

# EL CARÁCTER INDEMNIZATORIO DEL SEGURO DE DAÑOS

*Andrés E. Ordóñez Ordóñez*

## INTRODUCCIÓN

**E**S SABIDO QUE DENTRO DE LA CONCEPCIÓN tradicional del seguro se atribuye al seguro de daños un rígido carácter indemnizatorio, mientras que a los seguros de personas se les niega este carácter. La teoría unitarista o unitaria del derecho de seguros ha buscado el acercamiento de las dos modalidades asegurativas, pero no con la intención de negar el carácter indemnizatorio del seguro de daños, sino, por el contrario, con la intención de sostener que del mismo carácter participan, en términos similares, también los seguros de personas. En este estudio nos proponemos señalar los alcances del principio indemnizatorio en los seguros de daños, examinar ciertos eventos en los que podría pensarse que ese principio sufre excepciones dentro del mismo campo del seguro de daños y, finalmente, señalar hasta qué punto es posible afirmar que el principio indemnizatorio se aplica también a los seguros de personas.

## I. EL PRINCIPIO INDEMNIZATORIO EN LOS SEGUROS DE DAÑOS

### A. ALCANCE: EL VALOR REAL DEL INTERÉS ASEGURABLE Y DE LA PÉRDIDA

EL SEGURO DE DAÑOS PRESENTA DOS MODALIDADES fundamentales, reconocidas en el artículo 1082 de nuestro Código de Comercio: el seguro real y el seguro patrimonial. El primero que está dirigido a amparar un bien específico del patrimonio de una persona, y el segundo que está destinado a amparar la integridad abstracta del patrimonio en sí mismo considerado. Tanto en los seguros reales como en los seguros patrimoniales rige tradicionalmente el principio indemnizatorio, es decir, el principio según el cual el asegurado no puede obtener del contrato de seguro sino la reparación del daño que efectivamente ha sufrido y en la medida real de ese daño, sin que pueda pretender enriquecimiento de ninguna clase. El seguro está dirigido a reparar el daño sufrido por el asegurado de tal manera que éste vuelva a quedar en las condiciones en que se encontraba antes de que se sucediera el siniestro, pero no en mejores condiciones. En su forma prístina y fundamental este principio supone que la obligación del asegurador solo se determinará en concreto una vez realizado el siniestro y evaluada la pérdida efectiva generada por éste, tal como lo manifiesta en términos absolutos el artículo 1089 del Código de Comercio al expresar: “Dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del

*Revista de Derecho Privado, n.º 7, enero/junio 2001*

monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o beneficiario”.

GARRIGES atribuye el origen de este principio no a una ley consagrada expresamente, sino a la utilización instintiva, en los orígenes del seguro, de la prohibición de que las cosas se aseguraran por todo su valor, buscando desde luego como objetivo fundamental que el asegurado no adquiriera interés en la realización del siniestro<sup>1</sup>. El carácter indemnizatorio del seguro de daños sigue obedeciendo a este objetivo fundamental y puede decirse que es el eje sobre el que descansa toda la regulación positiva del seguro de daños, siendo múltiples los mecanismos que están implementados directa o indirectamente para preservarlo.

Si modernamente la doctrina universal se ha ocupado de este tema, generalmente ha sido, no para negar la existencia del principio, sino para señalar que el mismo se aplica también en el campo del seguro de personas, como lo pregonan la teoría unitaria del contrato de seguro, o por lo menos del campo de lo que ha dado en llamarse “seguros de personas no-vida”, del cual la doctrina tradicional lo consideraba sustraído<sup>2</sup>. Sobre este aspecto del tema, como se ha dicho, volveremos más adelante.

#### B. EL VALOR ASEGURADO, OTRO FACTOR LIMITANTE DE LA OBLIGACIÓN DEL ASEGURADOR. LOS SEGUROS PATRIMONIALES

EL VALOR ASEGURADO<sup>3</sup> (V. A.), AL CUAL SE REFIERE el texto del artículo 1089 del Código de Comercio que se acaba de citar, no es otra cosa que la declaración unilateral que hace el asegurado (tomador) al asegurador para efectos del contrato<sup>4</sup>, y se constituye en el otro factor limitante del valor de la indemnización que debe ser pagada al asegurado en caso de siniestro. En otras palabras, si bien el seguro de daños tiene carácter indemnizatorio y no puede implicar como máximo sino la reparación efectiva de la pérdida derivada del siniestro en la medida real de esa pérdida, en todo caso la obligación del asegurador se limita al

<sup>1</sup> JOAQUÍN GARRIGES. *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, Aguirre, 1973, pp. 168 y ss.

<sup>2</sup> Al abordar el tema del carácter indemnizatorio del seguro de daños como elemento diferenciador de éste frente a los seguros de personas, anotábamos el alcance fundamental de la llamada teoría unitaria o unitarista del derecho de seguros, que pretende básicamente señalar que los seguros de personas participan igualmente del principio indemnizatorio, si bien dentro de particulares circunstancias. Adicionalmente aconsejamos la lectura a este respecto del interesante estudio que sobre el acrecimiento conceptual de los seguros de daños y los seguros de personas no vida trae en su obra *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, VERONIQUE NICOLAS, Bibliothèque du Droit Privé, t. 267, JACQUES GHESTIN (dir.).

<sup>3</sup> Insistimos en señalar que este término suele utilizarse como sinónimo de “valor

asegurable”, y así suele denominarse por lo menos en las formas preimpresas de las carátulas de nuestras pólizas. No obstante, la expresión valor asegurable debe designar preferentemente al valor real del interés. Para evitar confusiones, a éste último nos referimos como “valor real del interés asegurable” o VRÍA.

<sup>4</sup> Este es un hecho que no suele ser entendido por muchos y que sin embargo es incontrovertible. La forma masiva en que se explota el contrato de seguro por parte de las aseguradoras impide que las mismas estén en condiciones de verificar en la gran mayoría de los casos si la declaración de valor que hace el tomador del seguro corresponde al valor real del interés, y, por lo demás, en el caso del infraseguro ya se ha visto que bien puede obedecer a una intención voluntaria del tomador. Cfr. OSSA. Ob. cit., p. 144.

valor asegurado en la póliza, disposición que consagra el mencionado artículo 1079 del Código de Comercio que es inequívocamente imperativa por mandato del artículo 1162 del mismo estatuto. Este valor asegurado en los seguros reales debe, en principio, coincidir con el valor real del objeto o, como ocurre en el caso del seguro por valor a nuevo, coincidir, no con el valor real del objeto, sino con el valor del objeto como si fuese nuevo, para que el seguro pueda cumplir a cabalidad su función indemnizatoria, pues de lo contrario se presentan los fenómenos de infraseguro o sobreseguro que lo impiden.

El ideal del seguro de daños es, pues, que este principio indemnizatorio se cumpla a cabalidad, es decir, que el asegurado reciba la indemnización cabal de la pérdida que ha sufrido, sea ella total o parcial respecto de la integridad del interés asegurable. Para que ello ocurra debe haber, se repite, una identidad entre dos factores determinantes: el valor asegurado, también llamado erróneamente, a veces, valor asegurable, y el valor real del interés asegurable, factores que podemos identificar respectivamente con estas iniciales: V. A. y VRIA.

El planteamiento anterior merece dos acotaciones:

1. ¿Puede ocurrir en veces que la obligación del asegurador sea superior al valor asegurado? Si bien en principio ello no sería posible, por lo que se acaba de decir, algunas veces ocurre por mandato expreso de la ley o por otros fenómenos que analizaremos más adelante. En estos casos no se encuentra en entredicho el carácter indemnizatorio del seguro de daños, simplemente se rompe el principio de que la responsabilidad del asegurador está limitada por el valor asegurado expresado en la póliza.

Dentro de este tema, resulta de obligatoria consideración la posibilidad de que ese compromiso del asegurador por cuantía superior a la del valor asegurado resulte de ser aceptada la indexación del valor asegurado dentro de ciertas circunstancias, cuando quiera que transcurre un lapso prolongado de tiempo entre la ocurrencia del siniestro y el pago efectivo de la indemnización por parte del asegurador. Este tema exigiría un examen aparte, pero es inevitable registrar el hecho de que dos decisiones recientes de la Sección Tercera del Consejo de Estado, a pesar de su muy deficiente fundamentación, constituyen un antecedente de impredecibles consecuencias hacia el futuro en lo que se refiere al caso colombiano<sup>5</sup>.

2. Cuando se trata de seguros patrimoniales, el valor asegurado no se da en estricto sentido con referencia a un valor real del interés asegurado; viene a representar simplemente una suma de dinero hipotética que representa el máximo compromiso del asegurador frente a una eventual pérdida económica del patrimonio del asegurado en caso de siniestro, bajo la forma

<sup>5</sup> Se trata de las sentencias del 26 de abril y 22 de junio de 2001, mediante las cuales la Sección Tercera de Consejo de Estado, dentro de los expedientes 12917 y 11635, respectivamente, con ponencia en ambos casos de MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ, al resolver acciones de restablecimiento del derecho dentro de las cuales se imputaba responsabilidad civil a entidades públicas por accidentes que causaron la muerte a parti-

culares, decidió condenar a las aseguradoras de esa responsabilidad civil a cubrir la obligación indemnizatoria declarada a cargo de cada una de las entidades públicas aseguradas, hasta el límite del valor asegurado en las pólizas, pero actualizando ese valor conforme al incremento del índice de precios al consumidor, entre la fecha en que se produjeron los accidentes y la fecha en que se produjeron las sentencias condenatorias.

del nacimiento de una deuda o la desaparición de un ingreso, o ambos. En estos seguros, si bien rige el principio indemnizatorio, ante el hecho de que en estos casos el valor asegurado, por lo que se ha visto, no se da con referencia al valor real del interés asegurable que sería el valor total del patrimonio del asegurado, que en la mayoría de los casos es difícil de determinar y cuya cuantía no es necesario conocer para efectos del amparo que otorga el asegurador, por la misma modalidad del amparo, no existen en principio las figuras del infraseguro y el sobreseguro; la coexistencia de seguros no supone el complejo sistema de cargas y las sanciones por su incumplimiento que aparecen automáticamente cuando se trata de los seguros reales, y, como igualmente se verá, se ha llegado a pensar que en eventuales circunstancias dentro de este tipo de seguros pueden darse excepcionales contradicciones al carácter indemnizatorio del seguro de daños.

Sin embargo, si se observa bien, este raciocinio sólo es válido en la medida en que se ignore la potencialidad eventual de la deuda que puede nacer a consecuencia del riesgo o del ingreso que puede perderse, y por ello es la situación característica del seguro de responsabilidad civil que pudiéramos llamar la forma arquetípica de los seguros patrimoniales y la que quizás ha sido objeto de mayor estudio sistemático en la doctrina del seguro.

Es por ello que la mayoría de los autores consideran que existen casos de seguros patrimoniales, como precisamente este de responsabilidad civil<sup>6</sup>, en que podría ser establecido un monto determinado de compromiso del patrimonio del asegurado eventual responsable; se trataría de una especie de seguro de responsabilidad civil, llamado “de objeto determinado”, que estaría virtualmente sometido a las reglas de los seguros reales, caso que ocurre cuando se es responsable por la tenencia o custodia de una cosa ajena, en los que la responsabilidad estaría sometida en principio al máximo representado por el valor de la cosa misma, lo que sucede respecto de quien debe responder como depositario, comodatario, usuario o transportador de mercancías. En estos casos cabría la posibilidad de considerar en el seguro de responsabilidad, al igual que en los seguros reales, la idea de infraseguro, de sobreseguro y aun las cargas propias a las que puede dar lugar la coexistencia de seguros cumulativos. No obstante, incluso en estos casos es posible entender que la obligación de responsabilidad en caso de pérdida total de la cosa puede eventualmente comprometer la responsabilidad del custodio por sumas aún superiores al valor de la cosa misma (daños afectivos o lucro cesante); por ello incluso en estas circunstancias no es de descartar un seguro por valor no referido al de la cosa misma.

