

Cuarta edición

SEGUROS

TEMAS ESENCIALES

Fernando Palacios Sánchez

(Editor científico)



ECOE
EDICIONES



Universidad de
La Sabana

Seguros

Temas esenciales

Fernando Palacios Sánchez
(Editor científico)

Cuarta edición

Palacios Sánchez, Fernando

Seguros : temas esenciales / Fernando Palacios Sánchez. -- 4a. ed. -- Bogotá : Ecoe Ediciones : Universidad de La Sabana, 2016.

639 p. – (Ciencias políticas. Derecho)

Incluye: El Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) en Colombia. Administración de riesgos y gobernabilidad corporativa en las compañías de seguros. El defensor del consumidor financiero. -- Contiene bibliografía.

ISBN 978-958-771-330-5 -- 978-958-771-325-1 (e-book)

1. Derecho de seguros 2. Seguros I. Título II. Serie

CDD: 346.086 ed. 23

CO-BoBN– a977637



Colección: *Derecho*

Área: *Derecho*

ECOE
EDICIONES



Universidad de
La Sabana

© Fernando Palacios Sánchez
e-mail: feral48@hotmail.com

© Ecoe Ediciones Ltda.
e-mail: info@ecoeediciones.com
www.ecoeediciones.com
Carrera 19 N.º 63 C 32, Tel.: 248 14 49
Bogotá, Colombia

© Universidad de La Sabana,
Facultad de Derecho

Dirección de Publicaciones
Campus del Puente del Común
Km 7 Autopista Norte de Bogotá
Chía, Cundinamarca, Colombia
Teléfono: (57-1) 8615555 Ext. 45001
www.unisabana.edu.co
publicaciones@unisabana.edu.co

Primera edición: Bogotá, 2004
Segunda edición: Bogotá, 2005
Tercera edición: Bogotá, 2007
Cuarta edición: Bogotá, abril de 2016

ISBN: 978-958-771-330-5
e-ISBN: 978-958-771-325-1

Dirección editorial: Andrés Delgado
Coordinación editorial: Angélica García Reyes
Corrección de estilo: Daniel Urquijo
Diagramación: Yolanda Madero T.
Carátula: Wilson Marulanda
Impresión: Digiprint Editores
Calle 63 Bis # 70 - 49

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Impreso y hecho en Colombia - Todos los derechos reservados

CONTENIDO



Prólogo a la cuarta edición.....	XIX

PRIMERA PARTE. ASPECTOS JURÍDICOS..... 1

I. Nuevos horizontes del derecho contractual.....	3
Bibliografía.....	

II. El Derecho del consumo y la protección al consumidor de seguros.....	17
1. Introducción	17
2. El contrato de seguro como contrato de adhesión	20
2.1. La teoría general del contrato es insuficiente para la regulación de los contratos de adhesión	22
2.2. Definiciones del contrato de adhesión por los estatutos de protección al consumidor	23
2.3. Ventajas y desventajas de los contratos de adhesión	23
3. Disposiciones de los estatutos de protección al consumidor de particular incidencia para el contrato de seguro	24
3.1. El derecho del consumidor de seguros de recibir información cierta, suficiente y oportuna que le permita conocer adecuadamente sus derechos y obligaciones	25
3.2. Prohibición de publicidad engañosa	28
3.3. El asegurado debe recibir educación sobre los productos y servicios financieros	29
3.4. Prohibición de incorporar en las pólizas cláusulas abusivas	29
3.4.1. Otras normas de prohibición de cláusulas abusivas	31
3.4.2. Objetivos que persigue la prohibición de incorporar cláusulas abusivas	32
3.4.3. Obligaciones especiales de las entidades vigiladas	32
3.4.4. Jurisprudencia relacionada con las cláusulas abusivas	32

3.5. Circular 029 de 2014.....	35
3.6. La protección contractual del consumidor de seguros	36
3.7. Derecho a la igualdad	36
3.8. Circular 015 de 2010 (incorporada a la Circular Básica Jurídica)	37
3.9 Circular 050 de 2015.....	37
4. Circular Básica Jurídica 029 de 2014 y la libre competencia	38
5. Conclusiones	40
5.1. Recomendaciones para la debida aplicación del Derecho del consumo al contrato de seguro	40
5.1.1. En el seguro no debe existir una sola parte que detente la información, la otra también debe estarlo para que pueda tomar una decisión informada	40
5.1.2. La educación sobre el contrato de seguro es un derecho de los asegurados	41
5.1.3. En el seguro la buena fe debe campear para las dos partes	41
5.1.4. El seguro debe tener en el Derecho del consumo un aliado y no un obstáculo	41
5.1.5. El seguro es campo prohibido para las cláusulas abusivas	41
5.1.6. El seguro debe generar la máxima confianza en el consumidor	41
5.1.7. El universo normativo del seguro debe incorporarse en un código del seguro.....	43
5.1.8. La cultura del servicio debe ser columna vertebral de la actividad aseguradora.....	43
5.1.9. El seguro debe hacer parte de la canasta familiar	44
Bibliografía.....	
III. Aspectos particulares de los seguros en el Derecho comparado	45
1. Introducción	45
2. Las asociaciones de seguros	46
2.1. La Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA)	47
2.2. ACOLOSE.....	49
3. Las legislaciones de seguros	50
3.1. Argentina.....	50
3.2. Chile	51
3.3. Colombia	52
3.4. España.....	54
3.5. Francia	54
3.6. Perú	57
3.7. Comentarios	57

4.	Intentos de armonización.....	58
5.	El perfeccionamiento y la prueba del contrato de seguro.....	58
5.1.	Argentina	58
5.2.	Chile	60
5.3.	Colombia	61
5.4.	España	63
5.5.	Francia.....	63
5.6.	Perú	64
5.7.	Comentarios	64
6.	La declaración del estado del riesgo	65
6.1.	Argentina.....	65
6.1.1.	Reticencia: concepto	65
6.1.2.	Plazo para impugnar	65
6.1.3.	Falta de dolo.....	65
6.1.4.	Reajuste del seguro de vida después del siniestro	66
6.1.5.	Dolo o mala fe	66
6.1.6.	Siniestro en el plazo para impugnar	66
6.1.7.	Celebración por presentación	66
6.1.8.	Reticencia o conocimiento del asegurado	66
6.1.9.	Incontestabilidad	66
6.1.10.	Denuncia inexacta de la edad	66
6.1.11.	Edad mayor	67
6.1.12.	Edad menor	67
6.2.	Chile	69
6.3.	Colombia	71
6.4.	España.....	79
6.5.	Francia.....	83
6.6.	Perú	85
6.7.	Comentarios	88
7.	La prima	89
7.1.	Argentina	89
7.1.1.	Lugar de pago	89
7.1.2.	Exigibilidad de la prima	89
7.1.3.	Crédito tácito	90
7.1.4.	Mora en el pago de la prima efectos	90
7.1.5.	Derecho del asegurador	90
7.2.	Chile	91
7.3.	Colombia	92
7.4.	España	95
7.5.	Francia	97
7.6.	Perú	99
7.7.	Comentarios	101

8.	La prescripción	102
8.1.	Argentina	102
8.1.1.	Término	102
8.1.2.	Beneficiario	102
8.1.3.	Abreviación	102
8.2.	Chile	103
8.3.	Colombia	104
8.4.	España	106
8.5.	Francia	108
8.6.	Perú	110
8.7.	Comentarios	111
9.	La acción directa en el seguro de responsabilidad civil	111
9.1.	Argentina	111
9.1.1.	Pluralidad de damnificados	112
9.2.	Chile	113
9.3.	Colombia	114
9.4.	España	115
9.5.	Francia	116
9.6.	Perú	117
9.7.	Comentarios	118
10.	La subrogación del asegurador	119
10.1.	Argentina	119
10.2.	Chile	120
10.3.	Colombia	122
10.4.	España	124
10.5.	Francia	127
10.6.	Perú	128
10.7.	Comentarios	129
11.	El suicidio y los seguros	130
11.1.	Argentina	130
11.2.	Chile	130
11.3.	Colombia	131
11.4.	España	133
11.5.	Francia	134
11.6.	Perú	134
11.7.	Comentarios	135
	Bibliografía	
IV.	El seguro como contrato consensual y su prueba	141
1.	El contrato de seguro como contrato consensual	142
2.	La prueba del contrato de seguro	148

V. El <i>habeas data</i> y su impacto en el contrato de seguro	153
1. Introducción	153
2. Evolución normativa de la protección del <i>habeas data</i> a partir de la Constitución Política de 1991	154
2.1. Constitución Política de Colombia de 1991	154
2.2. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero	155
2.3. Circular Externa 042 de 2012	155
2.4. Ley 1266 de 2008	156
2.5. Circular Externa 052 de 2004 (modificada por la CE 046 de 2011) Sistema de Administración de Riesgo de Crédito	159
2.6. Circular Externa 026 de 2008 (incorporada al capítulo IV, título IV, parte primera de la Circular Externa 029 de 2014)	160
2.7. Ley 1273 de 2009	161
2.8. Ley 1328 de 2009	163
2.9. Ley 1480 de 2011	165
2.10. Ley 1581 de 2012	166
2.11. Definiciones abordadas por la Ley 1581 de 2012 que inciden directamente en la actividad aseguradora	169
2.12. Casos en los cuales no es necesaria la autorización para el manejo de datos personales	170
2.13. Sujetos o partes involucradas en el tratamiento de información de carácter personal	174
2.14. Derechos de los titulares de datos personales	177
2.15. Algunos aspectos comunes a tenerse en cuenta en las leyes 1266 de 2008 y 1581 de 2012	178
3. Aplicación puntual de las normas de <i>habeas data</i> en relación con el contrato de seguro	186
4. Armonización de la protección del consumidor y la protección de datos personales	195
VI. La subrogación del asegurador	197
1. La subrogación en general y en particular	198
2. Efectos del pago con subrogación de la indemnización	203
3. Requisitos de la subrogación en el seguro	205
4. Prueba de la subrogación	211
Bibliografía	
SEGUNDA PARTE. RAMOS Y PÓLIZAS	215
VII. El seguro obligatorio de accidentes de tránsito (SOAT) en Colombia	217
1. Introducción	217
2. Antecedentes	218
3. Elementos esenciales del contrato de SOAT	220

3.1. Interés asegurable	220
3.2. Prima	221
3.3. Riesgo asegurable	223
4. Obligación condicional de pagar una suma de dinero	224
5. Partes e intervinientes en el contrato de SOAT	225
5.1. Tomador	225
5.2. Aseguradora.....	228
5.3. Asegurado	229
5.4. Beneficiario	230
6. El SOAT como seguro obligatorio y su función social.....	230
6.1. Seguro obligatorio.....	230
6.2. SOAT como un seguro con función social	232
6.3. Amparos del SOAT	233
6.3.1. Gastos médicos, quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios	233
6.3.2. Gastos de transporte	234
6.3.3. Incapacidad permanente	234
6.3.4. Muerte y gastos funerarios	234
6.4. Disposiciones generales del Contrato de Seguros terrestre no aplicables al SOAT	234
6.4.1. El artículo 1055 del Código de Comercio.....	235
6.4.2. El artículo 1056 del Código de Comercio	235
6.4.3. El artículo 1058 del Código de Comercio.....	236
6.4.4. El artículo 1066 del Código de Comercio	236
6.4.5. El artículo 1071 del Código de Comercio.....	237
6.4.6. El artículo 1107 del Código de Comercio.....	237
6.4.7. El artículo 1110 del Código de Comercio.....	237
7. Improcedencia de la duplicidad de amparos.....	237
8. Prueba de los daños	238
8.1. Servicios de salud	238
8.2. Indemnización por incapacidad permanente	239
8.3. Indemnización por muerte y gastos funerarios	239
8.4. Gastos por concepto de transporte.....	240
9. Prescripción de las acciones derivadas del SOAT	240
10. El Decreto 056 de 2015.....	241
11. El SOAT en los países de Suramérica	242
11.1. Chile	242
11.2. Ecuador	243
11.3. Brasil	243
11.4. Bolivia	243
11.5. Argentina	243
12. Conclusión	244
Bibliografía.....	

VIII.	De la responsabilidad civil por el daño ambiental y el seguro ecológico en Colombia	245
1.	Fundamento constitucional de la responsabilidad derivada del impacto ecológico	248
1.1.	Procedencia de la acción de tutela	258
1.2.	Finalidad de la acción de tutela	260
1.3.	La tutela y el derecho a un ambiente sano	261
1.4.	El derecho a un ambiente sano como derecho fundamental	263
2.	Lineamientos generales de la responsabilidad civil	264
2.1.	Fundamento de la responsabilidad civil	264
2.2.	Desarrollo de la responsabilidad civil	266
2.3.	Los caracteres actuales de la responsabilidad civil	267
2.4.	Los elementos de la responsabilidad civil	269
3.	Elementos de la responsabilidad por daño ecológico	271
4.	La contaminación ambiental como responsabilidad objetiva	273
5.	Diversos mecanismos para la protección medioambiental	279
6.	El seguro ecológico	281
6.1.	Antecedentes	281
6.2.	Los fondos de compensación	283
6.3.	Los seguros obligatorios	286
6.4.	El seguro por daños al medio ambiente	287
6.5.	Evolución del contenido y extensión del amparo a nivel global	288
6.6.	El seguro ecológico en Colombia	294
6.6.1.	Propósito del seguro ecológico	295
6.6.2.	El riesgo ecológico o de contaminación	296
6.6.3.	Caracteres del riesgo de contaminación	298
6.6.4.	El riesgo ocurrencia vs. el riesgo descubrimiento	300
6.6.5.	Las coberturas <i>claims made</i>	302
6.6.6.	La cláusula de siniestros en serie	306
6.6.7.	El daño ambiental puro	308
6.6.8.	La obligatoriedad del seguro ecológico	311
6.6.9.	La estructura del seguro ecológico	312
7.	La acción directa de la víctima contra el asegurador	315
8.	El siniestro: demostración de su acaecimiento y cuantía	317
9.	La prescripción de las acciones derivadas de la póliza	325
	Bibliografía	
IX.	La suscripción de pólizas de seguro de responsabilidad civil - aspectos prácticos	331
1.	Declaración del estado del riesgo - reticencias e inexactitudes	332
2.	Copia del informe de inspección	334
3.	Suficiencia de la suma asegurada	336

4.	Modalidades de cobertura (delimitación temporal del riesgo)	336
5.	Riesgo asegurado (objeto del seguro).....	337
6.	Predios asegurados.....	340
7.	Delimitación objetiva del riesgo.....	341
8.	Garantías	341
9.	Cláusula compromisoria o de arbitramento	342
10.	Deducibles	343
11.	Exclusiones y demás condiciones	343
X.	Seguro de responsabilidad civil y valoración del daño	345
1.	Consideraciones previas	346
2.	La valoración del daño.....	347
3.	La indemnización.....	348
4.	Los perjuicios patrimoniales.....	348
5.	Indemnización patrimonial en casos de muerte de menores de edad	351
6.	Los perjuicios extrapatrimoniales	351
7.	El daño moral	351
	7.1. Perjuicio moral con ocasión de pérdida o daño de cosas	351
	7.2. Perjuicio moral con ocasión del daño a las personas	352
8.	En materia penal	356
9.	El daño a la vida de relación - daño a la salud	356
10.	En materia civil.....	357
11.	Afectación o vulneración a otros bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados	359
	Bibliografía.....	
XI.	El seguro de transportes	363
1.	La actividad transportadora	363
	1.1. Marco general	363
	1.2. El contrato de transporte	365
2.	El seguro de transporte	368
	2.1. Breve referencia histórica	368
	2.2. Noción y características	369
	2.3. Clasificación	369
	2.4. Seguro universal o todo riesgo	372
	2.5. El interés asegurable en el seguro de transporte	374
	2.6. El riesgo asegurable	380
	2.7. La prima de seguro	385
	2.8. La obligación condicional del asegurador	386
3.	Conclusiones.....	389
	Bibliografía.....	

XII. El seguro de cumplimiento de contratos estatales	391
1. Introducción	391
2. La naturaleza jurídica del seguro de cumplimiento de contratos estatales	393
3. Las coberturas y notas particulares del seguro de cumplimiento de contratos estatales	401
3.1. La garantía de seriedad de la oferta	403
3.2. La garantía única de cumplimiento	409
3.2.1. Buen manejo y correcta inversión del anticipo	409
3.2.2. Devolución del pago anticipado	411
3.2.3. Cumplimiento.....	412
3.2.4. Pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales	413
3.2.5. Estabilidad y calidad de la obra	414
3.2.6. Calidad y correcto funcionamiento de los bienes suministrados	415
3.2.7. Calidad del servicio	415
3.2.8. Los demás incumplimientos de obligaciones que la entidad contratante considere deben ser amparados de manera proporcional y acorde a la naturaleza del contrato	416
3.3. Exclusiones	416
3.4. Excepciones al principio de indivisibilidad de la garantía	417
3.5. Independencia de los amparos y de sus valores asegurados	418
3.6. Inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad	418
3.7. Irrevocabilidad del seguro de cumplimiento	422
3.8. El seguro de cumplimiento no termina por mora en el pago de la prima	422
3.9. Inaplicación del principio de comunicabilidad de excepciones	423
3.10. ¿Es aplicable el artículo 1055 del Código de Comercio al seguro de cumplimiento de contratos estatales?	423
3.11. ¿Es aplicable el artículo 1060 del Código de Comercio al seguro de cumplimiento de contratos estatales?	425
4. La reclamación en el seguro de cumplimiento.....	427
5. La resolución de los conflictos derivados de la póliza de cumplimiento	434
5.1. Medio de control de controversias contractuales	434
5.1.1. El control de legalidad de los actos administrativos mediante los cuales se hace efectiva la póliza por parte de las compañías aseguradoras	434
5.1.2. Resolución de controversias relativas al incumplimiento del contrato estatal	435
5.2. Proceso ejecutivo	438
5.3. La subrogación en el seguro de cumplimiento	442

6.	La reclamación de las pólizas de cumplimiento a través del proceso de responsabilidad fiscal	445
	Bibliografía.....	
XIII.	El seguro de vida y sus extensiones de cobertura	451
1.	Introducción a los seguros para personas	451
2.	Los seguros sobre la vida: referencia histórica	452
3.	El riesgo	454
3.1.	El concepto de riesgo en el seguro de vida	454
3.2.	Ámbito del riesgo	455
3.3.	Clasificación	456
3.3.1.	Por los intereses que afectan	456
3.3.2.	Por la variabilidad del peligro	456
4.	Justificación del seguro.....	456
4.1.	La necesidad de dinero	456
4.2.	Sistemas de manejo de los seguros de vida	459
4.3.	La mutualidad	459
5.	Elementos esenciales para constituir un sistema de seguros	460
5.1.	Grupo numeroso de individuos expuestos al mismo riesgo	460
5.2.	Conocimiento aproximado de la frecuencia de siniestros	461
5.3.	Contribución de cada individuo al pago de los siniestros	461
5.4.	Herramientas para estructurar el sistema	462
5.4.1.	El cálculo de probabilidades	462
5.4.2.	La tabla de mortalidad	463
5.4.3.	El cálculo de las tasas de primas	467
6.	La reserva matemática	482
6.1.	Definición	482
6.2.	Su origen.....	483
6.3.	Su finalidad	483
6.4.	Su cálculo	483
7.	Planes fundamentales en los seguros de vida	487
7.1.	Temporales por muerte	488
7.1.1.	Características	488
7.2.	De vida entera por muerte	490
7.2.1.	Características	490
7.2.2.	Modalidades	491
7.3.	Seguro de supervivencia	492
7.3.1.	Características	493
8.	Los valores de rescate	495
8.1.	Definición	496
8.2.	Comportamiento	496

8.3. Factores por los que varían	496
8.3.1. Plan de seguro contratado	496
8.3.2. Edad inicial o de entrada	497
8.3.3. Altura del seguro	497
8.4. Uso de los valores de rescate	497
8.4.1. Rescindir o rescatar	497
8.4.2. Compra de seguros saldados	498
8.4.3. Compra de seguros prorrogado	500
8.4.4. Hacer préstamos con el respaldo en tales valores	501
8.4.5. No caducidad automática	504
9. La selección de riesgos en los seguros de vida y salud	511
9.1. Necesidad de la selección	511
9.2. Objetivo	512
9.3. La antiselección	513
9.4. La contribución	513
9.5. Factores de análisis	514
9.5.1. La edad	515
9.5.2. La salud	515
9.5.3. Ocupación habitual	516
9.5.4. El riesgo moral	517
9.5.5. El interés asegurable	517
9.5.6. Plan de seguro solicitado	518
9.5.7. Los estados financieros del solicitante.....	518
9.6. Conclusiones posibles del proceso de selección	519
9.7. Las extraprimas o recargos	519
9.8. La tarificación (tarificación) de riesgos	520
9.8.1. Método de selección numérica.....	520
9.8.2. Ejemplos del proceso de tarificación numérica	520
10. Extensiones de cobertura al seguro por muerte	522
10.1. Exoneración del pago de primas (Ex ITyP) por incapacidad total y permanente.....	522
10.2. Incapacidad total y permanente (ITyP)	523
10.3. El siniestro por incapacidad total y permanente	525
10.3.1. Reclamación de pensión vitalicia ante la seguridad social	526
10.3.2. Reclamo de capital ante el seguro privado	526
10.4. La invalidez total y permanente en seguros de vida individual y en seguros de grupo	529
10.4.1. Principales exclusiones	530
10.5. Muerte accidental o desmembración	530
10.6. Definición de accidente	530
10.7. Objetivos de la extensión	530
10.8. El homicidio intencional como hecho accidental	531

10.9. Principales exclusiones	532
10.10. El siniestro en muerte accidental o desmembración	532
10.11. Enfermedades graves (EG)	533
10.12. Modalidades de la extensión	534
10.13. Las enfermedades cubiertas	534
10.14. Limitaciones y exclusiones	535
TERCERA PARTE. LA EMPRESA DE SEGUROS	543
XIV. Los intermediarios de seguros: su contratación entre particulares y con entidades estatales	545
1. Concepto, idoneidad, naturaleza jurídica e importancia de los intermediarios.....	545
1.1. Concepto	545
1.2. Importancia de los intermediarios de seguros	546
1.3. Naturaleza jurídica.....	548
1.3.1 Contrato de los intermediarios con la aseguradora.....	548
1.3.2. Contrato de los intermediarios con el tomador	550
2. Clases de intermediarios de seguros.....	551
2.1. Comentarios generales.....	551
2.2. Los agentes colocadores de pólizas de seguros	551
2.2.1 El agente dependiente colocador de pólizas de seguros y títulos de capitalización	551
2.2.2 El agente independiente	551
2.3. La agencia de seguros y agencias sometidas a vigilancia por la Superintendencia Financiera de Colombia	552
2.3.1. Las agencias de seguros	552
2.3.2. Las agencias vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.....	553
2.4. El corredor de seguros	554
2.4.1. Actividades autorizadas para los corredores de seguros del exterior.....	555
3. Condiciones de acceso y del ejercicio de la actividad de intermediación de seguros	556
3.1. Comentarios generales	556
3.1.1 Personas autorizadas e idoneidad	556
3.2. Condiciones de acceso y del ejercicio para directores de agencias de seguros y para agentes colocadores dependientes e independientes.....	559
3.3. Condiciones de acceso y del ejercicio para la agencia colocadora de seguros.....	559
3.4. Condiciones de acceso y del ejercicio para el corredor de seguros	560

3.4.1. Trámites y procedimientos para su constitución	560
3.4.2. Inscripción ante la Superintendencia Financiera de Colombia	562
3.5. Condiciones de ejercicio para la intermediación de seguros en el ramo de riesgos laborales	562
3.6. Inhabilidades y prohibiciones	565
3.6.1. Inhabilidades	565
3.6.2. Prohibiciones	567
4. Régimen de contratación de los intermediarios de seguros entre particulares y con entidades estatales. Remuneración	568
4.1. Comentarios aplicables a ambas clases de contratación	568
4.1.1. Designación del intermediario	569
4.1.2. Remuneración del intermediario	569
4.2. Régimen de contratación	569
4.3. Régimen de contratación de los intermediarios de seguros con entidades estatales sujetas al Estatuto de contratación de la Ley 80 del 1993, Ley 1150 de 2007, Decreto 1510 de 2013 y Decreto 1082 de 2015.	570
4.3.1. Comentarios generales y naturaleza jurídica del contrato .	570
4.3.1.2. Naturaleza jurídica del contrato	573
4.3.1.3. Requisitos que deben cumplir los intermediarios para hacer propuestas y contratar con entidades estatales	574
4.4. Limitación para la contratación de un segundo intermediario ..	575
4.5. Término del contrato de intermediación	575
5. Responsabilidad de las aseguradoras por actuaciones de los intermediarios y responsabilidad de los intermediarios para con el tomador	576
5.1. Responsabilidad de las aseguradoras por actuaciones de los Intermediarios	576
5.2. Responsabilidad de los intermediarios para con el tomador	577
6. La supervisión y control de los intermediarios de seguros y régimen sancionatorio	579
6.1. Intermediarios sujetos a supervisión permanente	579
6.1.1 Intermediarios no sujetos a supervisión permanente	579
6.2. Régimen sancionatorio	579
7. Normatividad aplicable a los intermediarios de seguros y de reaseguros	580
7.1. Normas aplicables a todos los intermediarios	580
7.2. Normas aplicables a los agentes colocadores y agencias de seguros	580
7.3. Normas aplicables a los corredores de seguros	580
7.4. Normas aplicables a los intermediarios de seguros que explotan el ramo de riesgos laborales	581

7.5. Aplicación de normas para la selección y contratación del
intermediario por una entidad estatal 581

8. El corredor de reaseguro 581

8.1. Sistema de garantías para corredores de reaseguro 582

XV. La selección del riesgo 583

1. El riesgo moral 589

2. La inspección 590

3. Cómo realizar un análisis global de riesgos 591

4. ¿Para quién se suscribe? 592

5. ¿Cómo se determina el precio del seguro? 593

6. El proceso de suscripción en microseguros 594

6.1. ¿Qué es el microseguro? 594

6.2. ¿A quién va dirigido? 595

6.3. ¿Qué características debe tener un producto de microseguro? 595

6.4. ¿Qué se tiene en cuenta para el diseño de un producto en
microseguros? 598

XVI. Administración de riesgos y gobernabilidad corporativa en
las compañías de seguros 599

1. Introducción 599

2. Administración de riesgos y gobernabilidad corporativa en las
compañías de seguros 600

3. Orígenes de la administración de riesgos 601

4. ¿Qué es la administración de riesgos? 607

5. Importancia de la administración de riesgos 608

6. ¿Por qué se requiere un sistema especial para la administración
de los riesgos de seguros? 612

7. ¿Qué es la gobernabilidad corporativa? 615

8. ¿En qué forma se aplican los principios de gobernabilidad
corporativa en una compañía de seguros? 618

9. Un caso práctico 621

Bibliografía.....

XVII. El defensor del consumidor financiero 623

1. Introducción 623

2. Reseña histórica 624

3. El defensor del cliente: una figura obligatoria para las entidades
vigiladas por la Superintendencia Bancaria y de creación legal -
Ley 795 de 2003 625

4. Del defensor del cliente al defensor del consumidor financiero:
modificaciones introducidas con la ley 1328 de 2009 629

Bibliografía.....

PRÓLOGO A LA CUARTA EDICIÓN



En el año 2000 un grupo de profesores, con la coordinación de la Dirección Académica de la Especialización en Seguros y Seguridad Social de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana, iniciaron un trabajo de investigación sobre temas que deben hacer parte de todo estudio integral sobre los seguros. De esta manera, se gestaba la primera edición del libro *Seguros. Temas esenciales*. La acogida por parte del público especializado en la materia, que llevó a tres ediciones entre los años 2003 y 2007, nos motivó a la publicación de la cuarta edición.

Esta última la constituyen nuevos trabajos investigativos, o trabajos ya publicados en la anterior, pero debidamente actualizados. No se trata de estudios insulares, puestos al azar, ni de réplicas de otros ya publicados por los coautores, sino de un estudio coherente sobre los seguros y con aportes de vanguardia a la doctrina del seguro.

Los siguientes son los nuevos estudios que se incorporan a la cuarta edición:

- *Nuevos horizontes del derecho contractual*, Álvaro Mendoza Ramírez
- *El derecho del consumo y la protección al consumidor de seguros*, Fernando Palacios Sánchez

- *El seguro como contrato consensual y su prueba*, Tulio Hernán Grimaldo León
- *El habeas data y su impacto en el contrato de seguro*, Jorge Meneses Paternina
- *La subrogación del asegurador*, Marcelo Nasser Olea
- *El seguro obligatorio de accidentes de tránsito*, Andrea Uribe Rincón y Andrés Felipe Alonso Jiménez
- *La suscripción de pólizas de seguro de responsabilidad civil - Aspectos prácticos*, María Cristina Isaza Posse
- *El seguro de responsabilidad civil y la valoración del daño*, María Cristina Isaza Posse
- *El seguro de transportes*, Rafael Ariza Vesga
- *El seguro de cumplimiento de contratos estatales en Colombia*, Luis Felipe Estrada Escobar

Los trabajos que se encontraban en la tercera edición y que han sido actualizados son los que se citan a continuación:

- *Aspectos particulares de los seguros en el derecho comparado*, Patricia Jaramillo Salgado
- *El seguro de vida y sus extensiones de cobertura*, Alejandro Barrera Monje
- *Los intermediarios de seguros, su contratación entre particulares y con entidades estatales*, César Augusto Núñez Villalba
- *De la responsabilidad civil por el daño ambiental y el seguro ecológico en Colombia*, Jorge Eduardo Narváez Bonnet
- *La selección del riesgo*, William Pinzón Caicedo
- *Administración de riesgos y gobernabilidad corporativa en las compañías de seguros*, Laura Pérez Álvarez y Jairo Pérez Muñoz
- *El defensor del consumidor financiero*, Manuel Guillermo Rueda Serrano

De esta manera, la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana y su especialización en Seguros y Seguridad Social contribuyen a la docencia e investigación del contrato de seguro, quizás el más complejo de los contratos mercantiles.

A los coautores nuestro más vivo reconocimiento, su esfuerzo constituye un aporte muy significativo a la doctrina nacional e internacional de los seguros.

Juan Fernando Córdoba Marentes
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de La Sabana

I. NUEVOS HORIZONTES DEL DERECHO CONTRACTUAL



ÁLVARO MENDOZA RAMÍREZ¹

Acaso en la larga historia del Derecho nunca se habían presentado cambios tan profundos en postulados clásicos, como aquellos que han ocurrido en un tiempo relativamente corto, que toma menos de un siglo.

Para muchos hoy en día es todavía difícil admitir que ese principio del Derecho penal, al parecer intocable, de la legalidad previa y de la tipificación penal pudiera, primeramente, ser desconocido en los juicios de Núremberg y, posteriormente, elevado este desconocimiento a la categoría de tratado. Conducta esta adoptada a través de la creación de la Corte Penal Internacional, encargada de sancionar o de revisar las penas impuestas en las distintas jurisdicciones

1 Abogado de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor del Rosario, colegial de número del Claustro, licenciado en Derecho Canónico de la Universidad Javeriana, especializado en Derecho Penal en el Instituto Enrico Ferri de la Università degli Studi de Roma, doctor en Derecho Privado de la Université de Paris, cursos libres de Economía en la Université de Lausanne y en la Université de Louvaine. Abogado, secretario general, gerente de zona y vicepresidente del Banco de Bogotá; vicepresidente y presidente del Banco Popular, fundador y presidente de Davivienda, abogado independiente desde 1974. Miembro de varias juntas directivas, rector de la Universidad de La Sabana por más de diez años, árbitro nacional, único o colegiado, en más de 120 trámites. Árbitro internacional en seis oportunidades, decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana por más de ocho años, profesor emérito de la misma universidad. Miembro de varios cuerpos directivos y asesor de la Universidad de La Sabana, actualmente profesor de la asignatura Obligaciones. Profesor en distintas asignaturas de Derecho Comercial en el Colegio Mayor del Rosario (por más de veinte años), en la Universidad de Antioquia, en la Universidad de La Sabana, en posgrados en Derecho Comercial y Financiero en las universidades Javeriana, Andes, Sabana, Externado y Santo Tomás.

por delitos particularmente urticantes dentro del concierto mundial, sin que las conductas respectivas estén exactamente tipificadas, como lo pretendió por siglos la ciencia penal, desde la obra clásica del marqués de Beccaria. Ya en materia de responsabilidad, que es el corazón mismo de este escrito, si bien en este caso dentro de los parámetros de aquella extracontractual, instituciones como las presunciones de culpa; la carga de la prueba dinámica en cabeza, no necesariamente de quien reclama sus consecuencias, sino de aquel que está en mejores condiciones para soportarla; la responsabilidad objetiva; etc., son claras muestras de que el afán por llamar a responder al autor del daño ha transformado en buena hora instituciones centenarias, apoyadas en el *onus probandi*, como principio antaño basilar del Derecho privado.

Conceptos como el de la personería jurídica en cabeza de entes colectivos, o el del patrimonio como un atributo de la personalidad, vienen siendo duramente enjuiciados por la moderna doctrina centroeuropea, desde mediados del siglo pasado, con apoyo en un entendimiento antropológico de la palabra “persona” y en la teoría de los patrimonios de afectación. El postulado del acto administrativo como una prerrogativa que dota al Estado, en su condición de personero del bien común, de facultades exorbitantes en la contratación, se hace agua en el Derecho comparado. Las nuevas orientaciones en materia constitucional abogan, no solamente por la aplicación directa de los principios y valores establecidos en las Cartas Políticas, sino también por una extensión analógica de los enunciados respectivos. Los nuevos estatutos procesales, también los nuestros, pretenden que bajo la apariencia de buen derecho y previas las garantías del caso, los asuntos se decidan, no necesariamente al final de un largo y tortuoso litigio, sino al comienzo de este, bajo el instituto potenciado de las medidas cautelares. Mi experiencia de árbitro, en mucho más de un centenar de casos, me muestra claramente cómo la sola lectura de la demanda y de su contestación permiten intuir de antemano, en la inmensa mayoría de los casos, cuál va a ser la decisión final. Qué decir, para no alargarnos más en esta enumeración que podría llenar páginas enteras, de la institución de los registros públicos, antaño reducida al registro inmobiliario, que viene especialmente en materia comercial echando por tierra esa afirmación clásica de la relatividad del negocio jurídico. Por su parte, las leyes que buscan defender al consumidor hoy permiten que este pueda reclamar a fabricantes o a intermediarios con los cuales no ha existido ningún vínculo contractual directo, extendiendo la responsabilidad contractual a aquellos con los cuales no se ha contratado y afectando de contera, una vez más, el postulado clásico de la relatividad del negocio jurídico.

Cayendo en el tema propio de este escrito, nos tropezamos con el derrumbe progresivo, en buena hora iniciado, de aquello que se consideró por siglos como una base insustituible e intocable del Derecho privado: la autonomía casi absoluta

de la voluntad y la intangibilidad de los pactos válidamente celebrados. Por siglos trabajamos sobre la defensa de este principio, al margen de taxativas y escasas causales de irregularidad del negocio jurídico y de algunas instituciones de defensa tímida de la equidad en los pactos privados. Basta solo referirnos a casos aberrantes de inmoralidad en los convenios, como es el instituto de la lesión enorme. Aquella prédica visionaria de Georges Ripert, muchos años ha, sobre la “regla moral en la obligaciones”², hoy no suscita escalofríos, aun cuando en su tiempo fue considerada como un planteamiento interesante pero inaplicable.

“*Pacta sunt servanda*” se nos repitió hasta el cansancio, no solamente en materia de responsabilidad contractual, tanto de Derecho privado como administrativo, sino también en el ámbito del Derecho internacional respecto de los tratados públicos. Aún hoy en día, buena parte de nuestra jurisprudencia y de nuestra doctrina afirman que explorar el tema de la moralidad en el negocio jurídico, al margen de ciertas excepciones expresamente reconocidas, no derivadas de un concepto general sobre dicha moralidad, pueden abrir la puerta a la inseguridad en la contratación y al recargo del poder judicial con una serie interminable de litigios. Como si la función propia del Derecho no fuera la búsqueda infatigable de lo justo y como si la verdad jurídica, que es ni más ni menos que la equidad, no debiera primar por sobre la comodidad en el manejo de nuestras instituciones.

Visto el tema desde la perspectiva de la función central del Derecho, la búsqueda de la equidad y de lo justo en las relaciones sociales, resulta sorprendente y acaso pueda igualmente afirmarse que es preocupante la tesis inveterada de la intangibilidad del negocio jurídico, como si en materia de este la función central de la ciencia del Derecho debiera detenerse ante esa muralla infranqueable de la defensa a ultranza de la autonomía de la voluntad

Viene aquí al caso una cita tomada del ilustre profesor de la Universidad de la Sapienza en Roma, Renato Scognamiglio³, quien defiende en el punto segundo de su obra citada al pie de este escrito la tesis de que, en el estado actual de las cosas, es necesario tomar nota de la evolución del Derecho positivo en cuanto corresponde al negocio jurídico, evolución que pretende sacar al régimen de los contratos de esa concepción individualista propia del sistema clásico, para pasar a un entendimiento de la voluntad de negociar y de sus límites más social, marcadamente solidarista. En este sentido, con apoyo en la moderna doctrina alemana, el autor protesta contra el exagerado culto al dogma de la protección de la voluntad privada, para defender preponderantemente la lealtad, el equilibrio en los pactos, la protección de quien sea más débil frente a su celebración, afirmaciones que nos conducen al terreno

2 *La regla moral en las obligaciones civiles*. Bogotá: Ediciones La Gran Colombia, 1946.

3 *Contribución a la teoría del negocio jurídico*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2004.

de la equidad, de lo justo, que es el objeto propio de la ciencia jurídica, objeto que no puede desatenderse en ninguna de sus ramas.

El pensamiento liberal que inspiró al Código de Napoleón y, como consecuencia suya, a la gran mayoría de las legislaciones de Derecho privado, tanto civiles como comerciales, sentó unas premisas que hoy en día, en un Estado social de derecho⁴, son difíciles de sostener: la libertad para obligarse, con el mínimo posible de restricciones, en tanto cada sujeto de derecho debe velar por sus propios intereses y no son admisibles las intromisiones jurisdiccionales. No lo son en la medida en que implican desconocer esa autonomía del consentimiento que crea, en cada caso en que se acude al negocio jurídico, un derecho particular, que no puede ser desconocido por el Derecho general, salvo algunas excepciones taxativamente establecidas. Como consecuencia del principio anterior, conocido como de la autonomía de la voluntad, el respeto máximo por el uso de dicha libertad que hacen quienes se vinculan jurídicamente, sin que pueda ningún poder estatal ingerir en esa voluntad libre, porque al hacerlo estaría sustituyendo al consentimiento de quienes se hayan vinculado. Igualmente, la seguridad en el campo de los vínculos de Derecho privado, que lleva a que, contraída libremente una obligación, se cuente con que ella será respetada, salvo circunstancias extremas. También, la confianza en que las personas capaces cuentan con las condiciones para entender cabalmente sus derechos y para defenderlos debidamente en las tratativas que conducen a la contratación. La llamada por algunos “carga de sagacidad” en los vínculos negociales.

Frente a esta línea de pensamiento, que imperó por varios siglos en el terreno del Derecho privado, bien a pesar de que, paralelamente, la historia vivió la eclosión de las teorías económicas y políticas de carácter socialista de los siglos XIX y XX, el pensamiento en el campo del Derecho privado se orienta cada vez más, como antes se sostuvo, hacia una visión marcadamente social del régimen jurídico respectivo.

El enfoque social del Derecho privado pretende que la autonomía de la voluntad encuentra límites indispensables, tendientes a proteger la moralidad en la contratación, así como el respeto por los derechos de los más débiles, de los menos informados, de quienes tienen mayores necesidades, de aquellos que se ven obligados a contratar dentro de las únicas alternativas que ofrece el mercado de bienes y servicios. Por sobre la seguridad en las estipulaciones, se quiere privilegiar la buena fe en su celebración y en su desarrollo. Esta buena fe no se entiende simplemente como la mera ausencia de dolo, ni siquiera como la personal conciencia

4 Artículo 1º de la Constitución Política.

de estar actuando conforme a derecho, sino que llega a un examen objetivo del indispensable equilibrio en las recíprocas prestaciones, toda vez que solamente este asegura que todos los intervinientes reciban un trato equitativo y consonante con el respeto y la protección que se debe a todos ellos. Más que preservar la intangibilidad del negocio jurídico, se busca defender la moralidad de este.

El Derecho privado no puede ser visto como el dominio del más fuerte, como una especie de jungla en la cual solamente las especies mejor dotadas, al decir de Darwin⁵, pueden sobrevivir adecuadamente. No basta esa “invisible mano del mercado”, mencionada por el fundador de la economía política como ciencia independiente⁶, siendo necesaria la intervención del legislador para crear normas que protejan a quienes contraten en condiciones de inferioridad y siendo precisa, igualmente, la intervención del juez o de la autoridad administrativa en toda ocasión en que se requiera corregir lo estipulado para ajustarlo a derecho, llamar a responder a eslabones anteriores en el suministro de bienes o de servicios, o dejar sin efecto lo pactado, todo lo anterior en orden a proteger a quienes hayan sufrido un daño a través de una contratación.

Un planteamiento adecuado, propuesto por la vía del diálogo, lo podemos encontrar en un escrito del profesor Sergio Muñoz⁷, que planea la necesidad de adecuar los postulados con los cuales tradicionalmente se ha venido manejando el Derecho privado, a los principios y valores de la Carta, sin que esta adecuación signifique sacrificar las construcciones derivadas de la autonomía de la voluntad, sino meramente acomodarlas a la injerencia propia del neoconstitucionalismo moderno.

La Constitución Nacional, como bien lo expresa el artículo 4º de su texto, es “norma de normas”, es decir, ocupa el vértice de la llamada pirámide kelseniana respecto del Derecho positivo⁸. Por lo tanto, no debe extrañar que su influencia irradie el entero campo del Derecho, sin excluir de la misma al Derecho privado.

5 Darwin, Charles Robert. *Del origen de las especies por medio de la selección natural*. México: Editorial Capital, 1999.

6 Smith, Adam. *Inquire into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Londres, 2002.

7 “El postulado de autonomía privada y sus límites frente al constitucionalismo contemporáneo”. En: *Neoconstitucionalismo y Derecho privado*. Bogotá: El Debate, Universidad Javerana-Dike, 2008.

