progreso de las llamas, debe ser cubierta por la póliza; en resumen, cualquier pérdida que claramente y próximamente resulte, directamente o indirectamente, del fuego, es del ámbito de la póliza"⁶³.

De un lado, la decisión citada establece que la póliza contra incendio cubre no sólo los daños causados directamente por el fuego, sino también los daños causados indirectamente y, del otro lado, prescribe que las medidas deben ser aparentemente necesarias y tomadas de buena fe —en el sentido subjetivo—. Sin embargo, cabe resaltar que, la decisión únicamente aborda el caso en que el fuego ha alcanzado la propiedad asegurada, dejando, entonces, sin respuesta el interrogante de si la póliza cubre el daño que es consecuencia de medidas preventivas cuando el fuego no se ha iniciado o no ha alcanzado los bienes protegidos por la póliza. Es bajo este panorama donde la doctrina del peligro inminente —explorada en el siguiente numeral— encuentra su uso y complementa la doctrina de la causa próxima.

⁵⁷ N. LENGH-JONES (ed.), *MacGillivray on Insurance Law*, 11 edn, Sweet & Maxwell, 2008, 831.

⁵⁸ E.R.H. IVAMY, *Fire and Motor Insurance*, 4ª edn. Butterworths, London, 1984, 147.

⁵⁹ *Ibíd.*, 148.

⁶⁰ *Ibíd.*, 149.

⁶¹ *Ibíd.*

⁶² [1868] L.R. 3 Ex. 71.

⁶³ *Ibíd.*

1.1.2. La doctrina del peligro inminente en el seguro contra incendio

Los precedentes más importantes en este tema son *The Knight of St. Michael*⁶⁴ y *Symington & Co v Union Insurance Society of Canton. Ltd.*⁶⁵. El primero es sobre la aplicación de la doctrina del peligro inminente cuando el fuego aún no se ha desatado, mientras el segundo versa sobre la aplicación de la misma cuando el fuego ya inició, pero no ha alcanzado los bienes asegurados. Como se expondrá a continuación, en ambos casos, a pesar de que los bienes no fueron alcanzados por el fuego, existía un peligro inminente para éstos.

*i. The Knight of St. Michael*⁶⁶

En *The Knight of St. Michael*⁶⁷ la nave de este nombre estaba obligada contractualmente a transportar carbón desde Newcastle hasta Valparaíso. Durante el viaje el carbón experimentó altas temperaturas que forzaron a la tripulación a descargar parte de aquél en Sydney, pues, de lo contrario, se habría podido desatar un incendio en la embarcación. El dueño de la nave reclamó compensación con base en una póliza marítima sobre el cargamento.

La Corte sostuvo que el asegurador estaba obligado a compensar al demandante. En su perspectiva, el daño causado por las medidas preventivas era el resultado de un peligro inminente cubierto por la póliza como una pérdida *ejusdem generis*⁶⁸. Es decir, el peligro inminente se consideró como un riesgo cubierto por una expresión general que establecía que todos los peligros similares a los descritos de manera específica hacían parte del riesgo asegurado. Al respecto:

“...Ahora, descubrí que el fuego no se inició, pero es razonablemente cierto que se habría iniciado, y que la condición de las cosas era tal, que existía un peligro actual de fuego, y no meramente un miedo de fuego. El caso es peculiar, y no exactamente análogo a cualquier otro peligro. El peligro estaba presente, y si no se hubiera hecho nada, habría ocurrido combustión espontánea y el fuego habría seguido su curso natural... Entonces, hace alguna diferencia que el fuego no se haya desatado? No lo creo en estas circunstancias. Había un peligro inminente de fuego y siendo esta la circunstancia peligrosa, aunque hablando en sentido estricto no se puede llamar una pérdida por

⁶⁴ *The Knight of St Michael* [1898] p. 30, citado por S. HODGES y R. CARLILE, *Cases and Materials on Marine Insurance Law*, Cavendish Publishing Limited, London, 1999, 395.

⁶⁵ [1928] All ER Rep 346.

⁶⁶ S. HODGES, ob. cit. (n. 70) 394.

⁶⁷ *Ibid.*, 395.

⁶⁸ “Un canon de interpretación según el cual una expresión general o frase que sucede una lista de expresiones específicas, será interpretada de forma tal que incluya hipótesis del mismo tipo de las enlistadas”. B.A. GARNER. *Black's Law Dictionary*, 9ª edn, West Group, 2009, p. 594.

fuego, mi opinión es que debe ser cubierta *ejusdem generis* por las expresiones generales 'cualquier otro desastre'⁶⁹.

Cabe anotar que este caso ilustra el concepto de peligro inminente en relación con el fuego: "...un peligro actual...y no meramente un miedo", "razonablemente cierto" que "si no se hubiera [hecho] nada, habría ocurrido combustión espontánea y el fuego habría seguido su curso natural..."⁷⁰.

El fundamento de esta decisión no es la teoría de la causa próxima. De hecho, la Corte es clara en que, "hablando en sentido estricto" el fuego no puede ser considerado en este caso como causa próxima. Por el contrario, expresó que la pérdida fue consecuencia del peligro inminente y que siendo éste análogo –pero no igual– al fuego, estaba cubierto por la expresión general "otros desastres" contenida en la póliza.

ii. *Symington & Co v Union Insurance Society of Canton. Ltd*⁷¹

En *Symington & Co v Union Insurance Society of Canton. Ltd*⁷² el remitente depositó corcho en un muelle para su posterior envío. El corcho estaba asegurado contra "cualquier pérdida que sea razonablemente atribuida al fuego". Una vez el corcho fue depositado se desató un incendio cercano al cargamento. Para impedir que el fuego se esparciera, las autoridades del puerto dieron la orden de arrojar parte del corcho al océano y mojar la parte restante⁷³. Como era de esperarse el corcho se arruinó. El reclamo presentado por el asegurado fue rechazado por el asegurador so pretexto de que el fuego no era causa próxima de la pérdida.

LORD JUDGE SCRUTTON falló a favor del asegurado y afirmó que el daño, como consecuencia del fuego, podía ser reclamado con fundamento en la póliza marítima. Como se puede evidenciar en la siguiente cita, la decisión está sustentada en la teoría de la causa próxima y en la teoría del peligro inminente:

"Yo, entonces, basado en los hechos del presente caso, ante la existencia del fuego y el peligro inminente, opino que el daño causado por el agua que se usó para extinguir el

⁶⁹ En el mismo sentido *Liverpool & London & Globe Insurance v. Canadian General Electric Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 600: 'Esencial para el correcto entendimiento de la regla y su aplicación, es la condición de que, antes del surgimiento de la responsabilidad, debe haber un peligro materializándose del tipo o categoría establecido en el contrato. El peligro debe estar presente en el sentido de que a menos que se haga algo, el daño ocurrirá. Puede que en el momento, el daño no haya ocurrido, pero si el peligro realmente existe y el daño puede ser razonablemente evitado, entonces, la pérdida sufrida como resultado de las medidas preventivas puede ser reembolsable (*The Knight of St. Michael*, supra)'.
⁷⁰ *Ibíd.*
⁷¹ [1928] All ER Rep 346.
⁷² *Ibíd.*, 346.
⁷³ *Ibíd.*, 347.

fuego o para prevenir que se esparciera, fue consecuencia próxima del fuego, y puede ser compensado por virtud de las expresiones generales *–ejusdem generis–* análogas al fuego⁷⁴.