La comisión redactora del Código de Comercio colombiano de 1971 desechó la inclusión de una norma propuesta en ese sentido que rezaba de la siguiente manera: “Cuando la responsabilidad asegurada provenga de un vínculo jurídico que imponga al asegurado la obligación de conservar una cosa determinada, el monto de la indemnización estará sujeto a todas las limitaciones aplicables a los seguros reales”<sup>7</sup>. Ello indica muy a las claras la

<sup>6</sup> OSSA. Ob. cit., p. 150.

<sup>7</sup> *Actas del subcomité de seguros*, Bogotá, Acoldece, Unión Gráfica, 1983, p. 203.

excepcionalidad y casi la inexistencia de estos eventos de seguro de responsabilidad a objeto determinado.

Por otro lado, existe otro caso especial de seguro patrimonial, que es el seguro de lucro cesante, en el cual, así como sería posible hipotéticamente entender la existencia de un límite de valor asegurable dentro del cual se cubre la pérdida efectiva de beneficios en caso de siniestro sin referencia a una medida específica de beneficios eventuales, operando en la misma forma que un seguro de responsabilidad civil, es posible también, y es una práctica común utilizada en Colombia, particularmente en los casos de cubrimiento de lucro cesante como consecuencia de rotura de maquinaria o incendio, reclamar una declaración de valor asegurado en términos reales según los presupuestos de la empresa; con base en el cual se calcula la prima y que viene a operar como un valor asegurado característico de los seguros reales, respecto del cual se pueden aplicar tanto el infraseguro como el sobreseguro, de tal manera que, si en el momento del siniestro la suma asegurada resulta inferior al lucro cesante real en el año inmediatamente anterior, se aplicará la regla proporcional; y, si al término de la vigencia del seguro se observa que la suma asegurada fue mayor al lucro realmente obtenido, habrá una devolución de prima proporcional para el tomador. En este caso, el seguro de lucro cesante se comporta en forma similar al del seguro real a este respecto.

En el seguro de cumplimiento, por otra parte, otra modalidad de seguro patrimonial, existiría en principio la posibilidad de aplicar los principios relativos a los seguros reales, en la medida en que, como se indicó inicialmente, se estuviera en capacidad de señalar un monto máximo definido al perjuicio eventual derivado del incumplimiento de la concreta obligación contractual objeto de cubrimiento, como ocurriría en el caso por ejemplo del amparo de mal manejo de un anticipo; pero sería imposible la aplicación correspondiente cuando el perjuicio derivado del incumplimiento no es definible en un máximo hipotético determinado, que es lo que ocurre normalmente y lo que explica porqué tampoco en el seguro de cumplimiento se aplican las reglas propias de los seguros reales.

El valor asegurable debe figurar en el contrato; debe estar determinado en el mismo o por lo menos debe ser determinable, como lo indica el numeral 7 del artículo 1047 del Código de Comercio colombiano. Su función fundamental es, como se ha dicho, la de limitar la responsabilidad de la compañía de seguros frente a su cocontratante.

#### C. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE IDENTIDAD ENTRE EL VALOR ASEGURADO Y EL VALOR REAL DEL INTERÉS ASEGURABLE

DE NO CUMPLIRSE EL REQUERIMIENTO DE IDENTIDAD entre el valor asegurado y el valor asegurable no se dará a cabalidad la función indemnizatoria del contrato de seguro. Si existe infraseguro, por el imperativo de la aplicación de la regla proporcional si existe pérdida parcial, o por el hecho de sólo llegar la responsabilidad del asegurador hasta el límite de valor asegurado en el caso de pérdida total, si existe sobreseguro cabría la posibilidad de una nulidad del contrato, en caso de existir intención de fraude por parte del tomador (art. 1091 C. Co.).

El artículo 1102 del Código de Comercio consagra expresamente entre nosotros la aplicación del infraseguro cuando dice: “No hallándose asegurado el íntegro valor del interés, el asegurador solo estará obligado a indemnizar el daño a prorrata entre la cantidad asegurada y la que no lo esté”. Este efecto nocivo del infraseguro, que puede suceder bien por error o por falta de previsión del tomador al declarar su valor asegurable, también puede estar determinado por la propia voluntad del asegurado que, con el objeto de pagar una prima menor, asume por su cuenta una parte de las pérdidas eventuales que afecten su interés. El asegurador, por una parte, sabe que el límite máximo de su responsabilidad, el cual jamás puede ser rebasado, es el valor real del interés asegurado; pero este es un límite máximo hipotético, porque su responsabilidad se da en la medida del valor asegurado realmente en la póliza.

La preocupación por la presencia del infraseguro no voluntario ha llevado a la técnica del seguro a implementar ciertos mecanismos dirigidos a evitarlo.

### *1. La renuncia a la aplicación de la regla proporcional*

Bien puede el asegurador comprometerse a que, independientemente de la relación que exista entre el valor asegurado con el “valor real del interés asegurable”, en caso de pérdida pagará íntegro el valor real del interés y en la medida en que este interés haya sido afectado. Es una posibilidad que admite expresamente el inciso segundo (2.º) del ya mencionado artículo 1102 del Código de Comercio. Los aseguradores, no obstante, no suelen efectuar esa renuncia incondicionalmente, y en la práctica concreta del mercado colombiano no están establecidas tampoco cláusulas de este tipo. Ello permitiría que el asegurado declarara valores asegurados muy bajos, y en consecuencia pagara primas muy bajas, con el consecuente desmedro de la utilidad de las compañías de seguros, y con el riesgo económico que ello implica.

### *2. Pacto de valor estimado*

Existen renunciaciones, en cambio, que no tienen carácter incondicional sino que se hacen mediando una contraprestación que los aseguradores estiman suficiente para que se inhiba la aplicación de la regla proporcional en ciertos casos. Una de estas renunciaciones con contraprestación, digámoslo así, es el pacto llamado de “valor estimado” o de “valor admitido” o “acordado” o “tasado”, al cual se hará referencia más adelante desde la óptica de su eventual significación como excepción al carácter indemnizatorio del seguro de daños. A través del pacto de valor estimado, las partes dan al valor asegurado un contenido diferente; en los seguros de valor estimado, o acordado, el valor asegurado no es ya una declaración unilateral de la parte asegurada sino el objeto de un acuerdo de ambas partes a través del cual el asegurador pierde el derecho de aplicar la regla proporcional en caso de siniestro; si la pérdida es parcial, pagará íntegra la pérdida; si la pérdida es total, en cambio, no pagará sino el valor estimado o acordado. Como bien se ve, a pesar de existir una renuncia a aplicar la regla proporcional, habrá un infraseguro en caso de pérdida total si no se ha declarado un valor real sino inferior al real, y el asegurado no se verá beneficiado con la renuncia a la aplicación de la regla proporcional sino en caso de pérdida parcial.

### 3. Coaseguro pactado o seguro a primer riesgo

Una tercera fórmula que ha sido establecida por la técnica del seguro para evitar el efecto del infraseguro es la que se suele denominar “coaseguro pactado”, o “seguro a primer riesgo” o “a primera pérdida”. Tal parece que fueran términos sinónimos, y en la realidad, por lo menos en nuestro mercado asegurador, han sido asimilados por la práctica. No se trata, sin embargo, estrictamente del mismo fenómeno. En el coaseguro pactado, como su nombre lo indica, se produce voluntariamente un coaseguro entre la compañía de seguros y el asegurado, quien de manera expresa en la póliza resuelve asumir directamente una parte de la pérdida. Esto le permite, desde luego, indicar un valor asegurable inferior al valor real del interés asegurado; al hacerlo se entiende que está asumiendo también intencionalmente una parte de la eventual pérdida que sufra con motivo del siniestro, sea esa pérdida total o parcial. Es un caso, básicamente, de infraseguro consentido, que implica coaseguro entre el asegurado y el asegurado mismo, diferente del coaseguro que se distribuye entre varias compañías de seguros y el cual mezcla seguro y autoseguro, este último en el sentido de que es un seguro asumido por el mismo asegurado.

En cambio, en el seguro a primer riesgo la situación es diferente. Aquí la compañía de seguros le permite al asegurado declarar un valor asegurado menor que el valor real del interés asegurable, con la expresa condición de pagar íntegramente la pérdida en caso de siniestro parcial. El asegurador está admitiendo la declaración de infraseguro, y con ello está admitiendo que el asegurado pague una prima menor que la que normalmente hubiera debido pagar si declarara el valor asegurado real, y, en el caso de que haya, repito, una pérdida parcial del interés, pagará exactamente lo que vale la pérdida; en caso de que haya una pérdida total, seguirá estando limitada su responsabilidad al valor asegurado declarado. Seguirá habiendo entonces, como en el caso del valor estimado, infraseguro en el evento de pérdida total, pero en los eventos de pérdida parcial se excluye por completo la posibilidad de infraseguro y de aplicación de la regla proporcional.

Este mecanismo, no obstante, es diferente al de valor estimado o acordado, porque éste puede eventualmente ser igual al valor real del interés asegurable y en consecuencia no habría en ese evento un infraseguro si la pérdida es total; solamente lo habría si el valor estimado o acordado fuera inferior al valor real, pero el valor estimado o acordado, repito, bien puede ser igual al valor real. En el seguro a primer riesgo se parte de la base de que la declaración de valor asegurado es inferior sustancialmente al valor real del interés asegurado. Este tipo de seguros a primer riesgo, que implican renuncia del asegurador a aplicar la regla proporcional para pérdidas parciales, no se da en la práctica sino respecto de ciertos tipos de intereses asegurables en donde las pérdidas totales son, a juicio del asegurador, casi imposibles desde el punto de vista técnico; se trata de grandes instalaciones industriales, de grandes complejos comerciales, de depósitos o construcciones distribuidos en unidades separadas entre sí, etc., es decir, de intereses asegurables complejos cuya pérdida total derivada de una sola vez por la ocurrencia de un siniestro es remota, por no decir imposible. En situaciones así, las que sí son posibles son las pérdidas parciales. Obligar al asegurado, entonces, a declarar íntegro el valor real de su interés, a sabiendas de que muy difícilmente un

siniestro va a afectar a la totalidad de ese interés, sería obligarlo a afrontar unos costos de seguro muy alto, sin que realmente el asegurador esté asumiendo un riesgo por el total. Es entonces cuando se permite al asegurador contratar el seguro a primer riesgo, declarando un valor asegurado que las partes saben inferior al valor real del interés, obligándose la compañía a indemnizar la integridad de la pérdida en caso de siniestro; siniestro que normalmente debe ser parcial en el evento en que ocurra. Si por cualquier circunstancia el siniestro llega a ser total y llega a afectar la totalidad del interés, la aseguradora siempre estará limitada en cuanto a su responsabilidad al valor asegurado tal como está declarado. Se repite que el seguro a primer riesgo se suele denominar también en Colombia seguro a primera pérdida, y que a nuestro juicio se ha hecho una indebida asimilación del fenómeno con el del coaseguro pactado; de hecho las compañías de seguros lo suelen incluir dentro de las pólizas el seguro a primer riesgo bajo la denominación de coaseguro pactado.

#### *4. Declaración retroactiva del valor asegurable*

Hay finalmente una figura que se utiliza también para evitar las consecuencias nocivas del infraseguro, que consiste en la declaración retroactiva del valor asegurado. Se utiliza en los casos en que el valor del interés asegurable disminuye notablemente con el tiempo por fenómenos económicos tales como la deflación, la depreciación monetaria, etc.; el asegurado, entonces, no puede confiar en que su declaración inicial de valor asegurado se mantenga realmente vigente hasta el punto de tener la garantía de verse plenamente indemnizado en caso de siniestro en cualquier momento dado de la vigencia de la póliza.