8 Kelsen, Hans. *La teoría pura del Derecho*. México: Editorial Barrios, 1998.

Precisamente sobre este aspecto de la injerencia de la Carta en todas las cuestiones jurídicas, conviene tener en cuenta la obra del profesor Ricardo Guastini⁹, que trata de la proyección de los principios y valores de la Constitución italiana sobre el entero ordenamiento jurídico, considerando a dichos principios y valores como una luz que ilumina toda suerte de interpretaciones.

No se trata de exagerar en este terreno, ni de plantearnos el debate entre sobre-constitucionalización e infraconstitucionalización, para llegar, con palabras de Robert Alexi¹⁰, a una constitucionalización adecuada. Se trata sí de reconocer la primacía de la Carta sobre el resto del ordenamiento jurídico de Derecho positivo y esta primacía obliga a una interpretación adecuada y extendida a todo el universo jurídico, que no pretende que la Carta sea la única referencia de Derecho positivo, pero que tampoco puede dejar de apreciar la proyección de ella sobre las demás normas.

Con lo anterior no se quiere, en forma alguna, sentar la premonición de que la autonomía de la voluntad deje de ser la fuente por excelencia del derecho privado y que este no responda, al menos en parte, como ha sido proverbial, al uso de ese consentimiento libre e informado creador de obligaciones. Solo que estamos viendo durante las últimas décadas cómo se cuestiona cada vez más el mal uso de esta autonomía y cómo se predica la exigencia de la buena fe en la etapa precontractual, en la celebración misma de los pactos y, luego, en el curso de su ejecución.

El viejo concepto de que es preciso respetar la voluntad libre, exenta de error y de engaño en cabeza de quienes tengan capacidad de ejercicio, ha venido cada vez más cediendo el paso a una función tuitiva del Derecho privado sobre el uso de la libertad contractual, función que todavía escandaliza a muchos.

Si pensamos en cuál puede ser el futuro del Derecho comercial, bien podemos imaginarlo como el conjunto de normas que regulan las relaciones entre productores y distribuidores de una parte, y los consumidores de la otra, enderezadas, como suelen ser todas las regulaciones que buscan intervenir en el mercado de bienes y de servicios, a la protección del consumidor, considerado por regla general como el eslabón más débil en la cadena que comienza con el productor y termina con dicho consumidor.

9 “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. En: *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2003.

10 *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado, 2003.

Dentro de este orden de ideas, la Ley 1480 del año 2011, conocida con el nombre de “Estatuto del Consumidor”, marcó un quiebre importante en el Derecho privado, al sacar en buena parte del ámbito de la autotomía de la voluntad las relaciones más comunes de carácter negocial o contractual, aquellas que se pasan entre proveedores o distribuidores de una parte y consumidores de la otra. Por este camino, contrariamente a lo que muchos afirman, no se trata de proteger al económicamente más débil, sino al jurídicamente más indefenso. Bien puede ser que en una relación de consumo la parte con mayor poder económico sea la consumidora, mientras uno de sus proveedores se encuentra lejos de esta situación. Como cuando uno de los grandes bancos adquiere una serie de computadores personales a un importador o a un distribuidor mediano, o cuando contrata con una compañía pequeña de *software* la elaboración de un programa específico para sus operaciones.

El consumidor siempre se encuentra en una situación asimétrica en tanto su proveedor o distribuidor es quien tiene los conocimientos o el manejo negocial que lo ponen en una situación indudable de ventaja. Normalmente acudimos a los suministradores de bienes y de servicios con una gran ignorancia sobre los procesos de estos suministros, lo cual nos obliga a ponernos inermes en las manos de quien nos los provee.

Desde la aparición de la Ley 1480 he venido afirmando que, de la misma manera como el régimen laboral se desprendió de las prescripciones de los arcaicos contratos civiles de arrendamiento de criados domésticos y del arrendamiento de servicios, que irónicamente todavía forman parte de nuestro Código Civil, para crear un sistema regulatorio de las relaciones entre patronos y trabajadores, el estatuto del consumo se aparta de los postulados clásicos del Derecho privado, para establecer una normatividad especial en la inmensa mayoría de nuestras relaciones contractuales. En ambos casos nos encontramos con ordenamientos tuitivos, protectores de la parte débil. En ambos se reconoce la asimetría en las respectivas contrataciones, para dar lugar a una “discriminación positiva” en favor de la parte débil.

Esta “discriminación positiva” hecha por tierra los postulados mentirosos de la igualdad de los contratantes, para ponerse definitivamente del lado del contratante débil; los contratos respectivos se someten a un rígido control estatal; se desconocen, a través del instituto de la ineficacia, las denominadas “cláusulas abusivas”; se resuelven las dudas en favor del consumidor; etc.

Los tiempos que corren nos están mostrando un decidido traslado de la relaciones que tradicionalmente se establecían entre personas próximas; que eran objeto de unas tratativas realizadas en igualdad de condiciones; que se hacían

individualmente; etc., hacia una contratación en la cual el consentimiento libre e informado juega un papel cada vez menor, toda vez que las grandes compañías recogen las operaciones casi que caseras de antaño, los contratos se masifican y se estandarizan, empiezan a revestir complejidades que los alejan del conocimiento general y los someten a *know hows* muy especiales, se celebran entre sujetos innominados, etc. A estas nuevas condiciones del comercio, debe responder un reexamen de la llamada autotomía de la voluntad.

Queda entre nosotros mucho camino por andar para reconocer enunciados del mismo texto constitucional, como aquella regla de oro del artículo 1º, en donde se afirma que nuestra nación está fundada, entre otras cosas, en el respeto de la dignidad humana y en la solidaridad de las personas que la integran. Este respeto y esta solidaridad no se encuentran cuando se permite el abuso en la contratación sobre los débiles, los ignorantes, los necesitados, etc.

La dignidad humana, que es uno de esos valores fundamentales de la Carta según el enunciado del artículo 1º, exige algo más que la posibilidad de que cualquiera se obligue al margen de los vicios del consentimiento siempre que sea plenamente capaz. Si se trata de considerar a la persona como alguien que merece pleno respeto, un respeto que debe ser real, no meramente teórico, que debe llegar hasta la defensa de todos sus derechos fundamentales, entre los cuales se cuenta la protección de su patrimonio, la imposibilidad de que este se vea mermado por la acción de los más avisados; si se la tiene como un ser que, antropológicamente hablando, es igual a todos sus congéneres, igualdad que se traduce, entre otras cosas, en un equilibrio en las prestaciones derivadas de sus relaciones jurídicas de Derecho privado; si se considera que ese servicio a la comunidad de que trata el artículo segundo de la misma Carta Política implica, necesariamente, una protección de la juridicidad, léase de la equidad, en todas las relaciones jurídicas; si se parte de la base de que ninguna rama de la ciencia jurídica, en un Estado social de derecho, que como tal debe buscar un orden social justo, puede proteger el abuso, así sea apoyado en la simple inadvertencia, que campea en la mayor parte de la contratación mercantil, cuando el usuario o el consumidor acuden, de alguna manera inermes, a los servicios o al suministro especializados del proveedor; si partimos, en fin, de la base de que no es cierta la afirmación de que los contratantes pactan en igualdad de condiciones, porque los seres humanos no somos iguales, así merezcamos un trato igual. Si todo lo anterior es admitido, no cabe sostener que los alcances de los negocios jurídicos no pueden ser objeto de un escrutinio judicial o administrativo, cuando quiera que alguna o algunas de las partes hayan sufrido un agravio a través de la aplicación o ejecución de las respectivas estipulaciones.

Para el suscrito no cabe duda alguna de que todo cuanto atente contra un justo desempeño en la vida de relación económica afecta la dignidad de quienes

participen en los respectivos negocios jurídicos, toda vez que todos tenemos el derecho de que se nos respete nuestra integridad material y económica a través de dichos negocios. De que ellos no afecten nuestro patrimonio, ni nuestros sentimientos, en forma tal que podamos sentirnos defraudados y aun con la amargura de haber sido objeto de engaño o de maltrato en las relaciones de carácter negocial que mantengamos con los demás.

No se trata, no puede tratarse, evidentemente, de que los negocios jurídicos de carácter privado revistan una igualdad matemática en la evaluación económica de las respectivas prestaciones. Pero sí se trata de que entre ellas exista un grado suficiente de equilibrio, de manera tal que ninguna de las partes derive de dichas relaciones ventajas desproporcionadas. El Derecho administrativo ha echado mano de la expresión “ecuación contractual”, usando una palabra tomada en préstamo de las matemáticas, en tanto “ecuación” refleja el hecho de que dos series de números puedan unirse bajo el signo =, es decir, tengan una pareja significación matemática. Sin embargo, el uso de esta expresión es meramente simbólico, en tanto la igualdad exacta resulta, en la práctica, un imposible en la evaluación de prestaciones recíprocas que, entre otras cosas, pueden usualmente ser objeto de apreciaciones distintas, cuando dichas apreciaciones se hacen por personas diferentes.

Sin embargo, el equilibrio que se predica debe entenderse en términos generales, sin ninguna exactitud matemática, pero sí con una percepción equitativa. Los pequeños desequilibrios deben ser porcentualmente eso, pequeños, sin que para ser objeto de la tutela jurisdiccional deban llegar a desproporciones tan marcadas como las propias del instituto de la lesión enorme y sin que, tampoco, deban reducirse las medidas correctivas a algunas muy concretas y muy pocas relaciones jurídicas. Ya se verá más adelante cómo la correcta interpretación, a nuestro juicio, de algunas disposiciones del Código de Comercio apunta precisamente en esta dirección.

Por otro lado, la solidaridad, igualmente exigida por la misma norma constitucional¹¹, comporta necesariamente tener en cuenta los derechos del otro, es decir, no actuar en el negocio jurídico únicamente buscando el provecho propio, sino también mirando los intereses de aquellos con quienes negociamos. Precisamente, lo opuesto al sentido de lo solidario es la actitud egoísta, que procura solo el beneficio de quien contrata, sin parar mientes en las circunstancias de los demás.

11 Constitución Política, artículo 1º.

Si la Carta se presenta¹², desde su misma introducción, señalando como unas de sus finalidades asegurar la convivencia, la justicia, la igualdad y la paz, es obvio que opta definidamente por las relaciones solidarias, dejando de lado las posibilidades de aquellas antagónicas o indiferentes, que se llevarían de calle dichas finalidades. Estas, como es obvio, deben construirse en torno de las diferentes relaciones sociales, entre ellas las de Derecho privado que suelen ser las más frecuentes.

Consideraciones como las anteriores han dado lugar a una cascada de sentencias, que resultaría prolijo relacionar, a través de las cuales la Corte Constitucional ha intervenido, entre otros, pero principalmente, en negocios bancarios, de seguros, en contratos de medicina prepagada, etc., siempre con el ánimo de proteger esos principios y valores de la Carta antes mencionados.

La norma del artículo 868 de nuestro ordenamiento mercantil permitió desenterrar una regla del Código Civil, olvidada por décadas, según la cual “los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa (subrayo y destaque), sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”¹³. Esta disposición, luego reproducida, ampliada y mejorada por el artículo 871 del Código de Comercio, llevándola hasta invocar la “equidad natural”, habría debido introducirnos desde el siglo antepasado en la consideración de las exigencias de la buena fe.

Encontramos en nuestro Código de Comercio, tomados de la ley italiana, esos principios de los artículos 863 y 871 que, bien entendidos, deben revolucionar la interpretación del régimen contractual. Solo que entre nosotros, aferrados a los principios derivados del individualismo liberal del *Code Civil* del emperador Bonaparte, se continúa defendiendo exageradamente el ámbito de la autonomía de la voluntad, pasando por alto principios basilares del Derecho. Según el primero de ellos, los contratantes deben “proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual” y, según el segundo de estos, “los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe”. Una y otra exigencia, ya que se trata de reglas con claro sabor imperativo, no de meros consejos de buena voluntad, ni de disposiciones de carácter supletorio empalman perfectamente con esos valores fundantes del respeto por el otro, por su dignidad, que comprende sus derechos y entre ellos el de ser tratado con justicia, y el de la solidaridad, que solamente se

12 Constitución Nacional, Preámbulo.

13 Código Civil, artículo 1603.

ejerce en la medida en que procuremos comportarnos sin dañar al otro, más aún, colaborando con sus propósitos.

La buena fe exigida por los artículos 863 y 871 del Código de Comercio no es, obviamente, algo exclusivo de las etapas precontractual, contractual y pos contractual, ya que se trata de uno de los principios tutelares del ordenamiento jurídico y una regla imprescindible en la conducta de los funcionarios públicos y de los particulares, constituyendo además una presunción sin la cual sería imposible la convivencia social (artículos 83 de la Constitución Política, 769 del Código Civil y 835 del Código de Comercio). Solo que esta buena fe, que debe cubrir todo el campo de las relaciones sociales, debe ser desentrañada en sus alcances respecto de la exigencia de los artículos últimamente mencionados.

La jurisprudencia de la sala de Casación Civil ha pretendido reducir los alcances de esta exigencia a la exclusión del dolo en la contratación, no obstante haber sentado magistrales desarrollos de esta en la etapa precontractual. De aceptarse que en la celebración del contrato basta un proceder exento de dolo, haríamos nugatoria la exigencia, ya que este vicio de la voluntad y sus consecuencias están tratados en otras normas, a las cuales no es el caso hacer referencia detallada¹⁴. Nada ganaríamos con repetir en el artículo 871 aquello que ya había sido desarrollado suficientemente por la ley, la doctrina y la jurisprudencia respecto de los vicios del consentimiento. Ni se diga que se trata de una previsión especial de la ley mercantil que, aun cuando adopta las reglas civiles en punto al régimen de los contratos y obligaciones, se reservó el derecho de tener algunas regulaciones propias. En efecto, el ordenamiento mercantil también se refiere en norma separada a los vicios del consentimiento, entre ellos específicamente al dolo, como causales de anulabilidad del negocio jurídico, haciendo una nueva y expresa referencia al Código Civil (artículo 900). Conviene, entonces, que busquemos cuál es el específico alcance de esta norma. Cabe aquí extender a la interpretación de la ley aquella regla del Código Civil relativa a la interpretación de los contratos y de sus estipulaciones, según la cual debe preferirse el sentido en que una disposición pueda producir algún efecto por sobre aquel en que el texto respectivo resulte inocuo¹⁵.

Entrados ya en esta tarea de buscar un entendimiento para la exigencia de la buena fe, me parece oportuno comenzar por volver un tanto atrás, recordando el tema, ya pacífico entre nosotros, de las consecuencias de la excesiva onerosidad sobreviniente¹⁶. Si el legislador ha querido, como resulta incuestionable, que el equilibrio

14 Código de Comercio, artículo 900.

15 Código Civil, artículo 1620.

16 Código de Comercio, artículo 868.

en las prestaciones recíprocas no se altere excesivamente por circunstancias posteriores a la contratación, no es fácil pensar que, de otra parte, encuentre aceptable un desequilibrio de alguna importancia en el origen de las respectivas prestaciones. Al fin y al cabo el ordenamiento jurídico reclama alguna coherencia entre sus diferentes prescripciones¹⁷.

De otra parte, una referencia que cada vez resulta más obligada, especialmente en el campo del Derecho comercial, a los principios de *Unidroit* que, sin ser Derecho común, sí son punto de mira que nos lleva de la mano al artículo 7º del Código de Comercio, norma esta que señala como criterio en los asuntos mercantiles los principios generales del Derecho comercial. Estos principios se ocupan expresamente del tema de la buena fe en la contratación, exigiendo una lealtad en los pactos tal que lleve a evitar que alguno o algunos de los contratantes se aprovechen de la ignorancia, del estado de necesidad o de las circunstancias de los demás contratantes. Este deber, según los textos respectivos, no puede ser eludido, ni excluido, ni limitado en la contratación.

Colombia adhirió a la Convención de Viena del 11 de abril de 1980 a través de la Ley 518 de 1999 que, en su condición de legislación colombiana, es igualmente Derecho interno. En el preámbulo de dicha ley se establece que las relaciones entre quienes intervengan en una operación de compraventa que vincule a partes ubicadas en países distintos, deben desarrollarse sobre bases de igualdad y de beneficio mutuo, esto es, que dichas relaciones presenten entre ellas un equilibrio, al menos en términos generales. Por lo demás, el texto respectivo llega a hablar de una “igualdad proporcional”, que es algo más que un mero equilibrio económico, en tanto pretende que se tengan en cuenta las diferencias entre las partes que contratan, buscando cubrir de alguna manera los desbalances sociales y económicos. Así las cosas, la buena fe exigida en estas transacciones llega a tener una finalidad redistributiva, que va más allá de cuanto pretenderá el autor a través de este trabajo. Por lo demás, en el primer párrafo del artículo 7º del Tratado y, obviamente, de la ley que lo incorpora a nuestro Derecho interno, se hace una nueva y expresa referencia a este principio de la buena fe, extendiéndolo, no solamente a una obligación de conducta, sino también a un criterio para interpretar todas sus declaraciones. Estamos, entonces, ante un reconocimiento legal de que la buena fe debe implicar, al menos, un cierto equilibrio en las prestaciones negociadas.

En este régimen, por lo demás, tenemos la referencia, que no puede descuidarse en procura de una indispensable coherencia en las soluciones jurídicas, del Derecho

17 Código Civil, artículo 30.

administrativo, que exige la existencia de la llamada “ecuación contractual”¹⁸, tanto en los orígenes mismos de la contratación, como en sus desarrollos posteriores, permitiendo la revisión de los pactos cuando quiera que conducen a un desequilibrio pronunciado en las condiciones económicas de las recíprocas prestaciones. No cabe afirmar aquí que este principio del régimen de la contratación administrativa se justifica por la necesidad de proteger los intereses superiores del Estado o de sus dependencias, en su condición de personeras del interés general. De ser así lo anterior, el ajuste en las condiciones solamente sería admisible para proteger a las entidades estatales, mientras las normas respectivas apuntan a la defensa de los derechos de cualquiera de las partes.

A todo lo anterior debemos sumar una consideración más, tomada del artículo 872 del Código de Comercio. Según esta norma, “cuando la prestación de una de las partes sea irrisoria, no habrá contrato conmutativo”. La Sala de Casación Civil entendió el adjetivo “irrisorio” en un sentido meramente etimológico, como aquello que produce hilaridad, con lo cual lo despojó completamente de eficacia, en tanto no es fácil que una prestación resulte causante de risa. El Diccionario de la Real Academia Española¹⁹ acepta otros sentidos de esta palabra, a mi juicio más acordes con aquello que debe ser un correcto entendimiento de la norma, como son “lo desproporcionado por pequeño frente a un elemento de comparación”, “lo escaso” o “lo desbalanceado”. Colocados en esta perspectiva, podríamos dar al artículo el sentido que, a mi juicio, debe tener, es decir, que se tiene por no pactada dicha contraprestación y, por ende, como carente el contrato conmutativo de uno de sus elementos esenciales (artículo 1501 del Código Civil), cuando una de las prestaciones se muestre como manifiestamente desproporcionada. Lo anterior, porque es evidente que lo conmutativo es aquello que guarda relación entre sus extremos, que uno de ellos es intercambiable por los demás, si nos atenemos a una de las acepciones de la palabra en el diccionario antes citado.

Para terminar este escrito, nos parece oportuno señalar que este cerco a la libertad contractual debe ser estudiado en forma paralela a otro imperativo del Derecho moderno: me refiero al régimen de la competencia. Tanto la protección a los contratantes más débiles, como el aseguramiento de las reglas sobre concurrencia comercial, son los dos soportes que protegen hoy a los consumidores que, a mi juicio, se constituyen en los dos verdaderos horizontes para el Derecho comercial, dejando los pactos simétricos bajo el imperio del Derecho tradicional.

18 Ley 80 de 1990.

19 Diccionario de la Real Academia Española. Madrid: Real Academia Española, 2003.

Bibliografía

Alexi, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado, 2003.

Darwin, Charles Robert. *Del origen de las especies por medio de la selección natural*. México: Editorial Capital, 1999.

Diccionario de la Real Academia Española. Madrid: Real Academia Española, 2003.

Guastini, Ricardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. En: *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2003.

Kelsen, Hans. *La teoría pura del Derecho*. México: Editorial Barrios, 1998.

Muñoz, Sergio. “El postulado de autonomía privada y sus límites frente al constitucionalismo contemporáneo”. En: *Neoconstitucionalismo y Derecho privado*. Bogotá: El Debate, Universidad Javeriana-Dike, 2008.

Ripert, Georges. *La regla moral en las obligaciones civiles*. Bogotá: Ediciones La Gran Colombia, 1946.

Scognamiglio, Renat. *Contribución a la teoría del negocio jurídico*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2004.

Smith, Adam. *Inquire into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Londres, 2002.

Bibliografía

Alexi, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado, 2003.

Darwin, Charles Robert. *Del origen de las especies por medio de la selección natural*. México: Editorial Capital, 1999.

Diccionario de la Real Academia Española. Madrid: Real Academia Española, 2003.

Guastini, Ricardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. En: *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2003.

Kelsen, Hans. *La teoría pura del Derecho*. México: Editorial Barrios, 1998.

Muñoz, Sergio. “El postulado de autonomía privada y sus límites frente al constitucionalismo contemporáneo”. En: *Neoconstitucionalismo y Derecho privado*. Bogotá: El Debate, Universidad Javeriana-Dike, 2008.

Ripert, Georges. *La regla moral en las obligaciones civiles*. Bogotá: Ediciones La Gran Colombia, 1946.

Scognamiglio, Renat. *Contribución a la teoría del negocio jurídico*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2004.

Smith, Adam. *Inquire into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Londres, 2002.

II. EL DERECHO DEL CONSUMO Y LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR DE SEGUROS



FERNANDO PALACIOS SÁNCHEZ²⁰

1. Introducción

Desde hace décadas viene reclamándose una mayor simetría en los llamados contratos de adhesión, en los cuales la voluntad del adherente se ve menguada, disminuida, frente al otro contratante que ostenta una posición dominante en cuanto que es un profesional en el contrato, que conoce sus intrínquilis y además lo administra. El Derecho del consumo, con sus normas tuitivas, tiene como norte lograr una nivelación entre dos partes con clara asimetría en su poder contractual. El objeto del presente estudio es analizar cómo protege el Derecho del consumo al tomador, asegurado o beneficiario.

Si dicho Derecho ha buscado tal simetría, resulta pálida frente a lo que en busca de dicho equilibrio viene haciendo la denominada “Constitucionalización del Derecho de Seguros”, que no es otra cosa que la interpretación que del contrato de

20 Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, donde también obtuvo el título de especialista en Derecho de Seguros. Realizó estudios sobre seguros generales en el Centro Suizo de Formación Aseguradora en Zúrich. Profesor de Derecho de Seguros de la Especialización en Seguros y Seguridad Social y de la Especialización en Derecho Comercial de la Universidad de La Sabana, Colombia. Entre sus publicaciones se cuenta la dirección editorial de cuatro ediciones del libro *Seguros. Temas esenciales*. Es autor del libro *El seguro. Causas y soluciones de los conflictos entre asegurados y aseguradores con ocasión del siniestro*, editado por Grupo Editorial Ibáñez y la Universidad de La Sabana. Es coordinador académico de la Especialización en Seguros y Seguridad Social de la Universidad de La Sabana y profesor fundador del programa académico de dicha especialización.

seguro viene haciendo la Corte Constitucional —basada en un Estado social de derecho— en aquellos casos en los cuales, es ostensible la subordinación y estado de indefensión de la parte débil del contrato, sea el tomador, el asegurado o el beneficiario. El estudio del precitado tema desborda el objetivo que nos ocupa²¹.

No debemos, con todo, caer en el error de que solamente las recientes leyes de clara estirpe protectora de la parte débil del consumidor son las únicas que han servido para estos efectos de protección (nos referimos a la Ley 1328 de 2009, que destina la primera parte a la protección del consumidor financiero, y a la Ley 1480 de 2011, que lo hace en relación con el consumidor en general, incluyendo al consumidor de seguros), pues el artículo 1162 del Código de Comercio señala normas imperativas que no pueden ser modificadas por voluntad de las partes, y otras que solamente se pueden modificar pero a favor del tomador, asegurado o beneficiario, amén de las que por su texto o por su naturaleza también sean inmodificables. Tal artículo, vigente desde hace cuarenta años, es de clara naturaleza tuitiva pro consumidor del seguro.

El otro error en el que no debemos caer es en “satanizar” los contratos de adhesión y concretamente el de seguros, recordemos que los contratos de adhesión nacen con la revolución industrial que generó una mayor producción de bienes por la irrupción de las máquinas en sustitución de la obra artesanal y por lo mismo imponía —e impone ahora con mayor razón— la necesidad de unos contratos más ágiles para la colocación del mayor volumen de inventarios, en cuya celebración no cabe la libre discusión como en los contratos individuales regidos por el Código Napoleón, anterior a tal revolución.

Pensemos lo que sería la libre discusión para celebrar contratos bancarios, de apertura de cuentas por ejemplo, donde cada persona pediría características propias que regularan su cuenta bancaria, o en los contratos referidos a la Seguridad Social, de suyo regidos por normas imperativas que dejan a un lado la autonomía de la voluntad privada, o en los contratos de seguros, en gran cantidad masivos por cuenta de la bancarización o venta por este medio, o por internet. La discusión de cada cláusula haría casi imposible el manejo del mercadeo del seguro en la sociedad moderna. Y tendríamos tantos clausulados de pólizas como número de tomadores que quisieran discutir cada una de ellas.

21 Pueden verse, entre otras, las siguientes sentencias: T-152 de 2006, T-959 de 2010, T-307 de 1997, C-1035 de 2008, C-336 de 2008, C-238 de 2012, C-1056 de 2003, T-517-2006, T-1165 de 2001, T-662 de 2013, T-902 de 2013, T-342 de 2013, T-316 de 2015 y T-577 de 2015.

Lo que debemos hacer es aprovechar las normas tuitivas del Derecho del consumo para cumplirlas, no como una “obligación-obstáculo”, sino aplicándolas en el entendido de que nuestro servicio estará dejando con plena satisfacción a nuestro cliente y que con este nos llegarán otros.

El Derecho del consumo se expresa mediante normas que pueden estar contenidas en códigos de protección al consumidor, como es el caso de Francia, Italia y Brasil, en estatutos como en el caso colombiano, o en normas especiales de protección a los mismos, por ejemplo, la Ley 142 de 1994 que regula la prestación de servicios públicos.

El productor y el distribuidor tienen una posición dominante en la relación de consumo, porque son más fuertes económicamente que los consumidores y porque conocen a fondo el contrato, son profesionales en el mismo, al paso que el consumidor de seguros en general desconoce el contrato, los derechos y obligaciones que nacen del mismo, su terminología, su manejo; a lo sumo tiene una idea, pero nunca la experticia de quien como ya lo mencionamos es un profesional en el mismo.

En los contratos de consumo o de adhesión, no existe, como quedó mencionado, la deliberación que campea en los contratos individuales y que lleva al consentimiento que otorgan las partes para obligarse recíprocamente. Bien distinta entonces la compraventa de un bien inmueble usado, donde se discute el precio, las condiciones y cada cláusula, a la de un inmueble en una urbanización nueva donde el comprador encuentra las cláusulas predispuestas por el constructor, pre elaboradas por él mismo a su medida, sin posibilidad de discutir el precio, ni las fechas previstas para el pago.

Desde principio del siglo pasado, Saleilles²² denominó a los contratos con las pre anotadas connotaciones “contratos de adhesión” y señaló como ejemplos de los mismos a los de transportes y a los de seguros.

22 Saleilles lo definió como “una estipulación predeterminada en la cual la voluntad del oferente es predominante y las condiciones son dictadas para un número indeterminado de aceptantes y no para una parte individual” (Echeverri Salazar, Verónica María. *Revista Opinión Jurídica* - Universidad de Medellín, vol. 9, no 17, Medellín, 2010).

Para Stiglitz, citado por la misma autora, el contrato por adhesión “es aquel en que la configuración interna del mismo (reglas de autonomía) es dispuesta anticipadamente solo por una de las partes (predisponente, profesional, proveedor, empresario, etc.), de manera que la otra (adherente, consumidor, no profesional), si es que decide contratar, debe hacerlo sobre la base de aquel contenido o no contratar”.

El Derecho de consumo²³, como ya se ha mencionado, busca nivelar en este tipo de contratos la relación de poder contractual interpartes, disponiendo que el consumidor tenga, entre otras garantías, suficiente información y educación respecto del contrato al que se adhiere, prohibiendo las cláusulas abusivas, exigiendo una publicidad que no sea engañosa para el cliente potencial y creando una cultura del servicio a favor de los consumidores.

Hoy los contratos de adhesión o de consumo están a la orden del día en la actividad cotidiana del ciudadano, el cual la única alternativa que tiene es “tomarlos o dejarlos”. Entre otros contratos de adhesión, podemos citar los de suministros de servicios públicos (electricidad, agua, teléfonos), los bancarios, los de la seguridad social (pensiones, salud y riesgos laborales), los de compra de inmuebles nuevos, los que celebran los almacenes de cadena con sus consumidores, los de transportes, los de seguros o los que se celebran para acceder a espectáculos públicos.

En fin, sería más corto enumerar cuáles no son de adhesión en la sociedad moderna, por ello hay quienes anotan que hoy es más importante la división entre contratos de consumo y los que no lo son, que la clásica entre contratos civiles y comerciales.

La discusión sobre si los contratos de adhesión “de contratos solamente tienen el nombre”, porque la característica que prima en los contratos: el consentimiento, la libre deliberación, desaparece, constituye un debate de larga data que no promete solución cercana, porque la antítesis del potísimo argumento de la falta de consentimiento está en que el consentimiento sí existe, en cuanto que el ciudadano es libre de contratar, de manifestar si los acepta o no, aunque en los contratos públicos domiciliarios es evidente que el consumidor debe aceptarlos, pues normalmente no hay sino un oferente del servicio (agua, luz).

2. El contrato de seguro como contrato de adhesión

Se caracterizan estos contratos porque, como se mencionó antes, un extremo de la relación contractual ostenta la parte económicamente fuerte y además es un profesional en el mismo que lo administra, al paso que la otra está en desventaja frente a estos tres elementos. La aseguradora en el contrato de seguro ostenta la

23 En cuanto a seguros y para efectos del presente estudio, las figuras propias del Derecho de consumo contenidas en la Ley 1328 de 2009 y en la Ley 1480 de 2011 o Nuevo Estatuto de Protección al Consumidor tienen la siguiente equivalencia: consumidor: tomadores, asegurados y beneficiarios, según la calidad que ostenten en el contrato de seguro; productor (también denominado por la doctrina profesional): las compañías de seguros; proveedores o distribuidores: los intermediarios de seguros.

posición dominante del contrato, y la otra, el tomador, la de la parte débil, aun cuando en algunos casos excepcionales puede ocurrir que el tomador sea una persona jurídica con igual o mayor capacidad económica que la propia aseguradora. En nuestra opinión, solamente en casos excepcionales el contrato de seguro no es de adhesión, por ejemplo, cuando el tomador debidamente asesorado por el intermediario de seguro que es otro experto en el contrato, delibera en torno a las condiciones particulares y generales, pide distintas cotizaciones, en fin, se coloca en un plano de igualdad con el profesional del contrato que es la aseguradora.

La importancia práctica de que un contrato sea de adhesión radica en que siéndolo, se le aplica el artículo 1624 del Código Civil, en el sentido de que si una de sus cláusulas es ambigua se interpretará contra quien la escribió, es decir, se interpretará contra las aseguradoras, quienes redactan las pólizas de seguros.

Sea lo primero anotar que *prima facie* resulta extraño afirmar que el contrato de seguro es de adhesión, siendo contrato consensual, pues en este el cruce de voluntades es previo al nacimiento del contrato, es decir, sin deliberación no hay contrato consensual y los de adhesión se caracterizan por la ausencia de tal deliberación. La verdad es que las dos figuras jurídicas no se excluyen, simplemente el cruce de voluntad por parte del tomador consiste en decir “lo tomo” o “lo dejo”.

Para algunos resulta muy discutible que el contrato de seguro sea siempre de adhesión, es ilustrativo al respecto el trabajo del doctor Juan Fernando Bernal Rozo, presentado en mi asignatura sobre regulación del contrato de seguro de la especialización en Seguros y Seguridad Social de la Universidad de La Sabana. Dice el doctor Bernal:

El contrato de Adhesión cuenta con características únicas entre las cuales se puede identificar como la principal que no es estructurado por las dos partes, normalmente estos son proforma y no son discutibles para una de las partes los términos en que se redactó el mismo.

Al analizar las características de este tipo de contratos y asemejándolos a la realidad que en Colombia las aseguradoras y tomadores de seguros viven en su relación contractual, es claro como cada vez son menos los ramos en los cuales se mantiene la adhesión del cliente a los contratos que las aseguradoras comercializan.

En seguros de personas, especialmente productos de contratación en masa como autos o vida, en los cuales se estructuran clausulados generales y en donde su forma de venta exige contar con contratos formulados a imagen y semejanza para facilitar la venta, son claramente un ejemplo de cómo el

contrato de seguro es un contrato de adhesión, el cliente recibe la oferta y casi que inmediatamente acepta firmar el contrato en la mayoría de casos sin tener tiempo para revisar cuáles son las características del producto que está adquiriendo. Las condiciones generales se convierten inmediatamente en condiciones particulares.

Sin embargo el escenario es diferente cuando hablamos de productos donde grandes empresas son las aseguradas y en donde la particularidad de la necesidad es la que rige la estructuración del contrato; dentro de estos tenemos productos como Todo Riesgo Construcción, D&O, Obra Civil Terminada, Responsabilidad Civil, y Cumplimiento entre otros. Y no es la aseguradora la que en estos casos define las condiciones del contrato, ya que si bien es cierto se mantienen unas condiciones generales, es el tomador quien le plantea a la Compañía aseguradora los requerimientos técnicos, financieros y económicos a los cuales esta se debe ajustar para que el contrato sea suscrito con ellos. Así la experiencia y el conocimiento que los clientes han adquirido en el tema de seguros han llevado a las aseguradoras a convenir entre las dos partes las condiciones del contrato, las denominadas partes débiles cada día lo son menos, cada día contamos con menos condiciones generales y más particulares, cada día los clientes cuentan con más opciones de aseguramiento y eso lleva a las aseguradoras a ser más dinámicas y flexibles.

2.1. La teoría general del contrato es insuficiente para la regulación de los contratos de adhesión

De acuerdo con la teoría general del contrato, basta con que este tenga objeto y causa lícita y consentimiento exento de vicios y que las partes tengan capacidad para celebrarlo, para que sea válido, con lo cual se facilita la libertad contractual, campea el postulado de la autonomía de la voluntad privada y alcanza realidad plena el principio elevado a norma jurídica de que los contratos legalmente celebrados son ley para las partes. La autonomía de la voluntad privada permite a los ciudadanos hacer todo lo que no les esté prohibido por la ley, ni por la moral, ni por las buenas costumbres, inclusive llegando a crear Derecho frente a vacíos legales.

En los contratos de adhesión también es menester cumplir con los requisitos para su validez, en ellos opera asimismo el principio de que todo contrato legalmente celebrado es válido para las partes, pero el postulado de la voluntad privada se encuentra limitado en cuanto que una parte se adhiere a las condiciones preestablecidas por el *operatori dominante*, sin discutir las, solo afrontando la disyuntiva de si los toma o los deja.

Es por ello que puede afirmarse que la teoría general del contrato no es suficiente para la regulación de los contratos de adhesión, de manera que la ley impone restricciones a quien ostenta la posición dominante (por ejemplo, prohibición de incorporar cláusulas abusivas en los contratos de adhesión) y obligaciones especiales frente al consumidor o parte débil de la relación contractual (por ejemplo, información calificada sobre el contrato al que se va adherir y educación sobre este).

2.2. Definiciones del contrato de adhesión por los estatutos de protección al consumidor

Los dos estatutos de protección al consumidor se ocupan de dar sendas definiciones de los contratos *sub examine*, veamos:

- Ley 1328 de 2009: son los contratos elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose a expresar su aceptación o a rechazarlos en bloque.
 - Características: de la definición podemos resaltar las características para el legislador del 2009, a saber:
 - Unilateralidad en la elaboración del contrato.
 - Elaboración del contrato por la entidad vigilada, que normalmente es más fuerte económicamente que su co-contratante.
 - Imposibilidad de discutir las condiciones del contrato, así, quien abre una cuenta corriente no puede discutir los términos del contrato, como es inusual que lo haga el tomador (consumidor de seguros) de una póliza de seguros.
 - La parte débil de la relación contractual se limita a expresar su aceptación o rechazo en bloque de las cláusulas predisuestas por la parte que ostenta la posición dominante.
- Ley 1480 de 2011: contrato de adhesión es aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o por el proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas.

Como puede apreciarse, las dos definiciones son sustancialmente iguales.

2.3. Ventajas y desventajas de los contratos de adhesión

Las características de los contratos de adhesión antes comentadas no deben utilizarse para catalogarlos como de naturaleza nociva para la sociedad, su razón de ser ya vista es concordante con la dinámica y desarrollo de las sociedades en sus sectores productivos, mercantiles, financieros y de servicios. Antes hicimos la

reflexión: ¿Podríamos imaginar lo que sería discutir cada cuenta bancaria que se abra, cada servicio público que se tome, o cada seguro que se otorgue, entre los cientos que se celebran diariamente?

En cuanto a seguros, tendríamos tantas pólizas como asegurados, cada uno solicitando determinadas cláusulas de acuerdo con sus respectivos pareceres y por lo mismo se incrementaría el valor de las primas, además en detrimento de la agilidad en la expedición de las pólizas.

Es entonces una fortaleza de los contratos de adhesión la respuesta ágil que ofrecen a un mundo cada vez más competitivo, en el cual acrecen los ciudadanos con capacidad de consumir más en bienes y servicios. La homogeneidad de las cláusulas de los contratos de adhesión militan en favor del tomador, pues son garantía de un trato igualitario que es un principio universal del Derecho del consumo.

Su crítica deviene precisamente de su razón de ser: la dinámica social en las distintas áreas torna imposible discutir cada contrato y precisamente esta es la razón de ser del Derecho del consumo: disponer de normas que nivelen el poder contractual de las partes.

Otra desventaja, a la cual está atento el legislador para evitarla, es que, precisamente por la falta de discusión sobre las condiciones generales del contrato, los contratos de adhesión constituyen “terreno abonado” para que en ellos se incorporen cláusulas abusivas, por lo cual la ley lo prohíbe expresamente.

Entonces, la pregunta que surge es, vistas las ventajas y desventajas, ¿quién gana con los contratos de adhesión? ¿quizás la parte fuerte, que tiene la posibilidad de disponer el clausulado a su medida, o la débil, que se encuentra protegida con normas especiales?

En nuestro concepto, mediando el Derecho del consumo que nivela el poder contractual de las partes, ganan las dos, porque la nivelación o equilibrio contractual hace que el consumidor tenga más confianza en los contratos de consumo y por tanto mayor propensión a su utilización.

3. Disposiciones de los estatutos de protección al consumidor de particular incidencia para el contrato de seguro

De todas las normas de las dos leyes, muchas de ellas repetitivas, lo que hace recomendable que en un futuro se consoliden en un solo cuerpo mediante la expedición de un código de protección al consumidor, podemos seleccionar algunas de particular interés para el sector asegurador en cuanto que son a nuestro juicio las que mayor incidencia tienen en el contrato de seguro.

3.1. El derecho del consumidor de seguros de recibir información cierta, suficiente y oportuna que le permita conocer adecuadamente sus derechos y obligaciones

Esta información debe ser brindada por las entidades vigiladas (Ley 1328 de 2009, artículo 3, concordante con la Ley 1480 de 2011, artículo 1, numeral 2, y artículo 3, numeral 1.3). Son vigiladas, en lo que incumbe al seguro, las compañías de seguros, los corredores de seguros y las agencias asimiladas a corredores.

Llevado a la práctica, esto debe generar por parte de las aseguradoras la redacción de unas pólizas claras que permitan su entendimiento por personas que no son profesionales en el seguro. Igualmente, mucho esmero por parte de los intermediarios en la información a los tomadores sobre los productos (pólizas) que colocan.

Esta información es particularmente importante, pues no debe olvidarse que el consentimiento de la parte débil del contrato apenas sirve para acogerse, o no, a las condiciones predispuestas por la parte que ostenta la posición dominante. Se trata, en síntesis, de que no haya un solo sujeto informado, sino que al menos el otro pueda tomar una decisión informada, que es justamente uno de los pilares del Derecho de consumo.

La Ley 1328 también crea el deber a los consumidores financieros (asegurados) de informarse, cerciorarse sobre los derechos, obligaciones, costos, exclusiones y restricciones aplicables al producto y al servicio (Artículo 6, literal b), pero es importante precisar que conforme con el parágrafo 1 de dicho artículo, “El no ejercicio de las prácticas de protección propia por parte de los consumidores financieros no implica la pérdida o desconocimiento de los derechos que le son propios ante las entidades vigiladas”.

En síntesis, de lo que se trata es de arreglar el desequilibrio contractual tantas veces mencionado que se produce por el nivel de información de que disponen el productor (aseguradora) y el proveedor (intermediario de seguros), es decir con información calificada propia de quienes son profesionales en el contrato y de la otra (el tomador), quien por lo general carece de tal información especializada, o con información mediana sobre el tema. Analizada la situación, puede entenderse el alcance o importancia de lo que pretende el legislador al conceder este derecho al consumidor (asegurado) de recibir una información calificada.

La Circular Básica Jurídica 029 de 2014 de la Superintendencia Financiera reglamenta lo relativo a la información que debe suministrársele al consumidor financiero: “Desde el artículo 97 del EOSF se establece como una obligación de las entidades vigiladas el proveer información cierta, suficiente, clara y oportuna a los

consumidores financieros de suerte que con ello se facilite la adopción de decisiones informadas y se permita que éstos escojan las mejores opciones del mercado de acuerdo con sus necesidades”.

Señala que las instancias de atención al consumidor financiero son el Sistema de atención al consumidor (SAC) y la Defensoría del Consumidor Financiero.

Precisa que las reglas de suministro de información deben observarse: i) antes de la celebración de un contrato, ii) durante su ejecución, y iii) después de su terminación del mismo.

La información que divulguen o suministren las entidades vigiladas a los consumidores financieros debe:

- Dotar a los consumidores financieros de elementos y herramientas suficientes para la toma de decisiones.
- Facilitar la adecuada comparación de las distintas opciones ofrecidas en el mercado, y propender porque los consumidores financieros conozcan los derechos y obligaciones pactadas.