Este razonamiento no es muy claro y, de cierto modo, contradictorio. Como se describió antes⁷⁵, según *Stanley v Western Insurance Co.*⁷⁶, cuando el fuego se desata las pérdidas que resultan de las medidas tomadas para minimizar o evitar el riesgo son imputadas indirectamente al fuego bajo la teoría de la causa próxima. Desde esta perspectiva, la teoría de la causa próxima por sí sola sería suficiente para establecer que la pérdida en *Symington* estaba cubierta por la póliza. Entonces, la consideración de LORD SCRUTTON según la cual el asegurado 'puede ser compensado por virtud de las expresiones generales *–ejusdem generis–* análogas al fuego' únicamente genera confusión, pues si la pérdida es atribuida al fuego, no es necesario acudir a la interpretación *ejusdem generis*. Este tipo de interpretación sólo es útil en los eventos en que el fuego no se desata.

Sin embargo, las consideraciones de LORD JUDGE GREER en la decisión *Symington* parecen más acertadas y consistentes con la jurisprudencia. De conformidad con la lógica del fallo *Stanley v Western Insurance Co.*⁷⁷, sin acudir a la interpretación *ejusdem generis*, él afirmó que en *Symington* el fuego era causa próxima.

"...hace mucho se decidió, y por mucho tiempo se ha seguido esta decisión en el seguro contra incendio, que el daño del agua para salvar las consecuencias del fuego y la destrucción de la propiedad para evitar que el fuego alcance la propiedad, puede ser considerado consecuencia del fuego y cubierto por la póliza contra incendio"⁷⁸.

LORD GREER fundamentó su postura en el precedente *The Knight of St Michael*⁷⁹. Según aquél, los hechos de éste eran similares a los de *Symington*, pues en ambos casos, los bienes estaban sujetos a un peligro actual e inminente de fuego, pero no habían sido dañados por éste⁸⁰.

La consecuencia del fallo *Symington* es que en los casos donde el fuego no haya alcanzado los bienes, independientemente de que el incendio se haya o no producido, el asegurado está legitimado para reclamar los daños derivados de las medidas preventivas siempre que pruebe la existencia de peligro inminente para los bienes cubiertos por la póliza. Sin embargo, se debe tener en cuenta que si el

⁷⁴ *Ibíd.*

⁷⁵ Ver II, 1.1.1 *supra*.

⁷⁶ [1868] L.R. 3 Ex. 71.

⁷⁷ Ver II, 1.1.1 *supra*.

⁷⁸ *Symington*, [1868] L.R. 3 Ex. 71.

⁷⁹ Ver, II, 1.1.2., i *supra*.

⁸⁰ *Symington* (n. 84)

incendio no se desata, el reclamo debe estar fundamentado en expresiones *ejusdem generis*; mientras que donde el incendio ya se desató, el daño debe ser cubierto por ser causado próximamente, pero indirectamente por el fuego.

1.1.3. La doctrina del peligro inminente en el seguro de responsabilidad civil: *Bridgeman v Allied Mutual Insurance Ltd*⁸¹

Habiendo analizado los orígenes y aplicación de la teoría del peligro inminente en el seguro de primera persona —específicamente en el caso del seguro contra incendio— esta sección explora la extensión que de esta doctrina hizo la Corte Suprema de “New Plymouth” al seguro de responsabilidad civil⁸². En este caso, el demandante contrató a una persona para que allanara una colina en su granja. Cuando el contratista estaba por terminar la obra, una porción considerable de tierra cayó a la carretera adyacente a la granja. Una inspección de la autoridad ambiental concluyó que la colina era altamente inestable y que había un alto riesgo de deslizamientos de tierra que terminaría en la carretera y/o en el río. La alcaldía local (*Council*) obtuvo una orden judicial obligando al asegurado a reembolsar los gastos en que incurrió para prevenir las consecuencias dañinas del deslizamiento, así como a tomar otras medidas preventivas, tales como enrejar el predio y remover el relleno⁸³. El asegurado reclamó a la aseguradora los costos de las medidas preventivas con base en la póliza de responsabilidad civil. El asegurador, con fundamento en *Yorkshire*, rechazó el reclamo y afirmó que la póliza no se extendía a los costos de prevención de la pérdida⁸⁴.

La Corte, sin embargo, sostuvo que el asegurador era responsable de compensar los costos de prevención y distinguió el caso de *Yorkshire*⁸⁵. En su opinión, mientras en *Yorkshire* la responsabilidad y la cuantía eran inciertas, en este caso la responsabilidad había sido establecida y la cuantía determinada⁸⁶. Ahora bien, la sentencia no explica cómo llega la Corte a esta conclusión.

Aquello que sí quedó claro en este fallo es que la Corte fundamentó su decisión en la doctrina del peligro inminente, citando como precedente *The Knight of St Michael*⁸⁷ y *Liverpool & London & Globe Insurance v. Canadian General Electric Ltd*⁸⁸. La Corte estableció que el asegurado tenía el derecho a reembolsarse los gastos de

⁸¹ *Bridgeman v Allied Mutual* [2000] 1 NZLR 433.

⁸² *Ibíd.*

⁸³ *Bridgeman* [2000] 1 NZLR 433.

⁸⁴ *Ibíd.*, 432.

⁸⁵ *Ibíd.*

⁸⁶ *Ibíd.*, 446.

⁸⁷ Ver, II, 1.1.2., i, *supra*.

⁸⁸ Ver, n. 69 *supra*.

prevención, porque las medidas fueron tomadas para evitar un peligro que ya había comenzado a materializarse⁸⁹.

“Yo considero que la doctrina del peligro inminente es aplicable en este caso... En el presente caso, las obras crearon inestabilidad en la colina y efectivamente la inestabilidad comenzó a materializarse en movimiento y caída de rocas y escombros en la carretera. El peligro iba a continuar materializándose y mayores daños hubieran acontecido, de no ser por las medidas preventivas que se adoptaron”⁹⁰.

La aplicación de la doctrina del peligro inminente al reembolso de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil ha sido criticada por ser inconsistente con la naturaleza misma de la doctrina⁹¹.

Tal como se describió en el acápite anterior, la doctrina del peligro inminente es un complemento a la teoría de la causa próxima y, en este sentido, un asunto de causalidad. Entonces, el centro de la discusión a este respecto es, como expresa NEIL CAMPBELL, si “el evento asegurado fue causado por un riesgo asegurado”⁹². Bajo la doctrina del peligro inminente se hace la suposición que el peligro inminente es un riesgo asegurado bajo la expresión *ejusdem generis*. Así pues, en la póliza contra incendio, si el fuego no se desata, la jurisprudencia ha considerado que el peligro inminente de fuego está cubierto por las expresiones *ejusdem generis*, es decir, cubierto por una expresión general tal como “y otros riesgos similares”. En este sentido es claro que la aplicación de la doctrina en estos casos surge de la asimilación del fuego al peligro de fuego como riesgo asegurado.