Se acude, pues, a una declaración retroactiva y periódica del valor asegurado, con el objeto de que el tomador pueda indicar a la compañía el valor asegurado que ésta debe tener en cuenta para hacer la liquidación definitiva de la prima, sobre el transcurso del tiempo ya corrido, respecto del cual se sabe de qué manera ha variado ese valor asegurado. Este sistema requiere de gran atención técnica, y se presta en la práctica a conflictos, dado que, mientras no hay siniestro, así sea una declaración con carácter retroactivo, el asegurado puede ser proclive a hacer declaraciones inferiores al valor real, para disminuir sus costos de prima; sin embargo, cuando se produce un siniestro, la declaración de valor puede ser sustancialmente superior a las que se venían haciendo. Es aconsejable, pues, en estos casos, y es lo que se usa normalmente, limitar el porcentaje del incremento que pueden tener las declaraciones sucesivas del asegurado.

Bastaría, para terminar este análisis, llamar la atención nuevamente sobre el hecho de que el pacto de valor estimado o de valor acordado se diferencia en forma nítida de la cláusula llamada de coaseguro pactado, o seguro a primer riesgo, en el sentido de que el valor estimado realmente permite evitar plenamente la situación del infraseguro, porque hemos visto que a la aseguradora, una vez realizado el pacto de valor estimado, le está vedado a alegar infraseguro. Podría, en el caso de los seguros terrestres, sostener la existencia de sobreseguro, pero en ningún caso infraseguro; este pacto vendría a derogar, pues, en forma definitiva el efecto del infraseguro y a evitar la consecuencial aplicación de la regla proporcional. En el caso

del coaseguro pactado o seguro a primer riesgo puede existir en algún momento aplicación de infraseguro, en la medida en que el asegurado no cumpla con su obligación de declarar el porcentaje pactado de coaseguro, es decir, con la obligación de declarar un valor asegurable que corresponda al valor asegurable real que se ha pactado para que tenga plena operancia la inhibición del infraseguro. En caso de que el asegurado no declare ese porcentaje pactado de coaseguro entrará a operar plenamente el infraseguro en los casos de pérdida parcial. En los casos de pérdida total, que serían raros dentro de estas situaciones, evidentemente habría un infraseguro que está por fuera de las previsiones normales de las partes.

Vamos a pasar a continuación a examinar algunos eventos en los cuales se ha llegado a considerar que se está ante excepciones a la aplicación del carácter indemnizatorio del seguro de daños.

## II. CASOS EN QUE PUEDE ESTAR EN ENTREDICHO EL CÁRACTER INDEMNIZATORIO DEL SEGURO DE DAÑOS

### A. EL SEGURO DE LUCRO CESANTE

ES INDUDABLE QUE POR MUCHO TIEMPO SE PENSÓ que en el seguro de lucro cesante podía estar implícita una excepción al carácter indemnizatorio del seguro de daños, y es por ello que, por ejemplo, la legislación colombiana proscribió expresamente, hasta cuando fue expedido el actual Código de Comercio en 1971, este clase de seguro<sup>8</sup>. Hoy, este tipo de riesgo es de aquellos asegurables mediante convención expresa, esto es, aunque no se entiende cubierto por el seguro en condiciones normales mientras las partes guarden silencio al respecto, no existe obstáculo para su cubrimiento siempre y cuando exista una expresa manifestación de voluntad recíproca que garantice que las partes no se llaman a error a este respecto.

Adicionalmente, en el seguro de transporte existe hasta cierto punto una presunción acerca de su cubrimiento, cuando los artículos 1122 del Código de Comercio para el seguro terrestre y 1709 numeral 3 para el seguro de transporte marítimo señalan que en el valor asegurado se entiende incluido el lucro cesante.

Podría ciertamente afirmarse que si la intención del seguro de daños es la de reparar la pérdida derivada del siniestro en la medida real de esa

<sup>8</sup> HALPERIN menciona el origen del seguro de lucro cesante en el campo del seguro marítimo, lo cual es confirmado por PICCARD y BESSON, quienes, luego de recordar la prohibición absoluta de esta forma de seguro hasta casi finalizar el siglo XIX, ubican la apertura de este tipo de amparo al influjo de la práctica mercantil con la posibilidad de cubrir las mercancías transportadas en el seguro marítimo por su valor no en puerto de embarque sino en puerto de destino. Finalmente fue adoptado el seguro de lucro cesante en Francia para el seguro marítimo con la Ley del 10 de agosto de 1985. En el

campo del seguro terrestre su adopción se debió asimismo, en principio a la práctica en los seguros de cosecha de cubrir el valor de los productos agrícolas a la fecha de su recolección y también, como en el seguro marítimo, al admitirse el cubrimiento del valor de las mercancías transportadas en puerto de destino, finalmente fue admitido positivamente por la ley de seguros de 1930 para el seguro terrestre. HALPERIN. Ob. cit., p. 538. PICCARD Y BESSON. *Les assurances terrestres*, t. I, "Le contrat d'assurance", 4.<sup>a</sup> ed., París, LGDJ, 1975, p. 309.

pérdida, un seguro que está dirigido a cubrir la ganancia futura esperada reñiría con ese principio en la medida en que, sin duda, en el momento del siniestro, no habiéndose obtenido aún esa ganancia, el seguro estaría otorgando al asegurado un beneficio económico de que antes no disponía.

No obstante lo anterior, entendido el lucro cesante como un aspecto indudable del daño patrimonial, y siendo el daño en sus diferentes manifestaciones indemnizable, el hecho de que el seguro asuma este cubrimiento no viola sino aparentemente el carácter indemnizatorio, no en la realidad. A este respecto acogemos lo que señalan PICCARD y BESSON en su clásica obra *Les assurances terrestres*: “El principio indemnizatorio no hace obstáculo a esta solución (la admisión del seguro de lucro cesante): él solamente prohíbe que el seguro procure al asegurado un enriquecimiento. Ahora bien: cubriendo, además de la pérdida misma de la cosa, el beneficio que el asegurado podía esperar legítimamente de ella y que se pierde igualmente con el siniestro, el asegurador no concede al asegurado una indemnización superior al valor de su interés: lo repone a la situación que hubiera tenido sin el siniestro”<sup>9</sup>.

Un problema bien distinto es que, dada la dificultad de evaluar en muchos casos la ganancia esperada y, en consecuencia, dada la dificultad de establecer la certeza de la misma, en el seguro de lucro cesante, más que en el seguro de daño emergente, existe el riesgo de que el asegurado llegue a recibir en veces una prestación superior a lo que hubiera sido su beneficio real, por existir falla o imprecisión de los medios de cálculo o por falsa consideración acerca de la naturaleza misma de las pérdidas potenciales. Es este un peligro implícito en el aseguramiento de este riesgo, que sin embargo es aceptado por las aseguradoras, que en contraprestación han instituido sofisticadas técnicas de cálculo que tratan de preservar cada vez mejor el carácter indemnizatorio sobre cuya aplicación en este caso no se discute.

## B. SEGURO POR VALOR A NUEVO

EL SEGURO POR VALOR DE REPOSICIÓN O REEMPLAZO, atendiendo la terminología adoptada por la ley colombiana, es una manera de pactar la modalidad de la indemnización a que eventualmente va a estar obligado el asegurador en caso de siniestro, que se denomina más comúnmente “seguro por valor a nuevo”<sup>10</sup>. Existió alguna duda sobre la identidad de estas denominaciones, duda que quedó definida con mucha claridad en el fallo arbitral muy conocido que se produjo en 1978 dentro de un proceso que enfrentó a la empresa Abonos de Colombia, ABOCOL, con algunas compañías de seguros y que fue largamente difundido.

El mencionado laudo arbitral llevó a cabo en detalle el estudio de los antecedentes que llevaron a plasmar los textos definitivos de nuestro Código de Comercio en esta materia, plasmados finalmente en el artículo 1090 de dicho estatuto; en consecuencia, el seguro por valor de reposición o reemplazo es el mismo seguro por valor a nuevo que se conoce en el mundo entero. Plantea este tipo de seguro unos problemas doctrinarios muy importantes, y en primer lugar el de su licitud misma, dado que parece

<sup>9</sup> PICCARD Y BESSON. Ob. cit., p. 310.

<sup>10</sup> Cfr. OSSA. Ob. cit., pp. 141 y ss.

representar una derogación del principio indemnizatorio del seguro de daños. Por otra parte, plantea el problema de que con su admisión en la práctica asegurativa se estaría extendiendo un amparo para cierto riesgo que no es por definición asegurable, a saber: el deterioro o demérito por uso que sufren los bienes asegurados, deterioro o demérito por uso que se produce con absoluta certeza, que no constituye hecho incierto que pueda caber dentro del concepto tradicional de “riesgo asegurable”.

Es por ello que una primera manera de entender el porqué de la aceptación que ha tenido finalmente el seguro por valor a nuevo es la de considerar que el mismo no comporta una contradicción con el carácter indemnizatorio del seguro de daños, sino simplemente una audaz extensión del concepto de riesgo asegurable a un hecho que es por definición cierto: el demérito por uso<sup>11</sup>.

El seguro por valor de reposición o reemplazo consiste en que el asegurado, que tiene usualmente el interés asegurable determinado por su valor real, previo acuerdo con su asegurador decide declarar como valor asegurado el valor a nuevo del interés, de tal manera que si se produce un siniestro la prestación del asegurador va a estar determinada por la declaración de valor asegurado a nuevo y no por el valor real. La prestación del asegurador será pues, el valor del interés o, mejor, de los objetos a los cuales se haya vinculado el interés, como si fueran nuevos en el momento del siniestro; la diferencia que existe entre el valor nuevo y el valor real de los bienes asegurados, afectados por el demérito por uso de los mismos, va a ser asumida por el asegurador y, en consecuencia, el asegurado no va a recibir después del siniestro el valor de lo que tenía, sino un valor mayor, el valor de sus bienes como si hubieran sido nuevos en el momento de la pérdida. El valor real, afectado por el demérito por uso, va a ser reemplazado por el valor nuevo de ese interés, sin el demérito por uso.

Pareciera evidentemente, en principio, que hay una derogatoria al carácter indemnizatorio del contrato de seguro, puesto que el asegurado va a quedar después del siniestro en mejor condición de la que se encontraba antes, porque ya no va a pesar en su patrimonio el demérito por uso que afectaba a sus bienes. Por otra parte, analizado desde otro ángulo, va a encontrarse cubierto contra el demérito por uso, que es un hecho cierto que sale usualmente del campo conceptual del riesgo en el lenguaje de los seguros.

Esta panorámica del seguro por valor de reposición o reemplazo ha determinado que la doctrina trate de explicar de alguna manera estas dos aparentes excepciones que representa, frente a la teoría general del contrato de seguro. Hay que advertir que, independientemente de ese debate doctri-

<sup>11</sup> Debe anotarse que para OSSA ni el seguro por valor a nuevo implica contradicción con el principio indemnizatorio del seguro de daños, ni tampoco implica una extensión del concepto de riesgo, en la medida en que, en su opinión, el riesgo asegurado no es el demérito, sino el incendio, la rotura o, en general el evento dañoso que está previsto en la póliza como determinan-

te de la obligación del asegurador, y en que la integración del demérito por uso a la valoración de la indemnización es solamente una consecuencia adicional del siniestro, en cierta forma una simple modalidad especial de pago del mismo, que no debe concebirse a su juicio como modificación, en lo sustancial, del concepto de riesgo.

nario, el seguro de reposición o reemplazo tiene una inequívoca realidad en las relaciones jurídicas y económicas actuales. Se da en todas las legislaciones que nos son conocidas y, desde luego, en la legislación colombiana, en el artículo 1090 del Código de Comercio, ya mencionado.