La información que divulguen o suministren las entidades vigilada como mínimo, debe:

- Ser cierta, suficiente y corresponder a lo ofrecido o previamente publicitado.
- Ser clara y comprensible.
- Ser divulgada o suministrada oportunamente.
- Encontrarse vigente al momento en que se suministre o divulgue, indicándose el tiempo de vigencia y la fecha de la última actualización.
- Ser entregada o estar permanentemente disponible para los consumidores financieros, como mínimo en los sitios web de las entidades vigiladas y en sus oficinas.

En cuanto a las entidades aseguradoras, dispone: las entidades aseguradoras deben cerciorarse de que los consumidores financieros tengan acceso a los modelos de las pólizas que comercializan mediante la publicación en sus sitios web.

Asimismo, deben suministrar a los consumidores financieros mediante la publicación en un vínculo destacado en la página de inicio de su sitio web y en forma particular para cada producto comercializado, como mínimo, la siguiente información:

- Las coberturas básicas con sus exclusiones, valor de los deducibles, períodos de carencia o tiempos de permanencia mínimos antes de la cobertura, límites de edad, renovación automática, revocación unilateral y cualquier otra figura legal que limite el derecho a obtener una indemnización.

- Los trámites que se deben adelantar ante la aseguradora para obtener el pago del seguro, de acuerdo con la clase de producto, indicando si este valor corresponde o no al valor real del interés asegurado en el momento del siniestro o al monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado.
- Los plazos y la forma en que el asegurado debe acreditar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida y los derechos que surgen en el evento en que la entidad aseguradora no pague la indemnización dentro del mes siguiente a dicha acreditación.
- Explicar de manera descriptiva las figuras de coaseguro, subrogación y transmisión del interés asegurado, con sus consecuencias.
- Informar el procedimiento para la devolución de primas en los casos de presentarse las figuras de sobreseguro, disminución del interés asegurado o revocatoria del seguro.
- Señalar, de manera clara y sin que haya lugar a dudas, que corresponde al asegurado la obligación de declarar el estado del riesgo e informar acerca de las situaciones que impliquen modificación al mismo, con la aclaración de las consecuencias de la reticencia e inexactitud.

En aquellos eventos en que sea procedente la financiación de la prima, se deben informar las condiciones del respectivo contrato de mutuo, el procedimiento a seguir por parte del consumidor financiero, así como las consecuencias que se generan respecto de la vigencia del contrato de seguro en caso de incumplimiento de una de las cuotas del préstamo otorgado.

Si existen beneficios adicionales, deben indicarse los cargos que se generan por la utilización de los servicios de la compañía, si los hay, los conceptos que se incluyen en la prima y si existen pagos adicionales por aspectos no contemplados de manera específica.

En el caso del SOAT, las entidades aseguradoras deben suministrar a los consumidores la misma información que tengan en su sitio web, indicando de manera especial la obligación a cargo de cualquier institución prestadora de salud de dar atención prioritaria a las víctimas de un accidente de tránsito y advertir al consumidor que la reclamación de la indemnización puede realizarse directamente y no requiere apoderados o intermediarios.

Las compañías que ofrecen pólizas de seguro de vida individual y seguro de vehículos individual de servicio particular, deben implementar en sus páginas de web un “cotizador”, a través del cual se les permita a los consumidores financieros tomar decisiones informadas en lo relacionado con el costo de las pólizas de seguros. Para tal efecto, el mencionado cotizador deben contener los requerimientos mínimos definidos en las proformas que para tal efecto ha definido la Superintendencia Financiera de Colombia (SFC).

Tratándose de productos de seguros que se comercialicen mediante cualquier modalidad de mercadeo masivo, la entidad debe asegurarse que se suministre al consumidor financiero la información requerida en la presente circular o se le indique que la misma se encuentra disponible en sus sitios web respectivos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1046 del Código de Comercio en relación con la obligación que tienen las entidades aseguradoras de entregar al tomador, en su original, las pólizas.

3.2. Prohibición de publicidad engañosa

Esta protección se encuentra ligada al deber de información que se abocó en el numeral inmediatamente anterior, los dos buscan un adecuado nivel de información por parte del consumidor para que pueda tomar su decisión debidamente informado. Es obvio que si se le induce, en nuestro caso al tomador del seguro, a tomar su decisión con base en publicidad que no corresponda a la realidad, que sea engañosa, el tomador suscribirá el seguro inducido al error, la información desde el momento en que es inducido el consumidor a la compra carecería de la transparencia que la ley demanda, viciaría el contrato por error y la aseguradora se haría acreedora a sanciones administrativas.

En las dos leyes (Ley 1328 de 2009, artículo 5 literal b y Ley 1480, artículo 29) se otorga igual protección en la materia, en el primero se obliga a que el consumidor tenga publicidad e información transparente y el segundo dispone que las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante en los términos de la propaganda.

La Circular Básica Jurídica 029 de 2014 regula lo relativo a programas publicitarios. Entre otros aspectos, vale la pena resaltar que los mensajes publicitarios no pueden ser contrarios a la buena fe comercial, ni pueden tender a establecer competencia desleal en los términos de la Ley 256 de 1996.

Así, se establecen como prácticas prohibidas en materia de publicidad, entre otras, las siguientes:

- Ponderar un producto de manera tal que sus bondades o características sean contrarias a la realidad.
- Ofrecer condiciones o coberturas de seguros más allá de las contenidas expresamente en las pólizas respectivas o en los títulos de capitalización.
- Utilizar o insinuar ponderaciones o superlativos abstractos que no reflejen una situación exacta, como sucedería con expresiones tales como “somos los primeros”, “los mejores”, “el indicado”, entre otras sin decir en qué, en relación con qué o con quiénes.

En cuanto a publicidad de los intermediarios de seguros y reaseguros, señala que sin perjuicio del cumplimiento de los anteriores requisitos, dichos intermediarios deben obtener previamente la autorización de la entidad aseguradora o capitalizadora cuando se realice la publicidad de los productos que estas ofrezcan.

3.3. El asegurado debe recibir educación sobre los productos y servicios financieros

Con el propósito de corregir la asimetría en los contratos de adhesión, se exige a las entidades vigiladas no solamente una información calificada hacia la parte débil, sino también educación sobre el contrato, sobre los derechos y obligaciones derivados del mismo (Ley 1328 de 2009, artículo 5, literal f).

Imaginación y gran actividad deberán desplegar las entidades vigiladas y el mismo órgano supervisor para cumplir a cabalidad con la misión de educar al asegurado y este debe poner de su parte para que no se frustre la misión de aquéllas, por ejemplo estudiando las cartillas o las páginas de la red que dispongan para el estudio del seguro.

3.4. Prohibición de incorporar en las pólizas cláusulas abusivas

No puede aseverarse que las cláusulas leoninas, también denominadas vejatorias o exonerativas, se den exclusivamente en los contratos de adhesión; sin embargo, como en estos no hay discusión en relación con las condiciones generales, se convierten en un terreno propicio para que afloren. Por ello, tanto la Ley 1328 de 2009, artículos 11 y 12, como la Ley 1480 en su artículo 42 prohíben la utilización de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

La ley señala, a veces de manera taxativa, cuáles son cláusulas abusivas. A esta numeración expresa la denomina la doctrina “listas negras”. Es ejemplo de una lista negra el artículo 11 de la Ley 1328 de 2009 que dice:

Prohibición de utilización de cláusulas abusivas en contratos. Se prohíbe las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que:

- a) Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros.
- b) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero.
- c) Incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones.
- d) Cualquier otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere,

atenué o limite la responsabilidad de dichas entidades y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero.

- e) Las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia.

Parágrafo: cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero.

De acuerdo con el artículo 12 literal b, es práctica abusiva iniciar o renovar un servicio sin solicitud o autorización expresa del consumidor. El parágrafo de ese mismo artículo señala que las prácticas abusivas están prohibidas a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1328 de 2009 y serán sancionables conforme lo disponen la SFC y la ley.

La Ley 1480 de 2011 dice que son cláusulas abusivas las que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y que restrinjan el ejercicio de sus derechos.

En cuanto al control de las cláusulas abusivas, nos permitimos transcribir lo manifestado por la autora Verónica María Echeverri Salazar:

El primer control que se puede dar a las cláusulas abusivas es inter partes, es decir, a través propiamente de la autonomía de la voluntad cuando cada una de las partes al ser “la mejor guardiana de sus propios intereses” no acepta la inclusión de una o de varias cláusulas dentro del contrato. Pero como ello no siempre es posible, puesto que en buena parte de los contratos de adhesión el consumidor está interesado en el producto y/o servicio y se encuentra frente a la disyuntiva de aceptar el total del clausulado como se le presenta predispuesto, o renunciar al bien o servicio que quiere o necesita, se hace indispensable el control “desde afuera” por parte del Estado.

Dicho control puede ser de tipo administrativo, legislativo o judicial, y se puede realizar de manera previa o posterior. El control administrativo se realiza de forma previa cuando a las entidades gubernamentales de cada país, se les confiere autoridad para vigilar determinadas actividades que se consideran de utilidad pública o de gran trascendencia dentro del mercado, como lo son las actividades bursátil, aseguradora, financiera o la de servicios públicos domiciliarios. En esos casos, los contratos que se han de presentar al público de manera predeterminada deben ser previamente aceptados por las mismas. Aquí, se establece de manera previa qué cláusulas no deben siquiera ser pactadas. El control administrativo también se

puede presentar como “posterior”, cuando las entidades gubernamentales tienen facultades sancionatorias con respecto a aquellos contratantes que predispongan cláusulas abusivas.

A su vez, el control legislativo es, por naturaleza, previo. La forma en que dicho control se realiza en la legislación comparada es a través de la implementación de a) *listados de cláusulas negras*, los cuales enuncian determinados tipos de cláusulas que se consideran abusivas. En caso de presentarse una de ellas, el juez deberá declararla nula, inexistente, ineficaz o tenida por no escrita, (dependiendo de la sanción que haya previsto el legislador) sin mayores consideraciones; b) *listados de cláusulas grises* que enuncian supuestos que son presuntamente abusivos, los cuales en caso de presentarse entrarán “con un manto de sospecha” al proceso judicial, pero que dependiendo de las circunstancias del caso y del contexto contractual en el que se encuentren, el juez puede considerar que no son abusivas, es decir, que quien las redactó tendría la carga argumentativa y probatoria para demostrar que su inclusión estaba justificada o c) *con la inclusión de una cláusula abierta* que le da la potestad al juez de que en cada caso haga una valoración de los supuestos de hecho para verificar si la cláusula es abusiva o no, dependiendo de criterios generales, como por ejemplo, que sea atentatoria contra la buena fe y/o que sea atentatoria contra el justo equilibrio de las prestaciones. Asimismo, se presentan casos en los cuales se mezclan los diferentes tipos de controles²⁴.

3.4.1. Otras normas de prohibición de cláusulas abusivas

- Artículo. 333 CN: el Estado evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.
- Artículo. 95, Núm. 1: son deberes de la persona y del ciudadano:
 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.
- Artículo. 78 CN: la ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.
- Artículo. 830 C. de Co: el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.
- Artículo. 831 C. de Co: nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.

24 Echeverri Salazar, Verónica María. Op. Cit.

3.4.2. Objetivos que persigue la prohibición de incorporar cláusulas abusivas

- Evitar la restricción de los derechos de los consumidores.
- Evitar la exoneración de las obligaciones del productor.
- Evitar el desequilibrio entre las partes contratantes.
- Evitar el abuso de la posición dominante, por parte del *operatori dominante*.
- Evitar cláusulas sorpresivas, permitiendo que se cumplan las expectativas razonables del adherente.

3.4.3. Obligaciones especiales de las entidades vigiladas

Ley 1328 de 2009, artículo 7, literal e:

Las entidades vigiladas tendrán las siguientes obligaciones especiales:

Abstenerse de incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales o de convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante contractual.

Es conveniente resaltar que al señalar el legislador “convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato [...]”, se está indicando que para que existan cláusulas abusivas no es indispensable que se encuentren en listas negras, su rasgo fundamental es el desequilibrio que generan por el abuso del operador dominante. De ahí el cuidado que deben tener las compañías de seguros al redactar las condiciones generales de las pólizas, pues pueden incurrir en el peligroso terreno de las cláusulas abusivas, para detectarlas recomendamos examinar aquellas que exoneren de sus obligaciones a las aseguradoras o eliminen los derechos de los asegurados, generando con ello un desequilibrio contractual.

3.4.4. Jurisprudencia relacionada con las cláusulas abusivas

En sentencia de diciembre de 2011 la Corte Suprema de Justicia se pronunció de la siguiente manera:

- Señala que hay posición dominante cuando: 1) una de las partes mantiene el privilegio de disponer unilateralmente el contenido del contrato y 2) cuando esa misma parte administra la ejecución del contrato.
- Advierte además la Corte que el hecho de ejercer dicha posición de privilegio en el contrato le exige a quien la detenta un mayor miramiento con los usuarios. De tal manera, la buena fe no le permite abusar de su posición de privilegio.

- Si lo hace, introduciendo cláusulas abusivas, estas deberán ser invalidadas por el juez, a la luz del artículo 13 de la Constitución Nacional.

Específicamente, en cuanto a cláusulas abusivas en materia de seguros, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 2 de febrero de 2001 (Exp. 5670), cuyo magistrado ponente fue el doctor Carlos Ignacio Jaramillo, es medular en cuanto a jurisprudencia en materia de cláusulas abusivas. Para el resumen de la misma hemos seguido la obra del doctor Jaramillo *Derecho de Seguros*, tomo II, capítulo X:

La Corte dirimió un caso en el que una parte incumplió su obligación de suministrar materiales de construcción, no obstante que la otra había cumplido con la obligación de pago del precio, a lo cual había procedido mediante dación en pago de unos bienes.

En el proceso mediante el cual se demandó a la parte incumplida por los perjuicios materiales que se concretaron de acuerdo con la demanda al daño emergente representado por el valor satisfecho con los inmuebles transferidos a título de dación en pago y el lucro cesante que consistió en la desvalorización de la moneda y los intereses moratorios, las dos partes llamaron en garantía a Seguros Caribe S.A. con el propósito de que esta indemnizara a la parte demandante con base en la póliza de cumplimiento que dicha aseguradora había expedido.

Se solicitó al juzgado que la llamada en garantía indemnizara a la demandante hasta concurrencia del valor asegurado más los correspondientes intereses de mora, las sumas correspondientes a los perjuicios que el incumplimiento de la demandada había ocasionado a la demandada.

La sentencia de primera instancia declaró la existencia del contrato de suministro, el pago que había efectuado la demandante, el incumplimiento del contrato de suministro y condenó a la demandada a restituir a la parte demandante la suma que había recibido como parte del precio del contrato de suministro junto con los intereses moratorios y declaró a la aseguradora responsable por el incumplimiento del contrato de seguro a que se contrae la póliza de cumplimiento.

La aseguradora interpuso el recurso de apelación al cual se adhirió parcialmente la demandada. El tribunal, confirmó el fallo del *a quo*.

La Corte Suprema de Justicia en sus consideraciones señaló que el juzgador sí tuvo en cuenta la cláusula de la póliza, solo que estimó que la aseguradora está obligada a pagar dentro del término legal, una vez se le presente la

respectiva reclamación, en el evento de no haber sido válidamente objetada “y no hasta que exista sentencia que disponga dicho pago, como lo pretende la aseguradora apelante.” Por ello sostuvo que “es indudable que al no pagar el siniestro dentro de los términos previstos en el artículo 1080 del C. de Co, quedó incurso en mora, acarreándole la consecuencia de pagar intereses de conformidad con lo establecido en la norma citada.”

Dijo la Corte: “[...] la Sala estima que no se equivocó el sentenciador en el juicio que hizo, pues de conformidad con los artículos 1077 y 1080 del Código de Comercio, aun antes de la modificación que a este último le introdujo el artículo 83 de la ley 45 de 1990, el asegurado o beneficiario podía —y puede— según el caso, acreditar la ocurrencia del siniestro y, por ende, demostrar la pervivencia de su derecho, en forma judicial o extrajudicial. Ninguna de tales disposiciones, acorde con los postulados tuitivos que inspiran la moderna legislación atinente a la relación aseguradora, establece —ni establecía— una restricción probatoria, la que no era —ni es— posible fijar ex contractu, como quiera que por mandato del artículo 1162 de la codificación mercantil patria, reflejo de la inequívoca tendencia internacional de morigerar el radio de acción de la autonomía privada mediante el expediente de considerar imperativas a un apreciable número de preceptos que gobiernan la aludida relación negocial —por lo menos de cara a una determinada tipología de riesgos: de mas— el contenido del referido artículo 1080 solo puede modificarse en sentido favorable al tomador, asegurado o beneficiario [...].

Si ello es así, no erró el Tribunal al confirmar la sentencia de primer grado, que a su vez había condenado a la compañía de seguros a pagar intereses moratorios [...], bajo la consideración de que no era necesaria una sentencia que declarara el incumplimiento toda vez que este tipo de cláusulas restrictivas, como la aquí invocada por la censura [...] calificadas como abusivas por la doctrina y la legislación comparadas -eran nulas absolutamente por mandato del numeral 1 del artículo 899 del C. de Co., hoy ineficaces según el literal a) del artículo 184 del decreto 663 de 1993 [...].

Cumple anotar que tratándose de negocios jurídicos concluidos y desarrollados a través de la adhesión a condiciones generales de contratación, como —por regla— sucede con el de seguro, la legislación comparada y la doctrina universal, de tiempo atrás, han situado en primer plano la necesidad de delimitar su contenido, particularmente para “excluir aquéllas cláusulas que sirven para proporcionar ventajas egoístas a costa del contratante individual [...].

Lo abusivo —o despótico— de este tipo de cláusulas —que pueden estar presentes en cualquier contrato y no solo en los de adhesión o negocios tipo—, se acentúa aún más si se tiene en cuenta que el asegurador las inserta dentro de las condiciones generales del contrato (C. de Co., artículo 1047), esto es, en aquéllas disposiciones de naturaleza volitiva y por tanto negocial —a las que se adhiere el tomador sin posibilidad real o efectiva de controvertirlas, en la medida en que han sido prediseñadas unilateralmente por la entidad aseguradora, sin dejar espacio —por regla general— para su negociación individual [...].

De ahí que la doctrina especializada haya calificado como abusiva —y de indiscutida inclusión en las llamadas “listas negras” contentivas de las estipulaciones que, *in radice*, se estiman vejatorias—, aquella cláusula que “favorece excesiva o desproporcionalmente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente” entre las cuales se encuentra la limitación indebida de los medios de prueba o los pactos que modifiquen la distribución de la carga de la prueba conforme al derecho aplicable, restricción objetiva que en el caso sometido a escrutinio de la Sala, se “acordó” en la cláusula 13 de las condiciones generales del seguro de cumplimiento tomado por la sociedad demandada, al estipularse como única manera de probar el siniestro, la copia auténtica de la sentencia o del laudo arbitral ejecutoriado, que declare el incumplimiento del afianzado, lo que significa, lisa y llanamente, que a través de esa aludida —y cuestionada— cláusula, se modificó un precepto de carácter imperativo, en perjuicio del asegurado-beneficiario, lo cual tampoco resulta de recibo en el ordenamiento colombiano, no solo desde el punto de vista legal, como ha quedado expuesto, sino también desde una perspectiva constitucional, si se tiene en cuenta que es deber de toda persona no abusar de sus derechos (Const. Pol., artículo 95, inc. 2, num.1); que el Estado debe evitar o controlar “cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional” (artículo 333, inc 4, ib) e igualmente velar por los derechos de los consumidores (artículo 78, ib).

Otras providencias sobre el tema de la Corte Suprema de Justicia son las sentencias de 2 de febrero de 2002, 19 febrero de 2003 y 6 de junio de 2006.

3.5. Circular 029 de 2014

La Circular Básica Jurídica 029 de 2014 de la Superintendencia Financiera señala en lo que se denomina “listas negras” ejemplos de cláusulas abusivas, entre otras, las siguientes:

- Las que establezcan la compañía con la que el consumidor financiero debe contratar los seguros exigidos como condición del crédito.
- Las que facultan a las entidades vigiladas a contratar o renovar, por cuenta del deudor, las pólizas de seguros sobre los bienes en garantía de un crédito, sin que este haya tenido la posibilidad de escoger la entidad aseguradora.
- Las que autorizan a las entidades aseguradoras para cobrar al consumidor financiero por efectuar el pago del siniestro.
- Redactar los contratos con letras ilegibles y difíciles de leer a simple vista.
- No entregar o no poner a disposición de los consumidores copia de los contratos, ni de los reglamentos de los productos o servicios contratados.
- Obligar a los consumidores financieros a declarar que conocen y aceptan los reglamentos, sin haberlos entregado o puesto a su disposición.

3.6. La protección contractual del consumidor de seguros

La protección contractual al consumidor, y por tanto también al consumidor de seguros, no fue objeto de regulación por la ley de reforma financiera. Consta tal protección en el nuevo estatuto de protección al consumidor, que la regula de una manera general en su artículo cuarto: “las normas de esta ley deberán interpretarse en la forma más favorable al consumidor. En caso de duda se resolverá en favor del consumidor”.

Y para la protección contractual dispone del título VII, que en primer lugar en el artículo 34 señala que las condiciones generales de los contratos serán interpretadas a favor del consumidor y agrega que en caso de duda prevalecerán las cláusulas más favorables al consumidor, *in dubio pro consumidor*.

3.7. Derecho a la igualdad

El artículo 3º de la Ley 1480 de 2001, numeral 1.12, dispone que los consumidores tienen el derecho de “Ser tratados equitativamente y de manera no discriminatoria”. Sin duda que este artículo debe entenderse enmarcado dentro del derecho constitucional que proclama la igualdad para todos los ciudadanos, con un trato sin ninguna discriminación, por ningún motivo, incluyendo los de índole económica²⁵.

25 Ver sobre el mismo tema otro aspecto tratado en el libro *El Seguro Causas y soluciones de los conflictos entre asegurados y aseguradores con ocasión del siniestro* (Palacios Sánchez, Fernando. Bogotá: Editorial Ibáñez y Universidad de La Sabana, p. 76).

3.8. Circular 015 de 2010 (incorporada a la Circular Básica Jurídica)

- El Sistema de Atención al Consumidor Financiero que desarrollen las entidades vigiladas deberá ser implementado de acuerdo con su estructura, tamaño y objeto social, de tal forma que les permita identificar, medir, controlar y monitorear todos aquellos hechos o situaciones que puedan incidir en la debida atención y protección de los consumidores financieros. En el mismo sentido, este sistema debe guardar concordancia con los planes estratégicos de cada entidad.
- Para la adecuada implementación de una cultura de atención y protección al consumidor financiero, las entidades vigiladas deberán desarrollar:
 - Programas y campañas de educación financiera adecuados y suficientes, que permitan y faciliten a los consumidores financieros adoptar decisiones informadas, comprender las características de los diferentes productos y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus respectivos costos o tarifas, las obligaciones y derechos de los consumidores financieros y los mecanismos establecidos por la normatividad vigente para la protección de sus derechos.
 - Mecanismos que permitan brindar información comprensible, cierta, suficiente y oportuna a los consumidores financieros, respecto de:
 - Las características de los productos o servicios.
 - Los derechos de los consumidores financieros.
 - Las obligaciones de las entidades vigiladas.
 - Las tarifas o precios.
 - Las medidas para el manejo seguro del producto o servicio.
 - Las consecuencias derivadas del incumplimiento del contrato.
 - Los mecanismos legales y contractuales establecidos para la defensa de los derechos de los consumidores financieros.
 - La demás información que la entidad vigilada estime conveniente para que el consumidor comprenda el contenido y funcionamiento de la relación establecida para suministrar un producto o servicio.

3.9 Circular 050 de 2015

Mediante esta circular se emiten instrucciones sobre los requisitos de idoneidad para la intermediación de seguros, el deber de información frente a los consumidores de seguros y el Sistema Unificado de Consulta de Intermediarios de seguros. Sin duda que la mencionada circular refuerza todos los aspectos de información y educación hacia el consumidor financiero y fortalece la capacitación de los intermediarios de seguros, exigiendo cursos que deben aprobar con un contenido mínimo sobre las siguientes materias:

- Aspectos Básicos del contrato de seguro.
- Régimen aplicable a los ramos de seguros.
- Aspectos básicos de administración de riesgos.
- Aspectos de SARLAFT relacionados con la intermediación de seguros.
- Aspectos relevantes de protección al consumidor de seguros y atención al cliente.

Llama la atención que de manera inequívoca invoca la citada circular al Derecho del consumo señalando que sus aspectos relevantes en relación con el consumidor de seguros hagan parte del pénsum de los cursos de formación a los intermediarios de seguros, así como los de atención al cliente, para lo cual esperamos que el presente trabajo sea de utilidad. Podríamos decir que si antes se explicaba el contrato de seguro colocando al contrato en el centro, ahora el centro es el consumidor de seguro, rodeado por derechos como la información, el conocimiento que le debe ser prestado en orden a conocer sus derechos y obligaciones, el modo de reclamar un siniestro, la responsabilidad que tienen los intermediarios de seguros, para citar solo algunos ejemplos.

4. Circular Básica Jurídica 029 de 2014 y la libre competencia

Esta circular, a modo de preámbulo, cita el artículo 333 de la Constitución Nacional que obliga al Estado a que con su actividad evite que se obstruya o se restrinja la libertad económica y controle cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

Con tal base constitucional, recuerda la prohibición a las entidades vigiladas de concertar acuerdos que atenten contra la libre competencia: “se considera pertinente recordar a las entidades vigiladas la prohibición de realizar actos, acuerdos o convenios entre sí, o adoptar decisiones de asociaciones empresariales y prácticas concertadas, que directa o indirectamente tengan por objeto o como efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro de los sistemas financiero, asegurador, previsional o del mercado de valores, o cualquier acto que constituya un abuso de posición dominante, así como celebrar pactos que tengan como propósito excluir a la competencia del acceso al mercado o a los canales de distribución del mismo.

Como consecuencia de una política de libre competencia en los sistemas vigilados, los clientes y usuarios de los mismos deben contar con la posibilidad de obtener en el mercado diversas alternativas de inversión o de consumo, de suerte que como lo señala el numeral 1 del artículo 97 del EOSF en concordancia con el artículo 3 de la Ley 1328 de 2009, puedan acceder en un contexto de absoluta transparencia a los productos o servicios financieros, a través de elementos de

juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas. En el mismo sentido, las entidades vigiladas deben abstenerse de abusar de su posición dominante (artículo 3 y 7 de la Ley 1328 de 2009) y evitar incurrir en prácticas que impidan injustificadamente el acceso a los productos y servicios ofrecidos, procurando promover el acceso a los mismos a la población de menores recursos y de la micro, pequeña y mediana empresa.

Así, si bien corresponde a las entidades vigiladas definir los segmentos de mercado en los cuales desarrollan su actividad, una vez definidos estos, el acceso a los servicios que prestan no puede ser discriminatorio, desigual, negado o suspendido injustificadamente...

La SFC parte de la base de que la primera protección de los derechos de los consumidores está dentro de las mismas instituciones, aplicando reglas sobre información de precios y tarifas de los productos y servicios mediante la institución del Sistema de Atención al Consumidor (SAC) y la figura del defensor del cliente.

Igualmente, establece una serie de normas que apuntan a transparencia en los procesos licitatorios que deben hacer las entidades financieras para la protección a la libre concurrencia de oferentes para la contratación de pólizas de seguros en instituciones financieras por cuenta de sus deudores.

La circular señala que de conformidad con el numeral 2 del artículo 100 del EOSF, y en concordancia con el artículo 2.36.2.1.1. del Decreto 2555 de 2010, las instituciones financieras que actúen como tomadoras de seguros, por cuenta de sus deudores, deben adoptar procedimientos de contratación que garanticen la libre concurrencia de oferentes, debiendo sujetar dichos procedimientos a los criterios de igualdad de acceso e información, objetividad en la selección de la entidad aseguradora, periodicidad y elección de la aseguradora por parte del deudor contemplados en el Decreto 2555 de 2010.

En cuanto a créditos con garantía hipotecaria o *leasing* habitacional, señala en sus aspectos generales que el artículo 2.36.2.2.5 del Decreto 2555 de 2010 reitera que, aun existiendo la posibilidad de que la entidad financiera promueva la contratación de seguros colectivos, en todos los casos el deudor o el locatario asegurado pueden contratar con otra aseguradora, siempre que las condiciones del seguro sean, cuando menos iguales a aquellas plasmadas en el pliego de condiciones de licitación.

5. Conclusiones

Las compañías de seguros, los reaseguradores y los intermediarios de seguros en sus distintas modalidades —corredores, agencias y agentes dependientes e independientes— cumplen una labor imprescindible en el crecimiento de los países, pues con la actividad del aseguramiento protegen a los ciudadanos y al Estado contra los riesgos de distinta índole que los pueden afectar.

El contrato de seguro hace parte de los denominados contratos de adhesión, los cuales son elaborados unilateralmente por la parte que ostenta la posición dominante en la relación de consumo, que es un profesional en el contrato y además lo administra, y cuyas cláusulas la otra parte debe aceptar o rechazar en bloque.

El Derecho del consumo, en lo pertinente al contrato de seguro, tiene como propósito proteger al consumidor de seguros con normas como las expuestas en el presente trabajo que tienen efectos tuitivos hacia el consumidor de seguros.

El seguro, la mejor herramienta que ha creado el ser humano para mitigar los riesgos cuando estos se materializan, no puede funcionar sin una gran confianza entre las partes, la del asegurador cuando otorga el amparo en consideración a la declaración del estado del riesgo y la del tomador, quien confía en que aquél cumplirá con su promesa en caso de que suceda el siniestro. El Derecho del consumo, con su amplio abrigo protector, genera mayor confianza al tomador, asegurado o beneficiario, según sea el caso.

5.1. Recomendaciones para la debida aplicación del Derecho del consumo al contrato de seguro

5.1.1. En el seguro no debe existir una sola parte que detente la información, la otra también debe hacerlo para que pueda tomar una decisión informada

Los intermediarios de seguros y las aseguradoras deben informar a los tomadores con gran generosidad sobre los alcances de las pólizas. La disparidad en los conocimientos del seguro, donde el asegurador es un profesional en la materia, al paso que la generalidad de asegurados tienen una información mediana sobre el contrato, lleva a que el deber de información al tomador se constituya en una herramienta fundamental para corregir el desequilibrio que caracteriza a los contratos de adhesión y permite que el tomador tome una decisión informada que le lleve a buscar los amparos que realmente necesita y conocer las exclusiones que los harían nugatorios.

5.1.2. La educación sobre el contrato de seguro es un derecho de los asegurados

Las actuales disposiciones del Derecho de consumo no se detienen en pro de la parte débil del contrato con una información calificada para esta, también demandan educación sobre el contrato, esto es, cómo opera, cuáles son los derechos y obligaciones de las partes, cómo se instrumenta o aplica. De esta manera, las compañías de seguros, los intermediarios de seguros y el organismo de control deben proceder a esta educación de la parte débil, es decir, del tomador, asegurado o beneficiario, lo cual también redundará en beneficio del seguro, dado que a mayor conocimiento al respecto serán mayores las ventas de seguros.

Por parte de los asegurados, también debe existir la disposición para informarse, pues de lo contrario el esfuerzo por la educación sobre el seguro será estéril.

5.1.3. En el seguro la buena fe debe campear para las dos partes

El seguro no se debe solicitar como medio para tomar seguros con declaraciones reticentes que ocultan situaciones que probablemente harían que el asegurador no otorgara el seguro, o lo hiciera en condiciones más onerosas, o presentando reclamaciones con ardides criminales, como simulación de siniestros, siniestros provocados o falsificación de documentos claves para la reclamación del seguro. Por parte del asegurador, sus objeciones deben ser revisadas con esmero, son la denegación del seguro y por tanto su sustento legal debe ser inmaculado.

5.1.4. El seguro debe tener en el Derecho del consumo un aliado y no un obstáculo

Las normas tuitivas del Derecho de consumo deben acogerse no como un obstáculo, sino como herramientas que permitirán dejar satisfecho al consumidor de seguros con el consecuente crecimiento del mercado de seguros.

5.1.5. El seguro es campo prohibido para las cláusulas abusivas

Así lo establece de manera expresa nuestro ordenamiento jurídico al prohibir las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, en los cuales por no existir deliberación previa entre las partes, constituyen terreno abonado para que estas se den.

5.1.6. El seguro debe generar la máxima confianza en el consumidor

El seguro es una promesa y para que la parte débil se acoja a ella debe tener plena confianza en que en el momento supremo del aseguramiento, cuando ocurre el siniestro, podrá reclamar la indemnización sin objeciones sorpresivas que le de-

nieguen el pago. En el seguro, las exclusiones deben ser la excepción y no deberían existir en los seguros de personas. A este respecto la exposición de motivos del proyecto de 1958 (que como se sabe es manantial del título V del libro IV del Código de Comercio), refiriéndose a los seguros de vida, dice: “solo podrán excluirse el suicidio del asegurado ocurrido durante los dos primeros años de vigencia del contrato y la muerte por causas accidentales inherentes a la actividad profesional del asegurado”.

Si no se hubiese eliminado este artículo, no existirían las inconsistencias jurídicas a que dan lugar las cláusulas que amparan el suicidio después de un período de carencia, frente a los artículos 1054 y 1055 del Código de Comercio que hacen inasegurables los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario.

No debe olvidarse además que en los seguros de vida el tomador no estará presente para defenderse de las eventuales objeciones.

Con el fin de lograr la mayor eficacia en cuanto a la confianza que debe generar el seguro en el consumidor, debe existir un plazo cierto para que no pueda excusarse el pago después de transcurrido un determinado lapso.

Puede coadyuvar a la solución de lo anterior la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 3 de mayo de 2003, cuyo magistrado ponente fue Nicolás Bechara. Dicha sentencia se basó en la exposición de motivos del año 1958 que en uno de sus apartes, transcrito en la sentencia, dice:

Optamos por establecer dos clases de prescripción, una ordinaria y otra extraordinaria [...] La ordinaria empieza a contarse desde el momento en que se tiene conciencia del derecho que da nacimiento a la acción. No corre contra los incapaces [...].

Para quien no tiene conocimiento de él, cualquier término puede considerarse corto, pero el orden jurídico exige que se fije uno cualquiera. El de cinco (5) años es razonable. Y debe correr contra toda clase de personas.

Ventajoso para el asegurador, porque después de transcurridos cinco años desde la fecha del siniestro, puede disponer de la reserva correspondiente [...].

Desventajoso, porque al vencerse ese término, ya no podrá alegar la nulidad del contrato por vicios en la declaración de asegurabilidad. (El énfasis es nuestro. Ministerio de Justicia, Bogotá, T.II, 1958).

Lo que implica esta sentencia es el reconocimiento de que así como opera la prescripción para el beneficiario, sea ordinaria o extraordinaria, también existe respecto de las excepciones que puede presentar el asegurador, aplicándose a estas el término de cinco años contados desde la expedición de la póliza.

Más adelante, la misma exposición de motivos dice:

¿Que ha habido mala fe por parte del asegurado? Para este evento se prevé la rescisión. Solo que la rescisión por simple error en la declaración de asegurabilidad solo podrá invocarse dentro de los dos primeros años de vigencia del contrato (980). Es la llamada incontestabilidad o indisputabilidad que no opera sino en relación con el error: El dolo futuro no puede condonarse. La acción rescisoria por mala fe del asegurado apenas podrá extinguirse por la prescripción.

5.1.7. El universo normativo del seguro debe incorporarse en un código del seguro

Para alcanzar los fines relativos a la debida información y educación sobre el seguro, se hace necesario que el universo de disposiciones que lo regulan se reúna en un código de seguros, de manera que queden en un solo cuerpo normas actualmente dispersas. Proponemos que el Código de Seguros contenga en sus distintos libros, por lo menos los siguientes: las normas que regulan el contrato de seguro que se encuentran actualmente en el título V del libro IV (incluyendo un capítulo especial para el seguro de cumplimiento y otro para el SOAT), las normas que regulan las compañías de seguros, el reaseguro, las que regulan a los intermediarios de seguros, las del Derecho de consumo relacionadas con el consumidor de seguros y las relacionadas con los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los de rentas vitalicias.

5.1.8. La cultura del servicio debe ser columna vertebral de la actividad aseguradora

Entre las políticas para lograr esta cultura, las aseguradoras pueden llevar a cabo evaluaciones entre sus clientes para medir su grado de satisfacción en cuanto a la información que recibieron al momento de tomar el seguro, en cuanto a guías para la prevención de los siniestros y en cuanto a la debida información y educación que recibieron sobre sus derechos y obligaciones derivados del contrato de seguro y para la presentación de una reclamación ajustada a Derecho en caso de siniestro.

5.1.9. El seguro debe hacer parte de la canasta familiar

Si cumplimos con éxito las directrices para una buena atención y satisfacción del consumidor de seguros, lograremos que él tome conciencia de que este servicio sí le es útil e indispensable y las primas harían parte de su canasta familiar.

Bibliografía

Actas del Subcomité de Seguros del Comité Asesor para la revisión del Código de Comercio. Publicación de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros, Bogotá, 1983.

Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Las cláusulas abusivas en el contrato de seguro y el Nuevo Estatuto del Consumidor.* Ponencia presentada en el Primer Congreso Internacional de Derecho de Seguros, FASECOLDA, 2012.

Díaz Granados Ortiz, Juan Manuel. *El Nuevo Estatuto del Consumidor, su incidencia en el contrato de seguros.* Ponencia presentada en el Primer Congreso Internacional de Derecho de Seguros, FASECOLDA, 2012.

Echeverri Salazar, Verónica María, *Del contrato de libre discusión al contrato de adhesión.* Revista Opinión Jurídica. Universidad de Medellín, Volúmen 9, No 17, Medellín 2010.

Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. *Derecho de Seguros*, tomos I,II,III,IV y V, Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Temis, Bogotá,2010.

Palacios, Sánchez Fernando, *El seguro. Causas y soluciones de los conflictos entre asegurados y aseguradores con ocasión del siniestro.* Editorial Ibañez y Universidad de La Sabana. Bogotá 2012.

Tamayo, Jaramillo Javier. *La responsabilidad civil en el Nuevo Estatuto del Consumidor. Ponencia presentada en el Primer Congreso Internacional de Derecho de Seguros*, FASECOLDA, 2012.

Villalba Cuellar, Juan Carlos, *Introducción al Derecho del Consumo*, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, 2012.

III. ASPECTOS PARTICULARES DE LOS SEGUROS EN EL DERECHO COMPARADO



A Henry, Felipe, Santiago y a mis padres

PATRICIA JARAMILLO SALGADO²⁶

1. Introducción

El Derecho comparado constituye una fuente inagotable, a la vez que una referencia obligada en este mundo globalizado, para conocer los lineamientos y tendencias universales en cualquier disciplina, y los seguros no son la excepción. Por ello, dedicaremos el primer capítulo de este ensayo a la descripción de algunas asociaciones de Derecho de seguros, particularmente la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA, por sus siglas en francés), dedicada al estudio de esta disciplina.

26 Abogada de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho de Seguros de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, especialista en Derecho Comercial de la Universidad de París II Assas, con maestría en Derecho de Seguros de la Universidad Jean Moulin Lyon 3, Francia. Profesora en las especializaciones de Seguros y Seguridad Social de la Universidad de La Sabana y de Seguros de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Autora de diversos artículos, de la monografía *Estudio comparativo sobre la subrogación en derecho francés y colombiano*, coautora del libro *Seguros. Temas esenciales*, de la Universidad de La Sabana. Funcionaria en diversos cargos jurídicos y de indemnizaciones y representante legal durante varios años de la Compañía Suramericana de Seguros. Asociada de Salazar, Pardo & Jaramillo, consultora y litigante, vicepresidente jurídica de la Federación de Aseguradores Colombianos (Fasecolda) y actualmente gerente de regulación de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías AFP Protección S.A. Correo electrónico: ppjaramillos@gmail.com, patricia.jaramillo@proteccion.com.co.

Desde el punto de vista del contrato, nos hemos propuesto el análisis de algunos aspectos relevantes, de permanente estudio en el Derecho de seguros en Colombia, frente a otras legislaciones, mediante la comparación de las similitudes y las diferencias fundamentales entre nuestro Derecho y aquel que actualmente rige en algunos países europeos y de América Latina.

Algunas normas de especial relevancia en el campo del Derecho de seguros ocupan nuestro interés en las siguientes líneas. Estos temas han sido elegidos por su actualidad e importancia y pretenden presentar una visión panorámica desde la perspectiva del Derecho privado de seguros, tomando como referencia temas trascendentales en la materia, como el perfeccionamiento y la prueba del contrato, la declaración del estado del riesgo, la prima o precio del seguro, la prescripción de la acción, la acción directa en el seguro de responsabilidad civil, la subrogación del asegurador y el aseguramiento del suicidio.

Hemos seleccionado entre los países latinoamericanos, además de Colombia, a Argentina, Chile, y Perú. En el ámbito europeo, tomaremos como referentes el Derecho español y el francés, aclarando que en este último caso la traducción de los artículos, la jurisprudencia y la doctrina que citamos es libre, pues ha sido elaborada por la autora, a riesgo de cometer alguna imprecisión, por lo cual presentamos excusas anticipadamente en el evento de que así ocurra.

El ensayo se compone de diez capítulos que abordan los siguientes temas: las asociaciones de seguros, las legislaciones de seguros, los intentos de armonización, el perfeccionamiento y la prueba del contrato de seguro, la declaración del estado del riesgo, la prima, la prescripción, la acción directa en el seguro de responsabilidad civil, la subrogación del asegurador y el suicidio y los seguros.

La metodología que seguiremos consiste en transcribir las normas vigentes en cada uno de los países indicados como objeto de nuestro estudio, seguidas de los comentarios doctrinales y jurisprudenciales, con un análisis más detallado en el caso de Colombia y en forma subsiguiente realizaremos las observaciones generales con la comparación correspondiente.

No podía faltar la incorporación de las leyes de seguros chilena y peruana en la actualización de este ensayo de Derecho comparado de seguros, las cuales entraron en vigencia en el año 2013.

2. Las asociaciones de seguros

Resulta útil, antes de abordar los temas jurídicos de Derecho comparado que hemos seleccionado, hacer una breve referencia a algunas asociaciones internacionales y nacionales dedicadas al estudio comparado del Derecho de seguros,

fuentes valiosas de información jurídica sobre los seguros en Colombia y en otros países.