Ahora bien, cabe anotar que, la aplicación de la doctrina del peligro inminente no supone de ninguna forma el cambio o extensión del evento asegurado cubierto por la póliza. Así, en los casos de seguro contra incendio, a pesar de que el peligro inminente es considerado un riesgo asegurado bajo expresiones *ejusdem generis*, el evento asegurado sigue siendo la pérdida del cargamento o la propiedad.

La inconsistencia de *Bridgeman* consiste en que el costo de las medidas para prevenir la pérdida son tratadas como un evento asegurado, extensión que de ninguna forma está justificada en la doctrina del peligro inminente. Mediante un entendimiento simplista de la doctrina, la Corte consideró que los costos de prevención estaban cubiertos por la póliza como “responsabilidad civil por daño a la propiedad de terceros” sólo porque había un peligro inminente. Sin embargo, era claro que todavía no se había dañado a ningún tercero y, en consecuencia, tampoco había surgido la responsabilidad civil. Por el contrario, en *The Knight of St Michael*

⁸⁹ *Bridgeman*, 446.

⁹⁰ *Ibid.*, 443.

⁹¹ N. CAMPBELL, *Insurance Law* (2001) NZLR 357-377.

⁹² N. CAMPBELL, *Don't Be Lost: Different Conceptions of Loss in Insurance*, www.shortlandchambers.co.nz/doclibrary/public/Cases/DontBeLost.pdf

el asegurado sí estaba reclamando un evento asegurado en la póliza (pérdida del cargamento) causado por un riesgo asegurado ("y otros riesgos similares"). Es de notar que, en esta decisión, el juez no estaba afirmando que el asegurador estaba obligado a pagar los costos de prevención, sino que estaba obligado a pagar la pérdida causada a la propiedad (evento asegurado) por las medidas preventivas. De ahí que, es un error en *Bridgeman* referirse a *The Knight of St Michael* como precedente y, en general, usar la doctrina del peligro inminente como medio para extender el evento asegurado.

A pesar de la insuficiencia de la doctrina para justificar el reembolso de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil, es de resaltar la definición de peligro inminente elaborada en *Bridgeman*: "... Un peligro actual, y no simplemente un miedo..."⁹³ "de que, a menos que se haga algo, el daño ocurrirá"⁹⁴.

1.2. La obligación de reembolsar los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil como resultado de la introducción de términos implícitos

Se puede llegar a pensar que la introducción de un término implícito justifica el reembolso de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil.

En contraste con los términos expresos, los implícitos no están establecidos de manera visible en el contrato. En el derecho inglés, estos términos pueden introducirse por la costumbre, los jueces, la ley (*statute*) o la Constitución⁹⁵. En *Luxor Ltda. V Cooper*⁹⁶, LORD WRIGHT divide la implicación de términos en implicación de derecho e implicación de hecho. Una implicación de derecho "no proviene de la intención de las partes, sino de una norma real de derecho..."⁹⁷. Estos términos están atados naturalmente a contratos estandarizados⁹⁸. Una implicación de hecho "está basada en la intención de las partes de acuerdo con sus circunstancias"⁹⁹.

Para que un término sea implicado debe satisfacer seis condiciones: 1) el contrato debe ser típico¹⁰⁰; 2) el término debe ser necesario para darle eficacia comercial al contrato¹⁰¹; 3) la implicación debe ser obvia¹⁰²; 4) el término debe ser razonable

⁹³ *Bridgeman*, 446.

⁹⁴ *Liverpool*, 600.

⁹⁵ P.A. MCDERMOTT, *Contract Law*, Butterworths, 2001, 293.

⁹⁶ [1941] A.C. 108 at 137.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ K. LEWISON, *The Interpretation of Contracts*, 3ª edn, Sweet & Maxwell, 2004, 156.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Elawadi v BCCI* [1989] 1 All ER 242 AT 253.

¹⁰¹ *B.p. Refinery (Westernport) Pty v Shire of Hastings*, [1978] A.L.J.R. 20.

¹⁰² *The Manifest Lipkowsky* [1989] 2 Lloyd's Rep. 620.

y equitativo¹⁰³; 5) el término debe ser susceptible de expresarse en forma clara¹⁰⁴, y; 6) el término no debe contradecir ningún término expreso del contrato¹⁰⁵.

1.2.1. Implicación del reembolso de los costos de prevención en seguros marítimos y terrestres

En el derecho inglés, tanto las pólizas marítimas, como las terrestres, contienen la obligación del asegurado de adoptar medidas para evitar y minimizar la pérdida. En el seguro marítimo este deber está establecido por el *Marine Insurance Act (1906)*, *section 78(4)*¹⁰⁶. En los seguros terrestres, generalmente, las partes introducen en el contrato la obligación de tomar medidas preventivas a cargo del asegurado. ¿Es la existencia de esta obligación justificación suficiente para asegurar que la póliza contiene un término implícito que compele al asegurador a reembolsar los costos en que incurrió el asegurado para prevenir la pérdida? Esta pregunta ha sido desarrollada por las Cortes de *common law* en seguros marítimos y terrestres.

1.2.1.1. Implicación del reembolso de los costos de prevención en seguros marítimos

En cuanto al seguro marítimo, no existe unanimidad sobre si la existencia del deber del asegurado de tomar medidas de prevención, envuelve la existencia de una contraprestación a cargo del asegurador consistente en el reembolso de los costos de dichas medidas. Mientras la Corte Suprema de New South Wales en *Emperor Goldmining Co. Ltd v Switzerland General Insurance Co. Ltd*¹⁰⁷ consideró que el asegurado tenía derecho al reembolso, la *Queen's Bench* inglesa en *Integrated Container Service Inc vs. British Traders Insurance Co*¹⁰⁸ adoptó la posición contraria. Adicionalmente, hay un tercer caso, cuyo problema jurídico no es específicamente sobre los costos de prevención –pero que, como ya veremos, está relacionado– en donde la Corte sostuvo que el asegurador estaba obligado implícitamente a compensar los gastos en que incurrió el asegurado para preservar la acción del asegurador¹⁰⁹.

¹⁰³ *Elawadi* (n. 109)

¹⁰⁴ *Shell UK Ltd v Lostock Garage Ltd*, [1976] 1 W.L.R. 1187.

¹⁰⁵ *Lynch v Thorn* [1956] W.L.R. 303.

¹⁰⁶ "Cuando la póliza contiene una '*suing and labouring clause*', el acuerdo a este respecto es considerado suplementario al contrato de seguro, y el asegurado puede reembolsarse cualquier gasto en ejecución de la obligación establecida en la cláusula...es deber del asegurado y de todos sus agentes, en todos los casos, tomar las medidas razonables para evitar o minimizar la pérdida".

¹⁰⁷ [1964] 1 Lloyd's Rep. 348.

¹⁰⁸ [1981] 2 Lloyd's Rep. 460.