Sobre el punto de si el seguro de valor de reposición o reemplazo o de valor a nuevo constituye o no constituye una derogatoria al principio indemnizatorio, existen básicamente tres tendencias explicadas a espacio en el laudo arbitral al que se ha hecho referencia: una, usualmente denominada teoría de mercado, que sostiene que indudablemente se trata de una excepción. Se parte aquí de la base de que no hay que entrar a discutir ese hecho, se trata de una excepción a la regla que simplemente existe en la práctica jurídica y que, como una verdadera excepción, no hace otra cosa que confirmar la regla general. Una segunda tendencia, representada por el profesor MOLLER, sostiene que este seguro no es una derogatoria al principio indemnizatorio del contrato de seguro; simplemente, el asegurado se va a cubrir contra un daño patrimonial que es indudablemente cierto y que se va a manifestar en caso de que se produzca el siniestro. Ese daño consistirá prácticamente en el gasto indispensable para reponer el interés afectado y ponerlo nuevamente en funcionamiento, en estado de producir la utilidad económica que estaba repartiendo antes del siniestro. Si el interés consiste en un derecho de propiedad, por ejemplo, sobre una instalación industrial, al contratar el seguro por valor de reposición simplemente se está asegurando plenamente no sólo por el valor real que tiene su instalación industrial en el momento del seguro, sino por el valor de los gastos reales que tenga que efectuar la parte asegurada para poner nuevamente en funcionamiento esa instalación. El seguro de valor de reposición o reemplazo sería, en este caso, un simple seguro de gastos indispensables de reposición, que se traducen en un daño patrimonial inequívoco, perfectamente indemnizable, que constituye realmente una pérdida para el asegurado, ya no en cuanto al bien mismo, sino en cuanto a su patrimonio en general. Por último, existe una tercera posición, intermedia entre las dos anteriores, la teoría de KOENING, de acuerdo con la cual es cierto que nos encontramos en este caso frente a una derogación al principio indemnizatorio, pero una derogación que debemos aceptar porque las nuevas tendencias, la moderna evolución del contrato de seguro, no justifican ya la existencia del principio indemnizatorio. No se trata realmente de que haya una excepción al principio indemnizatorio, sino de que el seguro ha llegado a adquirir definitivamente una nueva forma que hace ya inoperante y obsoleto este principio.

De estas posiciones doctrinarias, la primera y la última admiten, aunque por razones diferentes, que el seguro por valor a nuevo comporta una derogación al carácter indemnizatorio del seguro de daños; pero ello no obsta, como ya dije, para que el seguro de reposición o reemplazo exista en la práctica de los seguros en el mundo entero y tenga todos los días una mayor aplicación. En nuestro concepto, no hay duda de que se trata de una excepción al principio indemnizatorio; el asegurado en caso de siniestro va a verse colocado en una mejor situación a la que tenía antes de ocurrir éste, y ello es de por sí suficiente para entender que se trata de una excepción a la regla general. De hecho, si bien puede considerarse que esta modalidad de seguro cubre gastos que son indispensables para poner nuevamente en

funcionamiento los bienes asegurados, ello sólo ocurre cuando es imposible conseguir en el mercado bienes usados de la misma clase o calidad, y, en todo caso, no es hipotéticamente cierto en todos los casos que el asegurado hubiera estado en capacidad de hacer esos gastos.

Ahora bien, en caso de que se admitiera también hipotéticamente que esta modalidad de aseguramiento pudiese operar aun en caso de que el asegurado no reponga la actividad económica que desarrollaba con los bienes objeto del siniestro, la contradicción con el principio indemnizatorio se haría aún más evidente.

No hay que perder de vista que, para que el seguro de valor de reposición pueda operar, es necesario que el asegurado declare como valor asegurado el valor nuevo. Si se trata de un seguro ordinario por valor real, la declaración de valor asegurado será la declaración de valor real; pero si se trata de un seguro por valor de reposición o reemplazo, o por valor a nuevo, la declaración de valor asegurado será también “a nuevo”. Esto indica que, como contraprestación a la carga mucho mayor que asume la aseguradora dentro del seguro de valor de reposición o reemplazo, se va a ver beneficiada con la percepción de una prima mucho mayor, ya que va a ser deducida de un valor asegurado superior al valor real del interés. Y habiendo en el seguro de valor de reposición indudablemente un valor asegurado, que va a ser, como todo valor asegurado, una declaración unilateral del asegurado, habrá también un valor real a nuevo del interés asegurable, que se puede perfectamente establecer. De tal manera, si la declaración de valor asegurado es mayor o menor que el valor real a nuevo de ese interés asegurable, será posible establecer las relaciones de desigualdad entre dos valores que determina el sobreseguro y el infraseguro. El hecho de que estemos frente a un seguro de valor de reposición o reemplazo o valor a nuevo no obsta para que pueda darse el fenómeno de infraseguro y de la aplicación de la regla proporcional, o para que pueda darse el fenómeno del sobreseguro.

Las diferentes tendencias doctrinarias que hemos visto representadas por WARCALO, profesor polaco, MOLLER, alemán, y KENNING, suizo, fueron expuestas en la reunión del Segundo Congreso de la Asociación Internacional de Seguros, que se reunió en Hamburgo en 1966 y se encuentran sintetizadas, se repite, dentro del laudo que se ha mencionado que puso fin al proceso arbitral suscitado entre ABOCOL y algunas compañías de seguros.

La presentación anterior basta para entrar ahora a señalar algunas de las particularidades y la disciplina práctica del seguro de valor o reposición y reemplazo en Colombia.

1. En primer lugar, y a pesar, repetimos, de que se utiliza dentro de nuestra práctica de seguros, el seguro de reposición o reemplazo no se utiliza para todo tipo de intereses asegurables. El caso más claro de aplicación de este tipo de seguro es el de grandes instalaciones de carácter industrial, maquinaria compleja que no está sujeta a un deterioro demasiado progresivo o intenso, a bienes en general que, por su misma naturaleza, son objeto de una depreciación relativamente lenta y de valor cuantioso. No podría ser objeto de un seguro de esta clase un interés que estuviera vinculado a bienes, o que no son objeto de depreciación o que son objeto de una depreciación rápida, o a bienes que en el momento de ser contratado el seguro se encuentran ya demasiado deteriorados. Tampoco es un seguro

que se aplique a mercancías o bienes destinados al intercambio, porque obviamente en este caso los valores reales de mercado están cubriendo cualquier riesgo de demérito por uso o vetustez.

2. Es importante tener siempre en cuenta que el seguro de valor de reposición o reemplazo está cubriendo el demérito por uso, llamado también demérito por vetustez; no ampara, por el contrario, el demérito por obsolescencia, ya que este demérito tiene que ver con la rentabilidad económica de los bienes. De ninguna manera la prestación del asegurador puede consistir en reponer el interés a una situación de mayor rentabilidad o de mayor utilidad económica. Va a reponer el interés a nuevo, pero no va a reponer el interés a mejor, en cuanto a capacidad o en cuanto a rentabilidad económica; en eso consiste la diferencia entre el demérito por uso o vetustez y el demérito por obsolescencia, que no está cubierto, aunque se trate del seguro de valor de reposición o reemplazo. Lo que recibe de más el asegurado es precisamente la anulación o la desaparición del demérito por uso que pesaba sobre su interés, pero de ninguna manera puede el asegurado pretender recibir un bien de mayor capacidad, que produzca más o consuma menos, por tratarse de un bien técnicamente superior sustituido a otro de inferiores características técnicas o de productividad.

3. Como se dijo antes, el seguro de reposición o reemplazo no impide la aplicación del sobreseguro o del infraseguro, fenómenos que serán determinados respecto de la relación entre el valor asegurado a nuevo, que debe ser declarado por el asegurado, y el valor realmente a nuevo que pueda tener el interés. Es una relación que se establece en este caso, lo mismo que se establece en el caso del seguro ordinario, entre el valor asegurado y el valor real del interés.

4. Si se trata de un seguro de carácter real, o patrimonial, o de un seguro mixto, es cosa que depende de si se acepta la posición doctrinaria representada por MÖLLER. En efecto, si aceptamos que se trata de un seguro de gastos, estaremos dentro del campo de los seguros patrimoniales, es decir, de los seguros que amparan el conjunto patrimonial en general y no un bien de este patrimonio en particular. Si lo aceptamos, en cambio, como un seguro tendiente a amparar un bien específico de patrimonio, tendremos que concluir que se trata simplemente de un seguro real, de bienes específicos, que va a cubrir, además del valor de esos bienes específicos, el daño que pueda haberse causado antes del siniestro en razón de demérito por uso o vetustez. Hay algunos que lo mencionan como un seguro mixto, que combina el seguro real con el seguro patrimonial; en este caso, si aceptamos que es un seguro mixto, aceptamos que el seguro de valor de reposición o reemplazo es por lo menos parcialmente un seguro de gastos, y estaremos implícitamente dentro del campo del seguro patrimonial.

5. Las cláusulas de valor de reposición o reemplazo que se utilizan en la práctica colombiana hacen muy clara expresión de que se está cubriendo el demérito por uso y no el demérito por obsolescencia. Por otra parte, el seguro de valor de reposición o reemplazo, tanto en nuestra realidad comercial y jurídica como en la práctica extranjera más generalizada, no opera sino en la medida en que el asegurado realmente reponga el interés. Esto quiere decir que, en caso de que por cualquier circunstancia el asegurado con posterioridad al siniestro resuelva no reponer o reconstruir o

reemplazar los bienes afectados por el siniestro, el seguro de valor de reposición o reemplazo no entra a operar; el asegurado no puede pretender convertir su especie económica en un valor económico superior a lo que valía su especie, es decir, no puede cambiar su instalación industrial por una gran indemnización en dinero, tiene que utilizar el valor de la prestación que le va a dar el asegurador en reponer, reconstruir o reparar íntegramente los bienes a los que se encuentra vinculado su interés. En esto las cláusulas colombianas son muy claras, y es una medida apenas lógica para evitar que eventualmente el asegurado llegue a obtener un interés más o menos evidente en que el siniestro se produzca. De lo contrario, como ya se dijo, estaría derogado sin ningún atenuante ni duda de ningún tipo el carácter indemnizatorio del seguro de daños, aun ubicados dentro de la tendencia que concibe el seguro por valor a nuevo como un seguro de gastos necesarios.

6. Otra característica importante a este respecto es que el valor de reposición o reemplazo del interés se calcula al momento del siniestro; las demoras en que se pueda eventualmente incurrir dentro del proceso de reconstrucción, reparación o reemplazo del interés y el costo que estas demoras puedan ocasionar son asumidas íntegramente por el asegurado. Es importante advertir que también en el seguro de valor de reposición o reemplazo pueden darse las situaciones de pérdida total o de pérdida parcial; en caso de que la pérdida sea parcial habrá simplemente la obligación por parte del asegurador de proceder a la reparación o reconstrucción de las partes afectadas y no al reemplazo de toda la unidad que conforma el bien asegurable. En este caso, la realidad del seguro de valor a nuevo se traducirá en el hecho de que la reparación o la reconstrucción se hará con piezas nuevas sin acudir a las deducciones por demérito por uso que se suelen hacer en los seguros ordinarios, en los casos de pérdidas parciales que impliquen simplemente reparación o reconstrucción parcial de los bienes afectados.

7. Por la época en que se produjo el fallo arbitral de ABOCOL, tantas veces mencionado, la cláusula de la póliza colombiana que se estudiaba fue interpretada por el tribunal en el sentido de que el seguro por valor de reposición o reemplazo, en este caso, no admitía sino pago de la indemnización en dinero y que, por lo mismo, el asegurador no podía pretender que se le permitiera proceder directamente a la reposición de los bienes por su cuenta. No obstante esta fue una particularidad de la póliza existente en el caso, que no permite considerar que en todos los casos a esa regla debe someterse el seguro por valor a nuevo; por el contrario, creo que es amplia la posibilidad en este caso de que el asegurador utilice la alternativa de pagar mediante la reposición de los bienes asegurados, y esa es quizás la manera más lógica de preservar el principio de que en este caso es necesaria esa reposición para que el seguro pueda operar.

8. Por último, las cláusulas utilizadas en Colombia son claras, por lo general, en que cuando el proceso de reparación, reconstrucción o reemplazo determine, por alguna circunstancia, un aumento de la capacidad, de la rentabilidad o de la productividad económica del bien al que se encuentra vinculado el interés, el costo de este aumento deberá ser soportado por el asegurado.