2.1. La Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA)

La Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA, por su sigla en francés), o Association Internationale de Droit des Assurances, fue fundada en Luxemburgo el 28 de abril de 1960 por un destacado grupo de profesores europeos, entre ellos Antigono Donati, Hans Moller, André Besson y Simón Fredericq, como respuesta a la sentida necesidad de estimular el estudio del Derecho comparado en el campo del seguro y sus materias afines²⁷. El 19 de mayo de 1960 fue establecido el primer capítulo nacional en Italia. Al final de ese mismo año, habían sido creados dieciséis capítulos nacionales en Europa, América y Asia. Por iniciativa del profesor Donati, el primer congreso se llevó a cabo, con un rotundo éxito, en la ciudad de Roma en el mes de abril de 1962, donde el connotado jurista fue proclamado primer presidente de la Asociación para el período 1962-1966²⁸.

La Asociación cuenta con cinco idiomas oficiales: francés, inglés, italiano, español y alemán.

La actividad académica es el eje central y su razón de ser, por ello el XIV Congreso Mundial de Derecho de Seguros, que tuvo lugar en Roma entre el 28 de septiembre y el 2 de octubre de 2014, constituye una nueva oportunidad de reunir juristas de todo el mundo a analizar los temas de seguros de mayor importancia en la agenda internacional. Durante las sesiones plenarias del 2014 fueron analizadas cinco grandes temáticas:

- Transparencia, conflictos de interés y remuneración de los intermediarios de seguros.
- Arbitraje.
- Medidas preventivas.
- Seguros *online*.
- Discriminación y seguros.

En el marco de este congreso mundial también se llevó a cabo la Asamblea General. La reunión del Consejo de Presidencia integrado por más de veinticinco miembros, presidentes e integrantes de las secciones nacionales o de los grupos de trabajo, se realiza por lo menos dos veces al año y es presidida por un presidente

27 Ver: www.acoldeseaida.org.

28 Ver: www.aida.org.uk.

elegido por un período de cuatro años, con la posibilidad de ser reelegido²⁹. Para el período 2014-2018 fue elegido el profesor Jérôme Kullmann, destacado jurista francés que ha desarrollado un importante y reconocido trabajo, tanto en la sección francesa como a nivel internacional. Durante ocho años (2002-2010), el doctor Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, respetado jurista colombiano, ocupó el cargo de presidente de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros.

Asimismo, en la agenda del Congreso se celebraron las reuniones de los grupos continentales:

- Comité Ibero Latinoamericano (CILA), constituido por las secciones nacionales de Suramérica, Centroamérica, España y Portugal, realiza congresos bianuales. Para el período 2014-2018 fue elegida como presidente del CILA, la doctora Andrea Signorino, a su vez presidente de la sección uruguaya, autora de importantes obras en materia de seguros.
- AIDA Europa, integrado por los países europeos miembros de AIDA, fue fundado el 22 de mayo de 2008.
- AILA es el grupo continental de Australia y Nueva Zelanda.

Durante los congresos mundiales de la AIDA se reúnen igualmente los grupos de trabajo constituidos bajo los ejes temáticos de mayor actualidad e importancia en el campo del seguro y el reaseguro; estos son:

- Reaseguros.
- Seguros de transporte.
- Cúmulo de reclamaciones y subrogación.
- Responsabilidad civil.
- Protección del consumidor y resolución de controversias.
- Supervisión estatal del seguro.
- Automóviles.
- Seguros de vida y pensiones.
- Seguro de crédito.
- Cambio climático.
- Distribución de productos de seguros.
- Nuevas tecnologías, prevención y seguros. Este grupo de trabajo es presidido por el doctor Joaquín Alarcón Fidalgo, quien es a su vez el secretario general de la sección española de la AIDA, SEAIDA. Su labor como presidente de este novedoso grupo de trabajo ha sido muy destacada. El IV Congreso Internacional de Nuevas Tecnologías y Seguros se llevó a cabo en la ciudad

29 Ver: www.aida-france.org.

de Bogotá, los días 16 y 17 de octubre de 2014, con la participación de importantes científicos que analizaron los temas de nanotecnología, internet y biotecnología y medicina, acompañados de juristas especialistas en el campo de los seguros y los reaseguros.

Forman parte de la AIDA alrededor de 58 asociaciones nacionales formadas a su vez por los países miembros.

2.2. ACOLDESE

La Asociación Colombiana de Derecho de Seguros (ACOLDESE) es la sección colombiana de la AIDA, “fue fundada el 7 de abril de 1961, en la ciudad de Bogotá, por un grupo de distinguidos profesionales de Derecho, liderado por el Profesor J. Efrén Ossa G., quienes, con un criterio esencialmente académico, tuvieron el propósito definido de agrupar a todos aquellos abogados interesados en el Derecho de Seguros en Colombia. Ello explica que sea una asociación sin ánimo de lucro y de carácter exclusivamente científico”³⁰.

El doctor Hernando Tapias Rocha sucedió al doctor Ossa en la presidencia de ACOLDESE. Con posterioridad al doctor Tapias, el doctor Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo ejerció dicho cargo durante más de diez años; posteriormente fue designado el doctor Alejandro Venegas Franco.

Actualmente, el presidente es el doctor Bernardo Botero Morales, eminente jurista y economista de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, conocedor del sector asegurador colombiano en toda su dimensión, tanto desde la esfera del Derecho como desde el campo técnico y económico de esta disciplina, pues su carácter de expresidente de Colseguros, expresidente de AON Benfield corredores de reaseguros y actual director de la especialización en Derecho de Seguros de la Pontificia Universidad Javeriana, entre otros, le permiten tener un conocimiento profundo en todos los aspectos del seguro, lo que contribuye al desarrollo de ACOLDESE y a su posicionamiento como una de las secciones líderes y ejemplares de la AIDA.

ACOLDESE está integrada, además de la directiva nacional en Bogotá, por los siguientes capítulos regionales: Barranquilla, Bucaramanga, Cali, Cartagena, Manizales, Medellín y Pereira. Esta importante asociación ha realizado veintisiete congresos nacionales, todos ellos recopilados en memorias para consulta de las ponencias.

30 Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. “Evolución del derecho público y privado de seguros en Colombia: 1960-2005”. Contribución en homenaje al profesor Antígono Donati.

3. Las legislaciones de seguros

3.1. Argentina

La legislación argentina sobre el contrato de seguro está contenida en la Ley 17.418 del año 1967. Entre los países objeto de este estudio, es una de las más antiguas. No obstante, como lo veremos adelante, se trata de una norma visionaria en diversos aspectos, como por ejemplo el de la consensualidad del contrato de seguro. En otros temas su redacción sigue dando lugar a diferentes interpretaciones, como es el caso de la admisibilidad o no de la acción directa por parte del tercero contra el asegurador en el seguro de responsabilidad civil.

El papel protagónico del Derecho de seguros argentino sigue vigente, gracias a sus grandes juristas, entre ellos Isaac Halperín, redactor del Anteproyecto de Ley General de Seguros que se convirtió en Ley 17418, fallecido en 1975, quien dejó su legado en esta disciplina en su obra magistral *Seguro. Exposición crítica de la ley 17418*. Otra de sus obras, *Seguros*, fue posteriormente actualizada por otro destacado jurista argentino que también ha dejado una huella imborrable en el Derecho nacional e internacional del Derecho de seguros, el doctor Juan Carlos Félix Morandi. Su inesperado fallecimiento impidió la continuación de la tarea de actualización. Fue el profesor Nicolás Barbato quien actualizó la obra intitulada *Seguro. Exposición crítica de la ley 17418*, editada en el año 2001 y reeditada en el 2003.

En el prólogo a la primera edición de su obra sobre la Ley 17418, el profesor Halperín señalaba:

La sanción de la ley (decreto) 17418 reviste una especial importancia en el movimiento legislativo argentino, de renovación de sus códigos: elaborada cuidadosamente, se distingue por su técnica depurada y porque señala un jalón importante en esta materia; con la de Méjico, son las únicas leyes modernas en la materia, en Latinoamérica, cuya integración económica requiere un sistema asegurador moderno.

[...] El sistema legal no se ha estructurado fundamentalmente sobre modelos extranjeros (Alemania, Francia, Italia, Suiza, etc.) aunque los tuvo presentes: esencialmente ha tenido en cuenta la calidad socio-económica argentina, aportando soluciones que podrán ser excesivamente avanzadas en el estado actual del país³¹.

31 Halperín, Isaac, *Seguros. Exposición crítica de las leyes 17.418 y 20.091 y 22.400* (3a ed.). Buenos Aires: LexisNexis Depalma, 1ª reimpresión 2003.

3.2. Chile

Desde el año 1865, la normatividad chilena de seguros hizo parte del Código de Comercio. El 9 de mayo de 2013 fue publicada la Ley 20.667 de 2013, la cual entró en vigencia el 1º de diciembre de 2013. Sobre este tránsito legislativo, el jurista chileno Ricardo Peralta anota: “El referido código fue promulgado en 1865, redactado por el jurista argentino don José Gabriel Ocampo, 17 años después que el venezolano don Andrés Bello hiciera lo propio con nuestro Código Civil.

El Código de Comercio es uno de los cuatro pilares que conforman el edificio normativo del contrato de seguros en Chile, siendo los restantes, la póliza, la regulación administrativa y el Decreto con Fuerza de Ley 251 del Ministerio de Hacienda de 1931, mal llamada Ley de Seguros, pues es en rigor un reglamento. Constituyó el DFL 251 el primer paso modernizador de la industria de los seguros al disponer que el asegurador debía ser una compañía de seguros (algo que hoy nos parece obvio, no lo era en el Código del siglo XIX, pues permitía que el asegurador fuere una persona natural), y que las compañías se dividirían en dos grupos, uno de seguros generales y otro de seguros de vida. La misma norma fue modificada el año 1980 permitiendo la llamada “apertura” del mercado asegurador, que en rigor lo fue del mercado reasegurador, terminando con el monopolio existente a la fecha. Se permitió también la propiedad extranjera de compañías de seguros nacionales.

Ajeno a los cambios permanecían las normas del viejo código, algunas de las cuales habían caído en el desuso, como aquella que permitía otorgar una póliza ante Cónsul chileno en el extranjero, que prohibía asegurar “hechos propios” del asegurado, los frutos esperados y otras de similar tenor. Sin embargo, el gobierno de turno del año 1990, dispuso la creación de una comisión dependiente del Ministerio de Hacienda que se abocara al estudio de una reforma al Título VII del Libro II del código llamado “Del seguro en general y de los seguros terrestres en particular”. Dicha comisión emitió un primer borrador al año de trabajo y luego de recorrer los pasillos y vericuetos de los poderes del Estado parece haberse desvanecido y fue reemplazado por un segundo y tercer borrador, la comisión cambió de integrantes, algunos fallecieron en el camino y el proyecto sufrió el injusto castigo del olvido. El terremoto del 27 de febrero del año 2010 vino no solo a remecer físicamente el país sino también la memoria de legisladores y gobernantes que empujados por algún miembro de la comisión que se empeñaba en resucitar el proyecto, permitieron que este finalizara su peregrinar por los engranajes de la burocracia y se transformara en la ley que hemos mencionado”³².

32 *Derecho de seguros y reaseguros, Liber Amicorum en homenaje de profesor Arturo Díaz Bravo*. Bogotá: Pontificia Univ. Javeriana, AIDA-CILA, Cedep, Grupo Editorial Ibáñez, Colección Estudios no 7.

Una Ley de contrato de seguro parecía ser una sentida necesidad en Chile. En la edición del año 2007 de esta obra no fue incluida esta normatividad en nuestro estudio, sin embargo, pasa a ser un referente obligado dada su reciente renovación, basada en un extenso estudio de importantes juristas en cuyo análisis se tuvo en cuenta igualmente la normatividad de otros países. Nos anticipamos a mencionar que es la única legislación que conocemos que autoriza el aseguramiento de las multas en seguros de responsabilidad civil mediante pacto expreso.

3.3. Colombia

En el Derecho colombiano las normas sobre Derecho privado de seguros están contenidas en el Código de Comercio, Decreto 410 de 1971. Este decreto ha sido objeto de algunas reformas, entre las cuales las más importantes son las leyes 45 de 1990, 35 de 1993, 389 de 1997, 510 de 1999, 1480 de 2011 y 1564 de 2012.

En términos generales, la Ley 45 de 1990 se caracteriza por la apertura económica, la libre concurrencia en diversos aspectos, entre los cuales los seguros: libertad de productos, libertad de tarifas, libertad de comisiones se cuentan entre los principios establecidos más sobresalientes. Se trata de una ley elaborada para proteger al consumidor, aunque en Colombia no existe como tal un código del consumidor, como sí lo hay en Francia. Esta ley introdujo importantes reformas, entre ellas la posibilidad de asegurar la culpa grave en los seguros de responsabilidad civil exclusivamente, el mérito ejecutivo de la póliza, la reducción del término para objetar o pagar de 60 días hábiles a un mes, el aumento significativo de los intereses de mora a cargo de asegurador, del 18% al doble del interés bancario corriente.

La Ley 35 de 1993 introdujo reformas en el tema de grandes riesgos. Consagró la posibilidad de modificar los plazos y las tasas de interés a cargo del asegurador, mediante acuerdos con los grandes asegurados, pero únicamente para seguros de daños que reúnan las condiciones allí previstas.

No podríamos dejar de mencionar la Ley 100 de 1993, que introduce los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los de rentas vitalicias.

Finalmente, la Ley 389 de 1997 transforma el contrato de seguros en consensual, pues antes de esta reforma era solemne. Establece igualmente que el contrato puede ser probado por escrito o por confesión, así como la autorización del sistema *claims made*³³.

33 Jaramillo Salgado, Patricia. *La subrogación en seguros, estudio comparado en el derecho francés y colombiano*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Ibáñez, Depalma, Colección Monografías, no 29, 2013.

Las normas enunciadas no han sido las únicas modificaciones al contrato de seguro, también el párrafo del artículo 111 de la Ley 510 de 1999 estableció, en los siguientes términos, que el interés moratorio a cargo del asegurador será equivalente al bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, aumentado en la mitad:

Parágrafo. El inciso primero del artículo 1080 del Código de Comercio quedará así:

El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aun extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad.

En el año 2011, la Ley 1480, Estatuto del Consumidor, trajo unas normas aplicables al sector asegurador, particularmente respecto de la interpretación más favorable al consumidor, consagrada en el artículo 34; la modificación del valor asegurado de que trata el artículo 23, según la cual el asegurador deberá informar la modificación unilateral que lleve a cabo del valor asegurado y deberá reajustar la prima dentro de los treinta días siguientes, norma de muy poca aplicación, por su redacción; y los deberes de información y de explicación al consumidor de que trata el artículo 37 frente al tomador del seguro³⁴.

En el año 2012, el Código General de Proceso, Ley 1564 de 2012, en su artículo 627 numeral 6 modificó el numeral 3 del artículo 1053 del Código de Comercio, norma que rige a partir del 1º de enero de 2014 y deroga la parte entre paréntesis que se transcribe a continuación:

3) Transcurrido un mes contado a partir del día en el cual el asegurado o el beneficiario o quien los represente, entregue al asegurador la reclamación aparejada de los comprobantes que, (según las condiciones de la correspondiente póliza) sean indispensables para acreditar los requisitos del artículo 1077, sin que dicha reclamación sea objetada (de manera seria y fundada). Si

34 Jaramillo Salgado, Patricia, *La protección del consumidor de seguros en Colombia: antecedentes, evolución, retos y perspectivas*. Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, no 37, 2012. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, AIDA, CILA, Fides.

la reclamación no hubiere sido objetada, el demandante deberá manifestar tal circunstancia en la demanda.

3.4. España

La Ley de Contrato de Seguro en España data del año 1980 y está contenida en la Ley 50 del 8 de octubre de 1980, en adelante LCS. Con anterioridad a esta, la normatividad relativa a esta disciplina se encontraba en el Código de Comercio de 1885. Esta Ley ha sido objeto de diversas modificaciones, algunas de ellas con el objeto de adaptarse a las directivas del Derecho comunitario. El profesor Sánchez Calero³⁵ hace un análisis de las principales modificaciones, entre las cuales destacamos las siguientes:

- El inciso añadido al artículo 10 por la Ley 21 de 1990, relacionado con el deber de declaración del estado del riesgo, como un deber de respuesta al cuestionario que debe ser sometido al tomador por el asegurador.
- La misma Ley 21 de 1990 modifica el artículo 2 de la LCS, estableciendo la pérdida de la imperatividad de las normas respecto del aseguramiento de los grandes riesgos.
- La Ley 30 de 1995 y posteriormente la Ley 34 de 2003 modifican el artículo 83 de la LCS, al conferir al tomador de un contrato de seguro de vida individual, con una vigencia superior a seis meses, la posibilidad unilateral de resolver el contrato sin justificación alguna, dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que el asegurador le haga entrega de la póliza.

En relación con la Ley 50 de 1980 el profesor Sánchez Calero sostiene: “En todo caso estimando sin duda que la promulgación de la LCS significó un progreso manifiesto frente al régimen del contrato de seguro contenido en los códigos civil y de comercio, es lo cierto que esta Ley en algunos extremos deberá ser objeto de una revisión, a la que habría que preceder el estudio y la meditación que a nuestro juicio, han faltado en las diversas modificaciones de las que ha sido objeto”³⁶.

El Gobierno español ha elaborado un anteproyecto de ley de contrato de seguro que probablemente pasará al cuerpo legislativo a finales del año 2014, para su discusión. A él nos referiremos más adelante.

35 Sánchez Calero, Fernando et ál. *Ley de contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*. (3ª ed.). Editorial Aranzadi, 2005, pp. 23 y ss.

36 Sánchez Calero, Fernando et al. *Ley de contrato de seguro...*, cit., p. 26.

3.5. Francia

El Derecho de seguros francés, por su parte, ha sufrido numerosas reformas. Sus principios fundamentales vigentes están contenidos en la Ley del 13 de julio de 1930. Estos principios fueron compilados en el Código de Seguros en el año 1976. Con respecto al contrato de seguro, las principales modificaciones fueron introducidas por la Ley de Seguros n° 89-1014 del 31 diciembre de 1989, una ley esencialmente protectora del consumidor. Otra importante reforma fue consagrada por la ley de seguridad financiera del 1° de agosto de 2003, relativa a la información precontractual en seguros de vida y a la organización de la profesión de asegurador. Algunas modificaciones fueron introducidas por la ley denominada *Châtel*, del 28 de enero de 2005, sobre la tácita reconducción del contrato de seguro; la ley del 6 de junio de 2005, relativa al suministro de contratos de seguro a distancia; la ley del 15 de diciembre de 2005 sobre la intermediación³⁷.

Mediante la ordenanza del 21 de enero de 2010, se creó la Autoridad de Control Prudencial (ACP), como resultado de la fusión de las siguientes entidades: la Comisión Bancaria de la Autoridad de Control de Seguros y de las mutualidades (ACAM), el Comité de Empresas de Seguros y el Comité de Establecimientos de Crédito y de las Empresas de Inversionistas (CECEI)³⁸.

La jurisprudencia de seguros, por su parte, ha sido recogida en las revistas *Revue Générale des Assurances Terrestres* (RGAT), hasta el año 1996, y con posterioridad a esa fecha en la *Revue Générale de Droit des Assurances* (RGDA) y la *Revue Responsabilité Civile et Assurances* (RCA).

Las fuentes comunitarias desempeñan un papel fundamental en las legislaciones europeas, resulta de particular interés la sentencia del 1° de marzo del 2011 dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con el factor género y su incidencia en la tarificación de los seguros.

El origen de este pronunciamiento fue la solicitud de anulación de la ley belga del 21 de diciembre de 2007 por parte de la Asociación Belga de Consumidores Test-Achats (ASBL) y otros actores, ante la Corte Constitucional, con el argumento de ser violatoria del principio de igualdad.

Mediante la citada ley se llevó a cabo la transposición de la Directiva 2004/113, cuyo artículo 5, titulado “Factores actuariales”, señala:

37 Mayaux, Luc. *Seguros terrestres* (1o généralités). Rép. Civ. Dalloz, 2007.

38 Jaramillo Salgado, Patricia. *La subrogación en seguros...*, cit.

1. Los Estados miembros velarán porque en todos los nuevos contratos que se celebren después del 21 de diciembre de 2007 a más tardar, el hecho de tener en cuenta el sexo como factor de cálculo de primas y prestaciones a efectos de seguros y servicios financieros afines no dé lugar a diferencias en las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente.
2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros podrán decidir, antes del 21 de diciembre de 2007, autorizar diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente en los casos en que la consideración del sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos. Los Estados miembros que se acojan a esta disposición informarán a la Comisión y velarán porque los datos exactos pertinentes en relación con la consideración del sexo como factor actuarial determinante se recopilen, se publiquen y se actualicen con regularidad. Dichos Estados miembros reexaminarán su decisión cinco años después del 21 de diciembre de 2007 atendiendo al informe de la Comisión a que se refiere el artículo 16, y transmitirán a la Comisión el resultado de este nuevo examen.
3. En cualquier caso, los costes relacionados con el embarazo y la maternidad no darán lugar a diferencias en las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente.

Se consagra el principio de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro. El tema planteado al Tribunal Europeo consistía en determinar la compatibilidad con los derechos fundamentales de la Unión, del hecho de considerar el sexo del asegurado como factor de riesgo en la configuración de los contratos privados de seguro.

De acuerdo con el fallo, se considera que existe discriminación directa “cuando una persona recibe, por razón de su sexo, un trato menos favorable que otra persona en una situación comparable. Así pues, por ejemplo, las diferencias entre hombres y mujeres en la prestación de cuidados sanitarios que se derivan de las diferencias físicas entre hombres y mujeres no corresponden a situaciones comparables, por lo que no constituyen discriminación”³⁹.

El fallo declaró inválido el artículo 5º, apartado 2 de la Directiva 2004/113, con efectos a partir del 21 de diciembre de 2012, con base en que las situaciones en que se encuentran hombres y mujeres para el establecimiento de las primas y las

39 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-236 del 10 de marzo de 2011.

prestaciones de seguros, en relación con la aplicación del principio de igualdad, son comparables⁴⁰.

3.6. Perú

La Ley 29946 de noviembre de 2012 entró en vigencia el 27 de mayo de 2013. Cerca de cumplir un año de vigencia, ha sido catalogada como una norma esencialmente proteccionista del asegurado. Respecto de la gestación de dicha normatividad, el doctor Mesa señala:

El Código de Comercio regula el contrato de seguro en el Perú desde hace 110 años, siguiendo el modelo del Código de Comercio español de 1885 y dejando a las partes la determinación del contenido esencial de sus contratos. Se trata de una norma que hace mucho tiempo dejó en evidencia, nítidamente, la urgente necesidad de promover la buena fe y la protección del asegurado mediante nuevas herramientas jurídicas.

La Ley N° 26702, dedicada sobre todo al ámbito público del Derecho peruano de seguros (actividad aseguradora), trajo en 1996 solo algunas reglas imperativas para este contrato, destacando aquella que busca celeridad y prontitud en la atención de los siniestros por parte del asegurador (artículo 332).

Para promover equilibrio jurídico en las relaciones jurídicas de seguro ha sido necesario recurrir contantemente a los principios esenciales de la buena fe y la común intención de las partes consagrados por el Código Civil de 1984. Para el mismo objetivo, la reciente aprobación del Código de Protección y Defensa del Consumidor, por ley N° 29571 del año 2010 ha sido también claramente insuficiente. En el Perú hemos tenido diversos proyectos de ley en los últimos 15 años. En general, al menos a nivel de discurso, ha existido cierto nivel de consenso sobre la necesidad de una ley para el contrato de seguro. Evidentemente, las grandes diferencias estuvieron en el contenido de la misma⁴¹.

40 Jaramillo Salgado, Patricia. *El factor género en la tarificación de los seguros*. Revista Fasescolda, no 142, 2011.

41 Mesa Carvajal, Luis Alberto. *La nueva ley del contrato de seguro del Perú*. Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, no 37, 2012. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, AIDA, CILA, Fides.

3.7. Comentarios

Con el objeto de ajustar los ordenamientos a las nuevas tendencias, existe una ola de reformas al contrato de seguro, que se evidencia con las recientes leyes chilena y peruana vigentes desde el año 2014, así como el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro español. Si bien en Colombia las normas generales del contrato de seguro datan del año 1971, no es menos cierto que los aspectos puntuales que mencionamos anteriormente han sido objeto de reformas específicos que han ido actualizándolas.

Un nuevo análisis sería deseable para mejorar ciertas figuras de las cuales haremos mención en las próximas líneas. El gran sueño es una Ley de Contrato de Seguro universal o por lo menos para la región, un Derecho armonizado que haría más sencillo el comercio, el intercambio en las fronteras. Así lo pone de presente la doctora María Sandra Ramírez en su estudio sobre el SOAT en Latinoamérica: “El crecimiento exponencial del intercambio comercial, el desarrollo de la actividad turística, la mayor vinculación carretera y los tratados de integración existentes, han producido un mayor tráfico en las fronteras y un acercamiento integrador entre los países. Esta es la razón que justifica la necesidad y la utilidad del estudio”⁴².

4. Intentos de armonización

A continuación citamos algunos intentos de armonización del contrato de seguro, el gran sueño unificador, el más reciente relacionado con los principios europeos, aspiración que esperamos se concrete algún día, seguramente primero a nivel regional:

- Juan Carlos Félix Morandi: “Posibles bases para la unificación del régimen legal del contrato de seguros”, en: *Memorias del Congreso Iberoamericano de Derecho de Seguros*, Bogotá, 1989
- Juan Carlos Félix Morandi: “Armonización del contrato de seguro”, *Revista Ibero Latinoamericana de Seguros*, 1994, n° 4: Ley especial, normas imperativas, semi imperativas y facultativas, definición de contrato de seguro, consensualidad, prueba, reticencia, la prima, la agravación del riesgo, etc.
- Abel Veiga Copo: *Los principios de Derecho europeo del contrato de seguro*, 2011; Reglas marco, instrumento alternativo y opcional.

42 *Derecho de seguros y reaseguros, Liber Amicorum en homenaje de profesor Arturo Díaz Bravo*, cit.

5. El perfeccionamiento y la prueba del contrato de seguro

5.1. Argentina

Ley de Seguros n° 17.418 del 30 de agosto de 1967, artículo 4°: “El contrato de seguro es consensual; los derechos y obligaciones recíprocos del asegurador y asegurado, empiezan desde que se ha celebrado la convención, aun antes de emitirse la póliza”.

En cuanto a la *prueba del contrato*, el artículo 11 señala: “El contrato de seguro solo puede probarse por escrito; sin embargo, todos los demás medios de prueba serán admitidos, si hay principio de prueba por escrito”.

En cuanto al perfeccionamiento y la prueba del contrato de seguro en Argentina, encontramos una situación muy similar a la que contempla nuestro ordenamiento: el contrato es consensual y se prueba por escrito. En nuestro país el contrato de seguro también es susceptible de prueba por confesión, en tanto que la normatividad argentina es más amplia en materia probatoria al establecer que en la medida en que haya principio de prueba por escrito, todos los demás medios de prueba serán admitidos.

Sobre la consensualidad del contrato de seguro en Argentina, el profesor Isaac Halperin anota: “No obstante, es usual que por convenio de las partes se posterguen sus efectos, hasta tanto se emita la póliza; se afirma que hasta entonces queda en calidad de mero proyecto, del que las partes pueden arrepentirse, es decir que se lo convierte en un contrato solemne. No creo que se transforme la naturaleza consensual del contrato, porque el asegurador está obligado a emitir la póliza conforme al artículo 11 su demora en cumplir esa obligación no lo liberará de la indemnización por el siniestro ocurrido en el plazo fijado para la garantía”⁴³.

Ratifica lo aquí expresado la jurisprudencia argentina, de primera instancia, en el proceso instaurado por la sociedad Acuerdo Compañía de Seguros contra Polímeros Argentinos S.A.: “1. Carácter consensual del contrato de seguro no obsta a la jerarquía de los medios probatorios que la ley requiere para tenerlo por acreditado: instrumento escrito o principio de prueba de tal rango como límite mínimo para la admisibilidad de otros. [...] 2. En atención a que el contrato de seguros es una operatoria basada en la buena fe y a que la actividad aseguradora está a cargo de empresarios de alta especialización en razón de su objeto, no puede permitirse a estos la configuración de situaciones ambiguas, imprecisas u oscuras,

43 Halperín, Isaac. *Seguros...*, cit.

debiendo estarse de mediar cierto margen de duda, a favor de la absolución de la accionada conforme al principio del favor debitoris (artículo 218, C. De Co.)”⁴⁴.

En segunda instancia, mediante sentencia de fecha 14 de noviembre de 1994, el juzgador señala: “[...] coincido con el primer sentenciante en la inidoneidad de las pólizas para acreditar, por sí misma, la celebración: basta señalar que dichos instrumentos emanan unilateralmente del asegurador; por lo que, en las concretas circunstancias del caso, tal conclusión viene impuesta por la orfandad probatoria de la demandante, que no ha logrado —como se verá— respaldar su pretensión de manera alguna”⁴⁵.

5.2. Chile

Ley 20667 de 2013, artículo 515: “Celebración y prueba del contrato de seguro. El contrato de seguro es consensual.

La existencia y estipulaciones del contrato se podrán acreditar por todos los medios de prueba que contemplen las leyes, siempre que exista un principio de prueba por escrito que emane de cualquier documento que conste en télex, fax, mensajes de correo electrónico y, en general, cualquier sistema de transmisión y registro digital o electrónico de la palabra escrita o verbal.

No se admitirá al asegurador prueba alguna en contra del tenor de la póliza que haya emitido luego de la perfección del contrato.

Cuando el seguro conste de un certificado de cobertura definitivo, se entenderá que forman parte de este los términos y condiciones de la respectiva póliza de seguro colectivo o flotante”.

En Chile, con la reciente Ley de Contrato de Seguro del año 2013 —manifiesta el doctor Sergio Arellano Iturriaga— “Hemos visto que se ha eliminado su condición de solemne, que era otra de las características que le reconocía la versión anterior del Código de Comercio.

Por consiguiente, el contrato de seguro es consensual, en cuanto el tomador o contratante manifiesta su consentimiento mediante la propuesta o la simple solicitud escrita o verbal, además de la suscripción de la póliza; en tanto que el asegu-

44 Sentencia de primera instancia proferida dentro del proceso de Acuerdo Cía. de Seguros contra Polímeros Argentinos S.A., fallo número 93.308, Buenos Aires, 4 de noviembre de 1993.

45 Sentencia de segunda instancia proferida dentro del proceso de Acuerdo Cía. de Seguros contra Polímeros Argentinos S.A., Buenos Aires, 14 de noviembre de 1994.

rador debe hacer entrega de la póliza o al menos de un certificado de cobertura, sea provisorio o definitivo”⁴⁶.

Con respecto al seguro marítimo, el citado autor expresa: “En lo que respecta al perfeccionamiento del contrato es aplicable el artículo 515 del Código de Comercio, por lo que, al igual que para los restantes ramos, el seguro se entiende consensual, pudiendo acreditarse por todos los medios de prueba que contemplen las leyes, siempre que exista un principio de prueba por escrito, incluido cualquier sistema de transmisión y registro digital o electrónico”⁴⁷.

Cabe señalar que el artículo 514 del Código de Comercio chileno anterior a la reforma señalaba: “El seguro se perfecciona y prueba por escritura pública privada u oficial, que es la autorizada por un corredor, o por un cónsul chileno en su caso. El acuerdo verbal es considerado promesa, en tanto se haya convenido el objeto a asegurar, el riesgo y la prima”.

El giro que dio la legislación chilena del año 2013 fue muy grande, pues pasó de un contrato que se perfeccionaba y además se probaba mediante escritura pública, privada u oficial a un seguro consensual que puede ser probado por todos los medios admisibles, siempre y cuando exista un principio de prueba por escrito, a semejanza de la legislación argentina.

5.3. Colombia

Código de Comercio (modificado por la Ley 389 de 1997), artículo 1036: “El seguro es un contrato, consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva”.

Artículo 1046: prueba del contrato y entrega de la póliza, modificado por la Ley 389 de 1997: “El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión. Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denomina póliza, el que deberá redactarse en castellano y firmarse por el asegurador.

La Superintendencia Financiera señalará los ramos y la clase de contratos que se redacten en idioma extranjero.

46 Arellano Iturriaga, Sergio. *La ley del seguro*. Legal Publishing, Thomson Reuters, 2013, p. 15.

47 *Ibid.*

Parágrafo. El asegurador está también obligado a librar a petición y a costa del tomador, del asegurado o del beneficiario duplicados o copias de la póliza”.

A partir de la Ley 389 de 1997, el contrato de seguro en Colombia es de carácter consensual, entendiendo como tal aquél que para su perfeccionamiento solo requiere el acuerdo de las voluntades de las partes contratantes sobre sus elementos esenciales: el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o precio y la obligación condicional del asegurador. La actual legislación permite que el contrato se pruebe por escrito o por confesión. Antes de la Ley 389 se entendía como existente el contrato de seguro en el momento en que se expedía la póliza, actualmente, el simple acuerdo entre las partes, así sea de manera verbal, le da existencia al contrato, aunque se debe probar por escrito, dentro de lo cual cabría la póliza al igual que cualquier otro documento.

Los alcances de la reforma citada ponen en evidencia que ya no será la póliza el medio único e idóneo para demostrar la existencia del contrato de seguro, sino que es posible, como acontece con todo contrato consensual, probarlo por medios diferentes al de la suscripción de la póliza, aun cuando sin consagrar total libertad probatoria, pues el legislador de 1997 fue muy conservador en los medios de prueba admisibles para demostrar el contrato de seguro.

El legislador de aquel año no consagró una total libertad probatoria. Tal como lo señala el doctor Hernán Fabio López, “En efecto, los debates en el congreso pusieron de presente el temor a dejar prueba libre del contrato, como inicialmente se propuso, de ahí que dentro de las modificaciones introducidas en el Senado al darse el segundo debate se advierte: ‘se consideró conveniente el establecimiento de un sistema especial de prueba del contrato de seguro, siguiendo las legislaciones de México (artículo 19 de 1935), Argentina (artículo 11 de la ley de 1968) y Bolivia (artículo 1006 del Código de Comercio de 1977. El contrato de seguro podrá probarse por escrito o por confesión de conformidad con el artículo 3° del proyecto. No se considera prudente prever una total libertad probatoria, ya que no habría seguridad jurídica en el país si se pudiese probar un contrato de seguro por testimonio o por simples indicios”⁴⁸.

Ante todo, el medio por excelencia idóneo para establecer el contrato y sus condiciones dentro del campo de la prueba documental escrita es la póliza. La prueba por escrito sigue reinando, probablemente por la complejidad del contrato de seguro que, aun en los ramos que más se ha simplificado, como los seguros de vida

48 López Blanco, Hernán Fabio. *Comentarios al contrato de seguro* (3ª ed.). Bogotá: Dupre Editores, 1999, p. 36.

vendidos en forma masiva, requiere un texto y un conocimiento mínimo del riesgo que obstaculizan la simplificación de este contrato.

En cuanto a la prueba de confesión, esta constituye el otro medio idóneo para acreditar la celebración y las condiciones del contrato de seguro en Colombia. Debe llevar la certeza acerca de la existencia de los elementos esenciales de todo contrato de seguro. Adicionalmente, solo el representante legal de la aseguradora puede “confesar” válidamente la existencia del contrato de seguro.

5.4. España

Ley 50/1980, artículo 5º: “El contrato de seguro y sus modificaciones o adiciones deberán ser formalizadas por escrito. El asegurador está obligado a entregar al tomador del seguro la póliza o, al menos, el documento de cobertura provisional. En las modalidades de seguro en que por disposiciones especiales no se exija la emisión de la póliza el asegurador estará obligado a entregar el documento que en ellas se establezca”.

En cuanto a la legislación española, de la simple lectura de la norma, como lo manifestamos en anteriores ediciones, se podría concluir que el contrato de seguro es solemne, tal como lo era en nuestro ordenamiento jurídico antes de la Ley 389 de 1997. Sin embargo, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia consideran que este contrato es consensual.

A este respecto, el profesor Sánchez Calero señala: “El contrato de seguro es consensual, si bien el artículo 5º a efectos probatorios y también para que el tomador del seguro pueda conocer su normativa, impone al asegurador la obligación de entregar al tomador del seguro determinados documentos (v.com de dicho artículo). Esta obligación del asegurador impuesta por el artículo 5, de entregar la póliza o, al menos el documento de cobertura provisional nos descubre la consensualidad del contrato, nota que ha sido reconocida por la doctrina jurisprudencial”⁴⁹.

5.5. Francia

Artículo L 112-2: “El asegurador debe suministrar obligatoriamente una ficha de información sobre el precio y las coberturas antes de la celebración del contrato.

49 Sánchez Calero, Fernando et al. *Ley de contrato de seguro...*, cit., p. 48.

Antes de la celebración del contrato, el asegurador envía al asegurado un ejemplar del proyecto de contrato y de sus anexos o una noticia de información sobre el contrato, que describe de manera precisa las coberturas, las exclusiones, y las obligaciones del asegurado [...].

La oferta de seguro no compromete al asegurado ni al asegurador; únicamente la póliza o la nota de cobertura es prueba de su compromiso recíproco”.

En Francia, el contrato de seguro debe constar por escrito y, tal como lo indicamos en anteriores ediciones, de la lectura de la norma se deduciría que es solemne. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia francesas concluyen que se trata de un contrato consensual. Pese a la diversidad de documentos que el asegurador debe expedir, el contrato puede existir aun en ausencia de todo escrito. En efecto, la doctrina francesa señala:

Este contrato, derivado del principio de la consensualidad, el consentimiento es válidamente expresado sin forma, por una actitud cualquiera. La manifestación del consentimiento puede ser expresa o tácita. Si el artículo L.112-3 del código de seguros dispone que el contrato de seguro es redactado por escrito, este no se exige para la validez del contrato, sino solamente con un objetivo probatorio⁵⁰.

5.6. Perú

Artículo 4°. Naturaleza consensual: “El contrato de seguro queda celebrado por el consentimiento de las partes aunque no se haya emitido la póliza ni efectuado el pago de la prima. No afecta el carácter consensual del contrato posponer el inicio de la cobertura del seguro”.

Artículo 25, Prueba del contrato: “En principio, el contrato de seguro se prueba por escrito; sin embargo, todos los demás medios de prueba son admitidos”.

El antiguo artículo 377 del Código de Comercio peruano del año 1902 señalaba: “El contrato de seguro de consignará por escrito, en póliza o en otro documento público o privado suscrito por los contratantes”. En la práctica, se entendía que se trataba de un contrato consensual, pero el transcrito artículo 4° dejó claro el tema. En el Perú el contrato de seguro es actualmente consensual y se prueba por cual-

50 Kullmann Jérôme et al. (Lamy Assurances). *Contrat d'assurance, Assurances de dommages, Assurances de personnes*, Intermédiaires d'assurances, 2013.

quier medio, según nuestra interpretación de la norma; sin embargo, prevalece la prueba por escrito.

5.7. Comentarios

La tendencia mundial en cuanto al perfeccionamiento del contrato de seguro es la consensualidad.

La legislación argentina en materia de contrato de seguro data de 1967, la normatividad española es de 1980, la legislación colombiana proviene de 1971, fecha del Código de Comercio en el cual está incorporada, pero ha estado sujeta a importantes modificaciones legislativas, como la Ley 389 de 1997, fecha desde la cual el contrato de seguro pasó de ser solemne a consensual. Por su parte, la legislación francesa, recopilada en el Código de Seguros francés, ha sido objeto de diversas reformas desde el año 1976. Esta normatividad se encuentra integrada en el Código de Seguros, a diferencia de las otras legislaciones estudiadas. Las dos legislaciones más recientes, peruana y chilena, coinciden en la consensualidad del contrato de seguro.

Ninguna de las anteriores legislaciones de seguros consagra una total libertad probatoria, salvo la peruana, al señalar que todos los medios de prueba son admisibles. La tendencia general es admitir un principio de prueba por escrito. Nuestra legislación es la única que hace referencia expresa a la confesión.

6. La declaración del estado del riesgo

6.1. Argentina

6.1.1. Reticencia: concepto

Artículo 5º: “Toda declaración falsa o toda reticencia de circunstancias conocidas por el asegurado, aun hechas de buena fe, que a juicio de peritos hubiese impedido el contrato o modificado sus condiciones si el asegurador hubiese sido cerciorado del verdadero estado del riesgo, hace nulo el contrato”.

6.1.2. Plazo para impugnar

El asegurador debe impugnar el contrato dentro de los tres meses de haber conocido la reticencia o falsedad.

6.1.3. Falta de dolo

Artículo 6º: “Cuando la reticencia no dolosa es alegada en el plazo del artículo 59, el asegurador, a su exclusivo juicio, puede anular el contrato restituyendo la prima percibida con deducción de los gastos, o reajustarla con la conformidad del asegurado al verdadero estado del riesgo. En los seguros de vida el reajuste puede ser impuesto al asegurador cuando la nulidad fuere perjudicial para el asegurado, si el contrato fuere reajutable a juicio de peritos y se hubiera celebrado de acuerdo a la práctica comercial del asegurador.

Si el contrato incluye varias personas o intereses, se aplica el artículo 45”.

6.1.4. Reajuste del seguro de vida después del siniestro

Artículo 7º: “En los seguros de vida cuando el asegurado fuese de buena fe y la reticencia se alegase en el plazo del artículo 59, después de ocurrido el siniestro, la prestación debida se debe reducir si el contrato fuese reajutable conforme al artículo 6”.

6.1.5. Dolo o mala fe

Artículo 8º: “Si la reticencia fuese dolosa o de mala fe, el asegurador tiene derecho a las primas de los períodos transcurridos y del período en cuyo transcurso invoque la reticencia o falsa declaración”.

6.1.6. Siniestro en el plazo para impugnar

Artículo 9º: “En todos los casos, si el siniestro ocurre durante el plazo para impugnar, el asegurador no adeuda prestación alguna, salvo el valor de rescate que corresponda en los seguros de vida”.

6.1.7. Celebración por presentación

Artículo 10: “Cuando el contrato se celebre con un representante del asegurado, para juzgar la reticencia se tomarán en cuenta el conocimiento y la conducta del representado y del representante, salvo cuando este actúe en la celebración del contrato simultáneamente en representación del asegurado y del asegurador”.