¹⁰⁹ *Netherlands Insurance Co. Est. 1845 Ltd v. Karl Ljungberg & Co. AB*, [1986] All E.R. 767.

i. *Emperor Goldmining Co. Ltd v Switzerland General Insurance Co.*¹¹⁰

"Switzerland General Insurance" aseguró un cargamento de explosivos desde Sydney a Fiji. El contrato no incluía una cláusula de participación en los gastos de conservación ("*suing and labour clause*"). Una vez zarpó de Sydney, el navío fue compelido a volver al puerto porque tenía un goteo peligroso. Con la finalidad de salvar los explosivos, éstos fueron descargados, almacenados y vueltos a cargar en una embarcación distinta. Emperor Goldmining reclamó los costos de dichas medidas para preservar los explosivos. La aseguradora rechazó el reclamo bajo los términos de la póliza¹¹¹.

Respecto a este asunto, Lord Manning consideró que los gastos estaban cubiertos por la póliza. Según su entender, el deber del asegurado de tomar medidas para evitar o minimizar la pérdida establecido por el *Marine Insurance Act 1909 Section 84(4)* –idéntico al establecido por la sección 78(4) de la versión inglesa¹¹²– sólo se puede entender si el asegurador está obligado a compensar los gastos en que incurrió el asegurado para evitar o minimizar la pérdida.

"La sección 84(4) impone al asegurado el deber de tomar medidas razonables destinadas a evitar o minimizar la pérdida. Soy incapaz de interpretar esta norma como un deber que el asegurado debe asumir por su propia cuenta"¹¹³.

ii. *Integrated Container Service Inc v. British Traders Insurance Co*¹¹⁴

El demandado aseguró unos containers del demandante contra los riesgos del mar. Oyama, una compañía japonesa que había adquirido en leasing los containers del demandante cayó en bancarrota. Para prevenir las pérdidas que esta situación pudiera ocasionar, el demandante tomó medidas para recuperar los containers, los cuales estaban distribuidos en distintos países del lejano oriente. El demandante pretendía que la aseguradora pagara los costos de recuperación de los containers ("*levante de bodega, pago de impuestos, transporte, manejo, comisiones legales etc...*"¹¹⁵) con base en la póliza marítima. El asegurador argumentó en la contestación que ese no era un riesgo asegurado. Desde su perspectiva, "los costos de recuperación fueron incurridos exclusivamente por virtud de un contrato comercial con un tercero en bancarrota, de forma tal, que no tienen nada que ver con los peligros del mar"¹¹⁶.

¹¹⁰ [1964] 1 Lloyd's Rep. 348.

¹¹¹ *Emperor Goldmining* [1964] 1 Lloyd's Rep. 348.

¹¹² *Ibid.*, 349.

¹¹³ *Emperor Goldmining* [1964] 1 Lloyd's Rep. 347.

¹¹⁴ [1982] 2 Lloyd's Rep. 460.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Ibid.*, 462.

MR JUSTICE NEILL no siguió la interpretación de *Emperor Goldmining*. Según él, el deber de tomar medidas para evitar o minimizar el daño no envuelve la implicación de un término que constriña al asegurador a compensar los costos de dichas medidas, puesto que, de ninguna forma, se puede afirmar que tal obligación de reembolsar fuera voluntad de las partes ni necesaria para dar eficacia negocial al contrato. En sus palabras:

“Un término no expreso sólo puede ser implicado si y solo si la Corte deduce que las partes querían que ese término fuera parte del contrato: no es suficiente que las partes como hombres razonables hubieran accedido a introducirlo de haber sido esto sugerido: debe ser un término que, sin duda, sea necesario para dar eficacia al contrato, un término que, aunque tácito, forma parte del contrato que las partes hicieron para si mismos... En mi opinión, si uno adopta esta aproximación, el deber de reembolsar a cargo del asegurador no puede ser implicado...”¹¹⁷.

iii. *Netherlands Insurance Co. Est. 1845 Ltd v. Karl Ljungberg & Co. AB (The mammoth Pine)*¹¹⁸

El asegurado era depositario de un envío de madera bajo un seguro marítimo. El contrato contenía una cláusula de participación en los gastos de conservación (“*suing and labour clause*”) que legitimaba a Karl Ljungberg & Co. a reembolsarse los costos de evitación y mitigación. Adicionalmente, mediante otra cláusula, el asegurado estaba obligado a preservar cualquier acción contra los transportadores, pero no mencionaba nada acerca de si el asegurado tenía el derecho de reembolsarse los gastos en que incurriera para preservarla. Cuando los bienes se dañaron –con la finalidad de cumplir con esta obligación de preservar la acción– el depositario, inició procedimiento legal contra el transportador y, consecuentemente, reclamó al asegurador el reembolso de los costos del procedimiento. Éste rechazó el reclamo y afirmó que estos costos no eran carga del asegurado¹¹⁹.

El Privy Council consideró que el asegurador estaba obligado a compensar al asegurado los gastos en que incurrió para preservar la demanda contra el transportador. Bajo su punto de vista, la implicación de un término que legitime al asegurado a reembolsarse los gastos en que incurra para preservar la acción es necesaria para darle al contrato eficacia negocial. Esta afirmación se basa en dos razones: la primera, la preservación de la acción es en beneficio del asegurador y, segunda,

¹¹⁷ *Ibid.*, 463.

¹¹⁸ [1986] All E.R. 767.

¹¹⁹ *Ibid.*

el asegurador sólo se puede subrogar si compensa al asegurado por los gastos de preservación de la demanda¹²⁰.

Sin embargo, es importante resaltar que, el Privy Council no aceptó que:

"...el solo hecho que una obligación sea impuesta a una parte en el contrato en beneficio de la otra presupone la existencia de un término implícito que la última debe reembolsar a la primera los costos en que incurrió en el cumplimiento de la obligación"¹²¹.

1.2.1.2. Comentario acerca de la implicación del reembolso de los costos de prevención en el seguro marítimo

La existencia de un término implícito que legitime al asegurado a reembolsarse los costos de prevención en el seguro marítimo no es muy clara. Mientras en *Emperor Goldmining Co* el juez afirma que este tipo de costos deben ser reembolsados, *Integrated Container* niega dicho cubrimiento en ausencia de un término expreso en el contrato. Una tesis intermedia fue adoptada en *Netherlands Insurance*, pues el Privy Council, consideró que los costos de preservación de la demanda son reembolsables con fundamento en un término implícito, pero, resaltó que la existencia de una obligación a cargo de una de las partes en beneficio de la otra, no justifica siempre ni por sí sola, una contraprestación implícita a cargo de ésta.

Ahora bien, es importante resaltar que los tres casos utilizaron el mismo criterio para resolver si existía o no un término implícito. Todos acudieron al test de eficacia negocial. Sin embargo, el test parece oscuro, pues a pesar de que los tres casos eran similares, el análisis de eficacia negocial condujo a tres soluciones distintas.