Esta es, en líneas generales, la presentación que puede hacerse del seguro de valor o reposición o reemplazo, como fenómeno que evidentemente tiene una relación muy íntima con el principio general del carácter indemnizatorio del contrato de seguro. Realmente, en este caso, las circunstancias implícitas determinan que la relación entre el asegurado y el asegurador sea una relación indudablemente en consideración a la persona que tome el seguro y está fundamentada en un rígido principio de buena fe contractual; porque, repito, en caso de siniestro el asegurado puede eventualmente verse favorecido respecto de la situación que tenía antes del siniestro. Esto hace que, a pesar de ser un seguro definitivamente utilizado dentro del mercado de seguros, se utiliza con una gran prevención.

### C. EL PACTO DE VALOR ACORDADO

SI BIEN ES SABIDO QUE EL ASEGURADOR NO renuncia jamás en forma unilateral a la aplicación de la regla proporcional, existen renunciaciones, en cambio, que no tienen carácter incondicional sino que se hacen mediando una contraprestación que los aseguradores estiman suficiente para que se inhiba la aplicación de dicha regla en ciertos casos. Una de estas renunciaciones con contraprestación es el pacto llamado de “valor estimado”. A través del pacto de valor estimado, al cual nos hemos referido antes, las partes dan al valor asegurado un contenido diferente al que usualmente tiene; en los seguros de valor estimado, o acordado, el valor asegurado no es ya una declaración unilateral de la parte asegurada sino el objeto de un acuerdo de ambas partes a través del cual el asegurador pierde el derecho de aplicar la regla proporcional en caso de siniestro; si la pérdida es parcial, pagará íntegra la pérdida; si la pérdida es total, en cambio, no pagará sino el valor estimado o acordado. Como bien se ve, a pesar de existir una renuncia a aplicar la regla proporcional, habrá un infraseguro en caso de pérdida total si no se ha acordado un valor real sino inferior al real, y el asegurado no se verá beneficiado con la renuncia a la aplicación de la regla proporcional sino en caso de pérdida parcial.

La ley colombiana al consagrar esta figura para los seguros terrestres utiliza la expresión “valor acordado” en el inciso 2.º del artículo 1089; por su parte, dentro de la regulación del seguro marítimo, el Código colombiano utiliza en el artículo 1713 la expresión “valor estimado”, señalando que también pueden ser utilizadas como equivalentes las expresiones “valor admitido” o “póliza valuada”, las cuales “... bastarán para expresar este convenio”. El tratadista argentino HALPERIN utiliza la expresión “valor tasado”, señalando su utilidad prioritariamente en el campo del seguro marítimo y limitando su aplicación en los seguros terrestres a los casos de bienes dotados de un valor afectivo objetivo, que por lo tanto suponen cierta dificultad de determinación pecuniaria<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Para ALFREDO MANES, citado por OSSA, el valor de afección objetivo viene a corresponderse con el valor comercial, “... o sea con aquel que un cierto sector de personas, por pequeño que sea, asigna —animadas por los motivos que para ello tengan— a determinadas cosas muebles, por ejemplo a los

sellos de correo, a los autógrafos, a los objetos procedentes de hombres famosos y que una persona perita puede señalar, tomando por criterio los precios que rigen en el mercado restringido de esos objetos”. OSSA. Ob. cit., p. 239.

Uno de los rasgos diferenciadores de tratamiento entre los seguros terrestres y los seguros marítimos se refiere precisamente a los efectos que en una y otra modalidades se asignan a este pacto; en los seguros terrestres impide que el asegurador pueda alegar infraseguro para efectos de la aplicación de la regla proporcional dado el caso, pero no le impide alegar eventualmente la existencia de un sobreseguro. En el seguro marítimo, en cambio, por virtud de lo dispuesto en el artículo 1714 del Código de Comercio, el pacto del valor estimado implica que el asegurador sólo en caso de dolo o para efectos de determinar la existencia de una pérdida total constructiva puede alegar la existencia bien de infraseguro, bien de sobreseguro.

Varios autores consideran que negar la posibilidad al asegurador de aportar prueba en contrario respecto de un valor asegurado admitido o acordado entraña una contradicción con el carácter indemnizatorio del seguro de daños o una excepción a ese carácter. PICCARD y BESSON lo afirman claramente al expresar: “Ciertamente la jurisprudencia, apoyándose en el carácter contractual de la estimación, había considerado en principio que ella se imponía como base del pago de la indemnización y que el asegurador, habiéndola aceptado, no podía probar en contrario. No obstante, abandonó bien pronto esta posición reconociendo que, si el valor acordado puede servir de fundamento a la demanda del asegurado, el asegurador, en razón del principio indemnizatorio, puede demostrar que la estimación convenida es excesiva”<sup>13</sup>. En igual sentido se pronuncia OSSA, quien sostiene que la regulación colombiana de seguro marítimo como ha quedado descrita, que descarta la prueba contraria del asegurador respecto del valor estimado salvo caso de fraude, comporta una excepción al principio indemnizatorio<sup>14</sup>.

Resulta un tanto extremo considerar la imposibilidad de prueba contraria salvo casos de dolo, como una derogatoria del carácter indemnizatorio del seguro de daños en el caso del valor acordado; al fin y al cabo, no mediando dolo, en la mayoría de los casos resulta muy remoto el caso de que el pacto pueda significar realmente una ventaja económica o un enriquecimiento para el asegurado; por lo demás, es evidente que tratándose de un sobreseguro notorio o evidente, por una parte las normas no suelen impedir la aplicación de las consecuencias propias del sobreseguro<sup>15</sup> y, por otra, la deducción de mala fe o dolo resulta casi inevitable por vía indiciaria.

#### D. EL SEGURO POR VALOR ACORDADO CUANDO SE TRATA DE VALOR AFECTIVO ARTÍSTICO O HISTÓRICO

QUIZÁS RESULTA MÁS INTERESANTE A ESTE PROPÓSITO observar los casos de valor acordado o estimado cuando se trata de bienes de especial valor artístico o afectivo o histórico, en donde influyen criterios que son diversos a los estrictamente económicos, ya que en estos casos estamos casi frente a unos supuestos similares al de los seguros de personas; en efecto: este tipo de criterios de valoración esca-

<sup>13</sup> PICCARD y BESSON. Ob. cit., pp. 468 y 469.

<sup>14</sup> OSSA. Ob. cit., p. 132.

<sup>15</sup> Salvo lo ya mencionado a propósito del seguro marítimo.

pan al concepto de lo patrimonial y pueden llegar a significar reales e indiscutibles excepciones al principio indemnizatorio.

Ya se ha anotado que incluso algunos autores consideran solamente aplicable el pacto de valor estimado para aquellos casos en los que la determinación del valor de las cosas afectas al seguro es particularmente compleja por razón de incidencia de criterios de valoración artística, histórica o afectiva<sup>16</sup>.

Ahora bien, en los casos de valoración artística o histórica, puede hablarse de ciertos parámetros más o menos razonables en los cuales pueda fundarse la estimación en dinero de los bienes. Serían los casos a los que se refiere MANES como de valoración afectiva objetiva, y en ellos podría descartarse que hubiera una excepción al carácter indemnizatorio del seguro de daños, ante la posibilidad razonable de establecer criterios hasta cierto punto objetivos de valoración. ¿Pero está descartada la procedencia del pacto de valor estimado en caso de valoraciones afectivas enteramente subjetivas? Creemos que sí, por lo menos dentro de la perspectiva del seguro de daños, en razón de la necesidad que se impone en estos casos en el sentido de que el interés sea “susceptible de estimación en dinero”, como lo expresa el artículo 1083 del Código de Comercio en su inciso 2.º. Ciertamente el contrato de seguro sobre objetos del patrimonio o sobre el patrimonio mismo no está diseñado para cubrir estimaciones basadas en la simple relación afectiva que se tiene con las cosas ya que ello sí vulneraría claramente el carácter indemnizatorio del seguro de daños, crearía una oportunidad casi segura de obtener enriquecimientos ilimitados y ventajas económicas indebidas para el asegurado, y por ello la misma ley en el caso colombiano, al caracterizar el interés asegurable como elemento esencial del seguro de daños, previene esta posibilidad.

Si una valoración afectiva subjetiva es posible en los seguros de personas, es algo que se verá en su momento, cuando se analice el tema en el tercer acápite de este estudio.

#### F. LOS SEGUROS PARA CUBRIR CLÁUSULA PENAL O MULTAS

LA NATURALEZA DE LA CLÁUSULA PENAL HA SIDO discutida ampliamente por la doctrina universal, habiéndose debatido hasta la saciedad si ella corresponde a una evaluación convencional de perjuicios, y cumple por consiguiente una función reparadora, o si, por el contrario, responde a una intención sancionadora o punitiva del incumplimiento del deudor, a la vez que de garantía del cumplimiento de sus obligaciones, que resulta completamente ajena a la reparación de perjuicios.

Modernamente, como lo señala PEIRANO FACIO, es mayoritaria la tendencia intermedia a considerar que la cláusula penal responde a las dos naturalezas.

<sup>16</sup> A la mención que se hacía de HALPERIN anteriormente, debe agregarse lo sostenido en la obra de PICCARD Y BESSON: “Fuera del caso del seguro de pérdidas de beneficio consecutivas al seguro de incendio, el pacto de valor acordado es exclusivamente usado

respecto de objetos de arte y colecciones cuyo valor y autenticidad son muy difíciles de determinar después del siniestro: ob. cit., p. 468. En el mismo sentido GARRIGES, Ob. cit., p. 175.

La legislación colombiana en esta materia ha dado considerable libertad a las partes para darle a la cláusula penal el contenido que prefieran, cuando el artículo 1600 del Código Civil expresa que “No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena”. Esta norma es aplicable a los contratos comerciales por vía del artículo 822 del Código de Comercio, ante la inexistencia de regulaciones contrarias en el Código de Comercio, que, a este respecto, sólo se preocupa por establecer limitaciones al cuántum de la cláusula penal en razón de la cuantía de interés de los contratantes y de la medida del cumplimiento efectivo de sus obligaciones.

En materia de contratación administrativa, los estatutos que han estado vigentes antes de la expedición de la Ley 80 de 1993 en general consagraron una modalidad de cláusula penal ligada a los perjuicios generados por el incumplimiento y, en consecuencia, no calificada como sanción pura para el contratista. Así lo establecía el artículo 72 del Decreto 222 de 1983 al expresar: “El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante”. De esta manera se consideraba que la entidad pública podía siempre cobrar el valor de la cláusula penal sin necesidad de probar perjuicios correspondientes a esa cuantía, pero podía alegar un monto mayor probándolo dentro de una acción contractual y haciendo efectivo el pago adicional correspondiente.

La Ley 80 de 1993, por su parte, como es bien conocido, se abstuvo de regular este tipo de cláusulas, dejando el tema a la voluntad de las partes y eliminándolas como cláusulas excepcionales y obligatorias dentro del ámbito de la contratación estatal, con lo cual la libertad de las partes vuelve a ser libre sobre las modalidades que pueden ser adoptadas.

Pero, con independencia de la libertad de estipulación que a este respecto existe entre nosotros y reconoce en general la doctrina universal, atendida la posibilidad de que se vincule total o parcialmente o no la cláusula penal a la estimación de perjuicios derivados del incumplimiento, es un hecho que cuando la cláusula penal se pacta como sanción pura, esto es, independientemente de la obligación de reparar los perjuicios derivados del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso de las obligaciones contractuales, o como prestación mínima pagadera por ese concepto con independencia de la cuantía real del perjuicio sufrido<sup>17</sup>, puede generar una ventaja económica que es superior al perjuicio sufrido por el acreedor e irá en consecuencia más allá de una simple función indemnizatoria del perjuicio sufrido.

Por lo mismo, cuando a través de un contrato de seguro de cumplimiento de obligaciones contractuales se cubre la sanción civil que comporta la cláusula penal pactada en el contrato, en las condiciones anotadas, esto es, independientemente de la obligación de pago de perjuicios como suma

<sup>17</sup> El artículo 1599 del C. C. colombiano, a este respecto, establece: “Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse

por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio.

mínima independiente de la cuantía efectiva de los mismos, el asegurador de hecho estaría asumiendo una prestación a favor del asegurado que, por lo mismo no responde a un carácter indemnizatorio sino que va más allá, y en ese momento existiría una derogatoria clara del principio indemnizatorio del seguro de daños.

