

Análisis crítico del principio indemnizatorio en los seguros de daños*

JORGE EDUARDO NARVÁEZ BONNET**

Fecha de recepción: 21 de Noviembre de 2010
Fecha de aceptación: 15 de Diciembre de 2010

SUMARIO

I. Consideraciones preliminares

- A. El principio indemnizatorio en el Derecho de daños
- B. Contenido y extensión de la indemnización en el Derecho de daños
- C. La reparación integral del daño

II. Contrato de seguro e interés patrimonial

- A. Naturaleza de los seguros de daños
 - 1. Determinación de la suma asegurada en los seguros reales
 - 2. Excepción a la aplicación de la suma asegurada en los seguros reales
 - 3. Determinación de la suma asegurada en los seguros patrimoniales
 - 4. Excepción a la aplicación de la suma asegurada en los seguros patrimoniales

* El presente artículo es el resultado de un análisis académico detallado que realiza el autor, sobre la reparación integral en el Derecho de daños evaluando la naturaleza indemnizatoria que emana del contrato de seguro de daños.

** Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, profesor de la Especialización y Maestría en Derecho de Seguros de la misma universidad y de la especialización en Seguros de la Universidad Externado de Colombia. Socio de la firma Narvárez y Peláez abogados, miembro de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros (Acoldese).

Correo electrónico: narvaez_abogados@cable.net.co

- B. La medida de la indemnización en los seguros de daños
 - 1. La indemnización derivada de los seguros de daños
 - 2. Excepciones al principio indemnizatorio en los seguros reales
 - 2.1. Las pólizas por valor tasado o admitido
 - 2.2. Las pólizas por valor a nuevo
 - 3. Excepciones al principio indemnizatorio en los seguros patrimoniales
 - 3.1 La cláusula de proporcionalidad en los seguros de cumplimiento
 - 3.2. La responsabilidad del asegurador garante al asumir la obra
 - 3.3. El seguro de lucro cesante
 - 4. Supuestos preestablecidos de valoración del daño indemnizable
 - 5. Factores que inciden en el monto de la indemnización
 - 5.1. Supraseguro
 - 5.2. Infraseguro
 - 5.3 Seguros a primer riesgo o a primera pérdida
 - 5.4. Coaseguro pactado u obligatorio
 - 5.5. Deducibles y franquicias
 - 5.6. Indemnización aliunde
 - 5.7. Cláusulas de valuación, límite de responsabilidad y de restablecimiento
 - 5.8. Indexación de la suma asegurada
 - 5.9. Coexistencia y concurrencia de seguros

III. Conclusiones

Bibliografía

RESUMEN

De manera generalizada se afirma que los seguros de daños (reales y patrimoniales) están presididos por el principio indemnizatorio; sin embargo, en la praxis no son pocas las veces en que los asegurados o beneficiarios experimentan un sentimiento de frustración al efectuarse la liquidación de la pérdida indemnizable, lo que obedece a la forma de operación de este principio en el marco propio de los seguros de daños, que lo apartan de forma notoria de su aplicación en el ámbito del Derecho de daños. Si bien, se aducen argumentos de distinto tipo, lo cierto es que la reparación integral del daño que se predica en el ámbito de la responsabilidad civil, no resulta aplicable en frente de los seguros de daños, pues como se pretende comprobar en este estudio, las consecuencias patrimoniales del daño que se valoran y resarcan bajo un seguro de daños, por lo general, pueden ser mucho más limitadas.

La tarea de corroborar este aserto, hace imperioso deslindar el ámbito propio de la reparación integral en el Derecho de daños y evaluar la naturaleza indemnizatoria que

emana del contrato de seguro de daños y su proyección, para precisar su naturaleza resarcitoria y la extensión y contenido de la protección otorgada bajo este tipo de amparos.

Palabras clave: Indemnización integral en la responsabilidad civil, medida de la indemnización en los seguros de daños, excepciones al principio indemnizatorio, limitantes.

Palabras clave descriptor: Seguros de daños, indemnización de perjuicios, responsabilidad civil.

ABSTRACT

Property and casualty insurances are governed by the principle of indemnity; in practice, in several occasions insureds and beneficiaries experience a feeling frustration when is ascertained the settlement of the recoverable loss, which obeys to the way this principle works under property and casualty insurances. Though, there are arguments of different type supporting such fact, full and complete indemnification which is proper on the area of civil liability, is not applicable in the same way under property and casualty insurances, since it is tried to verify in this study, the patrimonial consequences of any damage as they are valued and indemnified under a property and casualty insurances, can be much more limited.

The task of corroborating this assertion, does imperiously leads to define the area where full and complete indemnification related to civil liability applies and to evaluate how principle of indemnity arising from property and casualty insurance contracts works and therefore, the extension and content of the protection granted under this type of insurance contracts.

Key words: full and complete indemnification under civil liability, measure of indemnity under property and casualty insurances, exceptions to the principle of indemnity, limitations.

Key words plus: property insurance, indemnification of damages, civil liability.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El artículo 1088 del Código de Comercio colombiano consagra, a semejanza de multitud de legislaciones, el principio indemnizatorio bajo los seguros de daños, al expresar que serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para el asegurado fuente de enriquecimiento.

Tal postulado se ha dicho, tiene una justificación histórica ante la necesidad de deslindarlo del juego y la apuesta y de protegerlo de eventuales fraudes y en este sentido se funda en una razón de orden público, lo que relleva su carácter imperativo.

El aspecto a destacar en este instante es que la indemnización que puedan derivar del contrato de seguro el asegurado o beneficiario no es de carácter integral, porque adolece de restricciones de carácter legal o éstas pueden provenir de las estipulaciones propias del contrato; algunas limitan ese derecho por insuficiencia de la suma asegurada; otras, hacen partícipe al asegurado de la gestión del riesgo (deducibles, franquicias, coaseguros) y en no pocas veces, se regula la valoración de los intereses dañados (cláusulas de valuación, limitaciones en el restablecimiento de la suma asegurada, restricciones en la determinación del límite de responsabilidad a través de cláusulas de proporcionalidad, entre otros supuestos) y en otras hipótesis que no derivan de la protección misma otorgada bajo la respectiva cobertura, el derecho a la indemnización del asegurado o beneficiario puede verse afectado por deficiencias del negocio jurídico mismo que determinen su inexistencia, su nulidad o son consecuencia del proceder del asegurado en la satisfacción de las obligaciones a su cargo derivadas del acaecimiento del siniestro como aquellas relativas a la preservación del derecho de subrogación del asegurador, la declaración de los seguros coexistentes, o por el hecho de desplegar una conducta carente de buena fe durante el trámite de la reclamación; circunstancias éstas últimas que pueden conducir inexorablemente a la pérdida del derecho del asegurado a la indemnización.

Ese carácter más restrictivo que claramente posee el principio indemnizatorio en los seguros de daños, explica la manera como se ha flexibilizado en la praxis en el curso de las últimas décadas, por obra en veces del mismo legislador o ante la inclusión de estipulaciones al momento de concertar el seguro, cuyo uso cada vez más generalizado, tienden a convertirlas en prácticas propias de la gestión aseguradora respecto de cierto tipo de productos.

A. El principio indemnizatorio en el Derecho de daños

El principio general que preside la responsabilidad civil es que nadie debe sufrir las consecuencias de la conducta negligente o culposa de otra persona (*nemo ex alteria culpa praegravari debet*) y lo cual conduce al examen de los elementos que componen el perjuicio y que, de conformidad con el artículo 1613 del Código Civil, lo constituyen el daño emergente y el lucro cesante, vale decir, el detrimento o la lesión que sufre el acreedor y la ganancia o provecho que deja de percibir como consecuencia de ello.

Perjuicio que en esas dos dimensiones debe ser acreditado por quien lo sufre, en virtud del principio de *onus probandi* y según el cual, quien pretende que se le reconozcan las consecuencias previstas en una norma jurídica debe acreditar los supuestos fácticos en ella previstos (art. 177 C. de P.C.) y que tiene por excepciones: cuando la obligación consistía en el pago de una suma de dinero y el acreedor sólo cobra interés o cuando se pretende hacer efectiva la cláusula penal pactada en que el perjuicio se presume, siempre que se encuentre debidamente acreditado el incumplimiento (art. 1592) porque es ese el sentido del artículo 1599 del Código Civil cuando dispone: "... sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio".

Se afirma que el daño en un elemento esencial de la responsabilidad y en cuanto tal debe existir y ser susceptible de determinarse; además, ese detrimento debe ser contrario al ordenamiento jurídico para que surja la obligación de repararlo para su autor, como quiera que puedan derivarse perjuicios en el desarrollo de una actividad legítima, pero que por ese sólo hecho no facultan al afectado para demandar su reconocimiento y reparación como acontece en el libre juego de la competencia para atraer un mercado potencial de compradores de bienes y servicios y donde las cuotas de mercado entre los oferentes dependerá del mayor grado de eficacia en sus gestiones de comercialización y venta de los productos.

También puede acontecer que el daño exista, pero que no deba ser reparado, porque no le es imputable al supuesto autor del mismo y como carece del elemento de imputación en razón a que la relación de causalidad entre la actividad del agente y el daño mismo se rompe ante la intervención de una causa extraña (fuerza mayor, caso fortuito culpa exclusiva de la víctima o hecho de un tercero).

Quien pretende en resarcimiento de un daño debe acreditarlo en desarrollo del principio de la carga prueba (*actori incumbit probatio*) consagrado en el artículo 177 del

Código de Procedimiento Civil lo cual implica que la víctima debe demostrar su existencia y la cuantía del mismo y para ese efecto, ha de tenerse en cuenta que como requisitos del daño resarcible, tradicionalmente se ha señalado que debe ser personal, cierto y directo.

El carácter personal del daño, significa que haya sido sufrido por quien lo reclama (*legitimatío ad causam por activa*) lo que en el caso colombiano, ha resultado adicionado con la exigencia de demostrar que se trataba de una situación jurídicamente protegida, para proscribir la reparación del daño cuando se lesionan intereses que son producto de una actividad ilegal.

Dentro de este carácter personal, cobra importancia si la víctima reclama un derecho propio (*de iure propio*) o como heredero y esa calidad habrá de tenerla presente para acudir a la jurisdicción por vía extrajudicial o judicial; así en el caso de reclamaciones con ocasión de un accidente aéreo, debería accionar por vía extracontractual y en ejercicio del derecho propio, como directamente lesionado por el fallecimiento, por ejemplo, de alguno de sus progenitores.

En materia de certidumbre del daño, se hace referencia a que éste efectivamente se haya producido o que aparezca como una consecuencia cierta y directa de la conducta dañosa y en este orden de ideas, se distingue entre daño consolidado o que ha alcanzado claramente su identidad porque ya ha agotado sus efectos.

En contraposición, es daño no consolidado aquel que aún no ha cobrado entidad pero que en el futuro es muy factible que se materialice. En el campo de la responsabilidad del Estado se ha venido esgrimiendo la "teoría de la pérdida de una oportunidad" y que evalúa las posibilidades de desarrollo de la víctima dadas sus ejecutorias previas y su perfil profesional o económico¹.

1 En el perjuicio no consolidado y que pretende basarse en la teoría de la pérdida de una oportunidad, responde a las consecuencias económicas de una situación fáctica que tenía un alto grado de probabilidad de existencia y que por razón del daño está inexorablemente perdida; de no subsistir alguna probabilidad el daño sería de carácter eventual y en cuanto tal no indemnizable. En la pérdida de una oportunidad, "lo que se repara no es el daño que resulta de que un acontecimiento que hubiera podido producirse no se produjo, puesto que, desde luego, no se sabía si dicho acontecimiento se iba a producir y que no se podía tratar de reparar el daño posible, sino el daño que resultara de lo que el deudor hizo para que el acontecimiento ya no se produjera lo que da lugar a la reparación, son únicamente las consecuencias que resultan de la privación de una oportunidad para que un acontecimiento pueda producirse" y por lo tanto, el quantum del daño resarcible "...no puede corresponder al perjuicio que resulta porque el acontecimiento no se produjo. Sólo corresponderán a una suma menor, la cual no es fácil de evaluar y da lugar, como en cuanto al perjuicio moral, a aplicar un criterio arbitrario". (LARROUMET, CHRISTIAN *Teoría General del Contrato*, Editorial Temis S.A., 1999, Bogotá D.C., págs. 84 y 85).