1.2.2. Implicación del reembolso de los costos de prevención en los seguros terrestres

Netherlands Insurance fue citado por varios casos de seguros terrestres subsiguientes para justificar la implicación de términos legitimando al asegurado para reembolsarse costos incurridos por distintos conceptos, pero, ninguno de éstos, costos de medidas preventivas. En la mayoría de casos las cortes rehusaron introducir términos implícitos. Por ejemplo, en *Cox v Bankside Agency Members Ltd*¹²² la Corte de Apelación negó la implicación de un término que legitimara al asegurado a reembolsarse el pago de los intereses. En este caso la Corte afirmó que, como los daños más los intereses excedían el límite de la póliza, introducir un término implícito obligando a reembolsar los intereses sería contrario a la voluntad de las partes. Así

¹²⁰ *Ibíd.*

¹²¹ *Ibíd.*

¹²² [1995] 2 Lloyd's Rep 437.

mismo, en *Baker v Black Sea and Baltic General Insurance Ltd*¹²³ la *House of Lords* rechazó la introducción de un término implícito que diera derecho al asegurador a reembolsarse del reasegurador los costos de investigación, transacción y defensa contra los reclamos del asegurado. En la perspectiva de LORD LLOYD OF BERWICK:

“En un contrato proporcional de reaseguro, no había base para implicar un término con miras a que el reasegurador fuera responsable de compartir los costos incurridos por el asegurador para investigar, transar o defender demandas del asegurado, con fundamento en la necesidad de darle eficacia negocial al contrato”¹²⁴.

1.2.3. La implicación del reembolso de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil

Como fue ilustrado en el primer capítulo de este estudio, la Corte de Apelación en *Yorkshire Waters* rechazó la introducción de un término implícito que legitimara al asegurado a reembolsarse los costos en que incurrió para evitar o minimizar la pérdida. La Corte consideró que la implicación de tal término no era necesaria para darle eficacia negocial al contrato de seguro de responsabilidad civil. De hecho, concluyó que este contrato es eficaz por sí mismo sin necesidad de una implicación tal. En este entendido, la Corte anotó que el término implícito propuesto por el asegurado no es de aquellos en que si se le pregunta a espectador oficioso (“*officious bystander*”) si es fundamental para la póliza, la respuesta sería “sí obvio” (“*of course*”)¹²⁵.

Cabe anotar que, el análisis de eficacia negocial en *Yorkshire* es más profundo que el realizado por las Cortes en relación con seguros marítimos y terrestres. De hecho, en este caso la Corte utilizó el parámetro del espectador oficioso (“*officious bystander*”) para decidir si la implicación de un término era necesaria o no para darle eficacia al contrato. Esta aproximación facilita el entendimiento del test de eficacia negocial y promueve un parámetro único para todos los casos.

Aunque cada caso es distinto, es muy difícil que las Cortes inglesas acepten la implicación de un término que prescriba el deber de reembolsar al asegurado los costos en que incurrió para prevenir el daño en la póliza de responsabilidad civil. El test de eficacia negocial en *Yorkshire Waters* demuestra, simplemente, que tal término no es necesario para la eficacia del contrato.

¹²³ [1998] 2 All ER 833.

¹²⁴ *Ibíd.*

¹²⁵ [1998] 2 All ER 832.

1.2.4. La implicación del reembolso de los costos preventivos en el seguro de responsabilidad civil y la buena fe

Muchas jurisdicciones exigen buena fe de las partes en el desarrollo del contrato, por ejemplo, el artículo 1134 del Código Civil francés¹²⁶, las secciones 157 y 242 del BGB alemán¹²⁷ o la Sección 1-304 del Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos de América¹²⁸. En consecuencia, se puede llegar a pensar que la implicación de un término que establezca el reembolso de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil encuentre su fundamento en la buena fe.

La buena fe tiene dos aproximaciones –subjetiva y objetiva– ambas aplicables al derecho de los contratos. El deber subjetivo de buena fe está relacionado con la buena intención y comportamiento honesto de las partes en desarrollo del contrato. El incumplimiento de este deber en su faceta subjetiva consiste en actos dirigidos a confundir u ocultar la verdad a la otra parte para reportar beneficios; mala fe y dolo son términos contrarios a la buena fe. La buena fe en sentido objetivo está referida al deber de cooperación entre las partes: éstas deben cumplir con las expectativas razonables que su contraparte tiene del contrato.

Bajo el panorama de la buena fe objetiva no sería descabellado pensar que el asegurado espera de forma razonable el reembolso de los costos en que incurrió para prevenir o minimizar el daño. Siguiendo el análisis del caso *Leebov*¹²⁹.

“Sería un argumento extraño y una forma equívoca de justicia, el que se sostuviera que el demandado está obligado a pagar, digamos, la suma de \$100,000 si el demandante no hubiera prevenido lo que era inevitable, y sin embargo que no fuera responsable de pagar una suma más pequeña que el asegurado realmente gastó en evitar un desastre previsible...¹³⁰.

Si el reembolso de los costos de prevención constituye una expectativa razonable del asegurado en el contrato de seguro de responsabilidad civil, entonces, se podría concluir que una interpretación apropiada del contrato supone la implicación de un término que llene dicha expectativa.

¹²⁶ “Los contratos celebrados legalmente son ley para las partes. Sólo pueden ser revocados por el mutuo consentimiento de las partes o por causas legales. Estos deben ser ejecutados de buena fe”.

¹²⁷ “Los contratos deben ser interpretados de acuerdo con la buena fe, teniendo en consideración las prácticas negociales”... “El obligado tiene el deber de actuar conforme a los requerimientos de la buena fe, teniendo en cuenta las prácticas negociales...”.

¹²⁸ “Todo contrato u obligación [*the Uniform Commercial Code*] supone un deber de buena fe en su ejecución...”.

¹²⁹ Ver, II, 2.2 *infra*.

¹³⁰ *Leebov v United States Fidelity & Guarantee Co.* 160 Atlantic Reporter 2d, 84 (1960).

El concepto de buena fe subjetiva ha sido reconocido en el derecho inglés de los seguros. Esto se evidencia en los conceptos de buena fe ubérrima ("*utmost good faith*") revelación de la información ("*disclosure*") y falsa representación ("*misrepresentation*"). Por el contrario, el concepto de buena fe objetiva no ha sido aceptado por el derecho inglés. De hecho, las Cortes han enfatizado que la implicación de términos basada en la buena fe puede amenazar la estabilidad y previsibilidad del contrato¹³¹.

En consecuencia, la implicación de un término que establezca la obligación a cargo del asegurador de reembolsar los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil basado en la buena fe, es muy difícil que prospere en el derecho inglés. En este sentido, en *Yorkshire*¹³² la Corte, haciendo referencia al precedente americano *Leebov*¹³³, expresó que nociones tales como expectativas razonables o buena fe "reflejan elementos considerables de interés público que no son parte de los principios de integración en el derecho de los contratos inglés"¹³⁴.

2. Aproximación extracontractual al reembolso de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil

Desde una perspectiva extracontractual el reembolso de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil se ha tratado de justificar en la justicia y la restitución.