Ahora bien, ¿es esto posible? Puede el asegurador garantizar el pago de la cláusula penal así concebida? A la luz de la legislación colombiana, se encuentra excluida la posibilidad de cubrimiento de sanciones pecuniarias cuando ellas tienen el carácter de penales o de policía conforme a lo dispuesto en el aparte final del artículo 1055 del Código de Comercio. Evidentemente, tratándose de una sanción de carácter contractual, sea que se trate de un contrato entre particulares o de un contrato estatal, no nos encontraríamos en este supuesto. Pero, conforme al principio sentado en el artículo 1088 del Código de Comercio podríamos llegar a la conclusión de que este amparo sería contradictorio con el carácter indemnizatorio del seguro de daños y estaría en consecuencia descartado, se repite, bajo la óptica del seguro de cumplimiento en el cual es el asegurado quien va a recibir la prestación en forma directa del asegurador, acrecentando con ello su patrimonio.

No podría asimilarse el caso al del seguro de lucro cesante, porque, a diferencia de lo que ocurre con el lucro esperado, la prestación que va implícita en la cláusula penal pecuniaria deriva precisamente de la ocurrencia del siniestro; el lucro esperado derivaría precisamente de lo contrario, de la actividad protegida que de haberse realizado lo habría generado. Por ello insisto en que en este caso nos encontramos frente a una auténtica excepción al carácter indemnizatorio del seguro de daños.

La legalidad o ilegalidad del cubrimiento de la cláusula penal netamente sancionatoria e independiente de cualquier imputación a perjuicios causados, bajo la óptica de nuestro ordenamiento, quedaría condicionada al carácter imperativo o no imperativo del artículo 1088 del Código de Comercio o, en general, de las normas que consagran ese carácter indemnizatorio. Siendo asegurable, como se ha dicho, por una parte, una sanción de este tipo, no estaría por fuera de los presupuestos legales su aseguramiento, a menos que fueran imperativas las disposiciones que consagran, se repite, el carácter indemnizatorio del seguro de daños, o a menos que la misma ley autorizara esta modalidad de seguro, como ocurrió en el campo de la contratación estatal, cuando los estatutos anteriormente vigentes preveían precisamente que la póliza de cumplimiento podía abarcar el cubrimiento de la cláusula penal y de las multas (art. 73 Dcto. 222 de 1983).

Ahora bien, el carácter imperativo del artículo 1088 del Código de Comercio no puede ser discutido y en este punto este análisis se identifica plenamente con las sabias admoniciones que a este respecto contiene la obra de OSSA<sup>18</sup>, no obstante la extraña circunstancia de que esta disposición no está enlistada dentro de las señaladas no de manera taxativa en el artículo 1162 del Código de Comercio como expresamente imperativas.

<sup>18</sup> Ob. cit., pp. 127 y 129.

Por esta razón, debe considerarse que en el campo de los seguros de cumplimiento de contratos entre particulares, y hoy en el campo del seguro de cumplimiento de contratos estatales también, ante la desaparición de las normas expresas que en el estatuto anterior preveían en el seguro de cumplimiento de contratos administrativos la inclusión de los amparos de la cláusula penal y las multas, en la actualidad no existe un marco legal en Colombia que permita extender pólizas de seguro que amparen el pago de cláusulas penales desligadas del concepto de perjuicios efectivamente causados al asegurado.

Luego de este análisis, debe registrarse el hecho de que recientes providencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado han hecho nugatorio sin razón alguna el carácter indemnizatorio del seguro de daños, referido a las pólizas de cumplimiento de contratos estatales al aceptar indiscriminadamente que las entidades públicas, frente al asegurador, pueden en cualquier circunstancia y casi en cualquier oportunidad hacer efectivas mediante actos administrativos unilaterales los amparos contenidos en dichas pólizas, declarar la ocurrencia de los siniestros y exigir el cobro de los valores asegurados en cada caso, sin necesidad de probar los perjuicios que les ha ocasionado el incumplimiento del contratista, lo cual viola ostensiblemente el carácter indemnizatorio del seguro de daños. Repito que en estos casos la doctrina jurisprudencial no ha aportado razonamiento alguno que válidamente permita la adopción de soluciones de esa magnitud, por lo cual no dudó en calificar esas soluciones como erradas y constitutivas de precedentes indeseables que generan confusión y se prestan a abusos evidentes<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Mediante dos decisiones de mediados del año 2001 la Sección Tercera del Consejo de Estado, con motivaciones diferentes, declaró que las entidades públicas están en capacidad de declarar unilateralmente, mediante actos administrativos, la ocurrencia de siniestros que afectan las garantías únicas de cumplimiento de contratos estatales, sin establecer distinciones entre los diferentes amparos propios de dichas garantías, respecto de los cuales ello es posible.

Quizás nunca antes de manera tan directa el Consejo de Estado, sin que existan normas que lo permitan expresamente, dentro de los límites que señalan el alcance de la jurisprudencia como fuente material de derecho en Colombia, reconoce facultades al Estado para actuar en desarrollo de su actividad contractual con un poder semejante frente a las compañías de seguros, poder que definitivamente no tiene frente a los contratistas mismos.

1. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 24 de mayo de 2001, C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE, exp. 13598.

Proferida dentro de un proceso ordinario de nulidad de las decisiones mediante las cuales una entidad pública declaró la realización del siniestro que afectaba el amparo

de estabilidad de obra dentro de la garantía única, y exigía al asegurador el pago del valor asegurado para dicho amparo. El contrato se había formalizado bajo la vigencia del Decreto 222 de 1983.

La sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca había rechazado las pretensiones de la demanda, fundado en el hecho de que a su juicio el artículo 68 numeral 5 del CCA confería a las entidades públicas la facultad de declarar la ocurrencia de los siniestros para efectos de las garantías de cumplimiento de contratos estatales.

2. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 12 de julio de 2001, C. P.: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ, proceso ejecutivo.

Resulta sorprendente, sin duda, que sólo un mes después la misma Sala, con fundamentos completamente diferentes, respalde nuevamente la tesis de la facultad de las entidades públicas para declarar la ocurrencia de los siniestros que afectan las garantías únicas de cumplimiento, esta vez bajo los amparos de buen manejo y correcta inversión del anticipo y de cumplimiento.

El caso trata de un proceso ejecutivo en el cual se ha conformado el título ejecutivo con las resoluciones mediante las cuales una entidad pública contratante declara ocurri-

Con la óptica del seguro de responsabilidad civil la situación es diferente, porque en este caso, si el asegurador asume la carga patrimonial que la cláusula penal o la multa supone para el asegurado responsable del incumplimiento contractual (aquí ya no se trata de un afianzado en el seguro de cumplimiento), en la medida en que la prestación del asegurador está evitando o resarcando la deuda de responsabilidad nacida efectivamente para su asegurado, no existiría el riesgo de contrariar el principio indemnizatorio y, por lo mismo, no habría inconveniente en admitir la operancia del seguro en este caso.

En el caso de las multas este efecto sería evidente, en la medida en que las multas claramente se definen como sanciones puras, no atadas ni directa ni indirectamente a la tasación de eventuales perjuicios sufridos por el contratante cumplido.

#### G. EL SEGURO PATRIMONIAL CON LÍMITE DE VALOR ASEGURABLE SUPERIOR AL VALOR DEL PATRIMONIO

CUANDO SE PLANTEABA EL TEMA DE LOS SEGUROS patrimoniales se decía que dentro de la regulación de los mismo podía llegarse a dar eventualmente un caso de excepción al carácter indemnizatorio de los seguros de daños, y tal situación podría plantearse en el caso de los seguros de responsabilidad civil en los que el valor asegurado excede eventualmente el valor del patrimonio del asegurado. Haciendo extremo el análisis de una situación parecida, podría arguirse que en estos casos se está ampliando la órbita patrimonial original del asegurado haciéndola mayor de lo que es, para conferirle la capacidad de atender deudas potenciales que antes no podría cubrir y con ello desvirtuando el carácter indemnizatorio del seguro de daños.

El anterior planteamiento es más aparente que real, en primer lugar, porque en todo caso, dado el siniestro, el seguro se limitaría a cubrir la pérdida efectiva generada por el daño y con ello una deuda real a cargo del asegurado. Por otra parte, no se puede desconocer la dimensión que el patrimonio de las personas tiene, no sólo como receptáculo actual de derechos y obligaciones, sino como potencialidad de adquisición de bienes y derechos; en ese sentido, estrictamente, la extensión del patrimonio no es

dos los siniestros que afectan los dos amparos antes mencionados respecto de dos convenios interadministrativos y ordena al asegurador de la garantía única de cumplimiento pagar los valores asegurados en la póliza para cada uno de los amparos.

En este caso el tribunal, en primera instancia, había negado el mandamiento de pago aduciendo que no era exigible la obligación que pretendía cobrarse, por no haberse surtido los requerimientos señalados en el artículo 1053 del C. Co. que exigen al asegurado presentar un reclamo y esperar al término de un mes la respuesta del asegurador, al cabo del cual, si persiste el silencio del asegurador o una objeción no sería o

fundada al reclamo, la póliza adquiere mérito ejecutivo.

El Consejo de Estado, confirma el auto del tribunal, pero por motivos completamente diferentes, esto es, por no haberse integrado el título ejecutivo con el texto de los convenios interadministrativos que eran objeto de la garantía, aprovechando la ocasión para rebatir los argumentos del asegurador, insistiendo en que la entidad pública sí tiene facultades suficientes para expedir los actos administrativos mediante los cuales, unilateralmente, declara la ocurrencia de los siniestros y hace efectivas las garantías procediendo al cobro de los valores asegurados en los correspondientes amparos.

mensurable de manera estática en un monto determinado y, de hecho, la deuda de responsabilidad subsistiría para el asegurado aun en el caso de que transitoriamente los bienes actuales de su patrimonio no fueran susceptibles de cubrir esa deuda por el momento. Por lo mismo no existe en este caso una excepción al carácter indemnizatorio del seguro de daños.

#### H. LAS PRESTACIONES PREFIJADAS EN CASOS DE SEGURO DE DAÑOS

VERONIQUE NICOLAS, EN ESTUDIO QUE SE cita más adelante en relación con la aplicación del principio indemnizatorio a los seguros de personas no vida<sup>20</sup>, hace ver de qué manera la oposición tradicionalmente señalada entre el principio indemnizatorio y el principio de sumas prefijadas, como caracterizadores respectivamente de los seguros de daños y de personas, no son en realidad conceptos opuestos y excluyentes, en la medida en que ciertamente en modalidades muy usuales de seguros de daños se acepta eventualmente que el asegurador tenga a su cargo prestaciones que no tienen en cuenta la evaluación real de la pérdida en el momento del siniestro, sino sumas fijas, predeterminadas que se hacen exigibles ante la sola ocurrencia del siniestro sin adicionales investigaciones acerca de su real cuantía.

Se citan a este respecto los casos de seguro por pérdida de equipajes en transporte aéreo, o los seguros de repatriación de cadáveres de personas que han fallecido durante un viaje. En estos casos podría entenderse que existe una excepción al principio indemnizatorio por claras razones; en realidad el valor real de la pérdida no se tiene en consideración.

No obstante, las características excepcionales de este tipo de amparos, y el hecho evidente de que las sumas predeterminadas que se fijan en los contratos en estos casos responden a un cuidadoso estudio por parte del asegurador, que busca eliminar en la gran mayoría de los casos cualquier evento de mejora o beneficio económico para el asegurado respecto de la potencialidad real de la pérdida, hacen concluir que en estos casos más bien se trata de modalidades de seguro que están dirigidas a cubrir apenas parcialmente esas pérdidas, a manera de mera compensación limitada en la que pesa más la usual dificultad de prueba de la cuantía efectiva de daño que la intención de que el seguro cumpla cabalmente su función indemnizatoria.