En consecuencia, esta nueva proyección del daño resarcible se fundamenta en el hecho que reparar implica no sólo restablecer a la víctima en la situación que tenía en el momento inmediatamente anterior al daño, sino también compensar la totalidad del detrimento causado.

B. Contenido y extensión de la indemnización en el Derecho de daños

Es claro que hoy día la discusión que se planteó en el Derecho de Daños, sobre si la obligación de indemnizar, se refería a detrimentos de carácter patrimonial o extrapatrimonial, se encuentra superada, pues no se limita a bienes de contenido económico y se parte de la premisa que en frente de los mal llamados extrapatrimoniales, de manera indirecta o consecucional, se causa un daño al patrimonio de la víctima que debe ser reparado. Es por ello que hoy día la doctrina prefiere acogerse a la clasificación de los perjuicios en materiales e inmateriales, pues corresponde a un mayor rigor semántico y jurídico, para dar cabida dentro de éstos últimos, al denominado daño moral y al perjuicio fisiológico o de alteración en las condiciones de existencia.

Por supuesto que, la medida de la indemnización comprenderá lo requerido para restablecer los bienes dañados y así mismo las diversas erogaciones incurridas por la víctima con motivo del evento dañoso y en general, los perjuicios ciertos, actuales y futuros de carácter cierto, que de esa situación dañina se desprendan.

C. La reparación integral del daño

A raíz de la expedición de la Ley 446 de 1998, en la legislación colombiana se consagró positivamente a través del artículo 16 de dicha ley, el principio de la indemnización plena o de la reparación integral, que ya había sido acogido por la jurisprudencia del Consejo de Estado y que para algún sector de la doctrina nacional, no es otra cosa que la proyección en el ámbito propio de la responsabilidad civil del artículo 1627 del Código Civil al disponer que: *"El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes."*

Dicho precepto tuvo la virtud de incorporar dentro de las normas generales relativas a la eficiencia en la justicia y, particularmente, en materia de valoración de daños, la regla que: *"Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales"*.

De esta forma, la búsqueda por parte del juez de preservar la indemnización integral del daño, es aplicable en cualquier jurisdicción y lo cual choca con la evidencia que hoy día la tasación de algunos componentes del daño no se efectúa utilizando los mismos parámetros en las distintas jurisdicciones, como acontece, por ejemplo, frente al daño moral y el perjuicio a la vida de relación².

2 En este sentido la Corte Constitucional en sentencia C-163 de 2000 reiteró que las autoridades judiciales deben garantizar que las víctimas y perjudicados por un hecho

Con evidente sustento en la equidad, la indemnización integral conlleva la actualización del valor del perjuicio entre la fecha en que el daño se ocasiona y aquella en que efectivamente se indemniza, de tal forma que en términos reales la indemnización no sufra desmedro por el simple transcurso del tiempo.

Sin embargo, este principio de la reparación integral del daño no es de carácter absoluto, habida cuenta que puede ser limitado por obra del legislador, al consagrar excepciones, como claramente acontece, con los baremos o topes indemnizatorios, cuyo fundamento algunos aprecian en la necesidad de estabilizar el nivel de primas bajo las pólizas de seguros respecto de ciertas actividades o tipos de daños y de esa forma garantizar la disponibilidad de las coberturas³. Baremos que son límites de indemniza-

punible obtenga una reparación integral que comprenda la indemnización de tales daños, además de los perjuicios materiales, en estos términos: "(...) *independientemente de la jurisdicción encargada de establecer el quantum de una indemnización de perjuicios, el operador jurídico deberá propender porque la reparación sea integral, es decir que cubra los daños materiales y morales causados, ya que a las autoridades judiciales les asiste el compromiso de investigar y juzgar los delitos, no sólo con el ánimo de protección de aquellos bienes jurídicamente tutelados de singular importancia para la comunidad, sino también para administrar justicia en forma que mejor proteja los intereses del perjudicado, quien es concretamente, el titular del bien jurídico afectado. En consecuencia, si en un caso particular la víctima o sus causahabientes estiman que el juez civil no incluyó en la liquidación de los perjuicios otros factores como los daños morales, obviamente pueden procurar que la indemnización sea efectivamente integral acudiendo a los medios que el ordenamiento jurídico establezca para el efecto*".

Posteriormente, en la sentencia C-916 de 2002, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, sobre esta misma materia, esa misma Corporación destacó que: "...*la tendencia ha sido a reconocer el derecho de las víctimas a ser reparadas íntegramente, con el fin de restablecer las cosas a su estado inicial (restitutio in integrum), y cuando ello no es posible, a ser compensadas por los daños sufridos. Esta reparación incluye tanto daños materiales como morales. Comprende tradicionalmente el *damnum emergens*, el *lucrum cesans* y el *prezum doloris*, incluye la posibilidad de exigir intereses y se calcula en el momento de la expedición de la sentencia judicial.*

"La reparación del daño ocasionado por el delito tiene como finalidad dejar a la víctima y a los perjudicados por el hecho punible en la situación más próxima a la que existía antes de la ocurrencia del mismo. De ahí que se haya establecido, como se anotó anteriormente, que la indemnización ha de ser justa".

- 3 PINTOS AGER, JESÚS, "Baremos, seguros y Derecho de daños", Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2000, págs. 184 y 189. La otra característica de los baremos, es que, usualmente, van ligados a actividades consideradas como peligrosas o creadoras de riesgo para lo demás integrantes del conglomerado social *v.gr.* transporte aéreo, marítimo y terrestre, energía nuclear y en algunos países también se incluye la indemnización por lesiones corporales causadas por actos terroristas.

En la doctrina hoy día se propugna por la diferenciación entre techos o límites indemnizatorios y baremos, sobre la base que éstos últimos consisten fundamentalmente en matrices indemnizatorias que toman en consideración variables que se estiman

ción que se consagran en la ley o en tratados internacionales con el ánimo de proteger la explotación económica de algunas actividades, de tal manera que los daños que se deriven de las mismas, no resulten en exigencias económicas por parte de las víctimas que sean desmesuradas o catastróficas y que coloquen en vilo o hagan poco atractivo el desarrollo de las mismas para los empresarios y en cuya existencia y continuidad está directamente interesada la comunidad, porque suele tratarse de actividades consideradas como servicios públicos esenciales.

Otra excepción al principio de indemnización integral se encuentra en los denominados daños punitivos o ejemplarizantes del sistema anglosajón⁴, no admisibles en nuestro sistema positivo, y los cuales, como su nombre lo indica, son una sanción económica que pretende servir de reguladora de las conductas en sociedad a través de su carácter ejemplarizante. Al fin y al cabo para que pueda darse el daño punitivo es preciso que exista la intención de causar un perjuicio o la actuación ultrajante del infractor y que por ende, se identifica con situaciones de agresión física, difamación, o de promover temerariamente un proceso etc.⁵.

Igualmente, la doctrina contemporánea, también señala como excepción al principio de indemnización integral del daño, la forma de resarcimiento en el caso de violación de los derechos de autor, donde el criterio para la cuantificación del perjuicio lo determina el provecho obtenido por el causante del daño.

como determinantes del daño indemnizable y que en el caso colombiano, un ejemplo típico correspondería al manual de evaluación de incapacidades dentro del régimen de seguridad social o decretos 692 y 1436 de 1995, elaborados con base en estudios de la Asociación Americana de Medicina y modificados posteriormente por el decreto 917 de 1998.

- 4 Puede afirmarse que en ese sistema "Para que proceda el daño punitivo se requiere, entonces, la existencia del *intent*, es decir, de la intención de causar un perjuicio, o de la *malice*, es decir de la actuación ultrajante, ofensiva o desenfrenada por parte del demandado. En varios eventos se puede presentar la figura, siempre que se reúnan los requisitos ya anotados; cuando existió agresión física (*battery*); cuando hubo difamación (*defamation*); cuando se inició maliciosamente un proceso; cuando se dieron falsas declaraciones respecto del comercio de otro o, por ejemplo, cuando se incurrió en una conducta temeraria (*reckless conduct*), como conducir embriagado. (HENAÓ, JUAN CARLOS *El daño*, publicación de la Universidad Externado de Colombia, 1998, pág. 46).
- 5 En la doctrina colombiana algunos estudiosos ven resquicios de los daños punitivos en el artículo 997 del Código Civil en materia de servidumbres, cuyo tenor es el siguiente: "*Siempre que de las aguas de que se sirve un predio, por negligencia del dueño en darles salida sin daño de sus vecinos, se derramen sobre otro predio, el dueño de éste tendrá derecho para que se le resarza el perjuicio sufrido, y para que en caso de reincidencia se le pague el doble de lo que el perjuicio le importare*" y así mismo, identificaban otro supuesto, en el artículo 107 del derogado Código Penal que para la fijación de la indemnización exigía tener en cuenta la naturaleza del hecho para la tasación del daño (HENAÓ, JUAN CARLOS *El daño*, publicación de la Universidad Externado de Colombia, 1998).

De todas maneras lo que resulta plausible es que bajo este criterio de reparación integral tiene cabida la actualización del valor del daño para que la víctima no se vea afectada por la depreciación monetaria y en ello se justifica que el juzgador actualice la condena, aún de oficio. Más recientemente, un sector de la doctrina foránea propugna porque la indemnización plena del daño deba medirse en función de la capacidad económica de los patrimonios en juego y lo cual es materia de intensos debates, aunque esa postura también obedece al deseo que la indemnización no conlleve un detrimento patrimonial desmesurado para quien deba responder por ella.

Este principio de reparación integral, es blanco de críticas porque se estima que deja un amplio campo de acción a la equidad y al arbitrio del juez, lo que genera temor ante un eventual desbordamiento no sólo en la cuantía de los perjuicios efectivamente causados sino también en que propicie una innecesaria generosidad con algunos rubros del daño, cuya medición con base en factores objetivos resulta prácticamente imposible. Como ejemplo de ello se citan: el perjuicio de afección, el daño moral, el perjuicio estético, el perjuicio ocasionado por una muerte, etc. Y claro está que de suceder esto, el sistema mismo de reparación de daños que provee el seguro, pudiera tornarse cada vez más restrictivo o tan oneroso que encarecería el bien o servicio en cuya producción o ejecución se ocupa el empresario y con un detrimento consecuencial para la misma comunidad por esa vía.

En síntesis, la reparación integral del daño se basa en cuatro (4) principios, a saber: se debe cuantificar la incidencia en la persona y el patrimonio de la víctima salvo los casos en los cuales la ley tasa de antemano los perjuicios (art. 1031 C. de Co.) o un tope en la indemnización (art. 1881 C. de Co.); el daño debe ser reparado en función de la relación de causalidad con la actividad cumplida por el responsable; en la valoración sobre la extensión y cuantificación del daño no se debe atender a la mayor o menor entidad de la culpa, salvo la distinción contenida tanto en el artículo 1616 del Código Civil sobre el dolo y la culpa, como la denominada compensación de culpas prevista en el artículo 2357 del mismo estatuto y como la indemnización no debe constituir lucro o enriquecimiento para la víctima, deben desestimarse factores que revistan el carácter de meramente sancionatorios o punitivos.