6.1.8. Reticencia o conocimiento del asegurado

Artículo 26: “Para la aplicación del artículo 10, no se podrá alegar que el contrato se celebró sin conocimiento del asegurado, si al tiempo de concertarlo no se hizo saber al asegurador que se actuaba por cuenta de tercero”.

6.1.9. Incontestabilidad

Artículo 130: “Transcurridos tres años desde la celebración del contrato, el asegurador no puede invocar la reticencia, excepto cuando fuere dolosa”.

6.1.10. Denuncia inexacta de la edad

Artículo 131: “La denuncia inexacta de la edad solo autoriza la rescisión por el asegurador, cuando la verdadera edad exceda los límites establecidos en su práctica comercial para asumir el riesgo”.

6.1.11. Edad mayor

Cuando la edad real sea mayor, el capital asegurado se reducirá conforme con aquélla y la prima pagada.

6.1.12. Edad menor

“Cuando la edad real sea menor que la denunciada el asegurador debe restituir la reserva matemática constituida con el excedente de prima pagada y reajustar las primas futuras”.

En el ámbito del Derecho argentino, la declaración falsa o la reticencia tienen como consecuencia la nulidad del contrato de seguro, aun si hay buena fe del tomador, es una solución igual a la de nuestro Derecho.

En relación con la nulidad, el doctor Felipe Aguirre señala: “El artículo 5º, Ley 17.418, dispone en su primera parte la nulidad del contrato de seguro por falsas declaraciones o reticencia de circunstancias conocidas por el asegurado, aun hechas de buena fe. Reproduce así el artículo 498, CCom, pero incorpora como nuevo requisito para la nulidad (en rigor anulabilidad) que El asegurador debe impugnar el contrato dentro de los tres meses de haber conocido la reticencia o la falsedad.

[...] Las leyes de seguros del siglo XX agregan el deber de impugnar en un plazo perentorio, como carga activa para el asegurador que pretenda mantener su acción tendiente a la nulidad, resolución o reajuste”⁵¹.

51 Aguirre, Felipe. *Cuestiones teórico-prácticas de derecho de seguros*. Argentina: Lexis Nexis, 2006, pp. 39 y 48.

Un aspecto interesante de la legislación argentina es la intervención de peritos, quienes deben establecer si la reticencia o la declaración falsa son relevantes, al punto de haber impedido la celebración del contrato o haber generado la modificación de sus condiciones.

Así, se establece un plazo de tres meses al asegurador para impugnar el contrato de seguro.

En el caso de reticencia no dolosa, en dicha legislación el asegurador puede optar por anular el contrato, restituyendo la prima o reajustarla al verdadero estado del riesgo, si dicho reajuste es posible. En nuestro ordenamiento, esta segunda solución es planteada solo en el caso del error inculpable.

La reticencia dolosa da derecho al asegurador a quedarse con la prima.

Una gran diferencia con nuestra normatividad es la consagración de la incontestabilidad transcurridos tres años desde la celebración del contrato.

En relación con el tema de la declaración del estado del riesgo, nos permitimos citar la sentencia dictada en Buenos Aires el 24 de febrero de 1992 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, dentro del proceso instaurado por Estela Alarcón viuda de Castellanos contra una compañía de seguros, referente a la norma sobre incontestabilidad: “Transcurridos tres años desde la celebración del contrato, el asegurador no puede invocar la reticencia, excepto cuando fuere dolosa”. La jurisprudencia en mención señala: “[...] es evidente que ha querido tomar ese término con un sentido amplio y general (lato sensu), comprensivo también de las declaraciones falsas o erróneas o inexactas; o sea, ha querido limitar todos los efectos del artículo 5° de la Ley 17.418 respecto de toda declaración falsa, errónea o reticente ‘no dolosa’, después de transcurrido el plazo de ‘contestabilidad’ o de ‘impugnabilidad’”.

En cuanto a la edad, si excede los límites establecidos, se produce la rescisión del contrato de seguro. Si la edad es mayor que la declarada, la consecuencia es la reducción de la prestación asegurada y, en caso de ser menor, la restitución de excedentes y el reajuste de la prima a la verdadera edad.

En lo que respecta a la relación de causalidad entre el hecho sobre el cual versa la declaración inexacta o reticente y la causa de la muerte, el citado fallo señala:

La exigencia de que exista una vinculación causal entre la circunstancia declarada con falsedad y reticencia y la que dio origen al siniestro ha sido materia de desigual tratamiento en la doctrina:

- a. De una parte ella sostiene que no importa que falte todo nexo de causalidad entre la declaración reticente y la causa de la muerte del asegurado. Ello así, porque el magistrado que juzga la validez del consentimiento dado por la aseguradora debe remontarse al momento en que se estipula el contrato y se ignora cuál habría de ser su suerte.
- b. Otro sector de la doctrina se orienta en el sentido de que no puede el asegurador invocar la reticencia —salvo dolo— si ella no influyó en el siniestro ni en la medida de la prestación, solución acogida en algunos fallos.

Finalmente, destacamos el siguiente aparte de la sentencia en mención:

Por último, con respecto a la afirmación del *a quo* sobre la necesidad de que la reticencia ha debido oponerse por el asegurador como una acción autónoma de nulidad, corresponde aclarar que en la especie ella ha sido opuesta como defensa en el juicio seguido por los beneficiarios del asegurado después de producido el siniestro. Esta situación debe distinguirse de aquella en que el asegurador debe promover una causa judicial para hacer valer la reticencia en el término previsto en el artículo 5° párrafo segundo de la Ley 17.418 para impugnar el contrato antes de que se cumplan los tres meses de haber conocido la reticencia o falsedad⁵².

Con la figura de la incontestabilidad, la legislación argentina otorga efectos muy ventajosos para el asegurado.

En Argentina existen dos corrientes sobre el nexo de causalidad que debe existir entre la reticencia o inexactitud y la causa del hecho. En Colombia hay claridad, porque no se exige dicho nexo de causalidad, tal como se verá más adelante al desarrollar los aspectos relativos al ordenamiento colombiano.

6.2. Chile

Artículo 524 Art. 524. Obligaciones del asegurado: “El asegurado estará obligado a:

1° Declarar sinceramente todas las circunstancias que solicite el asegurador para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión de los riesgos [...]”.

Artículo 525 Art. 525. Declaración sobre el estado del riesgo: “Para prestar la declaración a que se refiere el número 1 del artículo anterior, será suficiente que el

52 Jurisprudencia Argentina, sentencia dictada en Buenos Aires el 24 de febrero de 1992 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, dentro del proceso de Estela Alarcón viuda de Castellanos contra una compañía de seguros.

contratante informe al tenor de lo que solicite el asegurador, sobre los hechos o circunstancias que conozca y sirvan para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión del riesgo.

Convenido el contrato de seguro sin que el asegurador solicite la declaración sobre el estado del riesgo, este no podrá alegar los errores, reticencias o inexactitudes del contratante, como tampoco aquellos hechos o circunstancias que no estén comprendidos en tal solicitud.

Si el siniestro no se ha producido, y el contratante hubiere incurrido inexcusablemente en errores, reticencias o inexactitudes determinantes del riesgo asegurado en la información que solicite el asegurador de acuerdo con el número 1° del artículo anterior, el asegurador podrá rescindir el contrato. Si los errores, reticencias o inexactitudes sobre el contratante no revisten alguna de dichas características, el asegurador podrá proponer una modificación a los términos del contrato, para adecuar la prima o las condiciones de la cobertura a las circunstancias no informadas. Si el asegurado rechaza la proposición del asegurador o no le da contestación dentro del plazo de diez días contado desde la fecha de envío de la misma, este último podrá rescindir el contrato. En este último caso, la rescisión se producirá a la expiración del plazo de treinta días contado desde la fecha de envío de la respectiva comunicación.

Si el siniestro se ha producido, el asegurador quedará exonerado de su obligación de pagar la indemnización si proviene de un riesgo que hubiese dado lugar a la rescisión del contrato de acuerdo con el inciso anterior y, en caso contrario, tendrá derecho a rebajar la indemnización en proporción a la diferencia entre la prima pactada y la que se hubiese convenido en el caso de conocer el verdadero estado del riesgo.

Estas sanciones no se aplicarán si el asegurador, antes de celebrar el contrato, ha conocido los errores, reticencias o inexactitudes de la declaración o hubiere debido conocerlos; o si después de su celebración, se allana a que se subsanen o los acepta expresa o tácitamente”.

Art. 592 Art. 592. “Indisputabilidad. Transcurridos dos años desde la iniciación del seguro, el asegurador no podrá invocar la reticencia o inexactitud de las declaraciones que influyan en la estimación del riesgo, excepto cuando hubieren sido dolosas”.

La legislación chilena deja clara la necesidad de que el asegurador solicite la declaración sobre el estado del riesgo, sin lo cual no podrá hablar de inexactitudes o reticencias.

Con respecto a la indisputabilidad en la ley chilena de 2013, el doctor Ricardo Peralta señala: “Lo que históricamente ha sido cláusula habitual en las pólizas de seguro de vida, se consagró ahora en la ley y consiste esta materia en una caducidad de los derechos del asegurador, impidiéndole a este reclamar reticencia del asegurado que ha actuado sin mala fe, transcurrido un lapso de 2 años, conforme lo dispuesto en el Art. 592, que el legislador hace extensible a todo el seguro de personas, no obstante en la práctica las pólizas cuya vigencia exceda de un año son habituales en el seguro de vida y en el de renta vitalicia. En este último la verdad incompleta del asegurado solo podría beneficiar al asegurador, por consiguiente, es la indisputabilidad un tema circunscrito al seguro de vida únicamente”⁵³.

La reciente legislación chilena consagra entonces la figura de la indisputabilidad.

6.3. Colombia

Código de Comercio, artículo 1058: “El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro.

Si la declaración no se hace con sujeción a un cuestionario determinado, la reticencia o la inexactitud producen igual efecto si el tomador ha encubierto por culpa, hechos o circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo.

Si la inexactitud o la reticencia provienen de error inculpable del tomador, el contrato no será nulo, pero el asegurador solo estará obligado, en caso de siniestro, a pagar un porcentaje de la prestación asegurada equivalente al que la tarifa o la prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado del riesgo, excepto lo previsto en el artículo 1160.

Las sanciones consagradas en este artículo no se aplican si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración, o si, ya celebrado el contrato, se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente”.

53 Derecho de seguros y reaseguros, Liber Amicorum en homenaje de profesor Arturo Díaz Bravo, cit.

Artículo 1158: “Aunque el asegurador prescinda del examen médico, el asegurado no podrá considerarse exento de las obligaciones a que se refiere el artículo 1058, ni de las sanciones a que su infracción dé lugar”.

El Código de Comercio de Colombia señala que en la etapa previa al perfeccionamiento del contrato, el tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, bien sea de manera espontánea o ajustándose a un cuestionario preparado por el asegurador. El asegurador no asume los riesgos sin antes conocer su extensión y grado de peligrosidad.

En la sentencia del 2 de agosto de 2001 de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, expediente 6146, el doctor Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo señala: “Recapitulando, en apretada síntesis, conclúyase que le corresponde al intérprete del seguro, en particular al juzgador del contrato, evaluar cuidadosa y racionalmente la conducta asumida por los extremos de la relación negocial a lo largo del *iter* contractual, con el propósito de establecer, en primer lugar, si en efecto el tomador quebrantó la carga de declarar fidedignamente los hechos o circunstancias determinantes del estado del riesgo. Y en segundo término, solo en caso de que sea conducente, si no obstante existir un vicio en la declaración de asegurabilidad, el asegurador conoció o debió conocer —por su calificado oficio— los hechos que le sirvieron de apoyatura, todo sin perjuicio del tópico de la carga de la prueba (*onus probandi*), hipótesis estas que para su comprobación reclaman: buen juicio y *sindéresis*, muy especialmente en relación con la última de las mencionadas, dado el conocido grado de subjetivismo que la escolta (‘... debió conocer’), el que aconseja prudencia, en orden a no restarle, sin fundamento atendible y razonable, fuerza jurídica a las —relevantes— reticencias e inexactitudes que, sin ambages, erosionen el axioma de la buena fe y que contaminan, de paso, el proceso volitivo en cabeza de la entidad aseguradora, materia de esmerada atención universal por parte de los ordenamientos vigilantes de la preservación del equilibrio contractual”⁵⁴.

La declaración del tomador puede ser dirigida o espontánea. La primera, se hace a través de un cuestionario preimpreso, técnicamente preparado por el asegurador, más exigente porque comprende datos referentes al riesgo físico y moral. Si es espontánea, usualmente se refiere a hechos que tienen que ver con el riesgo físico, los cuales declara el tomador con base en su buen criterio y debe tener siempre presente que no puede encubrir maliciosamente cualquier circunstancia relevante.

54 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, expediente 6146, sentencia del 2 de agosto de 2001, magistrado ponente Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Mediante sentencia de fecha 12 de septiembre de 2002, con ponencia del doctor Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, afirma: “Ahora, es incuestionable que la ley no ha consagrado una pormenorizada relación de los hechos que determinan el estado del riesgo en el contrato de seguro (*numerus clausus*), sin que tampoco pueda pasarse por alto que las circunstancias que ofrezcan incidencia en un evento concreto, *in casu*, pueden carecer de ella en otro distinto. Por tal razón, compete al juez, en cada caso específico, dado que se trata de una *quaestio facti*, auscultar y validar, desde la óptica del singular contrato de seguro sub iudice, cuáles acontecimientos fácticos pudieran interesar o incidir en el asentimiento del asegurador y cuáles no (juicio de relevancia o de trascendencia), ello con arreglo a las directrices previstas en el citado artículo 1058 del Código de Comercio y, claro está, en consonancia con los usos y con la praxis aseguraticia.

Es por ello que un sector de la doctrina internacional ha considerado que son circunstancias relevantes, *per se*, aquellas que se incluyen por el asegurador en el cuestionario que pone a consideración del futuro tomador, destacándose, por vía de ejemplo, lo atinente al interés asegurable; a la individualización de la cosa asegurada y a su valor o significado patrimonial; a la presencia de seguros anteriores; a la existencia o no de un revés de fortuna precedente; a la siniestralidad previa; a los antecedentes patológicos y genéticos de la persona del asegurado; a su ocupación; su domicilio, etc. Incluso, ‘[...] una condición subjetiva esencial que determina la asegurabilidad del individuo, puede ser su solvencia económica’, según se resaltará ulteriormente, a espacio”⁵⁵.

Por lo antes expresado, es recomendable una declaración dirigida por medio del cuestionario, debido a que el tomador no tiene por qué conocer todos los factores que determinan la peligrosidad del riesgo para el asegurador, pues no es el experto en el tema.

En sentencia del 11 de abril de 2002, el magistrado ponente Jorge Santos Ballesteros, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil de Bogotá, señala: “En otras palabras, el artículo 1058 del Código de Comercio sienta a cargo del tomador la obligación, o carga precontractual como algunos lo precisan, de declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo. Esta información es tan necesaria para el asegurador como que de ella depende si asume o no y en qué condiciones el riesgo que se le propone. Y esa información suele ser obtenida del futuro tomador, por diversas vías que no son excluyentes:

55 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de septiembre de 2002, magistrado ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

bien por cuestionario que el asegurador le propone al futuro tomador, ya por informaciones espontáneas que este le brinda a aquél o ya por indagaciones que el asegurador hace tanto para corroborar los datos conocidos, como para auscultar mejor aquellos que por ese deber de diligencia profesional que le es exigible, son de particular interés desentrañar a efectos de mensurar con mayor exactitud el riesgo que ha de asumir, según cada caso concreto”⁵⁶.

La declaración inexacta presupone una conducta activa del tomador e implica una diferencia entre la declaración y la realidad del hecho. La reticencia u omisión es el encubrimiento de un hecho que por su importancia se debe declarar espontáneamente. Se incurre en este tipo de declaración cuando el riesgo es omitido, declarado en forma incompleta o de manera confusa.

Según el origen y la relevancia de las declaraciones, la sanción puede ser la nulidad relativa, la retención de la prima o la reducción proporcional de la prestación asegurada, en caso de siniestro.

La legislación colombiana establece como sanciones a la declaración inexacta o reticente:

La nulidad relativa: la inexactitud o la reticencia, en la medida en que sean relevantes, producen la nulidad relativa del seguro, con el fin de proteger los intereses de la entidad aseguradora y los de la comunidad asegurada en un contrato que tiene como soporte la buena fe.

La nulidad relativa solo es procedente si los hechos encubiertos por acción u omisión del tomador son de tal naturaleza que, en caso de haberlos conocido, el asegurador no hubiera otorgado su consentimiento para celebrar el contrato, o que lo hubiera otorgado en otras condiciones, como una tasa más elevada, con una cuota a cargo del asegurado, con una cláusula de garantía, etc.

Esto indica que los hechos o circunstancias irrelevantes para la contratación del seguro no deben invocarse como fundamento de la nulidad del seguro.

La nulidad relativa se aplica tanto para los contratos que se forman con base en una declaración dirigida como para aquellos que son fruto de una declaración espontánea. Una vez se recurre a ella, el contrato desaparece desde la fecha misma

56 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 11 de abril de 2002, magistrado ponente Jorge Santos Ballesteros.

de su celebración como fuente de derechos y obligaciones. Las cosas vuelven a su estado original.

La nulidad relativa debe ser alegada, no puede ser declarada de oficio por el juez, tal como lo establece el artículo 282 del Código General del Proceso: “En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda”.

No se requiere un nexo de causalidad entre el hecho respecto del cual se predica la reticencia o inexactitud y el “sinistro”. Así lo pone de presente la sentencia de constitucionalidad del 15 de mayo de 1997, magistrado ponente Jorge Arango Mejía:

En efecto, cuando, a pesar de la infidelidad del tomador a su deber de declarar sinceramente todas las circunstancias relevantes que constituyen el estado del riesgo, de buena fe se le ha expedido una póliza de seguro, la obligación asegurativa está fundada en el error y, por tanto, es justo que, tarde o temprano, por intermedio de la rescisión, anulabilidad o nulidad relativa, salga del ámbito jurídico.

Esto, con prescindencia de extemporáneas consideraciones sobre la necesidad de que la reticencia o inexactitud tenga relación de causalidad con el siniestro que haya podido sobrevenir, justamente porque lo que se pretende es restablecer o tutelar un equilibrio contractual roto *ab initio*, en el momento de celebrar el contrato de seguro, y no al acaecer el siniestro. La relación causal que importa y que, para estos efectos, debe existir, no es, como sostienen los demandantes, la que enlaza la circunstancia riesgosa omitida o alterada con la génesis del siniestro, sino la que ata el error o el dolo con el consentimiento del asegurador. En este sentido, el profesor Ossa escribió: “Debe, por tanto, existir una relación causal entre el vicio de la declaración (llámese inexactitud o reticencia) y el consentimiento del asegurador, cuyo error al celebrar el contrato o al celebrarlo en determinadas condiciones solo ha podido explicarse por la deformación del estado del riesgo imputable a la infidelidad del tomador. Ello no significa, en ningún caso, como algunos lo han pretendido, que la sanción solo sea viable jurídicamente en la medida en que el hecho o circunstancia falseados, omitidos o encubiertos se identifiquen como causas determinantes del siniestro. Que, ocurrido o no, proveniente de una u otra causa, de una magnitud u otra, es irrelevante desde el punto de vista de la for-

mación del contrato” (J. Efrén Ossa G., ob. cit. Teoría General del Seguro - El Contrato, pág. 336)⁵⁷.

Y es que el objetivo del legislador fue sancionar con la nulidad relativa, la violación al deber de buena fe por parte del tomador o asegurado, con independencia de su nexos con el hecho generador de la solicitud de indemnización.

Amerita igualmente hacer mención de la sentencia del 3 de mayo de 2000, expediente 5360, magistrado ponente Nicolás Bechara Simancas, la cual determina que la prescripción aplicable al asegurador que pretende hacer valer la nulidad relativa derivada de la declaración inexacta o reticente es la ordinaria de dos años desde que conoció o debió conocer estas conductas y la extraordinaria de cinco años, que se cuentan desde el perfeccionamiento del contrato de seguro:

El término dispuesto para la prescripción ordinaria corre, pues, en relación con la acción de nulidad relativa (C. de Co., artículo 1058) del contrato de seguro, a partir del conocimiento real o presunto que tenga el titular acerca de los vicios que lo afectan, al paso que el de la extraordinaria (5 años) corre desde el momento que nace el derecho a demandar esa nulidad. No hay duda, entonces, de que cuando el motivo de esa acción son las reticencias o inexactitudes respecto de las manifestaciones del tomador, el interesado en promoverla debe hacerlo dentro de los dos años siguientes a la fecha en que conoció o debió conocer esas conductas, sin que en ningún caso pueda promoverla pasados cinco años desde cuando se produjo el perfeccionamiento del contrato, que dio nacimiento al derecho a demandar la rescisión, según se reseñó. Lo propio debe decirse en torno a la excepción de nulidad emergente de las citadas circunstancias, toda vez que esta es disciplinada, igualmente, por el artículo 1081 del Código de Comercio, así la norma se refiera, lato sensu, a las acciones, vocablo dentro del cual, en línea de principio, deben quedar cobijadas este tipo de excepciones, pues conforme quedó expuesto en los antecedentes legislativos de la citada disposición transcritos al inicio de estas consideraciones, al vencerse el término de los cinco (5) años el asegurador “[...] ya no podrá alegar la nulidad del contrato por vicios en la declaración de asegurabilidad” ni por vía de acción ni de excepción, se agrega⁵⁸.

57 Corte Constitucional, expediente D-1485, magistrado ponente Jorge Arango Mejía, 15 de mayo de 1997.

58 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente 5360, magistrado ponente Nicolás Bechara Simancas.

La retención de la prima: es una sanción complementaria. Una vez anulado el contrato, el asegurador tiene derecho a retener la totalidad de la prima a título de pena.

La reducción de la prestación asegurada: si la inexactitud o reticencia provienen de error inculpable del tomador, el contrato no es nulo y por lo tanto la sanción es otra: la reducción de la prestación asegurada. En caso de siniestro, el asegurador solo está obligado a pagar un porcentaje de la prestación asegurada, equivalente al que la tarifa o prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa adecuada al verdadero estado del riesgo. La reducción de la prestación asegurada tiene naturaleza sancionatoria y se aplica también en los casos de inexactitud o reticencia del tomador en su declaración dirigida o espontánea.

El contrato conserva su validez, solo que con una prestación disminuida, en virtud de la insuficiencia de la prima causada a favor del asegurado.

Inexactitud en la edad del asegurado: la inexactitud en la edad del asegurado en ningún caso da origen a la nulidad del contrato, a menos que la edad real esté fuera de los límites autorizados por la tarifa del asegurador. Si la edad es mayor, el seguro se reduce en la proporción necesaria para que su valor guarde relación matemática con la prima anual percibida por el asegurador. Si es menor, aumenta en la misma proporción.

La irreductibilidad del seguro-incontestabilidad: transcurridos dos años en vida del asegurado desde la fecha del perfeccionamiento del contrato, el valor del seguro de vida no puede ser reducido por causa de error inculpable en la declaración de asegurabilidad. Esta figura ha sido denominada por nuestra legislación “incontestabilidad”. Vale la pena hacer notar que esta figura no aplica a reticencias o inexactitudes dolosas, pues la norma se refiere al error inculpable.

Improcedencia de las sanciones en la legislación colombiana: las sanciones están concebidas para proteger el consentimiento del asegurador contra el error. Ese error puede tener su origen en el desconocimiento por parte suya de hechos o circunstancias que provistos de influencia negativa sobre el estado del riesgo, han sido activa o pasivamente encubiertos por el tomador. Las sanciones consagradas en la ley no se aplican si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha conocido los errores en los hechos o circunstancias de la declaración, o si ya celebrado el contrato los acepta, sea expresa, o bien tácitamente:

Consecuente con el alcance tuitivo ínsito en el seguro, al igual que identificado con el respeto al aquilatado principio de la buena fe, de acentuada proyección en este contrato, como es sabido (*ubérrima bona fides*), el legislador colom-

biano previó en el último inciso del artículo 1058 del Código de Comercio, dos concretas hipótesis —a las que se aúna la prescripción, conforme se analizó— en las cuales las sanciones derivadas de la pretermisión del deber —o carga— de declarar el “verdadero estado del riesgo” (nulidad relativa y pérdida de la totalidad de la prima, reflejada en el derecho de retenerla por parte de la entidad aseguradora) no prosperarían:

- a. Cuando el asegurador, por alguna razón, con antelación al perfeccionamiento del seguro, conoció (conocimiento real) o debió haber conocido (conocimiento presunto), en caso de haberse comportado diligentemente, los “[...] hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración [...]” (fase del sinalagma genético) —por vía de diciente ejemplo, la existencia de una crítica o atípica hipertensión arterial, detectada en el examen médico que se acostumbra realizar previamente al otorgamiento de los seguros sobre la vida, dato este ulteriormente soslayado—.
- b. Cuando la entidad aseguradora, no obstante haber desconocido la existencia del vicio o vicios en cuestión, al momento de la celebración del negocio jurídico, posteriormente “[...] se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente” —fase del sinalagma funcional— (por vía de referencia, cuando sin perjuicio de haberse enterado luego, o sea, después de concluido el correspondiente contrato, de la ausencia absoluta de extintores en una fábrica de telas y confecciones, acepta renovar su vigencia, sin que medie observación de ningún género, así como percibir la correlativa prima de seguro —prima devengada—)⁵⁹.

Teniendo en cuenta que el legislador previó un régimen específico de nulidad relativa para el contrato de seguro, la Corte Suprema de Justicia considera que el régimen de nulidad absoluta no es aplicable a este contrato:

4º) La sanción de la nulidad relativa remedia los vicios del error y del dolo que afectan el consentimiento otorgado por el asegurador en la creencia de que el tomador obró con sinceridad, y por lo mismo si con ella se reprueba la conducta del último en la etapa previa a la celebración del contrato de seguro, superada esta fase, ora porque no se dio la reticencia o la inexactitud, ora porque se dio sin culpa, ora porque habiéndose presentado la una o la otra el asegurador pudo verificar el vicio de la declaración

59 Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. “La configuración de la reticencia y de la inexactitud en la declaración del estado del riesgo - Somero examen de los presupuestos esenciales exigidos por la legislación colombiana”. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, no 16.

o la aceptó posteriormente de modo expreso o tácito, o en fin por efecto de la prescripción, no queda ningún otro camino para dejarlo sin efecto que el indicado en el citado precepto.

5º) En esa medida, la nulidad absoluta del contrato de seguro por causa ilícita por la que propende el censor no tiene cabida, pues tampoco es posible, respecto de idénticos hechos consistentes en el propósito de defraudar a la compañía para lo cual se la engaña a fin de que contraiga las obligaciones derivadas del acuerdo de voluntades, deducir al mismo tiempo la sanción de la nulidad absoluta y la relativa de este vínculo.

6º) Es palmario que el legislador quiso arropar la falta de lealtad del tomador y su obrar contrario a la buena fe únicamente bajo la sanción de la nulidad relativa, desde el ámbito de la formación del consentimiento, con lo cual, en ejercicio de una actividad que le es propia y para la cual se halla facultado, construyó un régimen particular que inclusive alcanza a superar en sus efectos el ordenamiento común de los vicios del consentimiento, frente al que, tal como fue instituido en el citado artículo 1058, no puede el intérprete hacer distingos; así, se observa que tan específica sanción, la nulidad relativa, se produce independientemente de que el siniestro finalmente no se produzca como consecuencia de los hechos significativos negados u ocultados por el tomador del seguro.

Y puesto que el legislador es autónomo para contemplar los hechos constitutivos de nulidad adscribiéndolos a las especies de la relativa o la absoluta, se impone concluir que por el hecho de que el tomador actúe con dolo, esto es, con la intención positiva de inferir daño al asegurador para lo cual se vale de maniobras engañosas, como la inexactitud y la reticencia pueden serlo, con el fin de obtener el pago de una indemnización que no hubiera obtenido de no haber incurrido en tales actos u omisiones, o que la habría conseguido pero contratando el seguro bajo condiciones más onerosas, no puede afirmarse que se trata de uno de los eventos de causa ilícita⁶⁰.

6.4. España

De conformidad con el artículo 10 de la Ley 50 de 1980 “El tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de

60 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 24 de octubre de 2005, magistrado ponente Silvio Fernando Trejos Bueno.

acuerdo con el cuestionario que este le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. Quedará exonerado de tal deber si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él.

El asegurador podrá rescindir el contrato mediante declaración dirigida al tomador del seguro en el plazo de un mes, a contar del conocimiento de la reserva o inexactitud del tomador del seguro. Corresponderán al asegurador, salvo que concorra dolo o culpa grave por su parte, las primas relativas al período en curso en el momento que haga esta declaración.

Si el siniestro sobreviene antes de que el asegurador haga la declaración a la que se refiere el párrafo anterior, la prestación de este se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo. Si medió dolo o culpa grave del tomador del seguro quedará el asegurador liberado del pago de la prestación”.

Por su parte, según el artículo 89 de la Ley 50 de 1980 “En caso de reticencia e inexactitud en las declaraciones del tomador, que influyan en la estimación del riesgo, se estará a lo establecido en las disposiciones generales de esta Ley. Sin embargo, el asegurador no podrá impugnar el contrato una vez transcurrido el plazo de un año, a contar desde la fecha de su conclusión, a no ser que las partes hayan fijado un término más breve en la póliza y, en todo caso, salvo que el tomador del seguro haya actuado con dolo.

Se exceptúa de esta norma la declaración inexacta relativa a la edad del asegurado, que se regula en el artículo siguiente”.

El artículo 90 de la citada Ley 50 de 1980 señala: “En el supuesto de indicación inexacta de la edad del asegurado, el asegurador solo podrá impugnar el contrato si la verdadera edad del asegurado en el momento de la entrada en vigor del contrato excede de los límites de admisión establecidos por aquél.

En otro caso, si como consecuencia de una declaración inexacta de la edad, la prima pagada es inferior a la que correspondería pagar, la prestación del asegurador se reducirá en proporción a la prima percibida. Si, por el contrario, la prima pagada es superior a la que debería haberse abonado, el asegurador está obligado a restituir el exceso de las primas percibidas sin intereses”.

La legislación española, por su parte, libera al tomador de la obligación de declarar las circunstancias constitutivas del estado del riesgo cuando el asegurador no

lo somete a un cuestionario. En España se impone una mayor carga al asegurador de la que establece la normatividad colombiana.

A este respecto el doctor Joaquín Alarcón sostiene: “El cuestionario (ver artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguros española) se presenta por la aseguradora, dentro del marco de los deberes precontractuales, como un deber del asegurado de responder al mismo. Si no se presenta el mismo, el proponente queda exonerado del deber de declarar las circunstancias que influyan en la valoración del riesgo; no existe regulación legal sobre la forma y contenido del cuestionario, si bien las preguntas deben tener un contenido específico, es decir, referirse a hechos importantes a los efectos de la valoración del riesgo y estar formuladas de forma clara y precisa por lo que se piensa que la no contestación a preguntas abiertas en el sentido de qué otras circunstancias podrían influir en la declaración del riesgo, etc., no puede dar lugar a reserva o inexactitud por parte del proponente”⁶¹.

Asimismo, en relación con el deber de declaración, o más bien, deber de respuesta al cuestionario, el profesor español Fernando Sánchez Calero anota: “El artículo 10 ha concebido más que un deber de declaración, un deber de contestación o respuesta del tomador de lo que se le pregunta por el asegurador, ya que este – por su mayor conocimiento de la relevancia de los hechos a los efectos de la adecuada valoración del riesgo debe preguntar al contratante aquellos datos que estime oportunos. Concepción que se ha aclarado y reforzado, si cabe, con la modificación introducida en el apartado primero de este artículo 10, al añadirse el último párrafo del mismo que dice que ‘Quedará exonerado de tal deber (el tomador del seguro) si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometién-doselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no están comprendidas en él”⁶². Este inciso fue añadido por la Ley 21 del 19 de diciembre de 1990, con el objeto de adaptar el Derecho español a la Directiva 88/357/CEE.

Con respecto a la facultad de denuncia conferida al asegurador en el artículo 10.2, la norma habla de rescisión y no de anulación, término sobre el cual se pronuncia del profesor Sánchez Calero en el siguiente sentido: “Sin embargo, la LCS, en este artículo, como en otros usa el término de rescisión en el sentido amplio de facultad de dejar sin efecto el contrato, que, por supuesto, no puede equipararse al concepto de rescisión que emplea el código civil. A mi juicio, la LCS ha conferido aquí al asegurador una facultad de denuncia, de desistimiento (o de receso, si se

61 Alarcón Fidalgo, Joaquín. *El genoma humano y el seguro de personas*. IX Congreso CILA, marzo del 2006.

62 Sánchez Calero, Fernando et al. *Ley de contrato de seguro...*, cit., p. 230.

quiere) de la relación obligatoria del contrato de las que llevan a su extinción, facultad de denuncia que implica una resolución del contrato”⁶³.

El profesor Sánchez Calero señala, además: “El deber de declaración se infringe cuando el riesgo que ha sido descrito y que se ha tenido en cuenta a la hora de la conclusión del contrato es diverso del real [...] para la apreciación de este hecho es necesario que la discordancia apuntada sea relevante, en el sentido de que las circunstancias en las que se ha basado la valoración del riesgo influyan tanto en las condiciones en que se contrató el seguro, como en la decisión del asegurador de aceptar el contrato [...]”.

La inexactitud y la reticencia en España no pueden ser argumentadas por el asegurador cuando haya transcurrido un año desde la conclusión del contrato, salvo cuando exista dolo. Esta norma constituye una gran diferencia con nuestra legislación. A nuestro modo de ver, otorga un plazo muy breve al asegurador para impugnar el contrato.

En España se establece la posibilidad de impugnación cuando la edad declarada sobrepasa los límites admitidos. En Colombia da lugar a la nulidad relativa. Si se encuentra dentro de estos límites y es mayor que la edad declarada, operan las mismas consecuencias que en nuestro país, es decir, la reducción en proporción a la prima recibida. En cambio, si la edad declarada es menor que la real, la consecuencia es la restitución por parte del asegurador del exceso de primas, mientras en Colombia se aumenta la indemnización proporcionalmente.

El Anteproyecto de reforma a la Ley de Contrato de Seguro de mayo de 2014 prevé:

Artículo 581-9. Deber de declaración del tomador del seguro.

1. El tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que este le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. El cuestionario y aquellos documentos que hubieran servido de base para la conclusión del contrato formarán parte de la documentación contractual. Quedará exonerado de tal deber si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él.

63 Sánchez Calero, Fernando et al. *Ley de contrato de seguro...*, cit., p. 243.

2. El asegurador podrá resolver el contrato mediante declaración dirigida al tomador del seguro en el plazo de un mes, a contar del conocimiento de la reserva o inexactitud del tomador del seguro o del asegurado. Alternativamente, el asegurador podrá proponer una modificación del contrato en el plazo de dos meses, que ajuste la prima convenida u otras condiciones del contrato. En dicha comunicación se hará constar que en caso de rechazo o silencio por parte del tomador del seguro, se producirá la resolución automática del contrato en el plazo del mes siguiente a la notificación de la propuesta de modificación.

La inactividad del asegurador una vez conocida la agravación del riesgo, implica su aceptación.

3. En caso de que se resuelva el contrato, corresponderán al asegurador, salvo que concurra dolo o culpa grave por su parte, las primas relativas al período en curso.

4. Si el siniestro sobreviene antes de que el asegurador haga alguna de las declaraciones a que se refiere el apartado 2, la prestación de este se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo.

Si medió dolo del tomador del seguro quedará el asegurador liberado del pago de la prestación.

La norma consagra la obligación de declarar el verdadero estado del riesgo a cargo del tomador, no del asegurado. Mantiene el cuestionario previsto en la actual normatividad como prerequisite para la evaluación de la inexactitud o reticencia y como marco de referencia para la declaración del tomador. Asimismo, faculta al asegurador a resolver el contrato, mas no prevé la nulidad de este, como sucede en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, ni aún en caso de dolo. Su consecuencia es la liberación de la prestación a cargo del asegurador.

6.5. Francia

El artículo L113-2 señala que el asegurado está obligado:

“2º A responder con exactitud las preguntas formuladas por el asegurador, especialmente en el formulario de declaración del riesgo a través del cual el asegurador lo interroga en el momento de la conclusión del contrato, sobre las circunstancias de tal naturaleza que harán analizar por parte del asegurador los riesgos que ha tomado a su cargo”.

Según el artículo L113-8, de nulidad por reticencia (Ley nº 81-5 del 7 de enero de 1981 artículo 32 Diario Oficial del 8 de enero de 1981 rectificativo JORF 8 de febrero de 1981), “Independientemente de las causas ordinarias de nulidad y bajo la reserva de las disposiciones del artículo L. 132-26, el contrato de seguro es nulo en caso de reticencia o de falsa declaración intencional de parte del asegurado, cuando esta reticencia o esta falsa declaración cambia el objeto del riesgo o disminuye la opinión para el asegurador, aun cuando el riesgo omitido o desnaturalizado por el asegurado no tuvo influencia alguna sobre el siniestro”.

Las primas pagadas se consideran adquiridas por el asegurador, quien tiene derecho al pago de todas las primas vencidas a título de daños y de intereses. Las disposiciones del segundo inciso del presente artículo no son aplicables a los seguros de vida.

El artículo L113-9 dice, a su vez: La omisión o la declaración inexacta por parte del asegurado cuya mala fe no se estableció, no conlleva la nulidad del seguro. Si esta se constata antes del siniestro, el asegurador tiene derecho bien sea a mantener el contrato, mediando un aumento de la prima aceptada por el asegurado, bien sea a rescindir el contrato de seguro diez días después de la notificación dirigida al asegurado por una carta recomendada, restituyendo la parte de la prima pagada por el tiempo durante el cual el seguro no transcurre más.

En el caso en que la constatación no ocurra sino después de un siniestro, la indemnización se reduce en proporción a la tasa de las primas pagadas en relación con la tasa de las primas que se debieran si los riesgos hubieran sido declarados de manera completa y exacta.

La legislación francesa establece igualmente, de manera expresa, la obligación al asegurado de responder exactamente a las preguntas formuladas por el asegurador. No se refiere en forma concreta al evento de ausencia de un cuestionario.

Con respecto a la declaración del riesgo, el profesor Jérôme Kullmann sostiene⁶⁴: “Todo el sistema de información del asegurador por el asegurado descansa sobre un principio fundamental: solo se deben tener en cuenta las circunstancias que tienen incidencia sobre la opinión que el asegurador puede hacerse en relación con el riesgo asegurado y de las cuales el asegurado tenía conocimiento”.

Asimismo, manifiesta que por mandato legal la declaración obligatoria dejó de ser espontánea, se limita a las circunstancias que corresponden a las preguntas

64 Kullmann, Jérôme. *Contrat d'assurance...*, cit., pp. 128, 129, 130 y 137.

formuladas por el asegurador. Le corresponde entonces al asegurador decidir las circunstancias que le permiten evaluar correctamente el riesgo. No obstante, las preguntas formuladas pueden dejar un cierto espacio para la reflexión del asegurado.

La correlación entre la circunstancia objeto de litigio y la opinión del riesgo no debe ser apreciada por referencia a las circunstancias del siniestro. Como consecuencia de ello, la sanción por la declaración inexacta o incompleta debe ser aplicada aun en caso de ausencia de incidencia de la falsa declaración sobre el siniestro. El profesor Kullmann manifiesta que no deja de sorprender que esta antigua regla deba ser recordada por la Corte de Casación, como en el caso del fallo del tribunal que había considerado que la falsa declaración del asegurado sobre su lugar de domicilio, París y no Rozar en Brie, no había disminuido la opinión del asegurador por cuanto el vehículo asegurado fue hurtado en Genevilliers y no en París⁶⁵.

El cuestionario —sostiene Kullmann— es un escrito elaborado por el asegurador y su representante, en el cual figura un cierto número de preguntas relativas al riesgo. La obligación de declaración actualmente prevista por la ley no está limitada a este documento. El artículo L. 113-2 hace alusión a “las preguntas formuladas por el asegurador”, las cuales pueden serlo “especialmente en el formulario de declaración del riesgo”. El asegurado debe responder cada pregunta del asegurador, bien sea que el sustento sea el cuestionario o una carta, un fax, etc., o incluso que la solicitud sea verbal.

La consecuencia en el evento de reticencia o falsa declaración intencional por parte del asegurado es la nulidad, siempre y cuando esta sea relevante en la valoración del riesgo. El asegurador adquiere entonces las primas pagadas y vale la pena resaltar que el legislador señala que es a título de perjuicios e intereses. Al igual que en el caso de Colombia, no se exige un nexo de causalidad entre el hecho sobre el cual versó la reticencia o la inexactitud y el siniestro para que se produzca la nulidad.

Si no hay mala fe del asegurado en la declaración inexacta o reticente, no se produce la nulidad del contrato de seguro. Es una opción mucho más benévola para el asegurado que la prevista en nuestro ordenamiento jurídico.

El régimen francés prevé que en el evento en que dicha declaración sea descubierta antes del siniestro, el asegurador puede optar por mantener el contrato

65 Cass. 2e civ., 8 juill. 2004, n° 03-14.726, RGDA 2004, p. 926. Note Fonladosa L.

reajustando la prima, o rescindirlo, pero restituyendo el valor de las primas correspondiente al período no transcurrido.

Si se descubre dicha circunstancia después del siniestro, se aplica la reducción de la prestación.

El profesor Kullmann se refiere en los siguientes términos a la reducción de la indemnización del siniestro⁶⁶:

La irregularidad en la declaración del riesgo, de buena fe, da lugar a la cobertura de seguro. Sin embargo, es sancionada con la regla proporcional de prima. Esta se traduce en una reducción de la indemnización en caso de siniestro, de acuerdo con la siguiente fórmula:

Indemnización reducida = Indemnización teóricamente debida X Prima pagada/Prima debida

6.6. Perú

Según el artículo 8º, “Reticencia y/o declaración inexacta dolosa. La reticencia y/o declaración inexacta de circunstancias conocidas por el contratante y/o asegurado, que hubiese impedido el contrato o modificado sus condiciones si el asegurador hubiese sido informado del verdadero estado del riesgo, hace nulo el contrato si media dolo o culpa inexcusable del contratante y/o asegurado”.

Artículo 9º. Plazo para pronunciarse: “El asegurador dispone de un plazo de treinta (30) días para invocar la nulidad en base a la reticencia y/o declaración inexacta a que se refiere el artículo anterior, plazo que debe computarse desde que el asegurador conoce la reticencia o declaración inexacta. A tal efecto, el pronunciamiento del asegurador debe ser notificado por medio fehaciente”.