Por esta misma razón, se trata de casos que no son asimilables al que se analizó anteriormente, relativo a las pólizas que cubren cláusulas penales o multas, a pesar de que también en este caso podría hablarse de prestaciones prefijadas a cargo del asegurador.

#### I. LA RENUNCIA A LA REGLA PROPORCIONAL: PICARD Y BESSON

¿PUEDE ENTENDERSE QUE CUANDO EL ASEGURADOR renuncia a la aplicación de la regla proporcional se viola el principio indemnizatorio del seguro de daños?

Esta pregunta, que algunos se plantean<sup>21</sup>, debe obtener una respuesta negativa. En general, mientras el asegurado limite su beneficio del seguro al valor real de su pérdida el principio indemnizatorio se mantiene; poco importa si se beneficia de mejores condiciones de prima o si para ello el

<sup>20</sup> Cfr. cita n.º 28.

<sup>21</sup> PICCARD Y BESSON. Ob. cit., p. 305.

asegurador efectúa un sacrificio mayor al normalmente previsto, que es lo que ocurre realmente cuando éste renuncia a la aplicación de la regla proporcional. El carácter indemnizatorio se juzga siempre respecto del efecto del siniestro en los bienes o en el patrimonio del asegurado y no de las prestaciones que surgen concretamente del contrato de seguro.

### III. CASOS EN QUE LA INDEMNIZACIÓN DEBIDA POR EL ASEGURADOR VA MÁS ALLÁ DEL VALOR ASEGURADO SEÑALADO EN LA PÓLIZA DE SEGURO

#### A. LOS AMPAROS EXTENDIDOS A GASTOS PARA EVITAR LA EXTENSIÓN Y PROPAGACIÓN DEL SINIESTRO Y GASTOS DE DEFENSA EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

ES BIEN CONOCIDA LA CARGA QUE EL CÓDIGO de Comercio le impone al asegurado en el sentido de evitar la extensión y propagación del siniestro. OSSA, a este respecto<sup>22</sup>, señala el contraste de la norma anterior del Código de Comercio Terrestre en su artículo 680 ordinal 4.º con la actual, que no se refiere a carga alguna relativa a evitar el acaecimiento mismo del siniestro. La explicación, a juicio del destacado tratadista, radica en la extensión del concepto de riesgo asegurable que se hizo en el nuevo estatuto, del cual sólo quedó excluida la posibilidad de cubrimiento de siniestros debidos a dolo o culpa grave del asegurado, tomador o beneficiario, siendo entendido en consecuencia que el asegurado no estaba especialmente obligado a evitar la ocurrencia del siniestro en la medida en que, producido éste por culpa suya, debía entenderse cubierto, a menos que pudiera tratarse de una “culpa” calificada como grave.

Aunque no es el momento de controvertir a espacio este punto, opino que no evitar la ocurrencia del siniestro estando en capacidad de hacerlo, implica, tanto para el asegurado como para el tomador y/o beneficiario, voluntad contraria dirigida a su acaecimiento. Creo, en consecuencia, que bajo el actual estatuto subsiste claramente la obligación de la parte asegurada y de todos sus integrantes de evitar el acaecimiento del siniestro; claro está, en la medida en que se encuentren en capacidad de hacerlo. Y esto por efecto de tres disposiciones legales que no admiten discusión: los artículos 1054 y 1055 del Código de Comercio, los cuales, en cuanto definitorios del concepto de riesgo asegurable, excluyen del mismo los hechos que dependen exclusivamente de la voluntad del tomador asegurado y beneficiario, y, desde luego, el mismo artículo 1074 del estatuto, que obliga al asegurado y, en concordancia con el artículo 1041, al tomador y al beneficiario, si son estas personas las que están en capacidad de hacerlo, a evitar la extensión y propagación del siniestro. Quien está obligado a lo más, está obligado a lo menos; si estoy obligado a ser lo suficientemente diligente como para evitar la extensión y propagación del siniestro una vez producido, con mayor razón debo entender que estoy obligado a evitar la ocurrencia misma del siniestro.

Otra aseveración de OSSA respecto a esta carga se refiere a que, una vez cumplida, los gastos razonables que ella comporta deben ser asumidos por

<sup>22</sup> OSSA. Ob. cit., pp. 411 y ss.

el asegurador aun en exceso de la suma asegurada. Dice OSSA: “Los gastos razonables en que incurra el asegurado en cumplimiento de estas cargas corren a cargo del asegurador. Es lo que ordena el inciso 2.º del artículo 1074. No importa si, agregados a la obligación principal, se excede la suma asegurada (art. 1079)”. Tal parece que es esta la solución correcta, si bien la expresión del artículo 1074 a este respecto es ambigua, ya que señala a este respecto que el asegurador debe atender esos gastos “... dentro de las normas que regulan el importe de la indemnización...”, lo cual podría llevar a pensar que siempre el límite de valor asegurado señala un tope para la atención de estos gastos. No obstante, sería contrario al mismo interés del asegurador limitar el cubrimiento de los gastos dirigidos a evitar la extensión y propagación del siniestro que por definición se han hecho en su propio interés. Ello seguramente llevaría a hacer sustancialmente mayores en conjunto sus responsabilidades en caso de siniestro.

La ambigüedad del artículo 1074 la salva el artículo 1079 al establecer que el asegurador solo está obligado a responder hasta concurrencia de la suma asegurada, “... sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 2.º del artículo 1074”, con lo cual señala claramente que en este caso puede ir más allá la responsabilidad del asegurador.

Por lo demás es aceptado que ello sea así en las legislaciones más conocidas. En el artículo 1914 el Código italiano expresa que los gastos para evitar o disminuir el daño, “... en proporción del valor asegurado respecto del que la cosa tenía en el momento del siniestro, aun cuando su monto, unido al del daño, supere la suma asegurada y aun cuando no se haya alcanzado el objeto...”. El artículo 17 de la Ley española de 1980 no es muy claro al respecto y, antes bien, una expresión del aparte final de su penúltimo inciso parece indicar que el cubrimiento de estos gastos no puede exceder la suma asegurada. GARRIGES, por lo demás, cita en su obra las legislaciones suiza, alemana, italiana y argentina como ejemplos de extensión de cubrimiento en estos casos en exceso del valor asegurado<sup>23</sup>.

Podemos en consecuencia, y pese a la ambigüedad de la disposición legal en Colombia, admitir este caso de los gastos razonables para evitar la extensión y propagación del siniestro, como uno en que claramente la responsabilidad del asegurador excede el límite generalmente implícito en el valor asegurado.

## B. LOS GASTOS DE DEFENSA EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

EL CASO DE LOS GASTOS DE DEFENSA EN EL seguro de responsabilidad civil es, por el contrario, claramente establecido como excepción al principio de que la responsabilidad del asegurador se encuentra limitada por el monto del valor asegurado. La fórmula empleada a este respecto por el artículo 1128 del Código de Comercio es, para este caso sí, de claridad meridiana: “El asegurador responderá, además, aun en exceso de la suma asegurada, por los costos del proceso que el tercero damnificado o sus causahabientes promuevan en su contra o la del asegurado...”.

<sup>23</sup> GARRIGES. Ob. cit., pp. 223 y 224.

Bien valdría la pena, por lo demás, que se aclarara lo que en este punto es evidente y que algunas aseguradoras todavía se niegan a aceptar, y es que el amparo de gastos de defensa opera aun cuando no exista la responsabilidad civil y así se declare al cabo del proceso judicial cuyos gastos debe soportar proporcionalmente el asegurador.

### C. EL PAGO MEDIANTE REPARACIÓN, REPOSICIÓN O RECONSTRUCCIÓN

HA SURGIDO LA POLÉMICA ACERCA DE SI LA decisión del asegurador en el sentido de pagar la indemnización mediante la reposición, reconstrucción o reparación de los bienes afectados por el siniestro comporta que en este caso el asegurador no puede limitar el gasto que supone tal reposición, reconstrucción y reparación a ningún límite de valor asegurable que haya sido pactado en la póliza, sino que tiene que culminar las mismas sin consideración a su valor final<sup>24</sup>. Este caso resultaría aplicable al de los eventos de seguro de cumplimiento, cuando el asegurador opta por sustituir al contratista afianzado en la continuación de la ejecución del contrato, situación que ha venido a ser frecuente sobre todo en el campo de los seguros de cumplimiento de contratos estatales a raíz de la expedición de la Ley 80 de 1993, que zanjó la polémica que existía al respecto contemplando expresamente esta posibilidad para beneplácito de las compañías de seguro.

En desarrollo de una situación de este tipo un laudo arbitral, proferido el 10 de junio de 1997 para dirimir el conflicto surgido entre la Empresa de Desarrollo Urbano de Bolívar S. A. y la Compañía Aseguradora de Fianzas S. A., volvió a dar actualidad a este tema, al obligar a la aseguradora que había decidido asumir la ejecución del contrato garantizado, a llevar adelante la obra y a asumir el total de la responsabilidad derivada del colapso de la misma, sin tener en cuenta el límite de valor asegurado pactado en la póliza.

Debe decirse inicialmente que el supuesto de las pólizas de cumplimiento que ha quedado relacionado antes es especial; cuando el asegurador del cumplimiento elige, en lugar de pagar dentro del límite del valor asegurado los perjuicios sufridos por el asegurado derivados del incumplimiento del contrato por parte del contratista afianzado, continuar con el contrato sustituyendo al afianzado dentro de la relación contractual, estrictamente está cumpliendo con una obligación que no es la suya propia característica del asegurador del cumplimiento. En efecto: con la continuación del cumplimiento de las prestaciones propias del contrato solamente se está previniendo la causación de algunos de los perjuicios que pueden derivar del incumplimiento; pero, al sustituir al contratista dentro del contrato, sin que se haga salvedad alguna, el asegurador asume una posición contractual diferente a la que antes tenía como simple asegurador del cumplimiento del contrato, con terminante limitación de su responsabilidad al valor asegurado para cada uno de los amparos contenidos en la póliza de cumplimiento y en especial al valor asegurado para el amparo básico de cumplimiento.

<sup>24</sup> Nótese muy bien que en este caso no se está haciendo referencia al seguro por valor de reposición o reemplazo, respecto del cual

ya se ha extendido este estudio al analizar en qué medida podría considerarse que se sustrae al principio indemnizatorio.

Si se observa bien el laudo arbitral que ha dado lugar a esta polémica, las conclusiones del mismo se sustraen casi completamente al ámbito del contrato de seguro, para concluir que lo que ocurrió en el caso fue precisamente eso, que la aseguradora al asumir la continuación del contrato se colocó en una situación diferente a la que antes tenía como asegurador y se vio obligada a indemnizar en forma ilimitada los perjuicios determinados por el colapso de la obra, generados de defectos de la misma que eran anteriores a su intervención en ella; el tribunal advirtió que en ningún momento la aseguradora había limitado su responsabilidad en esa continuación de las labores contractuales, como antes sí estaban limitadas sus responsabilidades como asegurador. Por lo demás, hubiera sido muy remoto que la entidad contratante, al aceptar continuar el contrato con el garante, hubiera aceptado limitaciones de cualquier clase relativas a etapas de la obra anteriores al momento en que el asegurador resolvió asumirla.

Este es un caso que mueve simplemente a la reflexión acerca de la inconveniencia de la solución legislativa que se adoptó en la Ley 80 de 1993, al permitir a las entidades estatales llevar a cabo los contratos garantizados con el concurso de las aseguradoras garantes. Esta solución no sólo desvirtúa la naturaleza del seguro de cumplimiento, que, como seguro patrimonial que es, está dirigido exclusivamente a cubrir el pago de una indemnización dineraria por perjuicios causados con el incumplimiento del contrato y no otra cosa, sino que es: mala para las entidades públicas, que se encuentran expuestas a la actividad de un contratista que no es profesional en la materia contratada y tiene que valerse a su vez de subcontratistas en todos los casos; mala para el asegurador, que se encuentra constreñido a llevar a cabo una actividad totalmente ajena a su objeto social y, como se ha visto, por fuera de los parámetros controlables que son usuales en sus responsabilidades características como asegurador, y, finalmente, mala para la actividad contractual del Estado, en la medida en que los contratos con las aseguradoras así concebidos se escapan normalmente a todos los procedimientos usuales que están previstos para preservar precisamente los objetivos de la contratación estatal.