II. CONTRATO DE SEGURO E INTERÉS PATRIMONIAL

A. Naturaleza de los seguros de daños

De acuerdo con lo expuesto por PICARD y BESSON, el principio indemnizatorio es tan antiguo como el seguro mismo, como quiera que es un postulado propio del seguro marítimo de todos los tiempos y adoptado por los seguros terrestres desde cuando comenzaron a desarrollarse⁶.

6 “Les assurances terrestres en Droit français”, L.G.D.J., Paris, 1975, pág. 301.

Esto explica porque, en una primera etapa el principio indemnizatorio fuera aplicable al contrato de seguro en general; sin embargo, con la aparición de los seguros de vida, se colocó en tela de juicio que la base de esta modalidad de seguro también consistiera en la indemnización de un daño efectivamente sufrido que pudiera ser materia de valoración, lo cual ciertamente no resultaba aplicable al seguro de vida, pues claramente la suma asegurada no era establecida por el tomador sobre la base del valor de bien alguno o en relación con un determinado perjuicio fijado de antemano.

Es más, el seguro de vida se proscribió durante mucho tiempo, pues se le consideraba como una típica operación especulativa y que en cuanto tal atentaba contra la moral, el orden público y las buenas costumbres y tan sólo vino a tener mayor cabida en la medida en que sus bases estadísticas fueron adquiriendo mayor entidad, vale decir, con el surgimiento y consolidación de las tablas de vida probable o de mortalidad⁷.

Ante esa evidente imposibilidad de valorar el perjuicio que pudiera derivarse de la extinción de una vida, esta modalidad de seguros se estructuraron sobre la base del pago de una prestación que podía o puede consistir en un capital o en la satisfacción de una renta con carácter inmediato o diferido⁸.

La doctrina especializada señala que ese debate relativo a que el seguro no siempre consistiera en la indemnización de un daño efectivamente sufrido, dio lugar al surgimiento de la teoría de la necesidad sustentada por el profesor HANS MÖLLER y según la cual el fundamento de los seguros se encontraba en la satisfacción de la necesidad de protección y por ello, se le conoce como la teoría monista. A esta postura, se opuso la teoría dualista según la cual los seguros se dividían en dos grandes especies: los seguros de cosas, a los cuales es aplicable el principio indemnizatorio y los seguros de personas o de sumas, en los cuales no tiene cabida. Clasificación que, posteriormente, pretendió replantearse con la clasificación entre seguros de indemnización objetiva y de indemnización subjetiva y cuya diferencia estriba en el momento en que el importe de la

7 JARAMILLO, CARLOS IGNACIO, "Aspectos medulares del seguro sobre la vida en el derecho colombiano: Visión comparada", XVII Encuentro Nacional de Acoldece, Paipa, octubre de 1992, Edit. Guadalupe, pág. 103 y ss.

8 A este respecto, cabe anotar que históricamente, el seguro se desarrolló como una respuesta a la necesidad de protección de las travesías marítimas y de los diversos intereses involucrados en ellas y por ello, ha primado la concepción, ciertamente de carácter relativo, que el seguro está destinado a indemnizar al asegurado por el detrimento patrimonial que sufra como consecuencia del acaecimiento del riesgo asegurado. Sin embargo, con la aparición del seguro de vida, esa concepción hizo crisis, porque resultaba difícil valorar el daño resultante por la muerte de una persona y por eso puede decirse que "si el seguro es para caso de muerte, no puede decirse que el daño recarga sobre quien fallece. Si el seguro es para caso de vida (seguro de vejez), tampoco es cierto que necesariamente se produzca un daño, o mejor, un lucro cesante, si el asegurado sigue siendo apto para trabajar" (GARRIGUES, JOAQUÍN, *Contrato de seguro terrestre*, 2a. edición, Imprenta Aguirre, Madrid, 1982, pág. 31).

indemnización se establece, ya sea a la realización efectiva del siniestro y en el cual entran a valorarse los intereses asegurados que resultan dañados por el acaecimiento de un riesgo amparado; o bien, dicha indemnización se establece anticipadamente al momento de la celebración o conclusión del contrato, porque no obedece a parámetros de carácter material u objetivo, sino que responde a la suma asegurada solicitada por el tomador de la póliza y respecto de la cual, el asegurador calcula el importe de la respectiva prima, como precio de la protección que otorga.

Sin duda, la naturaleza indemnizatoria de los seguros en general (teoría monista) y la necesidad de excluir a los seguros de personas y en particular, al seguro de vida de dicho carácter resarcitorio (teoría dualista), ha generado amplios debates doctrinales entre destacados expositores de la mayor altura intelectual⁹.

Ahora bien, respecto de los seguros de daños, según las voces del artículo 1083 del estatuto mercantil: "*Tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo*" e indica también ese precepto que: "*Es asegurable todo interés que, además de lícito, sea susceptible de estimación en dinero*".

Si bien es cierto, la existencia del interés del tomador presupone la existencia de la cosa o del bien a la cual se encuentra vinculado al momento de celebrarse el contrato, no le es menos que este es un principio predicable no sólo de los seguros reales, habida cuenta que el contrato de seguro de daños puede tener como objeto la protección del patrimonio de una persona, caso en el cual se les denomina como seguros patrimoniales (seguro de lucro cesante, seguro de responsabilidad civil, seguro de cumplimiento, etc.) y en este último caso, es preciso puntualizar que desde luego, no es menester que dicho patrimonio se vea afectado directamente, pues basta que esa posibilidad sea susceptible de presentarse de modo indirecto, como sucede en los seguros de lucro cesante. Sin embargo, esa eventualidad no significa que la operación de seguros sea especulativa y se asemeje al juego o a la apuesta, pues es indiscutible que la determinación del daño indemnizable bajo ese tipo de amparos de lucro cesante se surte sobre bases objetivas, como usualmente son los libros de contabilidad si realmente reflejan la "*historia clara, completa y fidedigna de los negocios del comerciante,...*" (C. de Co., art. 50).

Como puede apreciarse, el interés asegurable en los seguros de daños se identifica con la noción de posibilidad de afectación o detrimento patrimonial, lo cual genera una clara conexión con el carácter indemnizatorio de este tipo de amparos. Principio indemnizatorio bajo los seguros de daños, que tiene una justificación histórica ante la

9 Sobre el particular, véase JARAMILLO, *op. cit.*, pág. 125.

10 BRIÈRE DE L'ISLE, GEORGES, "Droit des Assurances", Presses Universitaires de France, París, 1973, págs. 173 y 174. GIRGADO PERANDONES, PABLO, *El principio indemnizatorio en los seguros de daños -Una aproximación a su significado*, Editorial Comares, Granada, 2005, págs. 73 y 74.

necesidad de deslindarlo del juego y la apuesta¹⁰ y de protegerlo de eventuales fraudes y en este sentido se funda en una razón de orden público, lo que relleva su carácter imperativo.

Igualmente, como soporte del principio indemnizatorio en los seguros de daños, se ha esgrimido la doctrina del enriquecimiento injusto, como quiera que al recalcar el carácter resarcitorio de este tipo de contratos, se asevera que no podrán constituir fuente de enriquecimiento. En este sentido, se expresa que la garantía otorgada por el asegurador bajo un seguro de daños se encuentra limitada por obra de la suma asegurada y por el principio indemnizatorio¹¹ que prohíbe el enriquecimiento del asegurado o beneficiario y la restringe a la entidad misma del perjuicio sufrido.

Determinación de la suma asegurada en los seguros de daños que obedece a parámetros diferentes en los seguros reales y en los seguros patrimoniales. Entendiendo por los primeros los que están vinculados a bienes determinados y por los segundos, los que buscan proteger genéricamente el patrimonio del asegurado, pero ante eventualidades específicas y lo cual explica la existencia de distintas modalidades bajo éstos últimos.

1. Determinación de la suma asegurada en los seguros reales

Como el interés asegurable debe tener un valor estimable en dinero, surge la necesidad de valorarlo al momento de la celebración del contrato y con una clara proyección respecto de la prestación indemnizatoria asumida por el asegurador, habida cuenta que ese postulado indemnizatorio se encuentra tutelado por preceptos de carácter imperativo, pues el artículo 1089 del Estatuto Mercantil, establece de manera perentoria que *"la indemnización no excederá en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o beneficiario"* y como al tenor del artículo 1079 del mismo código, la suma asegurada constituye el límite máximo de la responsabilidad del asegurador, es claro que, que si el tomador realiza una evaluación adecuada de ese interés que pretende proteger al momento de contratar la póliza, el seguro podrá cumplir a cabalidad ese cometido indemnizatorio.

Tratándose de seguros reales o sobre bienes determinados, la medida de la indemnización vendrá dada por el valor de uso o valor real, por regla general, pero también puede corresponder al valor a nuevo o de reposición o de remplazo o por el valor tasado o admitido, o aún por el valor venal, dependiendo de la naturaleza de los bienes y de la manera como hubiere sido contratado el amparo es decir, como se estipule dentro de la respectiva póliza (Código de Comercio, arts. 1089, 1090 y 1752).

En consecuencia, los seguros reales y patrimoniales, especies de los seguros de daños, son de carácter eminentemente compensatorio. El compromiso que adquiere el asegurador

11 LAMBERT-FAIVRE, YVONNE, *Droit des Assurances*, troisième édition, Dalloz, París, 1979, pág. 249 y ss. OSSA GÓMEZ, EFRÉN, *Teoría General del Seguro -El contrato-*, Editorial Temis, 1991, pág. 128 y ss.

mediante el contrato de seguro consiste en el resarcimiento del daño en los términos y condiciones acordados bajo el respectivo contrato de seguro, es decir, pretende restituir al asegurado o beneficiario a la situación patrimonial en que se encontraría de no haberse presentado el siniestro, pero con sujeción a las restricciones y limitantes del amparo.

En este primer aspecto comienza a cobrar relieve que el principio indemnizatorio como se manifiesta en los seguros de daños se distancia de la forma de operación en el Derecho de daños donde se persigue la indemnización integral de la víctima, por cuanto no conlleva a una necesaria sinonimia entre monto de la indemnización derivada de la póliza y quantum de la pérdida, porque si bien son múltiples los factores que pueden limitar esa indemnización bajo el contrato de seguro, el de mayor trascendencia tiene que ver con la suficiencia de la suma asegurada, porque el carácter resarcitorio de un seguro de daños impone que esa compensación no pueda exceder, en ningún caso, del límite de valor asegurado¹².

2. Excepción a la aplicación de la suma asegurada en los seguros reales

El principio general es que la suma asegurada representa la responsabilidad máxima del asegurador; sin embargo, la misma ley contempla excepciones como sucede en frente de los gastos de salvamento, que se reputan como expensas razonables en que incurre el asegurado, una vez ocurrido el siniestro, a fin de evitar su propagación y aminorar sus efectos o con el propósito de colocar bajo resguardo los bienes asegurados (C. de Co., art. 1074).

La obligación que de manera inmediata a la ocurrencia del siniestro debe asumir y satisfacer el asegurado, hace relación a la adopción de las medidas que sean convenientes y necesarias para evitar su propagación y a procurar el **salvamento de las cosas aseguradas**. Estas tareas debe ejecutarlas de manera diligente y tal como hubiera procedido en el evento de que no contara con la protección que le brinda la póliza de seguro.

El inciso 2º del artículo 1074 del Estatuto Mercantil impone al asegurador hacerse cargo, dentro de las normas que regulan la indemnización, de los gastos razonables en que incurra el asegurado en cumplimiento de la obligación de evitar la extensión y propagación del siniestro y de proveer al salvamento de las cosas aseguradas.