2.1. La justicia y el reembolso de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil

En *Leebov v. United States Fidelity and Guaranty Company*¹³⁵ la Corte Suprema de Pennsylvania estableció que los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil son reembolsables con fundamento en la justicia. Esta decisión ha sido aceptada como precedente por varios Estados y Cortes federales¹³⁶.

United States Fidelity y Mike Leebov –un contratista dedicado a la construcción– celebraron un contrato de seguro de responsabilidad civil bajo los siguientes términos:

¹³¹ S.A. SMITH, *Atiyah's Introduction to the Law of Contracts*, 6ª edn, Clarendon Press, 2005, 165.

¹³² *Yorkshire Waters* [1997] 2 Lloyd's Rep. 21 (C.A.).

¹³³ *Leebov* 160 Atlantic Reporter 2d, 84 (1960).

¹³⁴ *Ibíd.*

¹³⁵ *Ibíd.*

¹³⁶ *Avondale Indus. v. Travelers Indem. Co.*, 887 F.2d 1200 (2d Cir. 1989); *Savoy Med. Supply Co. v. F&H Mfg. Corp.*, 776 F. Supp. 703 (E.D.N.Y. 1991); *Bankers Trust Co. v. Hartford Acc. & Indem. Co.*, 518 F. Supp. 371 (S.D.N.Y.1981); *AIU Ins. Co. v. Superior Court*, 799 P.2d 1253 (Cal. 1990); *Aronson Assocs., Inc. v. Pennsylvania Nat'l Mut. Cas. Ins. Co.*, 14 Pa. D. & C.3d 1 (C.P. 1977); *Globe Indem. Co. v. State of California* 43 Cal. App.3d at p. 751; *Goodyear Rubber & Supply v. Great Am. Ins. Co.* (9th Cir.1976) 545 F.2d 95, 96; *Intel* 692 F. Supp. at p. 1192.

"[El asegurador conviene] pagar en nombre del asegurado todas las sumas que el asegurado esté obligado a pagar con motivo de la responsabilidad civil impuesta a él por daños a la persona o propiedad, incluyendo la pérdida de uso, causada por los riesgos definidos en este contrato"¹³⁷.

Cuando el equipo de Leebov estaba cavando una colina para erigir un silo, uno de los soportes se fracturó, causando un derrumbe que dañó una casa vecina y puso en peligro otras del sector. Inmediatamente Leebov ordenó cesar la excavación y, mediante el uso de camiones y estacas, neutralizó el deslizamiento. El costo de las medidas fue US13,047.57. Leebov reclamó a la aseguradora el reembolso de los costos en que incurrió para adoptar dichas medidas, pero, la aseguradora lo rechazó con el argumento que esos costos no eran reembolsables de acuerdo con la póliza¹³⁸.

MR JUSTICE MUSMANNO ordenó que los gastos fueran reembolsados. Según él, sería injusto no compensar al asegurado que evitó la pérdida y, al mismo tiempo, compensar al asegurado que no hizo nada para evitarla.

"Si el asegurado no hubiera adoptado de forma inmediata medidas considerables para remediar la situación peligrosa, consecuencias desastrosas habrían sufrido las propiedades vecinas y cercanas. Si esto hubiera pasado, el demandante habría sido requerido al pago de una suma considerablemente mayor a la de su pretensión en la presente demanda... Es ridículo sostener que si el asegurado no hace nada y permite el acopio de enormes demandas, eventualmente, a costas del asegurador, permanecería indemne, pero si ejecuta gastos razonables y previene la catástrofe, debe responder de su solo bolsillo"¹³⁹.

Esta decisión es superficial y carente de razonamiento jurídico. Está sustentada sólo en el hecho de que el rechazo al reembolso de los costos de prevención parece injusto. La justicia por sí misma no es suficiente para justificar tal interpretación del contrato. La implicación de un término que establezca que estos costos deben ser reembolsados, el cuasicontrato, la restitución o incluso razones de política pública pueden dar una base más sólida al deber de reembolsar los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil, pero, la justicia por sí sola no puede ser considerada un argumento sólido.

¹³⁷ *Leebov* 160 Atlantic Reporter 2d, 84 (1960).

¹³⁸ *Ibíd.*

¹³⁹ In the same sense, *Aerojet* Cal. App.3d at p. 227, citing *Globe Indem. Co. v. State of California*, 43 Cal. App.3d at p. 751 "sería extraño e incongruente [para el asegurado] que su póliza cubriera daños tangibles a la propiedad destruida por la negligencia consistente en dejar [que] escapara el fuego, pero no por la suma en que incurrió para mitigar los daños..."; *Goodyear Rubber & Supply v. Great Am. Ins. Co.* (9th Cir.1976) 545 F.2d 95, 96.

2.2. La restitución y el reembolso de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil

La resistencia de las Cortes inglesas a reconocer la implicación de un término que legitime al asegurado a reembolsarse los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil, sumado a la vaguedad del argumento de la justicia, ha conducido a la búsqueda de la justificación del reembolso de los gastos de prevención en el derecho de la restitución.

El cuasicontrato, la restitución o el enriquecimiento sin justa causa¹⁴⁰ suponen deudas de origen distinto al contractual, que surgen de beneficios que el deudor no está legitimado a retener¹⁴¹. El beneficio no consiste exclusivamente en dinero, puede ser también servicios o bienes¹⁴². La víctima de la retención puede demandar la restitución de lo que perdió mediante un remedio restitutivo (“*restitutionary remedy*”). De acuerdo con VIRGO, este remedio “se justifica en la medida que, cuando el demandado ha obtenido un beneficio a costas del demandante, la justicia exige que aquel sea restaurado a su posición inicial”¹⁴³.

En este contexto se puede llegar a pensar que, como las medidas tomadas para evitar o mitigar la pérdida benefician al asegurador, él tiene la obligación extracontractual de restituir el beneficio al asegurado. La teoría de la restitución, bajo la forma del derecho a la subrogación y la doctrina de la necesidad, ha sido utilizada para justificar los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil.

2.2.1. El derecho de subrogación y el reembolso de los costos de prevención en el derecho de seguros

Existe una amplia tendencia¹⁴⁴ a predicar que los costos de prevención deben ser reembolsados por analogía a los costos que el asegurador debe reembolsar al asegurado para subrogarse en el crédito. El sustento de esta aproximación es que el deber de evitar o minimizar la pérdida está estrechamente relacionado con el concepto de subrogación¹⁴⁵.

El concepto de subrogación se refiere a los casos en que el asegurado tiene, en principio, el derecho a ser compensado al mismo tiempo por el asegurador y por un tercero. Sin embargo, si la suma de ambas compensaciones excede la pérdida, el principio de indemnidad¹⁴⁶ impide que el asegurado sea enriquecido por razón

¹⁴⁰ Los términos son equivalentes en derecho inglés. A.M. TETTENBORN, *An Introduction to the Law of Obligations*, Butterworths, London, 1984, 101.

¹⁴¹ G. VIRGO, *The Principles of the Law of Restitution*, 2ª edn, OUP, Oxford, 2006, 3.

¹⁴² S. GEOFFREY, *Law of Obligations and Legal Remedies*, 2ª edn, Cavendish, London, 200, 395.