La preocupación generada por el laudo arbitral se sustrae por lo dicho al campo estricto del derecho de seguros, quedando en todo caso planteada la pregunta de si, en el caso corriente de un seguro real, el pago con reposición, reconstrucción o reparación de los bienes asegurados obliga al asegurador a ir más allá eventualmente del límite del valor asegurado. La respuesta parece ciertamente afirmativa, dado que la naturaleza de la obligación del asegurador que opta por la alternativa de pagar una suma de dinero cambia sustancialmente para convertirse en una obligación de hacer, a saber, reponer, reparar o reconstruir, independientemente de su costo.

A este respecto consideramos que basta adherir plenamente a la opinión expresada con nitidez en última edición de la obra de HERNÁN FABIO LÓPEZ, que tiene el valor de corregir una opinión contraria anterior del mismo autor y citar en su respaldo la posición de OSSA<sup>25</sup>. La realidad es que

<sup>25</sup> HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO. *Comentarios al contrato de seguro*, 2.<sup>a</sup> ed., Bogotá, Dupré, pp. 155 y ss.

la aseguradora, al tomar la decisión de pagar mediante la alternativa que se analiza, tiene una carga de diligencia obvia, que es la de calcular adecuadamente los medios por medio de los cuales va a proceder a reponer, reparar o reconstruir, y asume íntegramente los riesgos de esa decisión, porque su objeto no se agota sino con la obtención del resultado.

En síntesis, pues, puede concluirse que el pago de la indemnización mediante la reposición, reparación o reconstrucción de los bienes asegurados, una modalidad de pago que sólo es posible en los seguros reales por definición, no es ciertamente una excepción al carácter indemnizatorio del seguro de daños en ningún caso, pero tampoco implica estrictamente que el asegurador va más allá del límite de valor asegurado en la póliza; solamente ese límite se hace inaplicable para el caso. No está obligado a dar mejores cosas, no está obligado a mejorar la situación del asegurado respecto de la situación anterior al siniestro, pero debe asumir con costos a su exclusivo riesgo la reparación del daño.

#### IV. EL CARÁCTER INDEMNIZATORIO EN EL SEGURO DE PERSONAS

LA DOCTRINA HA TENIDO OPORTUNIDAD DE señalar la gran cercanía que existe entre los seguros de daños y los seguros de personas diferentes al seguro de vida, partiendo primero de la confusión que a veces se constata todavía en el tratamiento de los seguros de gastos médicos y hospitalarios, que algunos autores consideran incluidos en el ámbito de los seguros de personas, cuando en realidad no lo son bajo ningún aspecto o, por lo menos, deberían considerarse, como lo hace GARRIGES, como un tercer género de seguros, independientes de los daños y de los de personas<sup>26</sup>. Este autor denomina estos seguros como “seguros de personas impuros”, caracterizándolos como aquellos en los que “... también la prestación del asegurador responde al sistema de la concreta cobertura de necesidad...”<sup>27</sup>.

Pero, igualmente, el problema de la asimilación de estas formas de seguro se debe también a que en la casi generalidad de los casos, los seguros de personas que no son de vida mezclan prestaciones indemnizatorias, por una parte, y prefijadas no sujetas a la medida de la extensión de un daño concreto, por otra, lo cual conduce a problemas sobre la aplicabilidad en dichos seguros, considerados en su conjunto y como unidad, de las reglas propias del seguro de daños o del seguro de personas; como por ejemplo las relativas a la naturaleza obligatoria o facultativa del pago de la prima, la subrogación y la posibilidad de acumulación de indemnizaciones.

A este respecto, en su obra *Ensayo de un nuevo análisis del contrato de seguro*, VERONIQUE NICOLAS, a la par con los exponentes de la teoría unitarista del seguro, profundiza en esta problemática interesante por lo

<sup>26</sup> “Un *tertium genus* está constituido por el seguro que, refiriéndose también a las personas, como el seguro sobre la vida, no obliga al asegurador a pagar un capital fijo o una renta, sino los gastos o daños producidos por acontecimientos fortuitos, como son

la enfermedad, la incapacidad total o parcial derivada de accidente, el entierro y funeral, etc. En el seguro de accidentes el daño se cifra anticipadamente con arreglo a unas tarifas”; GARRIGES. Ob. cit., p. 41.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 47.

demás, para concluir que entre estos dos tipos de seguro, los de daños, por una parte y los de personas no vida, por otra, en especial los seguros de enfermedad, invalidez y accidentes, las diferencias que supuestamente deberían derivar del carácter indemnizatorio del primero y de la ausencia de ese carácter en los segundos no existe, por razones que son en su mayor parte aplicables a la legislación colombiana. En efecto:

1. En los seguros de personas diferentes al de vida, el pago de la prima es obligatorio y no facultativo como ocurre en el campo de los seguros de vida. Si en Francia a esa conclusión hubo de llegarse a través de una lenta evolución de carácter jurisprudencial<sup>28</sup>, sobre la base de considerar que la presencia así sea minoritaria de prestaciones de carácter indemnizatorio en el contrato de seguro absorbe cualquier otro aspecto del mismo, en Colombia ello surge del hecho de que el carácter facultativo del pago de la prima sólo está consagrado en los artículos 1151 y 1152 del Código de Comercio para los seguros de vida, exclusivamente.

2. En los seguros de personas que no son de vida, al igual que en los seguros de daños y a diferencia de lo que ocurre en el seguro de personas por excelencia, el riesgo es verdaderamente incierto y el siniestro comporta siempre para el asegurado mismo una pérdida patrimonial bajo la forma de gastos médicos u hospitalarios o bajo la forma de menores ingresos.

3. La aplicabilidad del fenómeno de la agravación del riesgo (art. 1060 C. Co.), la no aplicabilidad de la irreductibilidad, que sólo está regulada para los seguros de vida (art. 1160 C. Co.), y la no revocabilidad (art. 1159 C. Co.) son principios que no aplican a los seguros de personas diferentes al seguro de vida.

Adicionalmente, el análisis lleva a concluir que no existe oposición real entre el principio indemnizatorio y el hecho de que una póliza de seguro implique para el asegurador prestaciones prefijadas no sujetas a discusión en su monto. Lo anterior, puesto que:

a. El principio indemnizatorio no se opone a que se compensen pérdidas que son muy eventuales, o a que no se compensen ciertas pérdidas.

b. Cualquiera que sea la modalidad del seguro se previene la posibilidad que una de las partes obtenga del mismo un provecho ilimitado o un enriquecimiento indebido.

c. La admisibilidad de que el asegurador esté sujeto a prestaciones prefijadas no es un mecanismo diseñado para que el asegurado se enriquezca.

d. En el seguro de daños existen prestaciones prefijadas, como se ha visto, de los cuales son ejemplo los seguros de equipajes, multas y cláusula penal, gastos de repatriación.

e. Los seguros de personas no vida tratan de contribuir a ofrecer una cierta limitación de los efectos de la realización de un suceso, lo que explica que las sumas pagadas por el asegurador no sean objeto de una evaluación precisa en función del daño efectivamente sufrido.

De allí la conclusión: “Es necesario concluir que la idea de indemnización sirve de fundamento a los seguros de personas no vida. La sola

<sup>28</sup> NICOLAS. *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, cit., p. 256.

diferencia en cuanto a la manera de determinar la prestación del asegurador no permite justificar el hecho de que sean considerados opuestos a los seguros de daños<sup>29</sup>.

Los argumentos que se han acuñado para considerar que a los seguros de personas se aplica igualmente el carácter indemnizatorio son sobradamente conocidos, y de ellos debe sustraerse el hecho de que en la gran mayoría de los casos la prestación del asegurador está ciertamente justificada por el ánimo de compensar al menos en parte lo que se sabe es una pérdida de carácter patrimonial o al menos moral para las persona del asegurado; y es por ello que podría considerarse cierta la afirmación en el sentido de que lo único que tradicionalmente ha hecho descartar la presencia de un carácter indemnizatorio en el seguro de personas es el afán por prevenir la especulación sobre la persona humana y buscar alejar del todo la idea de que la persona misma, su integridad, su salud o aun su simple estética corporal pueda ser susceptible de valoración o de determinación en dinero.

Incluso se ha visto cómo las tradicionales diferencias de tratamiento que surgen del carácter indemnizatorio que se asigna tradicionalmente al seguro de daños y se niega al seguro de personas vienen teniendo excepciones; así por ejemplo: en el seguro obligatorio de accidentes automovilarios en Colombia admite la figura de la subrogación contra el mismo tomador del seguro conforme a lo dispuesto por el artículo 194 del estatuto financiero, con respecto a cualquier suma que se haya pagado como indemnización. Tal parece que en general temas como éste de la subrogación y el de la posibilidad de acumular o no diferentes indemnizaciones derivadas de seguros de personas o de responsabilidad civil, más que un asunto que toca con la naturaleza esencial de esas formas de seguro, obedece es a políticas legislativas coyunturales con vista a consideraciones de carácter moral, como lo proclama el mencionado estudio de NICOLAS<sup>30</sup>.

Las consideraciones anteriores permiten concluir que, salvo las prestaciones del asegurador que son características en caso de muerte del asegurado, cuando es posible la presencia de un beneficiario a título gratuito de la suma pagada por aquel, beneficiario respecto de cuya afectación material o moral por el hecho del acaecimiento del siniestro la ley del contrato es completamente indiferente, las demás podrían imputarse directa o indirectamente, en forma concreta o abstracta, a priori o a posteriori, a una intención indemnizatoria.

Lo anterior llevaría a pensar que definitivamente lo que caracteriza a los seguros de personas, esencialmente sustraídos al principio indemnizatorio, realmente es la circunstancia de poder hacer objeto del seguro un interés, naturalmente asociado a la integridad de la persona humana pero respecto del cual solo sea posible una apreciación subjetiva pura: la vida, la estética corporal o la integridad personal no asociada a la capacidad laboral. ¿Hasta qué punto es dable pensar que las aseguradoras estarían dispuestas a otorgar seguros de estas especificaciones, descontando, claro, el caso clásico del seguro de vida? Con razón se acepta que en los seguros de personas en

<sup>29</sup> *Ibíd.*, pp. 279 y 280.

<sup>30</sup> *Ibíd.*, p. 299.

general, descontando los cubrimientos de gastos asociados a la enfermedad, a la incapacidad o a la atención médica y hospitalaria, los valores asegurados en general sólo son admitidos después de un análisis detenido de la situación patrimonial de los asegurados, con lo cual definitivamente parece excluida la posibilidad de un seguro basado de manera exclusiva en el capricho o la simple afección aun en el campo de los seguros de personas tradicionalmente ajenos al carácter indemnizatorio.

De hecho, resulta notable que la ley colombiana en los artículos 1137 y 1138, al establecer la posibilidad de seguro sobre la vida de otro, cuya muerte o incapacidad puedan producir perjuicio económico al asegurado, establece claramente que en ese caso el valor del interés debe ser determinado si el eventual perjuicio es susceptible de evaluación cierta. ¿Sería claramente este un caso de seguro de personas sometido a los principios del seguro de daños?

En el análisis final, lo que realmente importa es establecer hasta qué punto la industria aseguradora estaría dispuesta a participar en contratos en donde fuera completamente indiferente la idea de reparación; y pareciera que ello solo se da realmente, a la larga, en los seguros individuales sobre la propia vida, sin beneficiario a título oneroso, en la medida en que, por definición, el asegurado mismo en este evento en ningún caso obtendrá una reparación para sí, y la presencia del beneficiario es completamente indiferente a su relación con el asegurado.