En consecuencia, el sentido de esta disposición ante la perentoria exigencia que contiene el artículo 1079, es que el principio general relativo a que el asegurador no está

12 La indemnización derivada de un contrato de seguros no es integral porque son múltiples los factores que pueden limitarla, pero sin duda, MORIGERA este postulado que, en ocasiones, por disposición de ley, el asegurador debe responder en exceso de la suma asegurada, como sucede, verbigracia, con los **gastos de salvamento**; o aquella otra relativa a los gastos de defensa bajo los amparos de responsabilidad civil.

obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada, tiene como excepción los gastos de salvamento. Habrán de satisfacerse con arreglo a las normas que regulan la indemnización, lo cual en criterio del desaparecido maestro J. EFRÉN OSSA significa que: "...si esta debe ser compartida con el asegurado, porque sea procedente, v. gr. la regla proporcional 8 art. 1102), también deben serlo aquellos en igual proporción. Lo mismo si la prestación asegurada debe reducirse, en caso de inexactitud o reticencia provenientes de error inculpable, por aplicación del art. 1058, inc. 3º, del Código de Comercio"¹³.

3. Determinación de la suma asegurada en los seguros patrimoniales

Tratándose de seguros patrimoniales, los principios aplicables son bien distintos de aquellos que gobiernan los seguros reales, pues si se trata de un seguro de lucro cesante deberá atender criterios de carácter objetivo, como sería el posible comportamiento de la utilidad bruta y de los gastos fijos durante el período de cobertura que pretende amparar; mientras que en los seguros de fianza o de cumplimiento de contrato, generalmente los límites asegurados de los amparos se fijan en función de un porcentaje sobre el valor total del contrato y por su parte, en los de responsabilidad civil, el tomador cuenta con una relativa libertad, pues, para establecer la suma asegurada habría de analizar los riesgos que pretende amparar y el grado de exposición que podría tener ante las circunstancias más gravosas que alcance a imaginar, vale decir, evaluar las distintas eventualidades en que el asegurado pueda ver comprometida su responsabilidad para determinar la pérdida máxima posible o PML y para lo cual es pertinente tomar en consideración múltiples factores.

Aquí se pone en evidencia que tampoco en los seguros patrimoniales, la indemnización tiene carácter integral porque se restringe a algunos tipos de perjuicios que se derivan del daño y lo cual podría remediarse al momento de definir el amparo, como etapa previa a la contratación del seguro. De tal forma que la protección, por ejemplo, bajo los amparos de responsabilidad civil se extienda al lucro cesante y la mención de perjuicios patrimoniales cobije los denominados extrapatrimoniales.

En síntesis, en virtud de la naturaleza indemnizatoria de los seguros de daños, en los patrimoniales se debe colocar a la víctima en las mismas condiciones que tenía en el instante inmediatamente anterior al del daño, limitado al daño emergente y por contera, sería deseable que se extienda al lucro cesante y a los perjuicios inmateriales, ya consistan en daño moral, perjuicio fisiológico o alteración en las condiciones de existencia.

4. Excepción a la aplicación de la suma asegurada en los seguros patrimoniales

Bajo este supuesto quedan cobijados los gastos de defensa en las coberturas de responsabilidad civil, que como su nombre lo indica, hacen relación a las erogaciones

13 *Teoría general del seguro- El contrato-*, segunda edición, Editorial Temis, Bogotá, 1991, pág. 414.

que el asegurado incurra para su defensa dentro del proceso judicial que se promueva en su contra, cuando la víctima o sus causahabientes pretendan deducirle en juicio alguna responsabilidad y, desde luego que, con las limitaciones previstas en el artículo 1128 del Código de Comercio.

Otro supuesto tiene que ver con la indexación de la suma asegurada en los seguros de responsabilidad civil, según un pronunciamiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como se analiza más adelante.

B. La medida de la indemnización en los seguros de daños

1. La indemnización derivada de los seguros de daños

La indemnización derivada de los seguros de daños, no es de carácter integral o plena, por razón de múltiples factores que son materia de examen enseguida.

Es claro que la suma asegurada y el valor del interés, al momento de acaecer al siniestro, deben guardar correspondencia so pena de dar cabida a la aplicación de la regla proporcional; y que la indemnización suele limitarse al daño emergente, pues amparar el lucro cesante requiere de pacto expreso.

También desvirtúan la integralidad y plenitud de la indemnización, las franquicias y deducibles, que pretenden hacer partícipe al asegurado o beneficiario en la indemnización e idéntico propósito cumplen los denominados coaseguros pactados y el coaseguro obligatorio.

Aunque la aplicación del principio indemnizatorio bajo los seguros de daños ha pretendido flexibilizarse dando cabida a las pólizas a valor tasado o admitido, como también a las pólizas por valor a nuevo o por valores de reposición o de remplazo, de igual manera, en aras de ese propósito de flexibilizar la aparente rigidez de ese postulado indemnizatorio, se acude con frecuencia a la inclusión de cláusulas de demérito a aplicar en frente de maquinaria que a pesar de su tiempo de utilización, por razón de su mantenimiento regular se preservan en óptimas condiciones de funcionamiento.

Pero el hecho que la indemnización derivada de una póliza de seguros de daños, no tiene carácter integral se aprecia con mayor claridad en la valoración misma del daño indemnizable bajo una póliza de seguro, pues como se verá en seguida existen múltiples factores de carácter legal o convencional que inciden en la determinación del quantum indemnizable.

2. Excepciones al principio indemnizatorio en los seguros reales

Si la suma asegurada representa el límite máximo de responsabilidad de la compañía aseguradora (art. 1079, C. de Co.), desde luego, que en los seguros sobre cosas deberá guardar relación con su valor comercial, o con el de reparación o sustitución; sin embargo, en ocasiones la suma asegurada puede fijarse con base en la conjunción con

otros criterios tal como acontece en el valor a nuevo y en el valor admitido. Supuestos que se evalúan en seguida.

2.1. Las pólizas por valor tasado o admitido

El valor estimado, tasado o admitido, es otra excepción al principio indemnizatorio y se presenta en estas pólizas denominadas como de valor admitido, valor convenido o pólizas valuadas.

Respecto del origen de esta modalidad de contratación del amparo, las pólizas de valor estimado son propias de los seguros marítimos (art. 1713 C. de Co.) y tienen sus equivalencias en las de valor tasado o admitido de los seguros terrestres (art. 1089, inc. 2º C. de Co.); cumplen una finalidad idéntica, la manifestación expresa de los contratantes sobre el valor del interés asegurado y que ha de servir de medida de la indemnización y que claramente, es una excepción al principio indemnizatorio.

Como lo anota el doctrinante ANDRÉS ORDÓÑEZ: *“Uno de los rasgos diferenciadores de tratamiento entre los seguros terrestres y los marítimos se refiere precisamente a los efectos que en una y otra modalidades se asignan a dicho 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 a existencia bien de infraseguro, bien de sobreseguro”*¹⁴.

En estas modalidades, asegurado y asegurador convienen, de antemano, que en el evento de sobrevenir la pérdida total, la suma asegurada constituirá el monto indemnizable. La utilización de esta modalidad se encuentra muy extendida en el seguro marítimo, aunque ocasionalmente es posible encontrarla en otros tipos de pólizas, verbigracia, cuando se aseguran objetos o piezas de arte.

El **valor tasado** tiene cometido precaver diferencias en la determinación del bien para efectos de la liquidación del siniestro, en tratándose de bienes tales como joyas, obras de arte o de aquellos que representan un valor de afección.

El valor admitido debe pactarse expresamente y de manera inequívoca. Así quedó establecido en el laudo arbitral proferido por el tribunal que dirimió las desavenencias surgidas entre Seguros La Unión, S.A. y la Federación Nacional de Algodoneros, y no podrá ser controvertido por la compañía aseguradora sino cuando medie mala fe del asegurado, caso en el cual podrá probarse que el valor acordado excede notable-

14 *Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato*, publicación de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, pág. 99.

mente el verdadero valor del bien, pero en ningún caso que es inferior a éste. Tal posibilidad está contemplada en el segundo inciso del art. 1089 del Código de Comercio.

2.2. Las pólizas por valor a nuevo

El valor a nuevo consiste en la posibilidad de asegurar los bienes por un valor distinto al de uso, como sucede cuando se estipula el valor de reposición o por valor a nuevo.

La naturaleza eminentemente indemnizatoria del contrato de seguro de daños, en el que se toma como base el valor real del interés asegurado en el momento del siniestro para determinar el monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario, no impide que las partes contratantes acuerden el pago de la indemnización por el valor de reposición o de remplazo del bien asegurado. Así está previsto en el art. 1090 del Código de Comercio.

La visión retrospectiva de esta forma especial de determinar el valor asegurado, por valor de reposición o de remplazo, y por ende, de ampliar la extensión de la obligación indemnizatoria a cargo del asegurador, ciertamente auxilia en la comprensión de sus aristas y de la manera como en la actualidad se acude a este expediente asegurativo.

Si bien podría llegar a pensarse que la aparición de esta modalidad de aseguramiento es de unas pocas décadas, si se tomara como referente que en nuestro medio vino a ser autorizada su utilización en nuestro Código de Comercio de 1971, la evidencia es que la doctrina al rastrear su aparición en la práctica aseguradora ha encontrado que su surgimiento obedeció a una necesidad económica que, primeramente se percibió en Inglaterra con posterioridad a la Primera Guerra Mundial y que vino determinada porque las reservas por depreciación resultaban insuficientes para cubrir el importe de reconstrucción de una planta industrial o el remplazo de equipos y maquinaria dañados, lo cual generó un grado de insatisfacción manifiesto de parte de los asegurados, porque resultaba de bulto que limitar las indemnizaciones al valor real de los bienes asegurados resultaba no sólo insuficiente, sino también muy gravoso para efectuar el remplazo de los bienes dañados y materia de amparo bajo una póliza de seguro.

Inquietudes que se manifestaron también en otros lugares de Europa y en consecuencia, surge el seguro por valor a nuevo o de remplazo de viejo por nuevo en Alemania, lo que no estuvo ausente de enconados debates porque se consideraba ilícita esta modalidad de amparo, como quiera que se decía que al cubrirse un valor diferente al real del bien, se propiciaba el enriquecimiento del asegurado y lo cual conculcaba el principio indemnizatorio propio de los seguros de daños¹⁵.

Sin embargo, hacia finales de 1928 la Oficina de Control de Seguros del Reich consideró lícita su práctica, asumiendo que se trataba de un seguro que amparaba mayores

15 MUÑOZ PAREDES, MARÍA LUISA, "El seguro a valor nuevo", Colección *Estudios de Derecho Mercantil*, Editorial Civitas, Madrid, 1998, pág. 61 y ss.

costos que venían representados por la insuficiencia de la depreciación del bien siniestrado y por la misma desvalorización monetaria, lo que afectaba el precio de los bienes previamente adquiridos. Postura que al considerarse suficientemente explicativa y que por tanto, legitimaba esta modalidad de aseguramiento, permitió que por la misma época comenzara a difundirse su utilización en Francia y en los Estados Unidos.

Pues bien, algún sector de la doctrina consideró que extender la cobertura del seguro por encima del valor real de los bienes amparados aparejaba un enriquecimiento para el asegurado, porque al amparar la depreciación que debía asumir el empresario y para lo cual ya había efectuado detracciones en sus balances desviaba al seguro de la función económica y social de resarcimiento de daños que estaba llamado a cumplir y aún podría propiciar conductas reprochables, porque: *"Recurrir con este objeto a contratar seguros a valor nuevo no era sino una forma de incentivar el desinterés del empresario por el cuidado de sus bienes, la despreocupación por su mantenimiento y la indiferencia ante su destrucción, que incluso podría ser querida y propiciada"*¹⁶, con lo cual, se estimaba que de inicio se presentaba una agravación del perfil subjetivo del riesgo.

Igualmente, se señalaba que el demérito o el desgaste de los bienes que justifica su depreciación, no era un hecho accidental o fortuito, elementos cosustanciales del riesgo asegurado, sino que obedece a la normal utilización de los bienes y por lo mismo, a un hecho cierto que sobreviene como consecuencia de su período de uso, el cual, además, se encuentra establecido de antemano con base en su vida útil.