¹⁴³ VIRGO, ob. cit., 4-5.

¹⁴⁴ EGGERS, ob. cit., 238.

¹⁴⁵ *Ibíd.*

¹⁴⁶ Ver, Premisa, iv supra.

del daño, mediante la limitación de la magnitud de la compensación a la pérdida realmente experimentada. Entonces, si el asegurado es compensado plenamente por el asegurador, cualquier indemnización que aquel reciba de un tercero pertenece a éste y, además, los derechos de aquél contra terceros derivados de la pérdida son transferidos a éste¹⁴⁷.

Bajo este panorama, cuando el siniestro acontece, de un lado, el asegurado está obligado a preservar el derecho a la indemnización a través del ejercicio de las acciones correspondientes; en fin, no debe entorpecer el derecho del asegurador a la subrogación. Si el asegurado incumple este deber pierde el derecho a ser compensado por el asegurador. Del otro lado, si el asegurador quiere tomar la posición del asegurado contra terceros, aquél debe reembolsar a éste los gastos en que incurrió para preservar el derecho de subrogación. En resumen, el derecho de subrogación está sujeto al reembolso de los costos de preservación¹⁴⁸.

La base para asimilar las medidas adoptadas para preservar los derechos del asegurado a la subrogación a aquellas destinadas prevenir el siniestro, es que las primeras son también de carácter preventivo, ambas reducen el impacto de la pérdida. Si el asegurador tiene la obligación de compensar los costos de preservación del derecho a la subrogación y el derecho a la subrogación es una medida preventiva, ¿por qué se sostiene, entonces, que el asegurado no tiene el derecho a reembolsarse los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil?¹⁴⁹.

Aunque a primera vista la analogía referida parece justificar el reembolso de los costos de prevención, en realidad las medidas para preservar el derecho de subrogación tienen una naturaleza distinta a las medidas de prevención. Mientras la preservación del derecho a la subrogación es plenamente en beneficio del asegurador, las medidas preventivas obedecen al deber general del asegurado de no dañar a otros. De hecho, aún en la ausencia del seguro de responsabilidad civil, el que causa un daño está obligado a evitar las consecuencias y/o minimizarlo. En fin, el asegurado no sólo está interesado en tomar dichas medidas, sino que está obligado a tomarlas.

2.2.2. La doctrina de la necesidad y el reembolso de los costos de prevención en el derecho de seguros

La doctrina de la necesidad es una de las teorías que fundamenta la restitución. Ésta se refiere a los casos en los cuales una persona está urgida de bienes y/o servicios, pero no tiene la posibilidad de realizar un contrato por razones prácticas o legales.

¹⁴⁷ M. CLARKE, *Wisdom After the Event: The Duty to Mitigate insured Loss*, LMCLQ, 1998, 538.

¹⁴⁸ S. GEOFFREY, ob. cit., 397.

¹⁴⁹ EGGERS, ob. cit., 241 "Esta parece ser una pregunta que vale la pena hacerse, sin embargo es una que las cortes no han respondido". CLARKE, *Wisdom After the Event: The Duty to Mitigate insured*, ob. cit., 538.

Si otra persona, en vista de tal necesidad, presta servicios o procura bienes a la persona que está urgida, la última está obligada a restituir a la primera los beneficios o a compensarla¹⁵⁰.

De acuerdo con la doctrina descrita, el argumento a favor del reembolso de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil, sería que el asegurado, mediante la adopción de medidas apropiadas para mitigar o evitar el daño, procura un servicio necesario al asegurador. Entonces, como resultado –basándose en la doctrina de la necesidad– el asegurador estaría obligado a reembolsar los costos de las medidas preventivas.

La aplicación de la teoría de la necesidad al reembolso de los costos de prevención, aunque interesante, no es suficiente para justificar su reconocimiento por dos razones: (i) el asegurado actúa en su propio interés, y (ii) puede obtener el consentimiento del asegurador.

La doctrina de la necesidad sólo encuentra justificación cuando una persona presta servicios a otra o procura bienes de buena fe en interés del beneficiario¹⁵¹. En la hipótesis del seguro de responsabilidad civil, tal como se dijo en el título anterior, las medidas preventivas son tomadas por el asegurado en su propio interés más que en el interés del asegurador. Entonces, si el asegurado actúa realmente en interés propio, mal puede reconocerse el reembolso de los costos de prevención con fundamento en la doctrina de la necesidad.

Sumado a lo anterior, la doctrina de la necesidad solo tiene cabida cuando la persona que presta servicio o procura bienes es incapaz de obtener el consentimiento del beneficiario. Actualmente, dada la variedad y desarrollo de los medios de comunicación, es muy difícil imaginarse una hipótesis en que no sea posible para el asegurado comunicar al asegurador del peligro de daño. Así pues, si el asegurado tiene la posibilidad de obtener el consentimiento del asegurado para tomar medidas preventivas, la doctrina de la necesidad no puede ser fundamento de la restitución.

III. EL REEMBOLSO DE LOS COSTOS DE PREVENCIÓN EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL ES UN ASUNTO DE INTERÉS PÚBLICO: NUESTRA PROPUESTA

1. "Moral hazard" y el seguro de responsabilidad civil

Actualmente el seguro de responsabilidad civil parece imprescindible. Es difícil imaginar una sociedad desarrollada donde este seguro no tenga un lugar principal. De hecho, como ya se dijo atrás, el seguro de responsabilidad civil es obligato-

¹⁵⁰ S. HEDLEY (ed). *The Law of Restitution*, Butterworths, 2002, 352.

¹⁵¹ VIRGO, ob. cit., 306.

rio para la ejecución de determinadas actividades: seguro de automóviles ("*motor vehicle insurance*")¹⁵² y seguro de responsabilidad de empleados ("*employers' liability insurance*")¹⁵³, son algunos ejemplos. No obstante, durante un lapso considerable del siglo XIX el seguro de responsabilidad civil era concebido casi como un contrato inmoral¹⁵⁴:

"Una persona no puede protegerse contra los daños que ocasiona fraudulentamente o por su mala conducta. . . una promesa de una parte de indemnizar a la otra parte contra las pérdidas que sufre voluntariamente, es evidentemente contrario al interés general de la comunidad, y difícilmente podría ser reconocida por un tribunal. Y existe la misma objeción, en menor grado, contra un contrato que contiene la obligación de compensar a un hombre las consecuencias de su propia negligencia. Un contrato tal, pondría a un hombre enteramente a merced de otro, y perjudicaría tanto a las partes como a la comunidad de la que son miembros"¹⁵⁵.

El rechazo al seguro de responsabilidad civil provenía del convencimiento de que este seguro promueve el comportamiento negligente del asegurado¹⁵⁶. Esta convicción no es del todo equivocada. En efecto, una vez se transfiere el riesgo, el asegurado se vuelve más negligente de lo que sería si estuviera expuesto plenamente al riesgo; si el asegurado es consciente de que la compañía aseguradora compensará los daños que él cause, deja de preocuparse por la consecuencia de sus acciones, nada lo incentiva a comportarse de forma diligente. Este problema es conocido como "moral hazard"¹⁵⁷. Para minimizar este problema y motivar al asegurado a comportarse de forma cuidadosa, la póliza de responsabilidad civil siempre comprende las cláusulas de deducible¹⁵⁸.