Artículo 10. Carga de la prueba: “La carga de la prueba de la reticencia y/o declaración inexacta corresponde al asegurador quien, para tal efecto, puede valerse de todos los medios de prueba consagrados en el ordenamiento jurídico”.

Artículo 11. Efectos sobre la prima: “Las primas pagadas quedan adquiridas por el asegurador, quien tiene derecho al cobro de las acordadas para el primer año de duración del contrato a título indemnizatorio”.

66 Kullmann, Jérôme. *Contrat d'assurance...*, cit., p. 163.

Artículo 12. Efectos sobre los siniestros: “Si el siniestro se produce antes del vencimiento del plazo señalado en el artículo 9, que tiene el asegurador para invocar la nulidad, este se encuentra liberado del pago de la prestación”.

Artículo 13. Reticencia y/o declaración inexacta no dolosa: “Si la reticencia y/o declaración inexacta no obedece a dolo o culpa inexcusable del contratante y/o asegurado y es constatada antes que se produzca el siniestro, el asegurador debe ofrecer al contratante la revisión del contrato en un plazo de treinta (30) días computado desde la referida constatación. El ofrecimiento debe contener un ajuste de primas y/o en la cobertura y otorgar un plazo de diez (10) días para que el contratante se pronuncie por la aceptación o el rechazo. Si la revisión es aceptada, el reajuste de la prima se paga según lo acordado”.

A falta de aceptación, el asegurador puede resolver el contrato mediante comunicación dirigida al contratante, en el plazo de treinta (30) días computado desde el vencimiento del plazo de diez (10) días fijado en el párrafo anterior.

Corresponden al asegurador las primas devengadas a prorrata, hasta el momento en que efectuó la resolución”.

Artículo 14. Revisión no aceptada: “Si la constatación de la reticencia y/o declaración inexacta señaladas en el artículo precedente es posterior a la producción de un siniestro, la indemnización debida se reduce en proporción a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido el real estado del riesgo”.

Artículo 15. Subsistencia del contrato

“En los casos de reticencia y/o declaración inexacta no procede la nulidad, revisión o resolución del contrato, cuando:

- a. Al tiempo del perfeccionamiento del contrato, el asegurador conoce o debe conocer el verdadero estado del riesgo.
- b. Las circunstancias omitidas o declaradas en forma inexacta cesaron antes de ocurrir el siniestro o cuando la reticencia o declaración inexacta no dolosa no influyó en la producción del siniestro ni en la medida de la indemnización o prestación debida.
- c. Las circunstancias omitidas fueron contenido de una pregunta expresa no respondida en el cuestionario, y el asegurador igualmente celebró el contrato.
- d. Las circunstancias omitidas o declaradas en forma inexacta disminuyen el riesgo”.

Artículo 16. Caducidad: “Todos los plazos previstos en esta sección constituyen plazos de caducidad”.

Artículo 122. Incontestabilidad o indisputabilidad: “Si transcurren dos (2) años desde la celebración del contrato, el asegurador no puede invocar la reticencia o falsa declaración, excepto cuando es dolosa”.

Artículo 123. Declaración inexacta de la edad: “La declaración inexacta de la edad del asegurado acarrea la nulidad del contrato, si su verdadera edad, en el momento de entrada en vigencia del contrato, excede los límites establecidos en la póliza para asumir el riesgo. En este caso se procederá a la devolución de la prima pagada. En otro caso, si como consecuencia de una declaración inexacta de la edad, la prima pagada es inferior a la que correspondería pagar, la prestación del asegurador se reducirá en proporción a la prima percibida. Si, por el contrario, la prima pagada es superior a la que debería haberse abonado, el asegurador está obligado a restituir el exceso de la prima percibida, sin intereses”.

En el caso peruano, el doctor Mesa anota: Cabe anotar que, respecto de este régimen para la reticencia e inexacta declaración del riesgo, los aseguradores peruanos han manifestado una de sus mayores preocupaciones antes de la promulgación de la LCS por estimar que promoverá el fraude en los seguros, el incremento de costos y la judicialización de los siniestros. Su propuesta para el Artículo 8, por escrito ante el Congreso de la República, era sustituir “dolo o culpa inexcusable” por “dolo o culpa” a secas.

Desde la necesidad de proteger al asegurado en este tema fundamental, en el que se produce gran parte de las controversias en nuestro mercado, dicha propuesta era inaceptable y fue desestimada con el respaldo de diversas fuentes doctrinarias, institucionales y de Derecho comparado⁶⁷.

6.7. Comentarios

A continuación presentamos algunas consideraciones derivadas de las normas antes señaladas en los distintos ordenamientos citados.

Tal como se deduce de las normas transcritas y comentadas por las respectivas doctrinas y jurisprudencias nacionales, la declaración del estado del riesgo al asegurador es una obligación fundamental en todos los países mencionados, desarrollo del principio de buena fe que caracteriza el contrato de seguro. El incum-

67 Mesa Carvajal, Luis Alberto. *La nueva ley del contrato de seguro del Perú*, cit.

plimiento de esta obligación por parte del asegurado es sancionado, en unos casos de manera más severa que en otros.

Resulta evidente la importancia del cuestionario, requisito para poder alegar una inexactitud o reticencia; las preguntas y la orientación del asegurador al tomador-asegurado resultan fundamentales. Este cuestionario debe ser entendido ampliamente, no es solo el formulario de declaración de asegurabilidad, sino como lo señala la doctrina francesa, todas las preguntas que formule el asegurador, llega hasta el punto de decir que así ellas sean verbales. En este sentido, la jurisprudencia ha venido interpretando el artículo 1058 de nuestro Código de Comercio, pese a que dicha norma hace referencia expresa a la eventualidad en que no exista cuestionario. Sería deseable una precisión legislativa en este sentido en nuestro país.

También existe una tendencia generalizada a no exigir una relación de causalidad entre el hecho omitido o falso y el siniestro, salvo en el Perú, de acuerdo con el artículo 15 antes citado, tema que también fue aclarado en nuestro país por vía de jurisprudencia de la Corte Constitucional, mas no en el artículo 1058.

Se observa igualmente el frecuente establecimiento de un plazo para impugnar el contrato, aspecto no regulado en Colombia.

La figura de la incontestabilidad, entendida como la imposibilidad de alegar la inexactitud o la reticencia por parte del asegurador transcurrido un cierto tiempo, salvo en caso de dolo, es otra característica de las legislaciones citadas que se echa de menos en Colombia y que también consideramos aconsejable.

La obligación de declarar el verdadero estado del riesgo está en algunos países a cargo del tomador, en otros del asegurado. En nuestra opinión, es más acertado y omnicompreensivo establecer dicha obligación en cabeza del asegurado. Piénsese en los seguros colectivos o de grupo, tratándose por ejemplo de pólizas de deudores, el tomador no conoce el estado del riesgo de los múltiples asegurados.

La diferenciación entre las consecuencias cuando ha ocurrido el siniestro y cuando este no ha sucedido, es ajena a nuestro Derecho, pero está contemplada en Chile, España, Francia y Perú, normas que deben ser tenidas en cuenta en una eventual reforma.

La intervención de peritos en el Derecho argentino es un caso particular, al cual no se hace referencia en los demás ordenamientos. No parece aconsejable, pues en su lugar las preguntas del asegurador, contenidas o no en el cuestionario, son a nuestro juicio las que deben determinar la relevancia para el asegurador de las circunstancias.

7. La prima

7.1. Argentina

Sección VIII: Prima

7.1.1. Lugar de pago

De conformidad con el artículo 29: “La prima se pagará en el domicilio del asegurador o en el lugar convenido por las partes.

El lugar de pago se juzgará cambiado por una práctica distinta, establecida sin mora del tomador; no obstante, el asegurador podrá dejarla sin efecto comunicando al tomador que en lo sucesivo pague en el lugar convenido.

7.1.2. Exigibilidad de la prima

Según el artículo 30, la prima es debida desde la celebración del contrato, pero no es exigible sino contra entrega de la póliza, salvo que se haya emitido un certificado o instrumento provisorio de cobertura.

En caso de duda, las primas sucesivas se deben al comenzar cada período de seguro.

7.1.3. Crédito tácito

La entrega de la póliza sin la percepción de la prima hace presumir la concesión de crédito para su pago.

7.1.4. Mora en el pago de la prima efectos

El artículo 31 señala: Si el pago de la primera prima o de la prima única no se efectuara oportunamente, el asegurador no es responsable por el siniestro ocurrido antes del pago.

En el supuesto del párrafo tercero del artículo 30, en defecto de convenio entre las partes, el asegurador podrá rescindir el contrato con un plazo de denuncia de un mes. La rescisión no se producirá si la prima es pagada antes del vencimiento del plazo de denuncia.

El asegurador no será responsable por el siniestro ocurrido durante el plazo de denuncia, después de dos días de notificada la opción de rescindir.

7.1.5. Derecho del asegurador

De conformidad con el artículo 32, “Cuando la rescisión se produzca por mora en el pago de la prima, el asegurador tendrá derecho al cobro de la prima única o a la prima del período en curso”.

La legislación argentina señala que a falta de estipulación, el lugar del pago es el domicilio del asegurador.

La prima es exigible a partir del momento de la entrega de la póliza, sin que se haya establecido un plazo adicional. Ello explica que se debe desde la celebración del contrato, recordemos que en la legislación argentina el contrato de seguro es consensual.

Llama la atención la norma que establece la presunción de que se ha otorgado un crédito tácito por parte de la aseguradora, cuando no se percibe la prima con la entrega de la póliza.

Si el pago de la prima no se ha llevado a cabo, el asegurador no es responsable por el siniestro.

La normatividad argentina prevé que el asegurador podrá rescindir el contrato de seguro por mora en el pago de la prima, pero dicha rescisión no es automática como en Colombia, sino que está sujeta a un plazo de denuncia de un mes.

En el mismo sentido que Donati, el profesor Halperín señala que el pago de la prima es a la vez una obligación y una carga. La falta de pago tiene como consecuencia la suspensión de la cobertura.

No se menciona expresamente si la póliza presta mérito ejecutivo, solo se establece que, en caso de rescisión, el asegurador tiene derecho al cobro de la prima única o a la prima del período en curso.

Sobre la indivisibilidad de la prima, el profesor Halperín sostiene: “El principio de indivisibilidad de la prima se advierte, en nuestra opinión, cuando ocurre un siniestro total. Es allí, aunque el hecho tenga lugar a poco de iniciada la vigencia del seguro, cuando el asegurador posee derecho a percibirla en forma íntegra (p. ej. Robo o destrucción de la cosa a la cual se refiere la cobertura)”⁶⁸.

68 Halperín, Isaac. *Seguros...*, cit. p. 268.

7.2. Chile

De acuerdo con el artículo 527, De la prima: “El asegurador gana la prima desde el momento en que los riesgos comienzan a correr por su cuenta, y tendrá derecho a percibir o retener su totalidad en caso que fuera procedente la indemnización por un siniestro de pérdida total o finalizase la vigencia de acuerdo con el artículo 523. Convenida la vigencia de la cobertura por un plazo determinado, la prima se devengará proporcionalmente al tiempo transcurrido.

La prima puede consistir en una cantidad de dinero, en la entrega de una cosa o en un hecho estimable en dinero.

Salvo pacto en contrario, el pago de la prima se hará al entregarse la póliza, el certificado de cobertura o el endoso, según corresponda, y deberá hacerse en el domicilio del asegurador o en el de sus representantes, agentes o diputados para el cobro”.

El artículo 528. No pago de la prima: “La falta de pago de la prima producirá la terminación del contrato a la expiración del plazo de quince días contado desde la fecha de envío de la comunicación que, con ese objeto, dirija el asegurador al asegurado y dará derecho a aquél para exigir que se le pague la prima devengada hasta la fecha de terminación y los gastos de formalización del contrato.

Producida la terminación, la responsabilidad del asegurador por los siniestros posteriores cesará de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial alguna”.

En la ley chilena de seguros, el doctor Sergio Arellano afirma: “La prima es el precio del seguro. Constituye un elemento esencial y característico de dicho contrato, por cuanto es la prestación o aportación económica que el contratante o asegurado hace a la entidad aseguradora y que justifica la contraprestación de esta en orden a asumir el riesgo.

Desde un punto de vista técnico, es o debiera ser el resultado del cálculo del promedio teórico siniestral para un mismo tipo de riesgo, al que se agregan gastos de administración, de producción y comerciales, los que dan a la prima de riesgo el carácter de prima comercial. Con igual lógica debe deducirse el valor promedio recuperado de terceros en los respectivos ramos mediante las acciones derivadas de la subrogación.

El artículo 527 establece que el asegurador gana la prima desde el momento en que los riesgos comienzan a correr por su cuenta, y tendrá derecho a percibir o retener su totalidad en caso que fuera procedente la indemnización por un siniestro de pérdida total o finalizase la vigencia establecida en el contrato. Convenida

la vigencia de la cobertura por un plazo determinado, la prima se devengará proporcionalmente al tiempo transcurrido. Salvo pacto en contrario, el pago de la prima se hará al entregarse la póliza, el certificado de cobertura o el endoso, según corresponda, y deberá hacerse en el domicilio del asegurador o en el de sus representantes, agentes o diputados para el cobro.

Por su condición de prestación esencial, la prima no solo debe estar establecida en las condiciones particulares del contrato, sino que debe ser efectivamente pagada para que el asegurado tenga efectivo derecho a la protección del seguro. Por ello el artículo 528 dispone que si la prima no fuere pagada se produce la terminación del contrato a la expiración del plazo de quince días, contado desde la fecha de envío de la comunicación que con ese objeto dirija el asegurador al asegurado, dando derecho al primero a exigir que se le pague la prima devengada hasta la fecha de terminación, así como los gastos de formalización del contrato.

Producida la terminación, la responsabilidad del asegurador por los siniestros posteriores cesa de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial”⁶⁹.

7.3. Colombia

El artículo 1066 señala: “El tomador del seguro está obligado al pago de la prima. Salvo disposición legal o contractual en contrario, deberá hacerlo a más tardar dentro del mes siguiente contado a partir de la fecha de la entrega de la póliza o, si fuere el caso de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella”.

De conformidad con el artículo 1067, “El pago de la prima deberá hacerse en el domicilio del asegurador o en el de sus representantes o agentes debidamente autorizados”.

Según el artículo 1068, modificado, Ley 45 de 1990, artículo 82, “La mora en el pago de la prima de la póliza o de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella, producirá la terminación automática del contrato y dará derecho al asegurador para exigir el pago de la prima devengada y de los gastos causados con ocasión de la expedición del contrato.

Lo dispuesto en el inciso anterior deberá consignarse por parte del asegurador en la carátula de la póliza, en caracteres destacados.

Lo dispuesto en este artículo no podrá ser modificado por las partes”.

69 Arellano Iturriaga, Sergio. *La ley del seguro*, cit.

El artículo 1069 dice que “El pago fraccionado de la prima no afecta la unidad del contrato de seguro, ni la de los distintos amparos individuales que acceden a él.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará al pago de las primas que se causen a través de la vigencia del contrato y a las de renovación del mismo”.

De acuerdo con el artículo 1070, Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1119, el asegurador devengará definitivamente la parte de la prima proporcional al tiempo corrido del riesgo. Sin embargo, en caso de siniestro total, indemnizable a la luz del contrato, la prima se entenderá totalmente devengada por el asegurador. Si el siniestro fuere parcial, se tendrá por devengada la correspondiente al valor de la indemnización, sin consideración al tiempo corrido del seguro.

En los seguros colectivos, esta norma se aplicará solo al seguro sobre el interés o persona afectados por el siniestro.

En los seguros múltiples, contratados a través de una misma póliza, y con primas independientes, se aplicará al seguro o conjunto de seguros de que sean objeto el interés o la persona afectados por el siniestro, con independencia de los demás.

Este artículo tan solo puede ser modificado por la convención con el objeto de favorecer los intereses del asegurado.

En la legislación colombiana, la prima o precio es uno de los elementos esenciales del contrato de seguro, sin el cual este no produce ningún efecto. El seguro no se puede concebir ni técnica ni económicamente sin los aportes de sus tomadores o contratantes. El recaudo del dinero que produce la prima permite al asegurador atender el pago de las prestaciones a que dan origen los eventos asegurados. Tampoco el respectivo contrato se puede concebir jurídicamente sin una contraprestación a cargo del tomador que sirva de causa a la obligación del asegurador, más aun tratándose de un contrato oneroso. Por esto, en la póliza debe quedar escrita la prima o el modo de calcularla.

Desde el punto de vista técnico-económico, se habla de prima pura y prima comercial. La primera es el valor matemático del riesgo asegurado que, calculado sobre un conjunto numeroso de intereses del mismo género vinculados a determinada cartera, debe suponerse suficiente para cubrir los siniestros, teniendo en cuenta su probabilidad y la magnitud estimada.

Pero la prima pura no es suficiente. La operación económica del seguro reclama, además del fondo adecuado para atender las eventuales necesidades de los asegurados, otros ingredientes que permitan preservar la integridad financiera de la institución. Por eso, sobre la prima pura se debe calcular un recargo que integrado

a ella da origen a la prima comercial, que es finalmente la que cuenta como elemento esencial del contrato⁷⁰.

La divisibilidad de la prima: el principio de la divisibilidad significa que el asegurador va devengando gradualmente la prima, a medida que transcurre el término de vigencia del contrato y que solo en el momento de su expiración puede considerarla totalmente devengada; se trata de un contrato de ejecución sucesiva⁷¹. Si el riesgo concluye, por cualquier razón, antes de su expiración y el tomador ha cancelado la totalidad de la prima, la parte de esta correspondiente al lapso pendiente no puede entenderse devengada, por lo tanto debe devolverse al tomador.

Según la ley colombiana, el asegurador solo devenga definitivamente la parte de la prima proporcional al tiempo corrido del riesgo. Sin embargo, en caso de siniestro total, indemnizable a la luz del contrato, la prima se entiende totalmente devengada por el asegurador. Si el siniestro es parcial, se entiende por devengada la correspondiente al valor de la indemnización, sin tener en cuenta el tiempo corrido del seguro.

El pago fraccionado de la prima no afecta la unidad del contrato de seguro, ni la de los distintos amparos individuales incluidos allí.

La legislación colombiana establece que la mora en el pago de la prima produce la terminación automática del contrato de seguro, sin necesidad de requerimiento o aviso alguno. Adicionalmente, el asegurador tendrá derecho a exigir el pago de la prima devengada. Hay que tener en cuenta que cuando el pago se hace en parte con el producto de un crédito con una entidad financiera, no se puede entender que hay mora en el contrato de seguro, en el evento de atraso en el pago de las cuotas del citado crédito, puesto que la prima ha sido pagada en su totalidad, sino que existe una mora con dicha entidad financiera, contrato diferente del de seguro.

El plazo legal para el pago de la prima es de un mes desde la entrega de la póliza, salvo disposición contractual distinta. Aquí vale la pena aclarar que esta norma no impide que se estipule que el contrato de seguro solo entra en vigencia con el previo pago de la prima, tal como sucede con el seguro de vida individual.

70 Ossa, Efrén. *Teoría general del seguro, El contrato* (2ª ed.). Bogotá: Temis, 1991, p. 385.

71 Ibid., p. 386.

7.4. España

De conformidad con el artículo 14, “El tomador del seguro está obligado al pago de la prima en las condiciones estipuladas en la póliza. Si se han pactado primas periódicas, la primera de ellas será exigible una vez firmado el contrato. Si en la póliza no se determina ningún lugar para el pago de la prima, se entenderá que este ha de hacerse en el domicilio del tomador del seguro.

El artículo 15 señala: “Si por culpa del tomador la primera prima no ha sido pagada, o la prima única no lo ha sido a su vencimiento, el asegurador tiene derecho a resolver el contrato o a exigir el pago de la prima debida en vía ejecutiva con base en la póliza. Salvo pacto en contrario, si la prima no ha sido pagada antes de que se produzca el siniestro, el asegurador quedará liberado de su obligación.

En caso de falta de pago de una de las primas siguientes, la cobertura del asegurador queda suspendida un mes después del día de su vencimiento. Si el asegurador no reclama el pago dentro de los seis meses siguientes al vencimiento de la prima se entenderá que el contrato queda extinguido. En cualquier caso, el asegurador, cuando el contrato esté suspenso, solo podrá exigir el pago de la prima del período en curso.

Si el contrato no hubiere sido resuelto o extinguido conforme a los párrafos anteriores, la cobertura vuelve a tener efecto a las veinticuatro horas del día en que el tomador pagó su prima”.

En cuanto al pago de la prima, el Derecho español señala como lugar de cumplimiento de esta obligación el domicilio del tomador, en beneficio del deudor, para facilitar su cumplimiento. El profesor Sánchez Calero indica que la prima es invariable e indivisible. Lo primero, por cuanto su valor no puede ser modificado unilateralmente por alguna de las partes. Y lo segundo, porque una vez calculada la prima para la vigencia del seguro, no puede hacerse una división de este.

En relación con las consecuencias del retraso culpable en el pago de la primera prima, el profesor Sánchez Calero manifiesta:

- a. Hasta que no se produce el pago de la prima no comienzan, por regla general, los efectos materiales del contrato para el asegurador, en el sentido de que no se inicia su cobertura y, por consiguiente, si se produce el “siniestro, el asegurador quedará liberado de su obligación”. Esta norma, no obstante, puede ser modificada por la voluntad de las partes, en el sentido de anticipar esa cobertura al instante de la perfección del contrato.

- b. El asegurador tiene derecho a resolver el contrato o exigir el pago de la prima debida en vía ejecutiva con base en la póliza.

Mientras no haya pago de la prima, el asegurador no está obligado a la cobertura del riesgo. Por su parte, el artículo 15.1 reconoce expresamente la póliza como título ejecutivo.

Con respecto al incumplimiento del pago de las primas subsiguientes, el citado profesor español anota:

“El incumplimiento del pago de esta prima tenga como consecuencia —según el artículo 15.2— que la cobertura del asegurador quede suspendida un mes después del día de su vencimiento”.

Y sobre la reanudación de la cobertura señala:

“La suspensión de la cobertura deja de tener efecto cuando el tomador del seguro paga su prima, bien en forma voluntaria o forzosa. Por consiguiente, el asegurador estará obligado al pago de la prestación si se produce el siniestro y ello a partir de ‘las veinticuatro horas del día en que el tomador pagó la prima’.

La reanudación de los efectos no quiere decir que a partir de esa fecha se comience a contar un nuevo periodo. El periodo no se modifica y dado que el incumplimiento ha sido por culpa del tomador, este pierde la parte de prima correspondiente al tiempo transcurrido entre el mes siguiente al día del vencimiento de la obligación de pago de la prima y el día en que realmente efectuó su pago”⁷².

La normatividad española establece que en el evento de primas periódicas, la exigibilidad de la primera cuota se hace efectiva desde la firma del contrato y no desde la entrega de la póliza, como lo es en Colombia.

En España, a falta de estipulación, el lugar del pago es el domicilio del tomador. La legislación colombiana en materia de seguros señala en el artículo 1067: “El pago de la prima deberá hacerse en el domicilio del asegurador o en el de sus representantes o agentes debidamente autorizados”.

En España se establece expresamente que la póliza presta mérito ejecutivo para el cobro de la prima al vencimiento, el asegurador puede optar por resolver el contrato o exigir el pago de la prima. La legislación colombiana no contempla norma alguna donde expresamente se diga que la póliza presta mérito ejecutivo, en la

72 Sánchez Calero, Fernando et al. *Ley de contrato de seguro...*, cit., pp. 305 y ss.

práctica son pocas las recuperaciones del asegurador por concepto de primas a nivel judicial.

En España, la norma señala que si la prima no ha sido pagada antes de la ocurrencia del siniestro, el asegurador queda liberado de responsabilidad. No sucede así en nuestra normatividad: si existe un pacto o se está dentro del término del mes a que se refiere el artículo 1068, el asegurador no se libera de responsabilidad, pues el tomador no está en mora y por lo tanto no se ha producido la terminación automática del contrato de seguro.

7.5. Francia

Según el artículo L113-3 (Ley n° 81-5 del 7 de enero de 1981, artículo 31 Diario Oficial del 8 de enero de 1981, rectificativo JORF 8 de febrero de 1981), la prima debe ser pagada en el domicilio del asegurador o del mandatario designado por él para el efecto. Sin embargo, la prima puede ser pagada en el domicilio del asegurado o en cualquier otro lugar convenido en los casos y con las condiciones limitativamente establecidas por decreto en Consejo de Estado.

En defecto pago de la prima, o de una fracción de prima, dentro de los diez días de su vencimiento, e independientemente del derecho del asegurador de perseguir la ejecución del contrato ante la justicia, la garantía solo puede ser suspendida treinta días después del requerimiento al asegurado. En caso de que la prima anual haya sido fraccionada, la suspensión de la garantía, ocurrida en caso de no pago de una de las fracciones de la prima, produce sus efectos hasta la expiración del período anual considerado. La prima o fracción de prima es tomada en todos los casos, después del requerimiento al asegurado.

El asegurador tiene derecho a resolver el contrato diez días después de la expiración del plazo de treinta días mencionado en el segundo párrafo del presente artículo. El contrato no resuelto retoma hacia el futuro sus efectos, al mediodía, el día siguiente a la fecha en que fueron pagadas al asegurador o al mandatario designado por él para el efecto, la prima atrasada o, en caso de fraccionamiento de la prima anual, las fracciones de prima que hayan sido objeto de requerimiento y aquellas vencidas durante el período de suspensión, así como, eventualmente, los gastos de gestión y recobro.

Las disposiciones de los párrafos 2 a 4 del presente artículo no son aplicables a los seguros de vida.

La legislación francesa señala como lugar de pago de la prima el domicilio del asegurador, en defecto de estipulación contractual diversa, al igual que la Argentina.

El profesor Jérôme Kullmann sostiene que la prima es en principio divisible en razón de la regla general de la proporcionalidad de la prima al riesgo. Esta divisibilidad puede ser apreciada desde dos puntos de vista:

- En primer lugar, prorratea *temporis*, es decir, es debida por un cierto período y da derecho a la cobertura por igual duración. Si el contrato finaliza anticipadamente, el asegurador deberá restituir la parte de la prima correspondiente al período que corre desde la fecha de la cesación prematura del seguro a la fecha de terminación inicialmente prevista.
- En segundo lugar, la prima es divisible en la medida en que puede estar relacionada con un riesgo específico, como hurto o incendio, por ejemplo. Si uno de los riesgos inicialmente amparado deja de estar asegurado, la prima debe ser reducida con fundamento en el principio de proporcionalidad de la prima y el riesgo.

Con respecto a la fecha de exigibilidad de la prima, el destacado jurista francés manifiesta que esta se encuentra sujeta a la libertad contractual. Generalmente, la prima debe ser pagada de manera anticipada, en el momento de otorgamiento de la cobertura, la cual está subordinada al pago efectivo.

El artículo R.113-4 del Código de Seguros impone la obligación al asegurador de avisar al asegurado o a la persona encargada del pago de la prima, a cada vencimiento, la fecha límite para el pago y la suma debida. La norma no prevé una sanción en particular en caso de incumplimiento de esta obligación. Solo puede ser tenida en cuenta la fecha de vencimiento mencionada en la póliza.

El régimen francés prevé que desde el envío del requerimiento, comienza a correr un plazo de treinta días. La cobertura sigue vigente durante este lapso, pero una vez finaliza, la cobertura se suspende en forma automática, al igual que en Perú.

El artículo L.113-3 prevé que el asegurador tiene derecho a rescindir el contrato diez días después de la expiración del plazo inicial de treinta días. La rescisión solo puede ocurrir después de cuarenta días, contados a partir del requerimiento⁷³.

La cobertura únicamente puede ser suspendida entonces treinta días después del requerimiento al asegurado. El asegurador tiene derecho a dar por terminado el contrato diez días después de la expiración del término de treinta días mencionado.

73 Kullmann, Jérôme. *Contrat d'assurance...*, cit., pp. 171, 172, 175, 183 y 185.

El sistema francés prevé un procedimiento para que se dé la rescisión del contrato de seguro. Es una norma protectora del asegurado, en la medida en que exige requerimiento del asegurador para que el primero entre en mora. No se consagra la terminación automática por mora en el pago de la prima.

7.6. Perú

De acuerdo con el artículo 17. Pago de la prima, "El contratante es el obligado al pago de la prima. En caso de siniestro, son solidariamente responsables el asegurado y el beneficiario, respecto del pago de la prima pendiente.

El asegurador no puede rechazar el pago de la prima ofrecido o efectuado por un tercero. El pago de la prima debe ser efectuado al asegurador o a la persona que está autorizada a tal fin".

De conformidad con el artículo 18. Compensación, "El asegurador puede compensar la prima pendiente de pago, únicamente de la póliza respectiva, contra la indemnización debida al asegurado o beneficiario del seguro.

En caso de siniestro total que debe ser indemnizado en virtud del contrato de seguro, la prima se entiende totalmente devengada, debiendo imputarse al pago de la indemnización correspondiente".

El artículo 19. Lugar de pago, señala: "La prima se paga en el lugar previamente acordado por las partes y, a falta de acuerdo, en el domicilio del asegurador".

De conformidad con el artículo 20. Exigibilidad de la prima, "La prima es debida desde la celebración del contrato. El pago puede ser fraccionado o diferido, en cuyo caso se sujeta a los plazos acordados en el Convenio de Pago suscrito por el contratante".

De acuerdo con el artículo 21. Suspensión de la cobertura por incumplimiento de pago, El incumplimiento de pago establecido en el Convenio de Pago origina la suspensión automática de la cobertura del seguro una vez transcurridos treinta (30) días desde la fecha de vencimiento de la obligación, siempre y cuando no se haya convenido un plazo adicional para el pago. Para tal efecto, el asegurador deberá comunicar de manera cierta al asegurado a través de los medios y en la dirección previamente acordada, el incumplimiento del pago de la prima y sus consecuencias, así como indicar el plazo de que dispone para pagar antes de la suspensión de la cobertura del seguro. El asegurador no es responsable por los siniestros ocurridos durante el período en que la cobertura se mantiene suspendida.

La suspensión de cobertura no es aplicable en los casos en que el contratante ha pagado, proporcionalmente, una prima igual o mayor al período corrido del contrato.

Si el asegurador no reclama el pago de la prima dentro de los noventa (90) días siguientes al vencimiento del plazo, se entiende que el contrato queda extinguido.

Según el artículo 22. Rehabilitación, “La rehabilitación de la cobertura de seguro, cuando el contrato se encuentra suspendido, se aplica hacia el futuro y requiere del contratante el pago total de las cuotas vencidas. La cobertura vuelve a tener efecto a partir de las cero (0:00) horas del día siguiente a aquel en que se cancela la obligación.

La póliza podrá ser rehabilitada, a opción del asegurado, mientras que el asegurador no haya expresado por escrito su decisión de resolver el contrato”.

El artículo 23. Resolución del contrato por falta de pago, señala: “En caso que la cobertura del seguro se encuentre en suspenso por el incumplimiento en el pago de primas, el asegurador puede optar por la resolución del contrato, no siendo responsable por los siniestros ocurridos en tales circunstancias.

El contrato de seguro se considera resuelto en el plazo de treinta (30) días contados a partir del día en que el contratante recibe una comunicación escrita del asegurador informándole sobre esta decisión”.

De conformidad con el artículo 24. Derecho del asegurador, “Cuando la resolución se produce por incumplimiento en el pago de la prima, el asegurador tiene derecho al cobro de la misma, de acuerdo a la proporción de la prima correspondiente al período efectivamente cubierto”.

La norma peruana establece que en caso de siniestro, son solidariamente responsables por el pago de la prima el asegurado y el beneficiario, disposición novedosa respecto de los demás ordenamientos.

De manera expresa señala que en caso de siniestro total, la prima se entiende totalmente devengada.

En relación con el lugar de pago, lo deja a la autonomía de la voluntad de las partes y en ausencia de la misma, en el domicilio del asegurador.

De manera semejante a la legislación francesa, pero con plazos más generosos en favor del asegurado, dispone que la suspensión de la cobertura por incumpli-

miento del pago de la prima se produce de manera automática, una vez transcurridos treinta días desde la fecha de vencimiento de la obligación.

En cuanto a la resolución del contrato, esta se produce en el plazo de treinta días contados a partir del día en que el contratante recibe una comunicación escrita del asegurador informándole sobre esta decisión.

7.7. Comentarios

De acuerdo con Halperín “Como su nombre lo indica, la prima se debe pagar al comienzo del contrato, requisito que tiene su razón de ser, entre otros motivos, en exigencias de la técnica asegurativa que requiere que se forme un fondo común para atender los siniestros que vayan sufriendo los integrantes del grupo”⁷⁴. La realidad comercial es distinta, el pago fraccionado de la prima o los créditos otorgados para su financiación constituyen la realidad de la práctica aseguradora. Por ello, la regulación de la mora en el pago de la prima resulta de vital importancia.

La solución colombiana sobre terminación automática por mora en el pago de la prima, sin requerimiento alguno ni suspensión del contrato, es un caso particular en el Derecho comparado. Con el objeto de ofrecer una mayor claridad y protección al asegurado, se suele prever inicialmente la suspensión de la cobertura y posteriormente la posibilidad de rescindir el contrato mediante el cumplimiento de ciertas formalidades.

Respecto del lugar del pago, la tendencia mayoritaria es que sea el domicilio del asegurador, como sucede en nuestro país, salvo pacto en contrario.

La discusión sobre el mérito ejecutivo de la póliza está sabiamente zanjada en el ordenamiento español, no así en los demás.

Por el hecho de ser el contrato de seguro de tipo oneroso, el pago de la prima desempeña un papel determinante. El tratamiento del plazo, de la exigibilidad y recaudo de su valor es diverso en cada país. No hay tendencias uniformes en este sentido, aunque sí se observa la generalizada posibilidad de percibir la prima devengada correspondiente al riesgo asumido.

74 Halperín, Isaac. *Seguros...*, cit.

8. La prescripción

8.1. Argentina

8.1.1. Término

Según el artículo 58, “Las acciones fundadas en el contrato de seguro prescriben en el plazo de un año, computado desde que la correspondiente obligación es exigible”.

8.1.2. Beneficiario

En el seguro de vida, el plazo de prescripción para el beneficiario se computa desde que conoce la existencia del beneficio, pero en ningún caso excederá de tres años desde el siniestro.

8.1.3. Abreviación

Por conformidad con el artículo 59, “El plazo de la prescripción no puede ser abreviado. Tampoco es válido fijar plazo para interponer acción judicial”.

De otra parte, para el seguro de riesgos deportivos, el artículo 9º de la Ley 14231 señala un término de tres años y para el seguro sobre la vida de empleados del Estado, el artículo 2º de la Ley 14364 establece un término de diez años.

En el Derecho argentino, al igual que en el colombiano, las normas sobre prescripción son de orden público y los plazos no pueden ser abreviados. Vale la pena anotar que para todos los seguros, en general, se establece un término más breve que en Colombia, un año desde la exigibilidad de la obligación, salvo para los seguros de vida, cuyo término se computa desde que se conoce la existencia del beneficio, pero no puede ser superior a tres años. Algunos tratadistas argentinos consideran que el citado artículo 58 no es aplicable al tercero en los seguros de responsabilidad civil, pues ellos no fundamentan su acción en el contrato de seguro propiamente.

8.2. Chile

De acuerdo con el artículo 541. Prescripción, “Las acciones emanadas del contrato de seguro prescriben en el término de cuatro años, contado desde la fecha en que se haya hecho exigible la obligación respectiva.

Fuera de otras causales legales, la prescripción que corre en contra del asegurado se interrumpe por la denuncia del siniestro, y el nuevo plazo regirá desde el momento en que el asegurador le comunique su decisión al respecto.

En el seguro de vida el plazo de prescripción para el beneficiario será de cuatro años y se contará desde que conoce la existencia de su derecho, pero en ningún caso excederá de diez años desde el siniestro.

El plazo de prescripción no puede ser abreviado bajo ninguna forma de caducidad o preclusión, y en los seguros a que se refiere el artículo 570, dicho plazo no será inferior al de la acción que tenga el tercero perjudicado en contra del asegurado”.

La nueva ley chilena de seguros establece un plazo de prescripción de cuatro años, aclarando que en los seguros de vida este plazo se cuenta desde que el beneficiario conoce la existencia de su derecho y señala un límite máximo de diez años.

De acuerdo con las tendencias internacionales, esta legislación establece una diferenciación entre los seguros de vida y los demás para efectos de la prescripción. Asimismo, deja claramente establecido que la prescripción se interrumpe con la denuncia del siniestro, al igual que en Colombia desde la reforma al Código General del Proceso.

En materia de prescripción, el doctor Sergio Arellano sostiene:

“Conforme al artículo 541, las acciones emanadas del contrato de seguro prescriben en el término de cuatro años, contado desde la fecha en que se haya hecho exigible la obligación respectiva. Fuera de otras causales legales, la prescripción que corre en contra del asegurado se interrumpe por la denuncia del siniestro y el nuevo plazo rige desde el momento en que el asegurador le comunique su decisión al respecto.

En el seguro de vida el plazo de prescripción para el beneficiario es también de cuatro años y se cuenta desde que conoce la existencia de su derecho, pero en ningún caso excederá de diez años desde la ocurrencia del siniestro.

El plazo de prescripción no puede ser abreviado bajo ninguna forma de caducidad o preclusión. En los seguros de responsabilidad civil dicho plazo no será inferior al de la acción que tenga el tercero perjudicado en contra del asegurado”⁷⁵.

8.3. Colombia

Según el artículo 1081, “La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes”.

De conformidad con el artículo 1131 (modificado Ley 45 de 1990, artículo 86), “En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial”.

En el Derecho colombiano la prescripción puede ser:

- Ordinaria: es de dos años, empieza a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.
- Extraordinaria: es de cinco años, corre contra toda clase de personas y empieza a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes y todo contrato de seguros está sometido a ellos.

La norma sobre prescripción aplica tanto para el asegurador como para el asegurado.

En Colombia, la prescripción se interrumpe:

75 Arellano Iturriaga, Sergio. *La ley del seguro*, cit., p. 20.

- Civilmente, con la presentación de la demanda, siempre y cuando el auto admisorio o el mandamiento ejecutivo sean notificados al demandado dentro del término de un año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante de tales providencias.

También se interrumpe por el requerimiento escrito realizado al deudor directamente por el acreedor, por una sola vez. Esta es una importante reforma introducida por el artículo 94 del Código General del Proceso. A este respecto, el doctor Hernán Fabio López anota: “Así por ejemplo el aviso de siniestro cuando se trata de una obligación a cargo de la aseguradora no conlleva las características de requerimiento para el pago, pero sin duda si lo tiene la presentación de la reclamación de que trata el artículo 1077 del C. de Co.”⁷⁶.

- Naturalmente: por el reconocimiento de la obligación por parte del deudor, expresa o tácitamente.

El artículo 1131 del Código de Comercio establece el término a partir del cual empieza a correr la acción de prescripción. Indica que respecto del tercero, frente a la aseguradora, la prescripción empieza a correr desde que ocurre el hecho externo imputable al asegurado y ordinariamente es de dos años, conforme al artículo 1081 del Código de Comercio. Frente al asegurado, si nos referimos a la prescripción ordinaria, el término de los dos años empieza a correr desde que el tercero le formula la petición judicial o extrajudicial, y de acuerdo con la última reforma al régimen general de la prescripción, esta reclamación del tercero al asegurado no debe exceder diez años. La reclamación judicial se entiende formulada desde la presentación de la demanda.

En materia arbitral, en relación con la prescripción, el laudo arbitral dictado dentro del proceso de Alstom Brasil contra la Compañía Suramericana de Seguros S.A., con fundamento en que las partes en el contrato de seguro habían convenido el nombramiento de un ajustador de seguros que liquidara la pérdida en caso de siniestro, esta decisión, que no compartimos, concluye que la prescripción no podía empezar a correr hasta que dicho experto rindiera el informe en el cual cuantificara el daño, pues la entidad beneficiaria no tenía la posibilidad de reclamar hasta que se hubiera producido el mismo:

“Con base en lo anterior, el Tribunal estima, de un lado, que por la complejidad del siniestro y por el modo como las partes del contrato convinieron la forma

76 López Blanco, Hernán Fabio. *Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012*, Normas vigentes. Bogotá: Dupré Editores, 2013, p. 133.

de adquirir ese conocimiento que exige la ley en interés de ambas, no ha habido configuración de la prescripción que hubiese tenido como soporte el abandono en el ejercicio de derecho que pueda atribuirse al tomador. Pero visto desde la perspectiva de la interrupción de la prescripción, debe indicarse que conocido en su integridad el siniestro con la presentación del informe de ajuste, el cual, se reitera, en los términos de la condición contractual así se encuentra previsto, se tiene que rendido ese informe el 16 de abril de 2003 y presentada la demanda ante la jurisdicción común el 8 de abril de 2005, la prescripción se interrumpió dentro de los límites temporales fijados por la legislación y no impide el ejercicio de los derechos por parte del tomador, reclamante de la indemnización, sin que le sea atribuible a este vencimiento alguno de plazo o inactividad en el ejercicio de un derecho”⁷⁷.

8.4. España

De conformidad con el artículo 23, “Las acciones que se deriven del contrato de seguro prescribirán en el término de dos años, si se trata de seguro de daños y de cinco, si el seguro es de personas”.

La legislación española, a diferencia de la colombiana, establece una prescripción diferente según se trate de seguros de daños o de seguros de personas, siendo más prolongada la última, de cinco años.

Con respecto a esta diferenciación, el profesor Sánchez Calero anota: “Pero como justificación de la fijación del plazo de cinco años para las acciones de los seguros de personas, hemos de alegar que si estos seguros (vida, accidentes, enfermedad y asistencia sanitaria) son complementarios de la Seguridad Social y que su desarrollo va unido en buena parte a la difusión de esta, parece oportuno que se aplique un plazo de prescripción semejante en unos casos y otros”⁷⁸.