La trascendencia del debate se puso de relieve en que en el 2º Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA) celebrado en la ciudad de Hamburgo en 1996, donde uno de los temas principales lo constituyó precisamente *"El seguro de beneficio esperado, el seguro a valor a nuevo y el valor tasado desde la perspectiva de enriquecimiento"*.

Allí fueron claras las tres posturas doctrinales sobre la materia, lideradas por connotados representantes del Derecho de seguros de aquel entonces, los profesores WARKALLO, MOLLER y KOENIG.

En apretada síntesis, con base en lo que da cuenta el maestro EFRÉN OSSA¹⁷, para el profesor polaco WOTOLD WARKALLO la prestación del asegurador de indemnizar "nuevo por viejo", en principio, debía considerarse inadmisibles, porque compromete el principio indemnizatorio tradicional aunque pretenda examinársele bajo la perspectiva de un seguro del activo y un seguro del pasivo y en el cual el primero cubre el valor real, al paso que el segundo viene a amparar el mayor importe ocasionado por el remplazo

16 MUÑOZ PAREDES, MARÍA LUISA. *El seguro a valor nuevo*, Editorial Civitas, Madrid, 1998, pág. 39.

17 "El seguro por valor de reposición o reemplazo", publicado en las Memorias correspondientes al XVII Encuentro Nacional de ACOLESE celebrado en Paipa, en octubre de 1992, pág. 27 y ss.

del bien por uno nuevo y por lo mismo, el asegurado acrecienta, se enriquece, en el importe que representa la diferencia entre el valor nuevo y el valor real; sin embargo, concluye que se impone privilegiar los intereses económicos sobre la teoría jurídica y por ende, el seguro por valor a nuevo constituye una excepción al principio indemnizatorio.

El profesor alemán HANS MOLLER, adoptó una postura conciliatoria hacia el principio indemnizatorio y sobre la base que éste le impone al asegurador la obligación de no indemnizar en exceso del daño patrimonial sufrido por el asegurado con ocasión del siniestro, de tal forma que para alindar el daño efectivamente sufrido por el asegurado se conjugan el interés amparado y el daño efectivamente sufrido, el valor objetivo del interés amparado que viene determinado por su valor venal o real, de una parte, y de otra, el daño por vetustez o depreciación que aunque existe de manera independiente al riesgo amparado, es parte integrante del valor de remplazo, porque al materializarse el daño en el bien amparado y pretender el asegurado reanudar su actividad, se impone una erogación imprevista, como elemento constitutivo del daño material y bajo la modalidad de un "gasto indispensable" que constituye un elemento pasivo ineludible para el asegurado y por lo tanto, el seguro por valor a nuevo, como protección complementario a un pasivo patrimonial, preserva la integridad del principio indemnizatorio como fundamento de los seguros de daños, como quiera que el demérito no se asume como riesgo, porque no es un evento fortuito, sino que se ampara como un daño resarcible que se torna exigible como consecuencia de la realización del siniestro.

El profesor suizo WILLY KOENIG sostuvo una posición más radical, por cuanto estimó que el principio indemnizatorio debía abolirse, porque su validez e importancia práctica resultaba sobrepasada por las necesidades económicas y ante lo cual la prohibición de enriquecimiento debía ceder paso al principio general de la libertad contractual, por vía del principio de equivalencia que es propio de los contratos en el ámbito del derecho de las obligaciones y de tal forma, que esa opción de aseguramiento debía dejarse al libre arbitrio de las partes de tal forma que esta modalidad de indemnización tuviera como equivalente un mayor importe de la prima¹⁸.

18 Respecto de la licitud o la viabilidad jurídica de asegurar la vetustez o el demérito a pesar de ser un hecho pretérito, en el Laudo arbitral proferido el 4 de octubre de 1979 en el trámite de ABOCOL vs. Seguros Bolívar y Aseguradoras Colseguros, se expresa: *"Concebido como seguro de la vetustez o demérito por el uso de la cosa asegurada, el seguro por valor a nuevo sería un contrato nulo o inexistente. La vetustez o demérito anterior a la celebración del contrato, no sería un hecho futuro; la posterior no sería un hecho incierto. Al contrario: es inevitable, por regla general, que las cosas se demeriten o deprecien con el uso y con el curso del tiempo. PICARD y BESSON dicen a este respecto:*

"Es así como se discute –o mejor, se ha discutido– sobre la validez del seguro de vetustez o por valor a nuevo; normalmente, en el seguro de incendio, por ejemplo, el asegurador no garantiza, en caso de siniestro, sino el valor del inmueble incendiado, es decir, el valor de reconstrucción, deducida la vetustez, pues el desgaste (o vetustez) no es incierto ni fortuito y no constituye riesgo; a él debe hacerse frente mediante la amortización y no mediante el seguro" (ob. cit., N° 24, pág. 34). Y MÖLLER anota: "El

La evidencia es que para contrarrestar los argumentos que cuestionan su licitud, en la praxis, no se aseguran por valor a nuevo bienes que puedan depreciarse muy rápidamente o que están expuestos a un alto grado de obsolescencia, además, de considerar la prima cobrada por el asegurador la diferencia entre el valor real del bien amparado y su valor a nuevo.

De la misma manera, ante el natural temor que despertaba respecto del asegurador un eventual agravamiento del riesgo subjetivo, en una primera etapa se propugnó porque se estipulara la condición de que la reconstrucción o remplazo de los bienes asegurados fuera posible, ya que se aseveraba que dejar a criterio del asegurado tal posibilidad conduciría a un enriquecimiento indebido.

La doctrina encuentra su fundamento en un hecho derivado de la realidad económica y empresarial y consistente en que el desarrollo tecnológico impone esta modalidad de aseguramiento, porque en ocasiones las provisiones por depreciación no siempre son

seguro por valor a nuevo sería entonces, visto el riesgo de depreciación, un seguro ex post que debería ser nulo toda vez que las dos caras partes contratantes tienen conciencia de que los riesgos de demérito y vetustez ya se ha realizado en el pasado” (ob. Cit., pág. 33).

“Este primer obstáculo es, con todo, más aparente que real. La vetustez o el demérito no constituyen, aisladamente considerados, riesgos asegurables, ni suele ser, por lo mismo, objeto de un seguro autónomo. El riesgo es otro, v. gr., el de incendio, en el seguro por valor a nuevo, sólo que, como consecuencia del siniestro, la indemnización se extiende al valor que aquellos representen, no obstante que se hayan producido con anterioridad a él. Por esto agregan PICARD y BESSON: “Pero el seguro (la vetustez o el demérito) puede admitirse cuando es complementario del seguro por el valor de uso. En este caso el principio indemnizatorio no se opone de ningún modo al otorgamiento al asegurado de la integridad del valor a nuevo, pues el demérito entraña una depreciación de la cosa y por tanto un daño para el patrimonio del asegurado. El seguro de la vetustez no procura a este último un enriquecimiento, puesto que cubre y repara un daño cierto, a saber la depreciación real de la cosa asegurada” (ob. cit., N° 294, pág. 414).

“No se trata, con todo, es este aparte, de saber si el seguro por valor nuevo, por comprender la vetustez o el demérito dentro de la prestación asegurada, significa o no infracción al principio indemnizatorio, sino de subrayar que una u otro no se identifican con el riesgo asegurado, ni lastiman, por tanto, la validez o existencia del contrato. Constituyen apenas meros accesorios, elementos adicionales de la indemnización a cargo del asegurador. Por lo demás, a juicio de algunos expositores, el daño indemnizable no es, supuesto el siniestro, el que proviene de la vetustez o demérito del objeto asegurado, sino el que emerge de la necesidad económica de su reposición.

“No es, pues, óbice a la viabilidad jurídica del Seguro por Valor a Nuevo, llámese seguro real o seguro patrimonial, la circunstancia de que la vetustez o el demérito por su uso escapen, gracias a la certeza que los caracteriza, al dominio del riesgo y, con más veras, a la asegurabilidad técnico-jurídica de éste”. Laudo Arbitral, publicación sin pie de imprenta, págs. 222 y 223. En este mismo sentido, PICARD, M. y BESSON A. Les assurances terrestres en Droit Français, quatrième édition, LGDJ. Paris, 1975, pág. 457 y ss.

suficientes para remplazar el bien siniestrado y porque el mismo riesgo de obsolescencia es cada vez mayor. Esto implica que la producción de ciertos bienes se descontinúe con mucha rapidez porque la ciencia y la tecnología permiten producir bienes o equipos cada vez más eficientes.

De otro lado, esta modalidad de amparo, también resulta aconsejable en procesos de inflación más o menos acelerados, porque las provisiones destinadas a la depreciación suelen resultar a la postre insuficientes para enjugar el déficit que llegue a presentarse entre el monto indemnizado por la aseguradora y el costo de remplazo de los bienes siniestrados.

Existen aún sectores de la doctrina que cuestionan este tipo de amparo porque parten de la base que el demérito es un hecho cierto y en cuanto tal inasegurable y por lo tanto, sería fuente de enriquecimiento para el asegurado.

Sin embargo, su fundamento es de índole pragmática porque el desarrollo tecnológico impone esta modalidad de aseguramiento, pues, en ocasiones las provisiones por depreciación no siempre son suficientes para remplazar el bien en cuestión y porque el mismo riesgo de obsolescencia es cada vez mayor y ello implica que la producción de ciertos bienes se descontinúe con mucha rapidez porque la ciencia y la tecnología permiten producir bienes o equipos cada vez más eficientes.

3. Excepciones al principio indemnizatorio en los seguros atrimoniales

Estas excepciones suelen configurarse en las hipótesis que son materia de análisis a continuación.

3.1. La cláusula de proporcionalidad en los seguros de cumplimiento

La responsabilidad de las aseguradoras bajo una póliza de seguro de cumplimiento de obligaciones o contratos no excede, por regla general, la suma asegurada prevista para el respectivo amparo afectado y, se hace exigible, únicamente, respecto del incumplimiento imputable al contratista o afianzado. La suma asegurada representa el límite máximo de responsabilidad de la respectiva aseguradora respecto de los perjuicios que el contratista o afianzado le ocasione a la entidad contratante (asegurado), a lo cual sólo podrían añadirse los gastos de salvamento en que razonablemente se vea precisado a incurrir el asegurado para aminorar su exposición a daño o para mitigarlo.

Ahora bien, la suma asegurada de los distintos amparos está representada por un porcentaje sobre el valor del respectivo contrato y, por lo tanto, la protección de la cobertura es, en últimas, parcial respecto de los perjuicios que ocasione el contratista al contratante, salvo el caso de la garantía de buen manejo del anticipo, que se contrata por la totalidad de la suma recibida por el contratista por ese concepto.

De acuerdo con las cláusulas de proporcionalidad bajo este tipo de pólizas, se pretende que, de haber sido satisfecha parcialmente la obligación cuyo incumplimiento se alega, la cuantía de la indemnización a cargo de la aseguradora se reduce en la misma proporción que represente aquella parte que fue satisfecha de la respectiva obligación. De esa manera, la responsabilidad de la aseguradora, resulta siendo muy inferior al importe de los perjuicios que podría haber irrogado el contratista a su contratante y por lo tanto, este tipo de estipulaciones de proporcionalidad en el cálculo de la indemnización, introducen una limitante adicional, una restricción que permite al asegurador obtener una disminución en la suma a indemnizar que es de su cargo y, desde este punto de vista, se erigen en una modalidad de carácter convencional de una regla proporcional.