2. "Moral hazard" y el reembolso de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil

El reembolso de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil es un asunto de gran importancia, pues su reconocimiento incentiva al asegurado a evitar y/o minimizar la pérdida y, por consiguiente, atenúa el problema del "moral hazard".

¹⁵² Road Traffic Act 1988, ss. 143 and 145.

¹⁵³ Employers Liability Act 1969, s.1.

¹⁵⁴ A. KENNETH, *Liability Insurance and Accident Prevention*, *Md L. Rev.* 2005, 575.

¹⁵⁵ W. PHILLIPS, *Treatise on the Law of Insurance*, Wells and Lily, Boston, 1823, 35.

¹⁵⁶ A. KENNETH, *The Liability Century, insurance and tort law from the progressive era to 9/11*, Harvard University Press, 2008, 68.

¹⁵⁷ MICHAEL FAURE and TON HARTLIEF, *Remedies for expanding liability*, *Oxford journal of legal studies*, vol. 18, n.º 4, Winter 1998, 681-706.

¹⁵⁸ "La porción de la pérdida que asume el asegurado". C. BENNETT, *Dictionary of Insurance*, Pitman, Glasgow, 1997, 94.

Por el contrario, si el asegurado es consciente de que no obtendrá reembolso de los costos en que incurra para evitar la pérdida, no tendrá ningún incentivo para impedir que lo peor ocurra. La inexistencia de una obligación en el contrato de seguro de responsabilidad civil que motive al asegurado a tomar medidas preventivas, necesariamente conlleva una mayor exposición de terceros al riesgo de ser víctimas de daños, de aquella a la que estarían expuestos de existir tal obligación.

3. Regulación normativa del reembolso de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil

La protección de terceros contra los peligros del "moral hazard" es un asunto de interés público. Los terceros deben estar protegidos contra las externalidades que la póliza de responsabilidad civil supone. Sin embargo, como ha sido expuesto en este escrito¹⁵⁹, la implicación de un término que obligue al asegurador a reembolsar los costos en que el asegurado incurrió para evitar o minimizar el daño, es rechazada por el derecho inglés. El test de eficacia negocial demuestra que el contrato puede subsistir sin la necesidad de tal cláusula.

En virtud de lo expuesto, en nuestro concepto, la mejor solución sería la expedición de una norma ("*statutory provision*") que obligue al asegurador a reembolsar los costos de las medidas preventivas al asegurado. Dado que el "moral hazard" es un asunto de interés público, dicha norma debe ser de carácter imperativo, de tal forma que las partes no puedan excluir su aplicación. Así, si las partes callan respecto a los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil o pactan en contrario, el juez puede construir fácilmente el contrato mediante la integración de la norma imperativa ("*standardized implication*").

4. Condiciones para el reembolso de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil

El supuesto de hecho de una norma imperativa que obligue al asegurador a reembolsar los costos de prevención al asegurado en el seguro de responsabilidad civil, debe estar limitado a ciertas condiciones especiales: la inminencia del peligro, la razonabilidad de las medidas, el carácter extraordinario de las medidas y la buena fe del asegurado.

En primer lugar, no todo peligro debe justificar el reembolso de las medidas preventivas. El peligro debe ser inminente, pues, de otra forma, el asegurador terminaría reembolsando medidas que eventualmente desatarían la responsabilidad civil del asegurado. Así, el asegurador sólo debe reembolsar al asegurado en los eventos en que el peligro tiene una muy alta probabilidad de causar daño a un ter-

¹⁵⁹ Ver, I supra.

cero. A este respecto, la teoría del peligro inminente expuesta en este escrito es de gran ayuda para definir cuándo un peligro es inminente: "...un peligro actual...y no meramente un miedo", "razonablemente cierto" que "si no se hubiera hecho nada, habría seguido su curso natural..."¹⁶⁰.

La segunda condición se refiere a la razonabilidad de las medidas. De un lado, esto significa que las medidas deben ser apropiadas para prevenir el daño, y; del otro, que las medidas no sean desproporcionadas en relación con el daño potencial, es decir, los costos de las medidas preventivas no deben superar la cuantía del daño potencial.

Adicionalmente, las medidas preventivas deben ser distinguidas de las ordinarias de mantenimiento y administración. Así pues, el juez debe analizar si las medidas son extraordinarias con respecto a las ordinarias de manejo del riesgo, tales como la renovación de los equipos o la compra de repuestos.

Finalmente, el asegurado debe actuar de buena fe. Esto es, de forma honesta y correcta. Defraudar al asegurador, fingiendo prevenir un riesgo que nunca existió o dilatando de forma descuidada la prevención del daño, son actos de mala fe y, bajo ningún pretexto, merecen protección.

IV. CONCLUSIÓN

El rechazo al cubrimiento de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil es reputado como injusto. Sin embargo, desde una perspectiva legal, existen fuertes argumentos en contra del reconocimiento de dichos costos en el derecho inglés. El principio según el cual la compensación al asegurado sólo es posible si la responsabilidad civil está establecida por un juez, arbitramento o transacción, se erige como el mayor obstáculo para el reconocimiento de los costos preventivos. Para superar este obstáculo, evaluamos justificaciones del reembolso de tipo contractual y extracontractual.

Desde una perspectiva contractual, planteamos la posibilidad de que los costos de prevención fueran reconocidos como resultado de la introducción de un término implícito o de la aplicación de la doctrina del peligro inminente. El intento de justificar el reembolso de los costos de prevención mediante la implicación de un término, fracasó debido a que éste no sería necesario para dar eficacia comercial al contrato de seguro de responsabilidad civil. Tampoco tuvo éxito la aplicación de la teoría del peligro inminente, pues, a pesar de la inminencia del daño, el evento asegurado se reduce a la responsabilidad civil, excluyendo, entonces, los costos de las medidas preventivas.

Desde el punto de vista extracontractual, se afirmó que el reembolso de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil podría ser reconocido

¹⁶⁰ Ver, II, 1.1 supra.

con fundamento en la justicia o la restitución. Sin embargo, un argumento sustentado en la justicia parece superficial, pues carece de una verdadera construcción jurídica. Así mismo, el argumento de la restitución fue rechazado en razón de que las medidas preventivas son tomadas en interés del mismo asegurado más que en interés del asegurador.

A pesar de la debilidad de los argumentos que intentan justificar el reembolso de los costos de prevención en el seguro de responsabilidad civil en el derecho inglés, consideramos que la expedición de una norma imperativa que legitime al asegurado a recibir compensación de estos costos, incentivaría a los asegurados a adoptar medidas preventivas y, consecuentemente, atenuaría el problema del "moral hazard". El supuesto de hecho de esta norma deberá estar limitado a los casos en que siendo el peligro inminente, las medidas adoptadas sean razonables, extraordinarias y tomadas de buena fe.