En relación con las personas a quienes se aplica el artículo 23, el citado autor señala:

“De forma positiva podemos decir que todas las acciones que derivan del contrato de seguro están comprendidas en el régimen previsto en el artículo 23. Por consiguiente, comprende tanto los derechos que tenga el asegurador contra el tomador del seguro o, en su caso, el asegurado o el beneficiario (por ejemplo, la reclamación de daños y perjuicios al amparo del artículo 16.1), como los que puedan

77 Laudo arbitral de Alstom Brasil Ltda. contra Compañía Suramericana de Seguros S.A., Bogotá, 14 de septiembre de 2006.

78 Sánchez Calero, Fernando et al. *Ley de contrato de seguro...*, cit., p. 440.

corresponder al asegurado o, en su caso, al beneficiario o al tomador del seguro contra el asegurador (cfr. artículo 7.3, que establece una norma sobre los ‘derechos que derivan del contrato’) e igualmente al adquirente del objeto asegurado que se subroga en los derechos y obligaciones que le correspondieran a su anterior titular (cfr. artículo 34)”⁷⁹.

“El artículo 23 —a diferencia de otras leyes extranjeras sobre el contrato de seguro— ha guardado silencio sobre el inicio o comienzo del cómputo del plazo de la prescripción, por que habrán de aplicarse las normas generales”²⁷.

En la medida en que el artículo 23 de la LCS no indica desde cuándo se computa el término de prescripción, el profesor Sánchez Calero manifiesta que se debe aplicar “el principio general sentado por el artículo 1969 del Código Civil que establece que el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse”⁸⁰.

Como causa de interrupción de la prescripción, la ley contempla “la demanda o cualquier otro género de interpelación judicial”. La jurisprudencia desarrolla como otra causa la conciliación, aunque no esté seguida de una demanda.

En nuestro ordenamiento, la solicitud de conciliación es una causa de suspensión, mas no de interrupción de la prescripción.

Otra causa de interrupción la constituye el reconocimiento de las obligaciones por parte del acreedor. En cambio, tal como lo explica Sánchez Calero, la reclamación ante autoridad administrativa, como la Dirección General de Seguros, no constituye una causa de interrupción de la prescripción.

En consideración del citado profesor, si el procedimiento pericial del artículo 38 se considera como procedimiento judicial en los seguros de daños, tiene carácter interruptivo de la prescripción.

El Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro español de 2014 prevé en materia de prescripción:

79 Ibid., p. 315.

80 Ibid., p. 442.

“Artículo 581-22. *Prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro.* Las acciones que se deriven del contrato de seguro prescribirán en el término de dos años si se trata de seguro de daños y de cinco si el seguro es de personas”.

Esta es una norma de redacción sencilla que mantiene la diferenciación entre seguros de daños para los cuales la prescripción sería de dos años y para seguros de personas, no solo de vida, de cinco.

8.5. Francia

Según el artículo L114-1 (Ley nº 89-1014 del 31 de diciembre de 1989, artículo 15, Diario Oficial del 3 de enero de 1990, en vigor el 1º de mayo de 1990), “Todas las acciones que se derivan de un contrato de seguro prescriben en dos años contados desde el hecho que les da vida”.

Sin embargo, este plazo no corre:

- 1º En caso de reticencia, omisión, declaración falsa o inexacta sobre el riesgo corrido, solo desde el día en que el asegurador tuvo conocimiento.
- 2º En caso de siniestro, solo desde el día en que los interesados tuvieron conocimiento, si demuestran que lo ignoraron hasta ese momento.

Cuando la acción del asegurado contra el asegurador tiene por causa el reclamo de un tercero, el plazo de prescripción no corre sino a partir del día en que el tercero ejerció una acción ante la justicia contra el asegurado o fue indemnizado por este último. La prescripción es llevada a diez años en los contratos de seguro sobre la vida cuando el beneficiario es una persona distinta del suscriptor y en los contratos de seguro contra los accidentes personales, cuando los beneficiarios son los derechohabientes del asegurado fallecido.

De acuerdo con el artículo L114-2 (Ley nº 89-1014 del 31 de diciembre de 1989, artículo 48 y 51, Diario Oficial del 3 de enero de 1990, en vigor desde el 1º de julio de 1990), “La prescripción se interrumpe por una de las causas ordinarias de interrupción de la prescripción y por la designación de expertos con ocasión de un siniestro. La interrupción de la prescripción de una acción puede, también, resultar del envío de una comunicación recomendada con acuse de recibo dirigido por el asegurador al asegurado en lo que concierne la acción de pago de la prima y por el asegurado al asegurador en lo que concierne el reglamento de la indemnización.

En el Derecho francés, las acciones derivadas del contrato de seguro prescriben en dos años desde el hecho que da nacimiento a la acción, equivalente a la expresión colombiana “desde el momento en que nace el respectivo derecho”. Diferencia esta legislación entre los casos de reticencia o inexactitud, en los cuales se toma como

punto de partida el día en que el asegurador tuvo conocimiento, aspecto que no goza de esta claridad en nuestra legislación, y los casos de siniestro, en los cuales se toma como punto de partida la fecha en que los interesados tuvieron o han debido tener conocimiento, pero se aclara que tales interesados tienen la carga de probar que ignoraban la ocurrencia del hecho.

La prescripción, a diferencia de Colombia, se interrumpe con el nombramiento de ajustadores como consecuencia de un siniestro, y también con el envío de una carta con acuse de recibo, tanto por el asegurado como por el asegurador, según el tipo de cobro de que se trate, es decir, si se pretende el pago de la prima o el pago de una indemnización.

La Ley 2008-561 del 17 de junio de 2008 modificó el artículo 2262 del Código Civil que establecía el régimen general de la prescripción y señalaba un término de treinta años. El vigente artículo 2224 del Código de Civil la reduce a cinco años. Si bien de manera expresa no hubo una modificación del régimen de prescripción del contrato de seguro, como veremos, esta norma general sí tiene algunos impactos en materia de seguros. Tal es el caso de la designación de un experto, ajustador, que en Derecho francés interrumpe la prescripción. El Código de Seguros guardó silencio sobre la suspensión de la prescripción hasta que este rinda el informe de ajuste, por ende, es aplicable el artículo 2239 del Código Civil. Como consecuencia de esto, cuando el experto es designado por el juez, se produce la suspensión de la prescripción hasta el vencimiento del plazo de seis meses a partir del “depósito del informe”. Esto solo ocurre cuando es el juez quien nombra el perito:

“El Código de Seguros solo consagra dos artículos de origen legislativo a la prescripción bienal. El artículo L-114-1 del Código de Seguros, de manera inicial, que sienta el principio y determina el punto de partida que varía según el objeto de la demanda y el seguro considerado. Este texto establece también un plazo de prescripción específico para los contratos de seguro de vida: diez años y adicionalmente una prescripción absoluta de treinta años. El artículo L.114-2 del mencionado código, también, que rige la interrupción de la prescripción”⁸¹.

En Francia, el tema de la prescripción de la acción del contrato de seguro genera un número importante de litigios, controversias relativas principalmente al campo de aplicación de la prescripción bienal, al punto de partida para contabilizar el término, y a las causas de interrupción y de suspensión.

81 Kullmann, Jérôme. *Contrat d'assurance...*, cit., p. 401.

Con respecto al punto de partida del término de la prescripción de los dos años en la legislación francesa, este se cuenta desde el día siguiente a aquél en que ocurrió el hecho que da lugar a la acción a la hora cero, hasta los dos años siguientes del aniversario del hecho

Un tercer artículo, el L.114-3, fue agregado con el objeto de prohibir las modificaciones contractuales a la prescripción, tales como la duración, la estipulación de causales de interrupción o de suspensión distintas de aquéllas previstas en la ley.

De otra parte, el artículo R.112-1 del Código de Seguros establece que las pólizas deben incorporar las disposiciones legales relativas a la prescripción del contrato, sin embargo, dicha norma no prevé ninguna sanción en caso de omisión de esta obligación. La Corte de Casación señala al respecto:

“Atendiendo los términos de este texto, las pólizas de seguros deben recordar las disposiciones de la Ley relativas a la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro: La inobservancia de estas disposiciones es sancionada con la inoponibilidad al asegurado del plazo de prescripción establecido por el artículo L.114-1 del mismo código”⁸².

8.6. Perú

Según el artículo 78. Término, “Las acciones fundadas en el contrato de seguro prescriben en el plazo de diez años desde que ocurrió el siniestro”.

De conformidad con el artículo 79. Prima en cuotas, “Cuando la prima debe pagarse en forma fraccionada, la prescripción para su cobro se computa a partir del vencimiento de la última cuota o de la fecha de anulación de la póliza, lo que ocurra primero”.

El artículo 80. Beneficiario, señala: “En los seguros que cubran el riesgo de fallecimiento de una persona, el plazo de prescripción para el beneficiario se computa desde que este conoce la existencia del beneficio”.

Sobre las disposiciones de la legislación peruana, el doctor Mesa anota:

“Cabe señalar que el plazo prescriptorio de 10 años que trae la nueva ley fue decidido en la sesión de la Comisión de Justicia y DDHH del Congreso de la República, a propuesta del congresista Marco Falconí Picardo, quien tomó como

82 Cass. 2e civ., 2 juin 2005, n° 03-11.871, RGDA 2005, p. 619. Note Kullmann J.

base del artículo 2001 (1) del Código Civil que dispone la prescripción de la acción personal a los 10 años.

Por la naturaleza de los seguros, este plazo debió ser más breve. La propuesta original de proyecto de la SBS establecía un plazo prescriptorio de 3 años⁸³.

8.7. Comentarios

El plazo establecido en la legislación peruana es amplio, se sale de los estándares internacionales.

En general, la tendencia universal en los plazos de prescripción se orienta a reducirlos, oscilan entre uno y cinco años y se trata de normas de orden público sobre las cuales no es permitida la intervención de la autonomía de la voluntad de los contratantes.

El sistema colombiano acogió la tendencia de admitir que la prescripción se interrumpe con la reclamación, como sucede en España y Francia, sin embargo, en Colombia hay doctrina en contra de esta interpretación. También hay una diferenciación entre la prescripción aplicable a los seguros de daños y aquella propia de los seguros de personas, salvo en Colombia.

La prescripción de la acción en materia de seguros es un tema de mucho litigio, los términos empleados para contar estos plazos dan lugar a diversas interpretaciones, tales como “el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento”, “el hecho que da base a la acción”, para citar tan solo algunas expresiones.

El tema financiero no se puede deslindar del jurídico, la definición de los términos de prescripción redundan de manera directa en las reservas que deben constituir la aseguradora, no es un tema menor que deba estar sujeto al criterio arbitrario del legislador, sino que requiere un verdadero análisis.

9. La acción directa en el seguro de responsabilidad civil

9.1. Argentina

De acuerdo con el artículo 118. *Citación del asegurador*, “El damnificado puede citar en garantía al asegurador hasta que se reciba la causa a prueba. En tal caso debe interponer la demanda ante el juez del lugar del hecho o del domicilio del asegurador”.

83 Mesa Carvajal, Luis Alberto. *La nueva ley del contrato de seguro del Perú* cit., p. 47.

9.1.1. Pluralidad de damnificados

Según el artículo 119, “Si existe pluralidad de damnificados, la indemnización debida por el asegurador se distribuirá a prorrata. Cuando se promuevan dos o más acciones, se acumularan los diversos procesos para ser resueltos por el juez que previno”.

El sistema argentino admite la acción directa del tercero frente al asegurador. Vale la pena mencionar que establece, a diferencia de nuestro ordenamiento, que en caso de haber varios damnificados, la indemnización se distribuirá a prorrata.

En el Derecho argentino, el tema de la acción directa no es pacífico, pues en tanto algunos tratadistas sostienen que la norma antes transcrita consagró dicha figura, otro sector defiende que lo que la norma consagró para el tercero fue la figura de la citación en garantía al asegurador.

Respecto de la acción directa, el profesor Halperín considera que: “Este mecanismo recibió, en nuestra Ley de Seguros, 17418, características peculiares establecidas por su artículo 118, que lo regula con la figura de la citación en garantía. Pese a que también se ha cuestionado que en este dispositivo legal se configure una acción directa, entendemos que su normativa refuerza la respuesta afirmativa en el sentido de que da la posibilidad de un accionar directo —aunque no autónomo— contra el asegurador de su dañante”⁸⁴.

El doctor Norberto Pantanali se pronuncia defensor de la inconveniencia de la acción directa contra el asegurador sin la presencia del asegurado: “En definitiva —por una razón de prudencia y para no desechar la experiencia recogida por los tribunales—, me inclino por mantener la estructura jurídica de la citación en garantía del asegurador en el pleito que promueva el tercero damnificado en el que necesariamente debe estar el asegurado causante del daño, y no comparto la incorporación a la legislación de seguros de una acción directa autónoma contra la aseguradora que se traduce en una restricción de responsables que deban enfrentar los efectos de la condena, en tanto el asegurado no estará presente en la contienda.

Agrego por último, a mayor abundamiento —y no menos importante— que una modificación como la que se propicia en la Argentina, no solo atenta contra la propia naturaleza jurídica del seguro de responsabilidad civil, sino que además no se compatibiliza con los convenios internacionales celebrados con los países her-

84 Halperín, Isaac. *Seguros...*, cit., p. 752.

manos del Mercosur, los que significaron un sustancial avance en la integración latinoamericana.

La concepción que trasunta el proyecto propuesto en la Argentina intenta hacer prevalecer los derechos del consumidor, a expensas de una tergiversación de los postulados del contrato de seguro que no solo es un contrato jurídico, sino además técnico y económico, cuyas bases no se pueden alterar sin resentir la ecuación básica en que se funda: riesgo= prima⁸⁵.

9.2. Chile

Con respecto a la acción directa del tercero en relación con el asegurador, el doctor Sergio Arellano señala: “En Chile el tercero afectado dispone de acción contra el asegurador en seguros obligatorios, como accidentes personales para vehículos motorizados y algunos daños ambientales, pero ella no es admisible respecto de otras pólizas del ramo.

En nuestra opinión, la progresiva aceptación de la acción directa de terceros afectados en responsabilidad civil general no muestra señales de debilitarse. Por el contrario, cada vez más legislaciones incorporan esta posibilidad, por considerar que con ello se cumple un fin social y se valida la razón de ser de este seguro, que es la de proteger el patrimonio del asegurado, pero necesariamente en relación con su responsabilidad frente a terceros afectados por sus actos. Los valores entregados por el asegurador por este concepto no pueden tener otro destino que el resarcimiento del tercero, incluso en caso de insolvencia posterior del asegurado. Por lo demás es común que las compañías paguen directamente al tercero una vez que ha quedado establecida la respectiva obligación del asegurado, por lo que no resultaría impropio que la ley le otorgara al titular del consiguiente derecho la posibilidad de deducir acciones contra el asegurador, además del asegurado responsable⁸⁶.

La reciente ley de seguros de Chile no reguló entonces la acción directa, manteniéndola según la doctrina mayoritaria solo para ciertos seguros obligatorios.

9.3. Colombia

De conformidad con el artículo 1133 (modificado, Ley 45 de 1990, artículo 84), “En el seguro de responsabilidad civil los damnificados tienen acción directa con-

85 *Derecho de seguros y reaseguros*, Liber Amicorum en homenaje de profesor Arturo Díaz Bravo, cit.

86 Arellano Iturriaga, Sergio. *La ley del seguro*, cit., pp. 239-240.

tra el asegurador. Para acreditar su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077, la víctima, en ejercicio de la acción directa podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador”.

A partir de la Ley 45 de 1990, nuestro ordenamiento jurídico consagró la acción directa del tercero frente al asegurador, lo cual significó un gran avance en el seguro de responsabilidad civil puesto que dejó de ser necesario contar con el asegurado para solicitar la indemnización a la aseguradora, en calidad de perjudicado.

Con respecto al ejercicio de la acción directa contra el asegurador, sin la vinculación del asegurado al proceso, algunos sectores de la doctrina se han pronunciado en contra. No obstante, la mayoría de los jueces consideran que tal vinculación al asegurador sin el asegurado, es viable en el ordenamiento jurídico colombiano. A este respecto la doctora Piedad Cecilia Vélez sugiere: “En aras de la seguridad jurídica y de las garantías fundamentales, conviene reformar la ley en orden a obligar el ejercicio de una y otra acciones por parte de la víctima en el mismo proceso, o al menos obligar el llamamiento en garantía por parte del victimario demandado”⁸⁷.

La Ley 1328 de 2009 creó el Registro Único de Seguros (RUS), cuya finalidad es que el público pueda acceder a la información relativa al tomador, al asegurado y al beneficiario, entre otros seguros, en los de responsabilidad civil automóviles. Dicho registro es administrado por la Federación de Aseguradores Colombianos (FASECOLDA) y se convierte en una herramienta de gran utilidad, por vía de ejemplo, en accidentes de tránsito en los cuales el tercero, con cierta información como las placas del vehículo o la fecha del accidente, puede conocer si el vehículo que intervino en un accidente de tránsito está asegurado y en qué aseguradora (www.rus.com.co).

En relación con la prescripción de la acción directa, mediante sentencia del 29 de junio de 2007, la Corte Suprema de Justicia determinó que el plazo aplicable es el de cinco años, correspondiente a la prescripción extraordinaria de que trata el artículo 1081 del Código de Comercio, desde que acaece el hecho externo aplicable al asegurado⁸⁸.

87 Vélez Gaviria, Piedad Cecilia. Monografía: *El ejercicio de la acción directa en Colombia - Sus implicaciones con la acción de responsabilidad civil*. Medellín: Pontificia Universidad Javeriana, 2012.

88 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 29 de Junio de 2007, magistrado ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

9.4. España

De conformidad con el artículo 76, El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de este, el daño o perjuicio causado a un tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra este. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido”.

El sistema español consagra la acción directa. También prevé expresamente que el asegurador puede repetir contra el asegurado cuando haya dolo por parte del mismo en la conducta que dio origen. En relación con la acción directa del tercero damnificado contra el asegurador, el profesor Fernando Sánchez Calero señala: “El artículo 76, uno de los de mayor trascendencia práctica de la LCS, ha reconocido la existencia de un derecho propio del perjudicado frente al asegurador de responsabilidad civil para exigirle la obligación de indemnizar nacida a cargo del asegurado. Este artículo ha extendido el derecho propio del perjudicado a todas las modalidades del seguro de responsabilidad civil con un criterio progresista —tanto en los supuestos de seguros obligatorios como voluntarios—, lo que, en general, ha sido elogiado”.

En este mismo sentido, el citado autor comenta:

“El reconocimiento del derecho del perjudicado frente al asegurador para exigirle la obligación de indemnización que pesa sobre el asegurado —derecho al que alude la LCS bajo su vestidura procesal de acción— representa la culminación de un largo proceso dentro del seguro de responsabilidad civil, tendiente a tutelar de manera efectiva ese derecho, que había tenido su consagración legislativa con relación a ciertos hechos dañosos (en el campo de la circulación automovilística, la energía nuclear, la caza, etc.) y que el artículo 76 extiende a todos los supuestos en los que el causante del daño está asegurado”⁸⁹.

Según lo manifiesta la profesora María José Fernández Martín, en su artículo “Acción directa y su proyección en el Derecho Español”, “La publicación de la Ley del Contrato de Seguro en 1980 por la Ley de 1 de octubre, consagró la acción

89 Sánchez Calero, Fernando et al. *Ley de contrato de seguro...*, cit., pp. 782 y 1389.

directa contra el asegurador de forma general en el contrato de seguro, por tanto a partir de esta fecha se reconoce también la acción directa contra el asegurador voluntario [...] La acción directa contra el asegurador sigue estando reconocida de forma automática tanto en los límites del seguro obligatorio como del voluntario”⁹⁰.

La LCS española consagró la acción directa del tercero contra el asegurado desde el año 1980, para todos los seguros de responsabilidad civil. Fue un modelo para Colombia, que adoptó dicha acción en el año 1990.

9.5. Francia

El artículo L 124-3 señala: “El tercero afectado dispone de un derecho de acción directa contra el asegurador de la responsabilidad civil de la persona responsable.

El asegurador no puede pagar a nadie distinto del tercero afectado todo o parte de la suma debida por él, en la medida en que ese tercero no haya estado desentendido, hasta concurrencia de la mencionada suma, de las consecuencias pecuniarias del hecho perjudicial que haya dado lugar a la responsabilidad del asegurado”.

La legislación francesa, por su parte, consagra expresamente la acción directa. Establece incluso que el asegurador no puede pagar la indemnización a nadie distinto del tercero damnificado, hasta concurrencia de las consecuencias pecuniarias del hecho que comprometió la responsabilidad del asegurado, reafirmando de esta manera el principio indemnizatorio característico de los seguros de daños.

A propósito de la acción directa en Francia el profesor Kullmann sostiene:

“En realidad fue la jurisprudencia y no la Ley la que creó la acción directa, reconocida como regla general desde 1926 y formalmente establecida por la Ley en el año 2007 con la adopción de diversas normas de adaptación al derecho comunitario. Dicha acción solo puede ser ejercida atendiendo las reglas establecidas por la Corte de Casación, según la cual deben estar establecidos la existencia de la responsabilidad del asegurado frente a la víctima y el monto de la acreencia de la indemnización del tercero contra el asegurado.

En cuanto a la vinculación del asegurado, en una etapa inicial esta se consideraba indispensable (Cass. 1re civ. 28 oct 1991). Posteriormente se estimó que su vinculación no era indispensable en la medida en que la responsabilidad del asegurado

90 Fernández Martín, María José. *La acción y su proyección en el derecho español*. Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, no 8.

puede ser analizada aun en ausencia de este último. Esta evolución se dio por terminada con la supresión de la necesidad de vinculación del asegurado en el marco de una acción directa instaurada por la víctima contra el asegurador de la responsabilidad civil”⁹¹.

9.6. Perú

El artículo 110. Acción directa del tercero damnificado, señala: “El tercero, víctima del daño tiene acción directa contra el asegurador, hasta el límite de las obligaciones previstas en el contrato de seguro y siempre que se incluya al asegurado en su demanda”.

Según el artículo 111. Defensas oponibles, “El asegurador puede oponer contra el tercero:

- a) Las excepciones y medios de defensa que asisten al asegurado frente a la víctima.
- b) Los límites y exclusiones previstas en la póliza.
- c) Las causales de ineficacia o resolución del contrato de seguro o de caducidad de los beneficios, producidos antes o durante el siniestro.

El asegurador no puede oponer frente al tercero las causales de ineficacia o caducidad de derechos del asegurado si se producen con posterioridad al siniestro. En este caso tiene derecho a repetir contra el asegurado por el importe de lo pagado, más los intereses, gastos y perjuicios”.

De acuerdo con el artículo 112. Pluralidad de damnificados, “Si existe pluralidad de damnificados, la indemnización debida por el asegurador se distribuye proporcionalmente”.

La reciente ley peruana de seguros consagra de manera expresa la acción directa del tercero contra el asegurador de responsabilidad civil y señala que el asegurado debe ser vinculado al proceso.

El artículo 112 señala las reglas para el pago de la indemnización a los terceros perjudicados, estableciendo que la distribución debe hacerse proporcionalmente.

91 Kullmann, Jérôme. *Contrat d'assurance...*, cit.

9.7. Comentarios

En su estudio comparativo sobre el seguro de responsabilidad civil, el doctor Gabriel Vivas señala en relación con la acción directa:

“En segundo lugar, tenemos que, en forma expresa, Colombia y Perú le otorgan normativamente acción directa al damnificado en contra del asegurador de quien les causó el daño tal como pasa a indicarse.

[...] Ahora bien, las normas antes transcritas contienen una diferencia que podríamos calificar de tipo procedimental respecto de las condiciones para el ejercicio de la acción: En el Perú se requiere expresamente que el asegurado sea siempre incluido en la demanda contra el asegurador al paso que en Colombia es facultativo del tercero perjudicado demandar mediante una sola acción la responsabilidad del asegurado y la indemnización a la aseguradora para efectos de acreditar su derecho a dicha prestación o podrá, al menos teóricamente, hacerlo en procesos separados por lo que, en cualquier caso, no resultaría condición de procedibilidad en Colombia la vinculación del asegurado.

[...] Finalmente, para nosotros en la novísima legislación chilena, no obstante que será la doctrina de ese País la más autorizada para decantar este punto, se presenta una situación similar a la Mexicana: Aun cuando no se indicó expresamente la acción directa, podría considerarse consagrada en favor del tercero perjudicado. La anterior afirmación tiene sustento en lo previsto en el inciso 2 del reformado artículo 570 del C. de Co.

‘Artículo 570.- [...] En el seguro de responsabilidad civil, el asegurador *pagará la indemnización al tercero perjudicado*, en virtud de sentencia ejecutoriada, o de transacción judicial o extrajudicial celebrada por el asegurado con su consentimiento’ (el énfasis es nuestro)⁹².

La tendencia universal establece la acción directa del tercero frente al asegurador. La discusión que aún se mantiene en algunos países es si la vinculación del asegurado es indispensable, con miras principalmente a proteger su derecho a la defensa y al debido proceso. En nuestro sentir, supeditar la validez de la acción a la presencia del asegurado es limitar su campo de acción y cercenar las posibilidades de desarrollo de este derecho. La consagración de la acción directa tiene por objeto, precisamente, lograr la economía procesal y permitir un acceso “directo” del tercero al asegurador. Encontramos totalmente acertada la solución y la evolución del Derecho francés en este tema.

92 *Derecho de seguros y reaseguros*, Liber Amicorum en homenaje de profesor Arturo Díaz Bravo, cit.

10. La subrogación del asegurador

10.1. Argentina

El artículo 80 señala: “Los derechos que correspondan al asegurado contra un tercero, en razón del siniestro, se transfieren al asegurador hasta el monto de la indemnización abonada. El asegurado es responsable de todo acto que perjudique este derecho del asegurador”.

Sobre la figura de la subrogación en seguros en Argentina, el doctor Enrique José Quintana anota:

“El instituto de la subrogación, legislado en las normas referidas al contrato de seguro, revisten, reitero, el carácter de disposiciones ‘ministerio legis’, distintas de otras normativas previstas para situaciones diferentes. La subrogación del asegurador en los derechos del asegurado (respecto del responsable del daño, si lo hubiera), importa una transferencia de derechos por disposición específica de una ley. El acto jurídico al que la ley liga la transferencia del derecho de resarcimiento del asegurado, a favor del asegurador, es el pago de la indemnización a que este se obligó según el contrato de seguro. La subrogación no opera por el mero acaecimiento del siniestro, sino con el pago del siniestro. Cuando el pago de la indemnización se verifica, se produce para el asegurado la pérdida de su derecho (en la medida cualitativa y cuantitativa de la indemnización). Los efectos de la transferencia de derechos del asegurado al asegurador, son automáticos, y se transmiten por el pago. El derecho del asegurador no se limita —al menos en Argentina— al importe nominal del pago, ya que por ejemplo puede reclamar intereses al responsable del daño, desde que efectuó el pago al asegurado, al igual que la depreciación monetaria, cuando ello era admitido, antes del dictado de la ley de convertibilidad, Ley 23.928”⁹³.

La descripción de la figura de la subrogación en Argentina opera de manera similar a Colombia, por ministerio de la ley. Sin necesidad de participación alguna por parte del asegurado, los derechos se transmiten con el pago. Lo que sí resulta muy distinto es la posibilidad de reclamar intereses al causante del daño, como lo plantea el doctor Quintana, pues en Colombia esta no es reconocida actualmente por los jueces.

A este tema de la subrogación y la depreciación monetaria se refiere el doctor Felipe Aguirre en los siguientes términos:

93 *Derecho de seguros y reaseguros*, Liber Amicorum en homenaje de profesor Arturo Díaz Bravo, cit.

“El acuciante problema de la depreciación monetaria en nuestro país dio ocasión a un inesperado protagonismo de la subrogación del asegurador. Un intenso debate judicial y doctrinario tuvo eje en la justicia de otorgar al asegurador, por aplicación del artículo 80, Ley 17.418, la actualización monetaria del crédito que correspondiera al asegurado.

[...] La intensidad del fenómeno que aquejaba a la moneda se encargó de exigir soluciones acordes con una norma (artículo 80) que no permití distinciones, como para denegar el reajuste al asegurador”.

Fue esto mismo lo que sucedió en Colombia, la primera sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que reconoció la corrección monetaria al asegurado en el año 2005, no podía reconocer tal derecho al asegurado, que pretendía cobrar el deducible y actuaba también como demandante, y desconocerlo a la aseguradora en ejercicio de la acción de subrogación.

Finalmente, este mismo autor manifiesta, con respecto a la prescripción aplicable al asegurador que se subroga, lo siguiente: “El artículo 58, ley 17.418, se aplica a las relaciones que crea el contrato de seguro entre asegurador y asegurado, y no cuando el primero, subrogándose en los derechos del segundo, reclama contra el tercero el pago.

El plazo de prescripción aplicable para el asegurador subrogante será, en principio, el mismo que regía la acción del asegurado contra el tercero”⁹⁴.

10.2. Chile

De conformidad con el artículo 534. Subrogación, “Por el pago de la indemnización, el asegurador se subroga en los derechos y acciones que el asegurado tenga en contra de terceros en razón del siniestro.

El asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra el causante del siniestro que sea cónyuge o pariente consanguíneo del asegurado en toda la línea recta y hasta el segundo grado inclusive de la línea colateral, y por todas aquellas personas por las que el asegurado deba responder civilmente. Sin embargo, procederá la subrogación si la responsabilidad proviene de dolo o se encuentra amparada por un seguro, pero solo por el monto que este haya cubierto.

94 Aguirre, Felipe. *Cuestiones teórico-prácticas de derecho de seguros*, cit., pp. 25, 26 y 30.

El asegurado será responsable por sus actos u omisiones que puedan perjudicar el ejercicio de las acciones en que el asegurador se haya subrogado.

El asegurado conservará sus derechos para demandar a los responsables del siniestro.

En caso de concurrencia de asegurador y asegurado frente a terceros responsables, el recobro obtenido se dividirá entre ambos en proporción a su respectivo interés”.

Con respecto a la subrogación, el doctor Ricardo Peralta sostiene:

“Esta institución ha evolucionado en nuestra legislación desde un origen contractual hacia uno de carácter legal, pero no fue esta ley que comentamos la que la modificó sino que el cambio es anterior. El Art 534 dispone en su inciso segundo ‘Por el pago de la indemnización, el asegurador se subroga en los derechos y acciones que el asegurado tenga en contra de terceros en razón del siniestro’. Sin embargo agrega en el inciso siguiente ciertas limitaciones a este derecho, por cuanto impide ejercerlo contra el cónyuge del asegurado o sus parientes consanguíneos inmediatos, como asimismo contra aquellos por los cuales el asegurado sea civilmente responsable. Esta limitación tiene como contrapartida el dolo del autor, lo cual nos parece de toda justicia, por cuanto no podría el asegurador verse impedido de repetir, por ejemplo contra el empleado de un banco asegurado en una póliza de ‘fidelidad funcionaria’, que se ha apropiado indebidamente de sus fondos.

El referido artículo establece también obligaciones y derechos complementarios, a saber:

La responsabilidad del asegurado por los perjuicios que causare al asegurador en el ejercicio de este derecho a subrogarse.

La posibilidad del asegurado de repetir también contra terceros, que de coincidir con acciones del asegurador importarán un pago en proporción a los intereses de cada uno, de obtenerse resultados positivos”⁹⁵.

10.3. Colombia

El artículo 1096 señala: “El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero estas podrán

95 *Derecho de seguros y reaseguros*, Liber Amicorum en homenaje de profesor Arturo Díaz Bravo, cit.

oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado.

Habrá también lugar a la subrogación en los derechos del asegurado cuando este, a título de acreedor, ha contratado el seguro para proteger su derecho real sobre la cosa asegurada”.

- Un primer aspecto es el relativo al límite de lo pagado:

Durante muchos años, la Corte Suprema de Justicia de Colombia interpret  la expresión “hasta concurrencia de su importe”, contenida en el citado artículo 1096 del Código de Comercio, como el valor nominal de lo pagado por el asegurador, sin corrección monetaria ni intereses. Se fundamentaba, entre otros argumentos, en el tenor literal de la disposición en desarrollo del artículo 27 del Código Civil, en el carácter indemnizatorio del contrato de seguro, tanto para el asegurado como para el asegurador, en donde el concepto de la subrogación no fue creado precisamente para proteger pecuniariamente al asegurador y en el cual el asegurador recibe la prima como contraprestación económica de sus compromisos. Este criterio imperó en las sentencias del 6 de agosto de 1985, 23 de septiembre de 1993, 13 de octubre de 1995 y 25 de agosto de 2000. En esta última se produjo el salvamento de voto del doctor Javier Tamayo Jaramillo, basado el artículo 1627 del Código Civil, según el cual el pago se hará de conformidad con el tenor de la obligación. Luego, si se trata de la interpretación de preceptos que regulan las obligaciones dinerarias, se podría dar algún alcance interpretativo al artículo 27 del Código Civil: asimismo, se entiende que la expresión hasta el monto de su importe, lo que est  haciendo es impedir que el asegurador, en virtud de la subrogación, reciba partidas que no cubrió con el pago del siniestro, y en donde la naturaleza del pago de la indemnización del siniestro se considere equivalente a la indemnización que recibe el asegurado, por cuanto al operar la subrogación solo se genera un desplazamiento de los derechos indemnizatorios del asegurado, entre otras razones⁹⁶.

Durante veinte años, se defendió la tesis de la improcedencia de la corrección monetaria al asegurador que se subroga, hasta que mediante sentencia del 18 de mayo de 2005, con ponencia del doctor Carlos Ignacio Jaramillo, esta alta corte

96 Bernal Calvo, José del Carmen y Patricia Jaramillo Salgado. *La subrogación del asegurador y la corrección monetaria*. Revista Foro de Derecho Mercantil, no 11. Bogotá: Legis, 2006.

reconoció por primera vez la corrección monetaria al asegurador que ejerce su derecho a la subrogación⁹⁷.

- Un segundo aspecto es el relativo a la prescripción de la acción de subrogación:

La misma sentencia del 18 de mayo de 2005 esboza la tesis según la cual la prescripción aplicable al asegurador que actúa en acción de subrogación es la misma cuya titularidad tenía el asegurado, y no la establecida para el contrato de seguro en el artículo 1081 del Código de Comercio.

De manera categórica, en sentencia del 15 de diciembre de 2005, con ponencia de Jaime Arrubla Paucar, la Corte sostiene que la prescripción del asegurador que ejerce la acción de subrogación no es la del contrato de seguro, sino aquella que se aplicaría al asegurado:

“Corolario de lo expuesto es que si la acción cuya titularidad se radica en el asegurador por efecto de la subrogación, que se repite, es la misma que tenía a su alcance el asegurado-damnificado, no emana del contrato de seguro, ni de las disposiciones que lo disciplinan, sino de la conducta dolosa o culpable del autor del daño, no está sujeta al régimen establecido por el artículo 1081 del Código de Comercio, que por lo demás, está llamado a actuar exclusivamente entre quienes derivan derechos u obligaciones del contrato de seguro, situación en la que por supuesto no se halla el tercero responsable, quien no puede entonces reportar beneficio de un régimen legal instituido para un negocio jurídico al cual es ajeno, acción que por contera se somete a los plazos de prescripción que rigen en el derecho civil, dependiendo del tipo de responsabilidad que pesa sobre el responsable, y que en el caso, de conformidad con el artículo 2536 del Código Civil, en el tenor vigente por la época de los hechos, no se había consolidado al tiempo de presentarse la demanda, si se tiene en cuenta que de las demandadas se ha reclamado la responsabilidad civil extracontractual que les cabe por el suceso dañino que la demanda narra”⁹⁸.

- Un tercer aspecto en materia de subrogación es el relativo a la preferencia de los derechos del asegurado sobre los del asegurador:

97 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 18 de mayo de 2005, magistrado ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

98 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 15 de diciembre de 2005, magistrado ponente Jaime Alberto Arrubla Paucar.

El artículo 1670 del Código Civil consagra una preferencia a favor del anterior acreedor: “La subrogación, tanto legal como convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria y subsidiariamente a la deuda.

Si el acreedor ha sido solamente pagado en parte, podrá ejercer sus derechos relativamente a lo que se le reste debiendo, con preferencia al que solo ha pagado una parte del crédito”.

La doctrina colombiana indica que, para una correcta aplicación al contrato de seguro, este artículo debe ser interpretado en dos sentidos:

- a. Hay un derecho preferente del asegurado para reclamar del tercero la parte del daño no asumida por el seguro. Este derecho prevalece sobre el derecho del asegurador subrogado.
- b. En el evento de que el asegurador subrogado obtenga recuperación del tercero responsable este valor recuperado será aplicado al valor pagado por el asegurador. El damnificado de todas maneras podrá recurrir a hacer valer los derechos contra el responsable por lo dejado al descubierto”⁹⁹.

En la práctica, en el Derecho colombiano no se reconoce ninguna prioridad al asegurado y la indemnización es distribuida proporcionalmente entre el asegurador y el asegurado, con fundamento en el monto que corresponda a cada uno, según sus derechos¹⁰⁰.

10.4. España

De conformidad con el artículo 43, “El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización.

El asegurador no podrá ejercitar en perjuicio del asegurado los derechos en que se haya subrogado. El asegurado será responsable de los perjuicios que, con sus actos u omisiones, pueda causar al asegurador en su derecho a subrogarse.

99 *La subrogación del asegurador*. En: Ensayos sobre seguros, Homenaje al doctor J. Efrén Ossa Bogotá, 1992, p. 72.

100 Jaramillo Salgado, Patricia. *La subrogación...*, cit.

El asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con la Ley, ni contra el causante del siniestro que sea, respecto del asegurado, pariente en línea directa o colateral dentro del tercer grado civil de consanguinidad, padre adoptante o hijo adoptivo que convivan con el asegurado. Pero esta norma no tendrá efecto si la responsabilidad proviene de dolo o si la responsabilidad está amparada mediante un contrato de seguro. En este último supuesto, la subrogación estará limitada en su alcance de acuerdo con los términos de dicho contrato.

En caso de concurrencia de asegurador y asegurado frente a tercero responsable, el recobro obtenido se repartirá entre ambos en proporción a su respectivo interés”.

La interpretación de la doctrina española a la expresión “hasta el límite de la indemnización”, difiere sustancialmente de aquélla que durante veinte años le dio la Corte Suprema de Justicia colombiana, según lo expresado líneas atrás:

“La limitación de la subrogación del asegurador ‘hasta el límite de la indemnización’ implica una condición que opera en diversos aspectos; así por ejemplo, en el caso de copropiedad solo podrán resarcirse aquellos copropietarios que por estar asegurados hayan sido indemnizados⁶⁴; o bien que el asegurador no podrá reclamar al tercero los intereses de mora que en su caso se haya visto obligado a pagar al asegurado. La literalidad del artículo 43.1 nos lleva a esta interpretación, que deriva igualmente del hecho de que los intereses abonados por el asegurador se han debido a su mora, que no puede imputarse al tercero”¹⁰¹.

El régimen español acepta la actualización monetaria de las sumas pagadas por el asegurador, pues admite que reclame intereses de mora e intereses legales generales.

Con respecto a la prescripción de la acción de subrogación del asegurador, el profesor Sánchez Calero comenta:

“El plazo de prescripción dependerá de la naturaleza que tenga el derecho que tenía el asegurado frente al tercero responsable (cfr. artículo 43). Así lo ha entendido nuestro tribunal supremo con anterioridad a la vigencia de la LCS (ver, entre otras, Sentencias de 4 junio 1974), y tal doctrina es válida para todos los seguros de daños una vez que ha generalizado la subrogación del asegurador en esos seguros (no así en los de personas, cfr. artículo 82).

101 Sánchez Calero, Fernando et al. *Ley de contrato de seguro...*, cit., pp. 778 y ss.

[...] Según se deduce los artículos 43 y 82 de la LCS, el crédito que adquiere el asegurador por la subrogación es idéntico al que tenía el asegurado frente al tercero. Este principio de identidad está recogido igualmente en el artículo 1212 de Código Civil [...]

[...] Igualmente, el principio de la identidad del crédito frente al tercero que es objeto de la subrogación debe tener como consecuencia que el régimen de prescripción del crédito subrogado dependa de la naturaleza del mismo⁵², que no nace del contrato de seguro, sino del hecho que origina la responsabilidad del tercero frente al asegurado, de manera tal que el plazo de prescripción del crédito, el inicio de su cómputo, el régimen de la interrupción, etcétera, dependerán de esa naturaleza del crédito, el cual puede nacer de una responsabilidad extracontractual o bien del incumplimiento de un contrato, que puede ser de muy variada naturaleza (transporte, arrendamiento, depósito, etc. y estar regulado el plazo de prescripción por el Código Civil o el de Comercio)¹⁰².

Tanto la doctrina como la jurisprudencia españolas anteriores y posteriores a la LCS han sido consistentes en afirmar que la prescripción aplicable al asegurador que se subroga, es la que le hubiera correspondido a su asegurado y no la del contrato de seguro.

¿Qué sucede en España en caso de concurrencia en el cobro del asegurador y el asegurado?

“En España, en caso de ‘concurrencia de asegurador y asegurado frente al tercero responsable, el recobro obtenido se repartirá entre ambos en proporción a su respectivo interés’ (artículo 43.4 de la LCS). La introducción de este párrafo ha dejado, en gran parte, sin contenido la primera parte del párrafo 2 del artículo 43, que indica que el asegurador no puede ejercitar la subrogación en el perjuicio del asegurado, Pero, con independencia de esto, ha de estimarse válida la cláusula que establezca la preferencia del crédito del asegurado, por ser más beneficioso para este que la solución de la Ley (cfr. artículo 2)”¹⁰³.

La norma no consagra el derecho de preferencia por parte del asegurado, sino la proporcionalidad.

102 Sánchez Calero, Fernando et al. *Ley de contrato de seguro...*, cit., pp. 315 y 778.

103 Ibid., p. 779.

10.5. Francia

De acuerdo con el artículo L121-12, “El asegurador que ha pagado la indemnización del seguro se subroga, hasta concurrencia de la misma, en los derechos y acciones contra terceros que, hayan causado el daño, dando lugar a la responsabilidad del asegurador”.

La expresión “hasta concurrencia de la misma” en la legislación francesa nuevamente reitera el principio indemnizatorio característico de los seguros de daños, que no implica que se establezca impedimento alguno a la indexación.

“En derecho francés, la discusión no se plantea en términos de corrección monetaria, sino más bien de intereses moratorios. El fundamento es claro; teniendo en cuenta que el asegurador se subroga en los derechos del asegurado o de la víctima, si estos últimos hubieran ejercido sus derechos contra el tercero responsable, habrían podido reclamar intereses moratorios, por tanto, el asegurador, en su calidad de subrogatario, también puede hacerlo. El tema no ha sido objeto de discusión”¹⁰⁴.