En consecuencia, la aplicación de esta cláusula genera un desequilibrio significativo y desproporcionado en relación con la finalidad perseguida por el contratante (asegurado) de obtener un resarcimiento adecuado ante la falta de satisfacción o de la ejecución tardía o defectuosa de las obligaciones asumidas por el contratista bajo el contrato subyacente que es materia de garantía bajo la póliza de seguro de cumplimiento y por contera, ese desequilibrio cobra clara connotación al instante en que se determina el monto indemnizable a favor del asegurado, ya que al porcentaje que representa en términos absolutos la suma asegurada del respectivo amparo, se le aplica una nueva deducción a esa suma asegurada, que viene dada por el grado de ejecución de la obligación que el contratante aduce como incumplida.

Dicho desequilibrio afecta de tal manera la indemnización bajo el respectivo amparo, que hace que la garantía resulte siendo claramente insuficiente, lo cual desvirtúa la finalidad que está llamada a cumplir la póliza de seguro de cumplimiento de contratos.

3.2. La responsabilidad del asegurador garante al asumir la obra

Como es sabido, bajo la póliza de cumplimiento la suma asegurada representa el límite máximo de responsabilidad de la respectiva aseguradora respecto de los perjuicios que el contratista o afianzado le ocasione a la entidad contratante (asegurado). Sin embargo, tradicionalmente se ha aceptado que en caso de incumplimiento del contratista, la aseguradora tenga la opción de asumir la ejecución del contrato, lo cual genera posiciones dispares como quiera que algunos estiman que ese tipo de labores no son propias de las actividades que por ley desempeñan las aseguradoras y por ende, exceden de su ámbito de competencia y de ejercicio profesional. Otros estiman que se trata de una actividad conexas o complementaria y para lo cual, podrían acudir al concurso de terceros que sean idóneos en la actividad de que se trate.

Independientemente de estas posturas, la evidencia es que la reglamentación actual propia del condicionado de la garantía única de cumplimiento ante entidades estatales se establece que debe contemplarse expresamente que en el evento de incumplimiento por parte del contratista garantizado, el asegurador tiene la facultad de optar por continuar con la ejecución del contrato, en calidad de cesionario y que, en caso que la entidad contratante estuviese de acuerdo, el contratista garantizado acepta, de antemano y, en virtud de la expedición de la póliza, la cesión del contrato a favor del asegurador.

Es evidente que en esa hipótesis, el asegurador asume el papel del contratista y por tanto, su responsabilidad a partir de ese instante no se encuentra gobernada por las estipulaciones propias de la respectiva póliza de seguro sino que su vínculo jurídico con la entidad contratante se encuentra regulado por las estipulaciones propias del contrato que ha asumido por virtud de la cesión del contrato y que la facultan para continuar con la ejecución del respectivo contrato. Por lo tanto, esa mutación en su situación jurídica conlleva una clara modificación en el grado de su responsabilidad y la inaplicabilidad de la póliza de seguro en que actuaba como garante y por ende, del principio indemnizatorio inmerso en aquella.

3.3. El seguro de lucro cesante

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1088 del estatuto mercantil, por regla general en los seguros de daños no es materia de amparo el lucro cesante, por cuanto requiere de pacto expreso.

El jurisconsulto colombiano ANDRÉS ORDÓÑEZ anota 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, esta clase de seguro. El artículo 646 del Código de Comercio Terrestre disponía que no podían ser objeto de aseguramiento "las garantías o beneficios esperados". 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 hay obstáculo para su cubrimiento, siempre y cuando exista una expresa manifestación de voluntad recíproca que garantice que las partes no se llaman a error"*¹⁹.

Como el lucro cesante es un componente importante por los niveles que puede llegar a alcanzar en relación con el daño emergente o daño material, para utilizar la terminología propia de las pólizas de seguro, este tipo de amparo se ideó con el propósito de proteger al empresario respecto de las consecuencias financieras provenientes en un daño sufrido por los bienes que utiliza en su gestión empresarial y es así como, hoy día, se encuentran disponibles en el mercado seguros de lucro cesante por incendio, por rotura de maquinaria, por corriente débil o equipo electrónico, como también coberturas de beneficios anticipados derivados de proyectos de construcción de obras civiles o de montaje de maquinaria.

A través del seguro de lucro cesante, se amparan los perjuicios patrimoniales que sufra el asegurado como consecuencia de la interrupción del negocio originado por un daño material cubierto bajo una póliza de daño material, como sería una póliza de incendio o de rotura de maquinaria. De manera que lo que se busca es que el asegurado cuente con un medio de resarcimiento respecto de la pérdida de rendimiento

19 *Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato*, publicación de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, págs. 87 y 88.

económico que hubiera podido alcanzar en su actividad de no haberse producido el siniestro, claro está con sujeción a los términos y condiciones de la respectiva póliza.

De esta forma, se cubren las pérdidas de utilidades o beneficios derivadas de la interrupción total o parcial de la actividad empresarial desarrollada por el asegurado como consecuencia de daños o pérdidas acaecidas en los bienes amparados bajo una póliza de daño material y por lo tanto, se orienta a que la empresa asegurada pueda preservar el nivel financiero previsto antes de la ocurrencia del siniestro. En otras palabras, mediante el seguro de pérdida de beneficios o de lucro cesante, la indemnización vendrá determinada por la disminución de la pérdida de utilidad de bruta como consecuencia de la disminución de los ingresos normales del negocio y si es bajo la modalidad de forma inglesa, con sujeción a un período de indemnización. De esta manera se amparan, entonces, los gastos generales fijos, la pérdida de beneficio neto y los gastos extraordinarios para reanudar la actividad empresarial.

Bajo la denominada modalidad inglesa, la cobertura del seguro ampara el beneficio neto y/o los gastos permanentes o, incluso, identificar aquellos gastos permanentes que se desean asegurar. Generalmente, se suelen computar las cuentas contables que suponen gastos fijos y el beneficio neto de la empresa. Además, se fija un periodo de indemnización, que se inicia con la ocurrencia del siniestro, continúa mientras los resultados de la empresa se ven afectados y finaliza cuando la empresa se ha recuperado o, como máximo cuando se alcanza la duración previamente contratada.

En el caso de la forma americana, se cubre la pérdida de utilidad bruta que sufra el asegurado durante el tiempo que requiera para reparar, reconstruir o remplazar los bienes afectados de su establecimiento que hayan sufrido daño como consecuencia del siniestro. Se ampara la pérdida de la utilidad esperada calculada con base en las unidades dejadas de producir y los gastos fijos que continúan causándose durante el término de reparación, remplazo o reconstrucción de los bienes. De igual manera, se cubren los gastos extraordinarios incurridos con el ánimo de aminorar la pérdida de la utilidad bruta, pero limitado al importe de la utilidad que se hubiera ocasionado si el gasto no se hubiera realizado.

Las reservas sobre el carácter estrictamente indemnizatorio que puedan tener este tipo de coberturas de lucro cesante obedece a que: *"... dada la dificultad de evaluar en muchos casos la ganancia esperada y en consecuencia, 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 hubiere sido su beneficio real, por existir falla o imprecisión de los medios de cálculo o por falsa consideración de la naturaleza misma de las pérdidas potenciales. Es éste 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"*²⁰.

20 ORDÓÑEZ, *ob. cit.*, pág. 89.

4. Supuestos preestablecidos de valoración del daño indemnizable

La medida de la pérdida indemnizable será fijada tomando en cuenta la disminución en el valor de la propiedad asegurada y comparándola con el que tenía en el lugar y en el momento inmediatamente anterior al siniestro. Desde luego en las pólizas de seguro pueden encontrarse estipulaciones en las que se fije el procedimiento para valores, divisas, libros, registros y objetos de arte.

Tratándose de **valores o divisas extranjeras**, el monto de la indemnización será el valor de cierre de mercado en el día del descubrimiento de la pérdida; y en caso de que éstas no lo hubiesen tenido en tal fecha, se establecerá por acuerdo entre las partes. Cuando este acuerdo no se logre, quedará sujeto al estudio de peritos o a la decisión de un tribunal de arbitramento, según convengan las partes. Sobre este particular, es pertinente tener en cuenta que a la luz de las disposiciones del Código de Comercio se pone en tela de juicio la juridicidad del procedimiento usualmente previsto en las pólizas para determinar el monto indemnizable o, más exactamente, el precio de los valores y de las divisas extranjeras. Ciertamente, de conformidad con el art. 1089: “dentro de los límites indicados en el artículo 1079 (hasta concurrencia de la suma asegurada) la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario”. Estos preceptos son inmodificables por la voluntad de las partes, al tenor del art. 1162 del mismo código. Por manera que el monto de la indemnización debe establecerse, no por la tasa representativa del mercado a la fecha en que tenga conocimiento el asegurado de la pérdida, sino por tal que corresponda a la fecha de ocurrencia de la misma.

Es preciso destacar que la mayoría de las versiones de este tipo de pólizas coinciden en prever el evento de que si en tal día no hubiese existido cotización, el monto indemnizable según la póliza será fijado por acuerdo entre las partes, y si éste no se logra, se acudirá a la regulación por peritos o, en últimas, al arbitraje. Sin embargo, si los valores o divisas son remplazados con la autorización del respectivo asegurador, el quantum de la indemnización será el costo de remplazo.

En tratándose de **libros de contabilidad**, para que sea procedente cualquier indemnización es necesario que dichos libros y sus asientos puedan ser efectivamente reproducidos y, como corolario del principio de indemnización, que la reproducción se lleve a cabo. La medida de la indemnización se fijará atendiendo el valor de tales libros, páginas o materiales en blanco adicionando el costo del trabajo necesario para transcribir o copiar la información requerida.

En ocasiones suelen ampararse **objetos de arte o antigüedades**, respecto de los cuales es posible el surgimiento de eventuales discrepancias entre asegurador y asegurado para determinar su valor. En procura de prevenirlas conviene en las condiciones de amparo, que se recurrirá al peritazgo o avalúo por verdaderos expertos conocedores del arte y sus técnicas, corrientes o tendencias artísticas con demanda en el mercado y demás circunstancias que han de considerarse en el justiprecio.

Pero el resarcimiento que pueda obtener el asegurado no sólo dependerá de aspectos importantes como los expuestos, sino también de otros elementos que a continuación se enuncian.

5. Factores que inciden en el monto de la indemnización

En primer término aparecen los de carácter general, vale decir, aquellos aplicables a toda suerte de pólizas; y luego los específicos o que son propios de la póliza en cuestión.

Dentro de esos factores generales, se destacan la suficiencia de la suma asegurada, las pólizas a primer riesgo o a primera pérdida, los deducibles, las franquicias, la indemnización aliunde y la depreciación.

Tales factores generales y específicos son materia de examen somero a continuación.

5.1. *Supraseguro*

Surge cuando el valor asegurado excede el valor del bien, al momento y en el lugar del siniestro.

Si el supraseguro obedece a una intención torticera de parte del asegurado, generará la nulidad del contrato siempre que se acredite que éste procedió con intención manifiesta de defraudar al asegurador (C. de Co., art. 1091) o que el valor del seguro excede del valor del bien con el propósito de obtener provecho de ello. Pero si se trata de un sobreseguro de carácter no fraudulento, procederá la reducción sin retroactividad del contrato. En consecuencia, el asegurador conservará las primas devengadas.

El sobreseguro es involuntario cuando sobreviene a causa de la disminución del valor de la cosa ocasionada por su vetustez o por un siniestro parcial o por exclusión de bienes amparados bajo la póliza, cuando ésta prevé una suma global para un conjunto de bienes amparados.

5.2. *Infraseguro*

Consiste en la discrepancia entre el valor asegurado y el valor real del bien, cuando aquel es inferior a éste. En caso de la prestación del asegurador, el importe de la indemnización equivaldrá al valor asegurado disminuído por las detracciones del deducible, el demérito y cualquiera otra cosa que sea aplicable el caso particular, debiendo el asegurado o beneficiario asumir el remanente no asegurado (C. de Co., art. 1101).

Frente a pérdidas parciales, la responsabilidad del asegurador se limitará a la proporción que guarde la suma asegurada con el valor real del bien al momento y en el lugar del siniestro. Es la aplicación de la llamada **regla proporcional**, cuyo fundamento reside en que el valor asegurado determina el monto de la prima; y si un asegurado protege parcialmente su bien, no paga la prima adecuada, afectando así a todos los asegurados bajo el respectivo ramo de seguro, pues no contribuye adecuadamente al fondo.

La finalidad de la regla proporcional es mantener el equilibrio en el fondo de asegurados y el equilibrio contractual con el asegurador o la equivalencia entre las prestaciones de los contratantes. La fórmula mediante la cual se expresa es la siguiente:

Valor pérdida x suma asegurada

Valor asegurable

Como es de suponer, la **regla proporcional** no encuentra receptividad entre los asegurados, quienes la reputan como una penalización. La evidencia es que el infraseguro puede producirse desde el momento de celebrarse el contrato a consecuencia de una deficiente valorización, o por razones de mercado cuando sobreviene un incremento en su precio, o como secuela de la inflación.

Existen diversos mecanismos de carácter convencional, como las cláusulas de indexación, tolerancia y sistemas de declaraciones o de pólizas flotantes, que sirven para precaver situaciones de infraseguro.

Pero es preciso relieves que es inaplicable dicha regla proporcional en los seguros de responsabilidad civil, debido a que la nota característica de estos seguros radica en que la suma asegurada es fijada caprichosamente; y como su objeto no es el de proteger bienes específicos sino el patrimonio del asegurado, las situaciones tanto de supraseguro como de infraseguro se consideran foráneas o que entrañan un contrasentido. Si ocurren, en manera alguna significan que se olvide el principio indemnizatorio, pues su finalidad es resarcir los perjuicios efectivamente sufridos por la víctima del daño inferido por el asegurado. Cosa distinta acontece en los seguros de cumplimiento y en donde se viene abriendo campo la tesis de la aplicabilidad de la regla proporcional en los distintos amparos que lo conforman a través de la denominada cláusula de proporcionalidad; sin embargo, un sector de la doctrina restringe la aplicación de esa cláusula a las pólizas entre particulares y en el caso de los contratos estatales a aquellos amparos en que la ley no determine el porcentaje que debe cubrirse en función del valor del respectivo contrato.

5.3. Seguros a primer riesgo o a primera pérdida

Bajo estas modalidades de amparo, el valor asegurado se fija con base en criterios de pérdida máxima probable o de pérdida máxima posible, o atendiendo al valor mayor que represente alguno de los varios riesgos previstos en la póliza. Por consiguiente, las pérdidas se pagarán hasta concurrencia de la suma asegurada sin aplicación de la regla proporcional, porque es de su naturaleza que el valor asegurado corresponda a un monto inferior al del bien o bienes asegurados.

Esta modalidad se usa corrientemente para asegurar complejos industriales o comerciales, aunque no ha sido de amplio recibo o utilización por las aseguradoras colombianas en razón de las limitaciones de reaseguro que existen.

El **seguro a primer riesgo** pretende hacer más eficiente el uso de la capacidad de reaseguro, que usualmente se determina sobre la base de la mayor exposición que puedan representar ciertos bienes que conforman un complejo industrial o comercial, al exigir adquirirla no en función del valor de los bienes amparados sino del límite asegurado que es usualmente inferior y que representará la responsabilidad máxima del asegurador.

5.4. Coaseguro pactado u obligatorio

Ambas figuras son de carácter convencional pero cumplen cometidos distintos.

Asegurador y asegurado pueden convenir que la suma asegurada presente un porcentaje preestablecido de dicha suma; y en caso de que no se cumpla con esta condición, tendrá cabida la regla proporcional, modalidad que en Colombia se denomina impropiaamente “**coaseguro pactado**”. Son estas pólizas a primer riesgo relativo porque la suma asegurada no debe corresponder al valor íntegro del bien sino a un porcentaje preestablecido del mismo; y si ello no se cumple, se aplica la regla proporcional.

El denominado **coaseguro obligatorio** se presenta en frente del amparo para el riesgo de terremoto, en virtud del cual el asegurado además de un deducible del 3% soporta el 25% del amparo.

5.5. Deducibles y franquicias

Igualmente afectan el monto de la indemnización los **deducibles y franquicias**.

El deducible es la primera parte de la pérdida que el asegurado asume sobre el monto indemnizable de un siniestro. Puede consistir en una suma fija o en un porcentaje del quantum de la indemnización o en una combinación de ambos.

La franquicia exonera al asegurador de cubrir los daños inferiores a una determinada cantidad, pero con cargo de indemnizar la totalidad de los daños que la sobrepasen.

La filosofía de uno y otra es la de hacer partícipe al asegurado del riesgo, de tal manera que no sea ajeno a la ocurrencia del mismo puesto que conserva un interés en mantener hasta donde le sea posible el estado del riesgo, y en propender a evitar su agravación. Tal la razón para que la ley impida al asegurado protegerse respecto de los montos que constituyen el deducible o la franquicia. En efecto, el art. 1103 del Código de Comercio dispone: “Las cláusulas según las cuales el asegurado deba soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño, implican, salvo estipulación en contrario, la prohibición para el asegurado de protegerse respecto de tales cuotas, mediante la contratación de un seguro adicional. La infracción de esta norma producirá la terminación del contrato original”.

Con relación a algunos tipos de pólizas, puede suceder que contengan estipulaciones previsivas del evento en el cual varios actos den origen a indemnización por razón de la póliza, con el fin de establecer el monto indemnizable, indicando que se compu-

tarán como una sola pérdida las que provengan de la ejecución reiterada del mismo acto y por la misma persona; y que en caso de resultar protegida la pérdida de que se trate por más de un amparo, se tendrá en cuenta el deducible más alto que corresponda a los amparos aplicables.

5.6. Indemnización aliunde

Uno de los temas que representa mayor interés es el de la “**indemnización aliunde**”. Se trata de una recuperación obtenida por el asegurado antes de ser liquidado o indemnizado el siniestro. Como su importe reduce el monto del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado obviamente disminuye el quantum de la indemnización. Si la recuperación se obtiene con posterioridad al pago del siniestro, el asegurado deberá efectuar el respectivo reembolso al asegurador y desde luego, en este tipo de pólizas habrá que atender primero al contenido de las cláusulas de salvamento y recobros, que se encuentren previstas en la respectiva póliza.

Como factor que incide en el quantum de la prestación del asegurador se tiene a la **depreciación**. Hace referencia a la disminución del valor material de los bienes tangibles o corporales utilizados por el empresario para el desarrollo de su actividad a causa del uso y desgaste en el transcurso del tiempo.

Y en cuanto a los factores específicos que puedan afectar el monto indemnizatorio, dependerá de si se trata de un seguro patrimonial o si el amparo conferido se entiende otorgado a primer riesgo o a primera pérdida.

Por consiguiente, las pérdidas reclamadas que gocen de amparo de acuerdo con sus términos, serán pagaderas, previas las deducciones a que haya lugar, hasta concurrencia de la cifra asegurada sin que sea menester examinar si ésta corresponde al valor íntegro de los bienes amparados.

5.7. Cláusulas de valuación, límite de responsabilidad y de restablecimiento

Por supuesto que la determinación del quantum de la indemnización, en cada caso juegan papel de trascendencia algunas estipulaciones de las pólizas, como son: la cláusula de valuación o valoración, la cláusula de límite de responsabilidad y la cláusula de restablecimiento.

En la **cláusula de valuación** se suele prever el procedimiento que ha de seguirse para cuantificar las pérdidas que involucren divisas, valores, libros, registros y excepcionalmente obras de arte. Su importancia exige un comentario detallado cuando se dilucide el tópico denominado “monto de la indemnización”.

Y si existe alguna **cláusula de límite de responsabilidad**, es posible que en ella se establezca que la responsabilidad de la aseguradora en ningún caso excederá de la suma asegurada, sin importar si las pérdidas son causadas por una misma perso-

na, ya se trate o no de un empleado asegurado, o ya de un solo acontecimiento y ocurrencia. Hace algún tiempo, las pólizas globales bancarias solían contratarse con un límite asegurado que operaba por pérdida y que en cuanto tal, implicaba restablecimientos ilimitados de la suma asegurada durante la vigencia. Sin embargo, los resultados deficitarios que afrontó el mercado de este tipo de seguros conllevó a que se adoptara como práctica que el límite operara de manera agregada para la vigencia contratada y que en ocasiones, se concediera como un valor agregado un restablecimiento adicional de la suma asegurada sin costo.

De encontrarse una **cláusula de restablecimiento**, habrá de considerarse que su finalidad es mantener la cobertura de la póliza en su integridad con respecto a pérdidas que puedan producirse con posterioridad a otras constitutivas de un siniestro válidamente recuperable en virtud de la póliza. La estipulación opera en toda su extensión, a menos que contenga, además de un límite de indemnización, un límite agregado. En este caso el monto de las pérdidas recobrables durante el período de la póliza no podrá exceder de dicho límite agregado. Se trata pues, de una excepción, o más específicamente de un remedio, al principio previsto en el art. 1111 del Código de Comercio, según el cual, *“la suma asegurada se entenderá reducida, desde el momento del siniestro, en el importe de la indemnización pagada por el asegurador”*.

5.8. Indexación de la suma asegurada

De manera convencional tomador y asegurador pueden acordar mecanismos de actualización de la suma asegurada como ocurre con las cláusulas de índice variable o con el establecimiento de las sumas aseguradas en dólares americanos o en moneda extranjera y a los cuales se refiere el inciso 1º del artículo 9º de la Ley 9 de 1991 para darles cabida en circunstancias excepcionales. En efecto, la norma en cuestión dispone: *“De conformidad con las reglamentaciones del Gobierno Nacional podrán contratarse seguros denominados en divisas sobre personas y sobre aquellos bienes que, con carácter general, se califiquen como riesgos especiales”*, lo cual se encuentra regulado en el decreto 2821 de 1991.

De otro lado, merece destacarse que la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 22 de junio de 2001 decretó la indexación de la suma asegurada bajo un seguro de responsabilidad civil, atendiendo a que el accidente materia de amparo había ocurrido el 24 de agosto de 1990. Para ese efecto, la providencia consignó las siguientes consideraciones:

“Por lo tanto habrá lugar a indexar la condena impuesta por el Tribunal a la Aseguradora Seguros de Caribe S.A., \$4'467.481.74, con fundamento en lo siguiente:

“El Código de Comercio enseña que para el momento del siniestro la indemnización no excederá en ningún caso del valor real del interés asegurado (art. 1089). Esa norma, por su contenido, es indicadora del reconocimiento de la realidad del daño para el momento del suceso dañino y no implica que no pueda indexarse; la indexación no grava ni la condición del asegurador ni favorece la condición del beneficiario,

*pues con ella se logra, la actualización de una suma histórica al momento de señalar la obligación indemnizatoria; en este mismo sentido se ha pronunciado la Corporación. Por lo tanto si el siniestro acaeció en el mes de agosto de 1990 la suma a que se condenó a la aseguradora debe actualizarse con los siguientes índices del DANE: *) Inicial por 19.24210, correspondiente al mes de agosto de 1990 y *) Final por 126.07, correspondiente al mes de mayo de 2001”²¹.*

A este pronunciamiento le había precedido un fallo del 26 de abril de 2001 en el cual el Consejo de Estado manifestó lo siguiente: *“La indexación conceptualmente, busca representar económicamente a tiempo actual una suma histórica o pasada”.*

“El Código de Comercio enseña que para el momento del siniestro la indemnización no excederá en ningún caso del valor real del interés asegurado (art. 1089). Esa norma, por su contenido, es indicatoria del reconocimiento de la realidad del daño para el momento del suceso dañino y no implica que no pueda indexarse; la indexación no graba ni la condición del asegurador ni favorece la condición del beneficiario, pues con ella se logra, como ya se explicó, la actualización de una suma histórica al momento de señalar la obligación indemnizatoria.

“Ahora debe tenerse en cuenta que el Código de Comercio es claro en disponer que el asegurador indemnizará al asegurado o al beneficiario dentro del mes siguiente a que se acredite judicial o extrajudicialmente el siniestro; agrega que, si el asegurador no realiza el pago dentro de este plazo estará obligado a pagar intereses moratorios comerciales.

“...los intereses moratorios que se ordenan se aplican sólo si las aseguradoras no pagan al demandado dentro del mes siguiente a la ejecutoria de la sentencia, cuando se define con certeza la obligación; nótese que son exigibles los intereses moratorios sólo después de ocurrido este plazo” (Sec Tercera. Exp. 12917. Actor: José OMAR BURITICÁ PEÑA).

Esta misma postura jurisprudencial de indexar la suma asegurada bajo un seguro de responsabilidad civil, fue también acogida por la Sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 24 de agosto de 2009.

5.9. Coexistencia y concurrencia de seguros

En tratándose de la coexistencia de seguros, el artículo. 1094 dispone: *“Hay pluralidad o coexistencia de seguros cuando éstos reúnan las condiciones siguientes:*

- “1a) Diversidad de aseguradores;*
- “2a) Identidad de asegurado;*
- “3a) Identidad de interés asegurado, y*
- “4a) Identidad de riesgo”.*

21 Radicación 11635, Consejera ponente: Dra. MARÍA HELENA GIRALDO GÓMEZ.

La coexistencia presupone la presencia de varios aseguradores amparando al mismo asegurado y respecto del mismo interés.

Es una de las hipótesis de pluralidad de seguros que en ocasiones suele configurarse de manera involuntaria. Ejemplo: el despachador y el destinatario de una mercancía la aseguran mediante una póliza de seguro de transporte. Autorizados tratadistas de seguros coinciden en que la coexistencia supone pluralidad de aseguradores, identidad de objeto, identidad de riesgos cubiertos e identidad de intereses. Cuando no se dan estos supuestos, puede aparecer la figura denominada en la doctrina como "concurcencia de aseguradores", que es la otra forma que reviste la pluralidad de seguros. La simultaneidad de los seguros lleva implícito el carácter conjunto y no subsidiario de éstos.

Ahora bien, el Código de Comercio en su art. 1084 prescribe: *"Sobre una misma cosa podrán concurrir distintos intereses, todos los cuales son asegurables, simultánea o sucesivamente, hasta por el valor de cada uno de ellos. Pero la indemnización, en caso de producirse el hecho que la origine, no podrá exceder del valor total de la cosa en el momento del siniestro. Su distribución entre los interesados se hará teniendo en cuenta el principio consignado en el artículo 1089"*, lo cual significa que bajo una misma póliza puede asegurarse el interés del nudo propietario, el usufructuario y el acreedor hipotecario, pero en ningún caso, la indemnización excederá del valor del bien y por lo mismo, se reitera, lo que regula es la hipótesis de intereses concurrentes sobre una misma cosa y bajo una sola póliza.

De otro lado, en materia de coexistencia de seguros el art. 1093 del Código de Comercio ordena: *"El asegurado deberá informar por escrito al asegurador los seguros de igual naturaleza que contrate sobre el mismo interés, dentro del término de diez días a partir de su celebración.*

"La inobservancia de esta obligación producirá la terminación del contrato, a menos que el valor conjunto de los seguros no exceda el valor real del interés asegurado". Así mismo, el art. 1076 ibídem dispone que *"el asegurado estará obligado a declarar al asegurador, al dar la noticia del siniestro, los seguros coexistentes, con indicación del asegurador y de la suma asegurada. La inobservancia maliciosa de esta obligación le acarreará la pérdida del derecho a la prestación asegurada"*.

Si se armonizan estos dos preceptos puede afirmarse que la coexistencia de seguros implica una obligación para el asegurado que se bifurca así:

-Informar por escrito al asegurador cuando contrate seguros de igual naturaleza sobre el mismo interés asegurable; y

-Al dar noticia del acaecimiento del siniestro, debe indicar el o los aseguradores y las sumas aseguradas.

Si omite esa declaración con mala fe, la ley lo sanciona con la pérdida del derecho a ser indemnizado. Sin embargo, esa drástica sanción no se aplica cuando el conjunto de

las sumas aseguradas por las diferentes pólizas no excede el valor real del bien. Además, cuando el valor del conjunto de los seguros excede el del interés asegurado, las compañías aseguradoras deben pagar la indemnización en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos, siempre que el asegurado haya actuado de buena fe, lo cual se considera como la solución más equitativa y por ello, se le ha denominado como “principio de contribución”.

III. CONCLUSIONES

En un contrato de seguro de daños, la indemnización por regla general **no es de carácter pleno o integral**, como quiera que la valoración del daño se efectúa al momento de sobrevenir el siniestro (art. 1089) algunos componentes del daño pueden estar excluidos como sucede con el lucro cesante (art. 1088 C. de Co.) que requiere pacto expreso, o con el daño moral, el perjuicio fisiológico o la alteración en las condiciones de existencia; o porque en razón de estipulaciones contenidas dentro de las condiciones generales o particulares del amparo, la indemnización se restrinja por las franquicias o deducibles, el coaseguro pactado y obligatorio; o porque la suma asegurada no corresponda al valor real del interés al momento de ocurrir el siniestro o resulte insuficiente en un seguro patrimonial con respecto al monto del perjuicio que se reclama bajo el respectivo amparo, o puede suceder que se trate de un seguro real cuya suma asegurada representa un valor a primer riesgo o a primera pérdida y el PML resultó incorrectamente calculado y las pérdidas presentadas exceden con creces dicho guarismo y por ende, el límite asegurado bajo la póliza objeto de la reclamación; o el asegurado resulta penalizado con pérdida o disminución de su derecho indemnizatorio porque su proceder negligente o malicioso encuadra dentro de circunstancias previstas en la misma ley.

De manera que la indemnización derivada de los seguros de daños, no es de **carácter integral o plena**, como quiera que la suma asegurada y el valor del interés, al momento de acaecer al siniestro, deben guardar correspondencia so pena de dar cabida a la aplicación de la regla proporcional, por cuanto la suma asegurada es el límite que se establece contractualmente respecto de la responsabilidad del asegurador y además, esa indemnización derivada del contrato de seguro se limita al daño emergente, pues amparar el lucro cesante requiere de pacto expreso. Igualmente, desvirtúan la integridad y plenitud de la indemnización, las franquicias y deducibles, que pretenden hacer partícipe al asegurado o beneficiario en la indemnización e idéntico propósito cumplen los denominados coaseguros pactados y el coaseguro obligatorio.

Si bien, bajo distintas hipótesis, se pone de presente que en la hora actual se tiende hacia una mayor flexibilización en la concepción del principio indemnizatorio bajo los seguros de daños, en múltiples aspectos la operación del principio indemnizatorio en los seguros de daños se aparta marcadamente de su manifestación y operancia en el Derecho de daños.

Ese comportamiento disímil, algún sector de la doctrina lo justifica en la diferencia que entraña el concepto de indemnización en el seguro de daños y en la noción del

daño en el ámbito de la responsabilidad civil y que se manifiesta en el tipo de sujeto que provee al resarcimiento; el origen de los fondos con que ese resarcimiento se cumple; la manera como se satisface; la causa de esa obligación resarcitoria, pero por sobre todo el monto o la extensión de las indemnizaciones que son materia del contrato de seguros de daños y las que comprende la indemnización derivada de la responsabilidad civil.

En este orden de ideas, bajo el contrato de seguro quien indemniza es el asegurador en razón de la garantía otorgada bajo la respectiva póliza de seguro, y lo hace con cargo al fondo que ha integrado con las primas pagadas por sus asegurados bajo el respectivo ramo a que corresponda la póliza afectada y puede hacerlo, a opción suya, en dinero o in natura en virtud de la existencia de dicha póliza y en concordancia con los términos, condiciones y limitaciones contenidos en la misma, mientras que en la responsabilidad civil el llamado a indemnizar por regla general, es el causante del daño.

El hecho que el asegurador efectuó su pago en concordancia con el contrato de seguro en cuestión, al paso que el responsable del daño la ley le impone esta obligación *ex contractu* o *ex relicto*, esa obligación legal posee un ámbito de proyección mayor como quiera que no sólo le impone indemnizar perjuicios de carácter material, sino la totalidad de los perjuicios ocasionados.

Esto impone, precisamente, que no exista una unidad en el contenido de tales obligaciones resarcitorias, en cuanto que el resarcimiento patrimonial en virtud del incumplimiento de un contrato o del daño causado por haber incurrido en un error de conducta en un encuentro social ocasional lo determina la misma ley, al paso que la extensión de la obligación indemnizatoria a cargo del asegurador, se encuentra de suyo delimitada en las estipulaciones recogidas en la respectiva póliza de seguro y de manera supletiva en la ley.

En consecuencia, la reparación integral del daño que se predica en frente de la responsabilidad civil no es equivalente a la que se deriva de un seguro de daños, porque la delimitación de las consecuencias patrimoniales del daño pueden ser, ciertamente, mucho más restringidas. Por ello con sobrada razón se aduce que en los seguros de responsabilidad civil la obligación del asegurador es de carácter complementario con respecto a la obligación de reparación que la ley impone al responsable del daño, aún a pesar de la consagración de la acción directa de la víctima contra el asegurador bajo este tipo de amparos.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

BRIÈRE DE L'ISLE, GEORGES (1973), "Droit des Assurances", Presses Universitaires de France, París.

"El seguro por valor de reposición o reemplazo", publicado en las Memorias correspondientes al XVII Encuentro Nacional de ACOLDESE celebrado en Paipa, en octubre de 1992.

Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato, publicación de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

GARRIGUES, JOAQUÍN (1982), *Contrato de seguro terrestre*, 2a. edición, Imprenta Aguirre, Madrid.

GIRGADO PERANDONES, PABLO (2005), *El principio indemnizatorio en los seguros de daños - Una aproximación a su significado*, Editorial Comares, Granada.

Henao, Juan Carlos (1998), *El daño*, publicación de la Universidad Externado de Colombia.

JARAMILLO, CARLOS IGNACIO (Octubre 1992), "Aspectos medulares del seguro sobre la vida en el derecho colombiano: Visión comparada", XVII Encuentro Nacional de Acoldece, Paipa, Edit. Guadalupe.

LAMBERT-FAIVRE, YVONNE (1979), *Droit des Assurances*, troisième édition, Dalloz, París.

LARROUMET, CHRISTIAN (1999), *Teoría General del Contrato*, Editorial Temis S.A., Bogotá D.C.

"Les assurances terrestres en Droit français", L.G.D.J., Paris, 1975.

MUÑOZ PAREDES, MARÍA LUISA (1998), "El Seguro a valor nuevo", Colección *Estudios de Derecho Mercantil*, Editorial Civitas, Madrid.

OSSA GÓMEZ, EFRÉN (1991), *Teoría General del Seguro -El contrato-*, Editorial Temis.

PICARD, M. y BESSON A. (1975), "Les assurances terrestres en Droit Français", quatrième édition, LGDJ. Paris.

PINTOS AGER, JESÚS (2000), "Baremos, seguros y Derecho de daños", Civitas Ediciones S.L., Madrid.

Teoría general del seguro -El contrato-, segunda edición, Editorial Temis, Bogotá, 1991.

Jurisprudencia

Sentencia de la Corte Constitucional C-163 de 2000.

Sentencia de la Corte Constitucional C-916 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.