En materia de prescripción, es aplicable al asegurador la que habría correspondido al asegurado de no haber recibido la indemnización:

“Dado que el asegurador, a través del mecanismo de la subrogación ocupa el lugar del asegurado o de la víctima, según el caso, los términos de prescripción del subrogante le son aplicables en las mismas condiciones”¹⁰⁵.

“Con respecto al ejercicio de una acción de subrogación, se debe aplicar el efecto translativo de la subrogación. En la medida en que el subrogado ejerce la misma acción del subrogante, se verá oponer la prescripción bienal, si esta era oponible a este último [...] En caso contrario, si la acción del subrogante (por ejemplo una víctima) no está sujeta a la prescripción bienal, esta no es oponible al subrogado (por ejemplo un tercero que, después de haber indemnizado a la víctima, actúa contra el asegurador del responsable”¹⁰⁶.

Esta solución no parece haber sido objeto de controversia particular en Derecho francés. Este consagra el derecho de preferencia del asegurado, tal como se deriva de las siguientes disposiciones:

104 Jaramillo Salgado, Patricia. *La subrogación en seguros...*, cit.

105 Cass. 1ère Civ., 17 févr 1987 : RGAT 1987, p. 567. Note J. Bigot.

106 Mayaux, Luc. *Assurances terrestres...*, cit.

El artículo 1252 del Código Civil francés señala: “La subrogación establecida en los anteriores artículos, procede tanto contra los garantes como contra los deudores: no puede perjudicar al acreedor cuando solo ha hecho un pago parcial; en ese caso, puede ejercer sus derechos, por el saldo debido, de preferencia a aquél con respecto al cual solo ha recibido un pago parcial”.

La subrogación no debe perjudicar los derechos del subrogatario. Bajo este mismo principio del artículo 1252 del Código Civil, el inciso 3 del artículo 31 de la Ley Badinter consagró el principio de preferencia de la víctima. La doctrina francesa cuestiona el carácter equitativo de esta solución legal:

“¿No sería más equitativo que el asegurador y el asegurado sean indemnizados proporcionalmente de acuerdo con el monto de sus respectivas acreencias? En realidad, la regla es la consecuencia del pago con subrogación. Si el pago parcial hubiera sido hecho por el deudor, tercero responsable, el acreedor (asegurado) habría conservado todos sus derechos por el excedente. El pago por el asegurador, con subrogación, debe ser neutro para él y no puede modificar sus derechos”¹⁰⁷.

10.6. Perú

De conformidad con el artículo 99. Subrogación, “El asegurador que ha pagado la indemnización se subroga en los derechos que corresponden al contratante y/o asegurado contra los terceros responsables en razón del siniestro, hasta el monto de la indemnización pagada.

El contratante y/o asegurado es responsable de todo acto que perjudique al asegurador en el ejercicio del derecho a la subrogación.

Es lícito pactar la renuncia a la subrogación, salvo en el supuesto de dolo”.

El artículo 100. Excepción a la subrogación legal, señala: “El asegurador no puede ejercitar las acciones derivadas de la subrogación contra ninguna persona por cuyos actos u omisiones es responsable el asegurado por mandato de la ley. Sin embargo, la acción subrogatoria procede si la responsabilidad del tercero proviene de dolo o culpa grave, o si está amparada por un contrato de seguro, en cuyo caso la acción subrogatoria está limitada al importe de dicho seguro”.

¹⁰⁷ Bigot, Jean, con la colaboración de Jean Beauchard, Vincent Heuzé, Jérôme Kullmann, Luc Mayaux y Véronique Nicolas. *Tratado de derecho de seguros* (tomo 3: “El contrato de seguros”), 2002, p. 179.

Las normas de la reciente ley peruana de seguros siguen los lineamientos generales de los demás ordenamientos jurídicos. De manera expresa, señala que es lícito pactar la renuncia a la subrogación salvo en el caso de dolo.

10.7. Comentarios

La figura de la subrogación legal en cabeza del asegurador está consagrada en todos los ordenamientos jurídicos analizados. Opera por ministerio de la ley, superando antiguas figuras en las que se requería la participación del asegurado.

En la práctica, en algunos países entre ellos Francia, el porcentaje de recuperaciones por parte del asegurador es realmente representativo, por cuanto además de la subrogación legal del Código de Seguros, se admite la subrogación convencional y aquélla prevista en el Código Civil. En cambio, la figura de la cesión de derechos, en general, no es aceptada en favor del asegurador. Así lo determina también la jurisprudencia colombiana¹⁰⁸.

La expresión “hasta concurrencia de su importe” es recurrente, con una redacción sutilmente diferente en las diversas legislaciones que hemos tenido la oportunidad de citar. La interpretación del tema se deja en todos los casos al juez, pues ninguna de las anteriores normatividades señala expresamente qué debe entenderse por la misma. La tendencia universal, como lo hemos podido ver, es actualizar el dinero y llevarlo a valor presente en el momento del pago, de eso no hay discusión en ningún país. En Colombia fue un tema de amplio debate, al cual puso término la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, acogiendo la tendencia legislativa universal y dejando atrás la tesis nominalista.

El reconocimiento de intereses por parte del asegurador que ejerce la acción de subrogación es un tema aún no admitido en Colombia, pero que tiene vía libre en Argentina, España y Francia. Consideramos que tenemos un camino por desarrollar en este tema.

Sobre la prescripción de la acción del asegurador que se subroga, finalmente la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia colombiana, en el año 2005, determinó que es la misma que se habría aplicado al asegurado. Esta solución es pacífica en Derecho comparado, como lo vimos anteriormente. La lógica es muy clara: con fundamento en la subrogación, el asegurador ocupa el lugar del asegurado con todos sus derechos, cargas y obligaciones. La prescripción no podía ser la excepción.

108 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, magistrado ponente Pedro Lafont Pianetta, 23 de septiembre de 1993, Expediente 3961.

Finalmente, solo la legislación francesa otorga un derecho de preferencia al asegurado que concurre en el cobro con el asegurador que se subroga, bien sea por concepto de deducible, o bien porque la indemnización fue parcial. Esta solución, criticada incluso por su doctrina interna, es diferente de la que predomina en los demás países, cuya tendencia es la aplicación de la proporcionalidad.

11. El suicidio y los seguros

11.1. Argentina

El artículo 135 señala: “El suicidio voluntario de la persona cuya vida se asegura, libera al asegurador, salvo que el contrato haya estado en vigor ininterrumpidamente por tres años”.

Con respecto a la normatividad argentina, el profesor Stiglitz sostiene: “Las exclusiones de cobertura, de fuente normativa o convencional, se caracterizan por describir la hipótesis o circunstancia en que el siniestro se halla fuera de la cobertura asegurativa. Con relación a las primeras, las de fuente preceptiva, puede afirmarse que su contenido es variable y halla sustento en consideraciones: a) Subjetivas [...] el suicidio voluntario de la persona cuya vida se asegura”.

La ley argentina de seguros trae una exclusión legal para el suicidio voluntario durante los primeros tres años de vigencia del contrato de seguro. Nótese que permite el aseguramiento del suicidio que califica de voluntario, con un amplio período de carencia. Dicha legislación no alude expresamente al suicidio “involuntario”.

11.2. Chile

De acuerdo con el artículo 598. Provocación del siniestro y suicidio, el siniestro causado dolosamente por el beneficiario, privará a este del derecho a la prestación establecida en el contrato, sin perjuicio de la acción criminal a que hubiere lugar.

Salvo pacto en contrario, el riesgo de suicidio del asegurado solo quedará cubierto a partir de dos años de la celebración del contrato, o de haber estado vigente el seguro por igual plazo en virtud de sucesivas renovaciones.

Sobre a la licitud del contrato de seguro, el doctor Sergio Arellano manifiesta:

“La licitud se extiende a no contravenir las reglas morales o de orden público ni a ocasionar perjuicio a terceros. En tal sentido hay una excepción en seguros de vida, que es la relativa al suicidio, por cuanto la generalidad de las pólizas con que opera el mercado nacional elimina esta causa como causal de exclusión transcu-

rrido un período de carencia, que normalmente es de dos años, considerando el conjunto de renovaciones sucesivas. Asimismo, las actuaciones culposas o negligentes pueden encontrar cobertura aunque tengan sanción legal, especialmente en ramos de responsabilidad civil.

[...] En tal sentido, el artículo 598 del Código de Comercio dispone que, salvo pacto en contrario, el riesgo de suicidio del asegurado solo quedará cubierto a partir de dos años de la celebración del contrato o de haber estado vigente el seguro por igual plazo en virtud de sucesivas renovaciones”¹⁰⁹.

11.3. Colombia

Según el artículo 1054, “Denomínase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento”.

De acuerdo con el artículo 1055. Riesgos inasegurables, “El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo”.

El actual Código de Comercio de Colombia no hace alusión expresa al suicidio en materia de seguros. Se trata de un tema regulado contractualmente en las pólizas, pero no en la ley, salvo la consideración expresa de tratarse de un acto meramente potestativo del tomador, asegurado o beneficiario. Ello nos lleva a analizar el suicidio desde el punto de vista de los actos meramente potestativos del tomador o asegurado.

Vale la pena anotar que el artículo 976 del proyecto de reforma de 1958 al Código de Comercio señalaba: “En los seguros de vida contra el riesgo de muerte, solo podrán excluirse el suicidio del asegurado, ocurrido durante los dos primeros años de vigencia del contrato, y la muerte por causas accidentales inherentes a la actividad profesional del asegurado”.

109 Arellano Iturriaga, Sergio. *La ley del seguro*, cit.

Sobre este punto, el doctor Carlos Ignacio Jaramillo J. señala “[...] analizaremos el concepto de suicidio y mostraremos cómo nuestro legislador le dio la espalda a su asegurabilidad, desconociendo las clarísimas directrices trazadas por el proyecto de 1958, al igual que las del Subcomité de Seguros (1969), las cuales no hacían más que recoger los principios que informaban al seguro de vida en el Derecho Comparado”¹¹⁰.

Desafortunadamente, esta norma no fue recogida en el articulado definitivo, pues en el tema del suicidio hubiera significado una solución, una “autorización” legal a su aseguramiento.

La mayoría de las pólizas de seguro de vida del mercado colombiano dentro de sus exclusiones generales consagran el suicidio durante el primer año de vigencia del contrato. Los textos adoptados son del siguiente tenor, o similares, indicando que este evento no tiene cobertura:

“Si el asegurado, estando o no en su sano juicio, se quitare la vida antes de haber transcurrido un (1) año desde la fecha del perfeccionamiento de este contrato o desde la fecha de solemnización de su última rehabilitación, la aseguradora quedará liberada de toda obligación en razón del presente seguro, salvo en lo que se refiere al pago de los valores de cesión disponibles que la póliza tuviere acreditados.

[...] en caso de suicidio de cualquier persona asegurada por esta póliza acaecido dentro del primer año siguiente a partir de la fecha de iniciación de su seguro, no hay lugar indemnización por parte de la COMPAÑÍA”.

Los dos textos citados contemplan un período de carencia de un año, de las dos cláusulas se deduce que pretenden amparar tanto lo que se ha denominado el suicidio voluntario como el involuntario, pese a que el primero de ellos no utiliza la palabra suicidio, sino que se refiere a estar o no en su sano juicio, y la segunda habla genéricamente de suicidio, sin calificarlo.

Jurisprudencialmente, el tema del suicidio en los seguros fue analizado mediante sentencia del 25 de mayo de 2005 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia¹¹¹. Dicha sentencia establece una diferenciación entre el suicidio consciente y el inconsciente, aclarando que solo es asegurable el suicidio inconsciente, al cual son

110 Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. *Inasegurabilidad del suicidio en el seguro de vida*. Revista Agora, Pontificia Universidad Javeriana.

111 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 25 de mayo de 2005, magistrado ponente Jaime Alberto Arrubla Paucar.

inaplicables los períodos de carencia. El beneficiario debe probar la muerte del asegurado, al paso que la aseguradora tiene la carga de demostrar la causa excepcional, en este caso el suicidio voluntario.

11.4. España

De acuerdo con el artículo 93, “Salvo pacto en contrario, el riesgo de suicidio del asegurado quedará cubierto a partir del transcurso de un año del momento de la conclusión del contrato. A estos efectos se entiende por suicidio la muerte causada consciente y voluntariamente por el propio asegurado”.

El régimen español define el suicidio como un hecho voluntario y el período de carencia es de un año. Con respecto al tratamiento de este tema en la legislación española, el profesor Sánchez Calero señala:

“Este interés común, latente en el seguro de vida, viene puesto en entredicho por el hecho del suicidio, a través del cual se manifiesta palpablemente la voluntad de morir del asegurado, la cual puede estar conectada desde un instante cronológicamente anterior al de conclusión o perfección del contrato de seguro a un ánimo de remunerar monetariamente al acto humano de suicidio con la indemnización del asegurador en beneficio de la personas designadas directa o indirectamente en el contrato. Esta conexión entre suicidio y contrato de seguro de vida puede ser calificada como una actuación contraria a la buena fe y puede incluirse en la liberación de asegurador, conforme al principio general del artículo 19 de la LCS, cuya aplicación en el ámbito del seguro de vida viene propiciada, en línea de máxima, por la aplicación generalizada del Título I de la ley Contrato de Seguro.

En este contexto, se sitúa la nueva disciplina contenida en el artículo 93 de la LCS, para cuya interpretación tiene una gran trascendencia la evolución del mercado asegurador español en la cobertura del suicidio y en la jurisprudencia en torno a la aplicación del artículo 423.2 de Código de Comercio de 1885, cuyo estudio se acomete a continuación.

[...] Ahora bien, cabe plantearse la cuestión de si es legalmente válido el establecimiento de un pacto contrario al artículo 93 de la LCS en condición general.

La respuesta debe ser afirmativa, si bien no sea dable olvidar que el pacto en contra puede ser favorable (v. gr. supresión del plazo de carencia) o perjudicial (v. gr., exclusión del suicidio en todo caso) al asegurado”¹¹².

112 Sánchez Calero, Fernando et al. *Ley de contrato de seguro...*, cit.

11.5. Francia

De acuerdo con el artículo L132-7, “El seguro, en caso de muerte tiene por efecto la nulidad si el asegurado se suicida voluntariamente durante el primer año de vigencia del contrato.

El seguro, en caso de deceso debe cubrir el riesgo de suicidio desde el segundo año de vigencia del contrato. En caso de aumentarse las garantías durante la vigencia del contrato, el riesgo de suicidio, para las garantías suplementarias, está cubierto desde el segundo año siguiente a este aumento”.

En Francia, el Código de Seguros señala que la consecuencia del suicidio dentro del primer año de vigencia del contrato es la nulidad, pero dicho acto, entendido como hecho voluntario, está amparado desde el segundo año de vigencia del contrato. Las normas a este respecto son imperativas, en la medida en que disponen que se debe cubrir el suicidio desde el segundo año.

11.6. Perú

Según el artículo 125. Suicidio —muerte del tercero por el contratante o beneficiario, “El suicidio consciente y voluntario de la persona cuya vida se asegura, libera al asegurador, salvo que el contrato haya estado en vigencia ininterrumpidamente por dos (2) años.

En el seguro sobre la vida de un tercero, está excluida de cobertura la muerte dolosamente provocada por un acto del contratante y/o beneficiario”.

En relación con esta norma, el profesor Alonso Núñez del Prado afirma: “Esta norma incluido el plazo no es novedosa, sino un tema aceptado del Derecho comparado. En general, internacionalmente se cubre el suicidio y el fundamento es que es muy difícil o casi imposible pensar que alguien contrate un seguro para suicidarse dentro de los dos años, es más bien probable que antes resulte internado en una institución mental. Asimismo, es bastante difícil que si tiene una enfermedad crónica o incurable, sea pasible de contratar una póliza de seguro de vida, que implica una serie de exámenes para que le den la cobertura”¹¹³.

113 Núñez del Prado, Alonso. Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, no 38, enero-julio de 2013, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, AIDA, CILA, FIDES.

11.7. Comentarios

Este recorrido nos muestra que en los diferentes sistemas mencionados, tan solo Colombia no dispone de una regulación de tipo legal para el tema del suicidio, pues este es establecido convencionalmente en las pólizas. Es aconsejable un pronunciamiento legal, pues clarifica y traza una directriz al respecto. De los países citados, todos permiten el aseguramiento del suicidio, entendiendo por tal el acto de darse muerte voluntariamente. Consideramos entonces que la evolución del Derecho de seguros debe tender a ampliar las coberturas del seguro y no a disminuirlas, con mayor razón tratándose del suicidio que implica una protección a los familiares del asegurado, con el previo establecimiento de los períodos de carencia respectivos, que oscilan entre uno y tres años.

Bibliografía

Aguirre, F. *Cuestiones teórico-prácticas de Derecho de seguros*. Argentina: Lexis Nexis, 2006.

Alarcón Fidalgo, Joaquín. *El seguro de personas y el genoma humano*. En IX Congreso CILA, México: marzo del 2006.

Arellano Iturriaga, Sergio. *La Ley del seguro*. Thomson Reuters, Legal Publishing, 2013.

Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Las cláusulas abusivas en el contrato de seguro y el Nuevo Estatuto del Consumidor*. Ponencia presentada en el Primer Congreso Internacional de Derecho de Seguros, FASECOLDA, 2012.

Bernal Calvo, José del Carmen y Patricia Jaramillo Salgado. “*La subrogación del asegurador y la corrección monetaria*”. Revista Foro de Derecho Mercantil, no 11, 2006.

Bigot, Jean, Jean Beauchard, Vincent Heuzé, Jérôme Kullmann, Luc Mayaux y Véronique Nicolas. *Tratado de Derecho de seguros* (tomo 3: “El contrato de seguro”), 2002.

Bustamante Ferrer, Jaime y Ana Inés Uribe Osorio. *Principios jurídicos del seguro*. Bogotá: Colombo Editores, 1994.

Contreras Strauch, Osvaldo. En: “*Liber Amicorum*” En homenaje a Fernando Sánchez Calero.

Díaz Granados Ortiz, Juan Manuel. *El Nuevo Estatuto del Consumidor, su incidencia en el contrato de seguros*. Ponencia presentada en el Primer Congreso Internacional de Derecho de Seguros, FASECOLDA, 2012.

Fernández Martín, María José. “*La acción y su proyección en el derecho español*”. Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, no 8.

Groutel, Hubert, Fabrice Leduc, Philippe Pierre y Maud Asselain. *Tratado de Contrato de seguro terrestre*. Litec-Lexis Nexis, 2008.

Halperín, Isaac. *Seguros*. Exposición crítica de las leyes 17.418 y 20.091 y 22.400 (3a edición actualizada y ampliada por Nicolás H. Barbato, 1ª reimpresión). Buenos Aires: LexisNexis, Depalma, 2003.

Isaza Posse, María Cristina. *De la cuantificación del daño* (3a edición). Bogotá: Temis, 2013.

Isaza Posse, María Cristina. “*La acción directa del damnificado en el seguro de responsabilidad civil. La experiencia colombiana*”. Revista IberoLatinoamericana de Seguros, no 19, Bogotá, 2010.

Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. “*Inasegurabilidad del suicidio en el seguro de vida*”. Revista Agora, Pontificia Universidad Javeriana.

Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. “*La configuración de la reticencia y de la inexactitud en la declaración del estado del riesgo - Somero examen de los presupuestos esenciales exigidos por la legislación colombiana*”. Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, no 16.

Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. “*Evolución del Derecho público y privado de seguros en Colombia: 1960-2005*”. En: Contribución en homenaje al profesor Antigono Donati.

Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. *Derecho de seguros, estudios y escritos jurídicos* (tomos I, II, III, IV y V). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Temis, AIDA, 2010-2013.

Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. *La prescripción en el contrato de seguro: Tratamiento legal, jurisprudencial y doctrinal*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Temis, 2012.

Jaramillo Salgado, Patricia. *La subrogación en seguros, estudio comparado en el derecho francés y colombiano*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Ibáñez, Depalma, Colección Monografías no 29, 2013.

Jaramillo Salgado, Patricia. “El factor género en la tarificación de los seguros”. Fasecolda, Revista, no 142, 2011.

Jaramillo Salgado, Patricia. “La protección del consumidor de seguros en Colombia: antecedentes, evolución, retos y perspectivas”. Revista IberoLatinoamericana de Seguros, no 37, 2012, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, AIDA, CILA, FIDES.

Kullmann, Jérôme (Directeur scientifique de l’ouvrage), Lamy Assurances. *Contrat d’assurance, Assurances de dommages, Assurances de personnes, Intermédiaires d’assurance*, 2013.

Lambert-Faivre, Yvonne y Laurent Leveneur. *Derecho de seguros* (12a edición). París: Dalloz, 2005.

López Blanco, Hernán Fabio. *Comentarios al contrato de seguro* (3ª edición). Bogotá: Dupre Editores, 1999.

López Blanco, Hernán Fabio. *Código General del Proceso*, Ley 1564 de 2012, normas vigentes. Bogotá: Dupre Editores, 2013.

Mangialardi, Eduardo, Norberto Jorge Pantanali y Enrique José Quintana. “Consumidor de seguros”. Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, no 38, 2013, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, AIDA, CILA, FIDES.

Mayaux, Luc. *Seguros terrestres* (1o généralités). Rép. Civ. Dalloz, 2007.

Mayaux, Luc. *Les grandes questions du droit des assurances*. L.G.D.J., Lextenso éditions, 2011.

Mejía Aramburo, Sebastián. *Impacto de Ley 1480 de 2011, Estatuto del Consumidor en el Sector Asegurador* (tesis de grado, especialización de Derechos de Seguros), Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.

Mesa Carvajal, Luis Alberto. “La nueva ley del contrato de seguro del Perú”. Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, no 37, 2012, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, AIDA, CILA, FIDES.

Morandi, Juan Carlos Félix. “Posibles bases para la unificación del régimen legal del contrato de seguros”. Memorias del Congreso Iberoamericano de Derecho de Seguros, Bogotá: 1989.

Morandi, Juan Carlos Félix. “*Armonización del contrato de seguro*”. Revista IberoLatinoamericana de Seguros, no 4, 1994.

Ordóñez Ordóñez, Andrés E. *El contrato de seguro*, Ley 389 de 1997 y otros estudios. Universidad Externado de Colombia, 1998.

Ordóñez Ordóñez, Andrés E. *Las obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro*. Universidad Externado de Colombia, 2004.

Ossa, Efrén. *Teoría general del seguro, El contrato* (2ª edición). Bogotá: Temis, 1991.

Palacios Sánchez, Fernando. *El seguro, causas y soluciones de los conflictos entre asegurados y aseguradores con ocasión del siniestro*. Bogotá: Universidad de La Sabana, Editorial Ibáñez, 2012.

Pantanali, Norberto. “*El seguro de responsabilidad civil en la Argentina*”. En: Homenaje al profesor Arturo Díaz Bravo, 2014.

Peralta Larraín, Ricardo. “*La reforma al Código de Comercio de Chile, en lo relativo a seguros*”. En: Homenaje al profesor Arturo Díaz Bravo, 2014.

Picard y Besson. *Les assurances terrestres en droit français* (tome premier, Le contrat d’assurance, Quatrieme edition par André Besson). París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975.

Quintana, Enrique José. “*La subrogación del asegurador ¿Y del reasegurador?*”. En: Homenaje al profesor Arturo Díaz Bravo, 2014.

Ramírez Bernal, María Sandra. “*El seguro obligatorio de accidentes de tránsito en Latino América*”. En: Homenaje al profesor Arturo Díaz Bravo, 2014.

Rodas Duque, Fernando et al. *Diez años de la Ley 389 de 1997*. Ponencia Capítulo de Medellín, Memorias del XXV Encuentro Nacional de Acoldece, Medellín, octubre de 2007.

Sánchez Calero, Fernando et al. *Ley de contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980*, de 8 de octubre, y a sus modificaciones (3ª edición). Editorial Aranzadi, 2005.

Stiglitz, Rubén S. *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

Tamayo, Jaramillo Javier. *La responsabilidad civil en el Nuevo Estatuto del Consumidor. Ponencia presentada en el Primer Congreso Internacional de Derecho de Seguros*, FASECOLDA, 2012.

Vásquez, Claudia Patricia. *Protección al consumidor financiero, Avances y retos del sector asegurador*, 2012.

Vélez Gaviria, Piedad Cecilia. *El ejercicio de la acción directa en Colombia - Sus Implicaciones con la acción de responsabilidad civil* (monografía). Medellín: Pontificia Universidad Javeriana, 2012.

Veiga Copo, Abel B. *Los principios de derecho europeo del contrato de seguro*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Ibáñez, Colección Prospectivas del Derecho, 2011.

Venegas Franco, Alejandro. *Temas de Derecho de seguros*. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2011.

Vivas Díez, Gabriel Jaime. *Aproximación a un estudio comparativo de las normas que regulan el seguro de responsabilidad civil en Colombia, Chile, Ecuador, México y Perú*. En: Homenaje al profesor Arturo Díaz Bravo, 2014.

IV. EL SEGURO COMO CONTRATO CONSENSUAL Y SU PRUEBA



TULIO HERNÁN GRIMALDO LEÓN¹¹⁴

El desarrollo del contrato de seguro y sus distintas instituciones está íntimamente ligado a los pronunciamientos que realizan nuestras altas cortes (Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Corte Constitucional) en relación con casos concretos. Allí se fijan criterios de interpretación que sirven de norte a la aplicación de las normas que regulan el contrato de seguro.

Es por ello que consideramos importante estudiar algunos de los más destacados pronunciamientos de dichas cortes en relación con normas específicas del Código de Comercio sobre el contrato de seguro, lo que nos traza un derrotero sobre la correcta aplicación de dichas disposiciones.

Dada la extensión de normas e instituciones jurídicas del contrato de seguro, en este documento presentamos solamente lo relacionado con el contrato de seguro como contrato consensual (artículo 1036 del Código de Comercio) y la prueba del

¹¹⁴ Abogado de la Universidad del Rosario, especialista en Derecho de Seguros de la Universidad Javeriana, abogado de la Vicepresidencia Jurídica de Fasecolda, asesor jurídico del Plan Colombia-Presidencia de la República, la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y la Unidad de Restitución de Tierras Despojadas, en temas relacionados con aspectos contractuales, dentro de los cuales se encuentra el acompañamiento en la estructuración de los programas de seguros de dichas entidades. Asesor, consultor y apoderado de compañías de seguros, conciliador en derecho aprobado e inscrito. Profesor de la Universidad de La Sabana y del Politécnico Grancolombiano. Defensor del consumidor financiero de AON Risk Services S.A.

contrato de seguro (artículo 1046 del Código de Comercio), vistos y estudiados por la jurisprudencia, atendiendo además a las modificaciones que en tales normas se introdujeron con la Ley 389 de 1997.

1. El contrato de seguro como contrato consensual

El artículo 1036 del Código de Comercio señala en los siguientes términos las características del contrato de seguro:

“Artículo 1036. Contrato de seguro. El seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva”.

Esta norma, tal como acaba de ser transcrita, fue modificada por el artículo 1º de la Ley 389 de 1997, la cual dispuso que el contrato de seguro dejara de ser un contrato solemne, como se concebía en el Código de Comercio original, para convertirlo en un contrato consensual.

Dicha disposición, que entró a regir el 18 de julio de 1998¹¹⁵, tenía como propósito actualizar las normas del contrato de seguro a las tendencias que pretendían agilizar las relaciones mercantiles y evitar que con el argumento de la ausencia de expedición de la póliza se negara el pago de siniestros, así se hubiese pagado la prima¹¹⁶.

En tal sentido, pasamos de un contrato de seguro solemne a uno consensual. En efecto, en la legislación anterior a la entrada en vigencia del artículo 1º de la Ley 389 de 1997, se disponía que el contrato de seguro era solemne¹¹⁷, solemnidad que consistía en que el contrato de seguro, para su existencia, debía constar por escrito. Así, el artículo 1036 del Código de Comercio del año 1971 disponía:

115 De acuerdo con el artículo 8º de la Ley 389 de 1997, el artículo 1º, 2º y 3º de la misma ley solo entrarían a regir seis meses después de la promulgación de la ley, la cual se promulgó el 18 de julio de 1997.

116 En la exposición de motivos del proyecto de ley radicado en el Senado de la República con el número 65 de 1995, se lee al respecto: “Superar de alguna manera la situación de desequilibrio en que actualmente se encuentran los asegurados frente a las aseguradoras al no poder reclamar o exigir responsabilidad contractual a estas últimas en el evento de ocurrir el siniestro en un momento anterior a la suscripción de la póliza, así se hubiere cancelado el valor de la prima, evitándose de esta manera múltiples situaciones de notoria injusticia surgidas como consecuencia de la aplicación de nuestra actual normatividad mercantil”.

117 De acuerdo con el artículo 1500 del Código Civil, el contrato es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil.

“Artículo 1036. El seguro es un contrato solemne, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva.

El contrato de seguro se perfecciona desde el momento en que el asegurador suscribe la póliza”.

Dicho de otra forma, sin escrito, que era la póliza de seguro (artículo 1046 del Código de Comercio original), no existía el contrato y, como lo diremos más adelante, dicha póliza a su vez era el único medio de prueba de la existencia del seguro. En efecto, en el artículo 1046 del Código de Comercio del año 1971 se disponía:

“Artículo 1046. El documento por medio del cual se perfecciona y prueba el contrato de seguro se denomina póliza. Deberá redactarse en castellano, ser firmado por el asegurador y entregarse en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su expedición”.

Con base en dichas disposiciones, se pronunció la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, defendiendo el argumento según el cual sin la existencia de la póliza de seguros no era existente el contrato y, consecuentemente, no existía responsabilidad contractual del asegurador, así en los casos concretos se hubiese pagado dinero a título de prima y se hubiese dado un consentimiento por los contratantes.

En efecto, podemos citar como ejemplo de la tesis anterior la sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia del 25 de mayo de 1992, magistrado ponente Pedro Lafont Pianetta, en la que dicha Corporación señaló:

“1. Por ministerio de la ley, el contrato de seguro tiene como uno de sus atributos el de ser solemne (artículo 1036 Código de Comercio), como quiera que no se perfecciona tan solo con el lleno de los requisitos de capacidad de las partes que intervienen en su celebración, consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícitos, sino que exige para su existencia, la formalidad externa de que se conste por escrito, en documento que ha de contener además de las condiciones generales del contrato los datos y estipulaciones específicamente señalados en el artículo 1047 del Código de Comercio, norma esta que guarda estrecha relación con el artículo 1046 del mismo estatuto legal, en el que se prescribe en forma expresa que este contrato ‘se perfecciona y prueba’ con el documento ‘que se denomina póliza’. En ella, como es sabido, se individualiza el amparo de que se ha hecho cargo el asegurador dentro de un marco preciso, que permite establecer la extensión de la cobertura, de una parte y, de otra, las causas que determinan, limitan y excluyen la responsabilidad del asegurador, ya sea frente al tomador, al asegurado o a los beneficiarios, todo dentro de las condiciones generales del seguro respectivo. (Artículos 1047 Código de Comercio, Ley 105 de 1927 y 43, Ley 45 de 1990).

2. Consecuencia ineludible de la solemnidad exigida por el legislador para el perfeccionamiento del contrato de seguro, es que, sin ella, no nace a la vida jurídica, pues tal formalidad es un requisito *ad substantiam actus*, de cuya falencia deviene la inexistencia misma del contrato, así como la imposibilidad de su prueba por otros medios probatorios, pues así lo ordena en forma categórica el artículo 1046 del Código de Comercio. Ello significa, entonces, que en ausencia de la póliza no puede la jurisdicción dar por demostrado un contrato de seguro de ninguna clase, pues a este tipo de contratos le es aplicable la doctrina de la Corte, según la cual ‘es principio indiscutible que el contrato solemne no tiene existencia jurídica sino desde que se cumple la formalidad externa que la ley exige para su perfección’ (Cas. Civ. 11 de septiembre de 1984, G.J. Tomo CLXXVI, página 256), sin perjuicio de que como lo ha dicho la Corte ‘si bien es cierto que las partes pueden anticipar la vigencia del seguro, no es menos evidente que al momento de suscribirse la póliza, debe existir el riesgo’ (Sent. 337 de septiembre 3 de 1998)”.

Lo anterior no significaba, como lo veremos a continuación, que en ningún caso fuese condenada una compañía de seguros al pago de sumas de dinero cuando no existía o no se había expedido la respectiva póliza de seguro.

Lo que siempre tuvo claro la Corte Suprema de Justicia es que no se podía derivar una responsabilidad de tipo contractual en cabeza del asegurador, porque, como acabamos de ver, si no existía la póliza no existía el seguro y mal podía hablarse de una responsabilidad civil contractual sin ese fundamental elemento, el contrato.

Pero sí podría derivarse una responsabilidad en cabeza de las compañías de seguros derivada de una responsabilidad precontractual y/o extracontractual, como sucedió en el caso que se resolvió con la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 9 de noviembre de 1982, magistrado ponente José María Esguerra Samper, en donde se analizó un caso en el cual la compañía de seguros se demoró en expedir una póliza de seguro de vida y el futuro asegurado murió antes de ser expedida dicha póliza. En este fallo la Corporación señaló lo siguiente:

“En el caso que es materia de nuestra consideración, el ad quem sostuvo que el Plan Gran Vida no se perfeccionó por cuanto no se expidió la póliza para el seguro de vida y en esas circunstancias la pretensión invocada no podía fundarse en una relación comercial imperfecta, pues si la muerte de Salvador Camargo acaeció con anterioridad, dejaba ‘de constituir un riesgo y por lo tanto no puede ser objeto de seguro’. En consecuencia, rechazó lo pedido y absolvió a las entidades demandadas.

[...]

Todo lo anterior, sumado a las demás probanzas que se allegaron al proceso, hacen llegar a una sola conclusión: que lo exigido en la demanda fue la responsabilidad de las demandadas por la suma que hubiera recibido María Josefa Arteaga de Camargo si se hubiera otorgado la póliza; es decir, que no se reclama el pago del seguro a que erróneamente se refiere el sentenciador sino la indemnización que se deriva del no otorgamiento de la póliza con la celeridad que exigen estas negociaciones en el campo mercantil, ya que hubo una inexplicable demora de cuatro meses, después del pago de los \$50.000,00, y por tanto, el surgimiento de la relación negocial, para que el agente intermediario comunicara cuando y donde debía practicarse el examen electrocardiográfico y una vez efectuado este se otorgara, como se dijo, la póliza de seguro”.

Esta situación varió en forma importante con la modificación introducida con la Ley 389 de 1997 y así lo recogió la jurisprudencia nacional.

En efecto, con base en la nueva normativa, el contrato de seguro es un contrato consensual, lo que se traduce en que nace a la vida jurídica por el consentimiento de las partes en el contrato¹¹⁸. No sobra recordar que conforme lo dispone el artículo 1500 del Código Civil, el contrato “[...] es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento”.

De acuerdo con lo anterior, al ser consensual el contrato, nace a la vida jurídica cuando se da el consentimiento entre el tomador del seguro y la compañía de seguros sobre los elementos esenciales del contrato (artículo 1045 del Código de Comercio)¹¹⁹. Dicha consensualidad, sin embargo y como lo señalaremos más adelante, se ve morigerada desde el punto de vista de la prueba del contrato, al haberse limitado en la ley la prueba del seguro al escrito o la confesión.

En cuanto al carácter consensual del seguro, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 16 de noviembre de 2005, magistrado ponente Silvio Fernando Trejos, ha dicho lo siguiente:

118 Conforme al artículo 1037 del Código de Comercio, “Son partes del contrato de seguro:

1. El asegurador, o sea la persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos, y
2. El tomador, o sea la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos”.

119 “Artículo 1045 del Código de Comercio: Son elementos esenciales del contrato de seguro:

1. El interés asegurable;
2. El riesgo asegurable;
3. La prima o precio del seguro, y
4. La obligación condicional del asegurador.

En defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguro no producirá efecto alguno”.

“1. Según el artículo 3º de la Ley 389 de 1997 el contrato de seguro es hoy en día de carácter consensual; así, modificando el artículo 1036 del C. de Co. dispuso que ‘el seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva’. Esta reforma fue trascendental porque vino a solucionar numerosos conflictos que se suscitaron cuando se requería la solemnidad de la póliza para su perfeccionamiento”.

No obstante lo anterior, debe tenerse presente que existen excepciones respecto del carácter consensual del seguro, particularmente cuando se trata de seguros de cumplimiento en favor de entidades estatales.

Así lo ha determinado la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con el argumento central de que dichos seguros, como garantías que son en la contratación estatal, son accesorios al contrato estatal que garantizan y, en consecuencia, participan de sus mismas características.

A este respecto debe recordarse que conforme lo dispone el artículo 1499 del Código Civil, los contratos pueden ser principales o accesorios. Dicta esta norma que “El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella”.

Por otra parte, respecto de las características de los contratos estatales, el artículo 39 de la Ley 80 de 1993 dispone lo siguiente:

“Artículo 39. De la forma del contrato estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad.

Las entidades estatales establecerán las medidas que demande la preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales”.

En este mismo sentido, el inciso primero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 dispone:

“Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y este se eleve a escrito”.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha adoptado la interpretación según la cual, no obstante que los contratos de seguros son consensuales, según lo ordena el artículo 1036 del Código de Comercio, tratándose de seguros de cumplimiento en favor de entidades estatales, dado que se trata de garantías para un contrato estatal y, en tal virtud, son contratos accesorios al contrato estatal, participan de esa característica contenida en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, esto es, deben constar por escrito.

Así, encontramos que en sentencia de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 19 de septiembre de 2011, consejera ponente Ruth Stella Correa Palacio, se señaló:

“Las relaciones contractuales del Estado deben constar por escrito, habida cuenta de que este constituye requisito o formalidad constitutiva (*ad substantiam actus y ad solemnitatem*), conforme a lo dispuesto por los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993. De ahí que para que el acuerdo de voluntades nazca a la vida jurídica es preciso que obre en escrito y por ello no es posible probar el contrato con cualquier otro medio probatorio previsto en la ley procesal, tal y como la ha indicado una y otra vez la jurisprudencia de la Sala.

En efecto, el citado artículo 39 de la Ley 80 de 1993, al regular la forma del contrato estatal, prescribe que los contratos que celebren las entidades estatales “constarán por escrito” (contrato *litteris*), en contraposición a la libertad de forma del régimen del derecho común en el que la consensualidad es la regla general (*solus consensus obligat*).

Norma que hace referencia al modo concreto como se documenta, materializa e instrumenta el vínculo contractual, tal y como lo señaló la Corte Constitucional al hacer el examen de constitucionalidad del párrafo del citado precepto que disponía que las formalidades plenas se determinaban en función de la cuantía (reglamentado por el artículo 25 Decreto 679/94).

En consonancia con este mandato, el artículo 41 de la misma ley estableció con igual nitidez que los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y este se eleve a escrito.

[...]

Estas normas en forma imperativa revistieron a la forma escrita, como se exterioriza esa declaración de voluntad de los co-contratantes, de un valor *ad esentiam* (forma *dat esse rei*), al predicar que el acto o negocio jurídico solo nace a la vida jurídica cuando adopta esa forma obligatoria, solemnidad esencial para su exis-

tencia jurídica de rigurosa observancia, que constituye una restricción positiva a la expresión de la voluntad.

[...]

"Y si bien actualmente, por virtud la Ley 389 de 1997 (que modificó los artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio), el de seguro es un contrato consensual, dicha consensualidad de la legislación mercantil no aplica en los eventos en que sea celebrado por una entidad estatal. En efecto, al tenor de lo prescrito por el artículo 32 en concordancia con el artículo 2° de la Ley 80, se trata de un genuino contrato estatal, que deberá someterse a los preceptos de orden público antes referidos y que solo se viene a regir por las normas del derecho común, en las materias que particularmente no hayan sido reguladas por dicho Estatuto de Contratación, según lo pregonaba el artículo 13 de la Ley 80".

De acuerdo con lo anterior, el contrato de seguro hoy en día es un contrato consensual, salvo tratándose de seguros de cumplimiento en favor de entidades estatales en donde se ha interpretado por el Consejo de Estado que dichos seguros participan de las características de los contratos estatales y, por lo tanto, deben constar por escrito.

2. La prueba del contrato de seguro

Si bien, como ya vimos, el contrato de seguro es un contrato consensual en relación con su existencia, tanto en la legislación anterior a la reforma del año 1997 como en la consagrada a raíz de la Ley 389 de ese año, se sigue manteniendo un esquema de limitación desde el punto de vista de la prueba, que ha encontrado plena justificación en la seguridad jurídica que se deriva de estas relaciones y evitar la configuración de fraudes en contra de las compañías de seguros abusando de una permisividad absoluta en los medios probatorios del seguro.

En cuanto a la prueba del contrato de seguro en la legislación anterior (Código de Comercio del año 1971), baste con recordar lo ya indicado en la primera parte de este escrito, en el sentido de que el artículo 1046 del Código de Comercio en forma expresa consagraba como único medio de prueba la póliza de seguro. Dicha norma señalaba:

"Artículo 1046. El documento por medio del cual se perfecciona y prueba el contrato de seguro se denomina póliza. Deberá redactarse en castellano, ser firmado por el asegurador y entregarse en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su expedición".

En relación con la legislación vigente, adoptada a partir de la modificación introducida a dicha norma por el artículo 3º de la Ley 389 de 1997, se mantuvo el criterio de restringir la prueba solo a algunos medios autorizados expresamente por la ley, en el entendido, como se dijo, de que resultaba “conveniente el establecimiento de una sistema especial de prueba del contrato de seguro, siguiendo las legislaciones de México (artículo 19 de la Ley 1935), Argentina (artículo 11 Ley de 1968) y Bolivia (artículo 1006 del C. Co. de 1977). El contrato de seguro podrá probarse por escrito o por confesión, conforme al artículo 3º del pliego [...] No consideramos prudente prever una total libertad probatoria, ya que no habría seguridad jurídica en el país si se pudiese probar un contrato de seguro por testimonios o simples indicios”¹²⁰.

En tal sentido, el actual artículo 1046 del Código de Comercio dispone:

“Artículo 1046. Prueba del contrato de seguro - póliza. El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión.

Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denomina póliza, el que deberá redactarse en castellano y firmarse por el asegurador.

La Superintendencia Bancaria señalará los ramos y la clase de contratos que se redacten en idioma extranjero”.

De acuerdo con esta norma, el contrato de seguro, si bien es consensual para su perfeccionamiento y existencia, solo se puede probar por dos medios: el escrito, uno de los cuales es la póliza de seguro, y la confesión.

En relación con este esquema adoptado por la Ley 389 de 1997, resulta ilustrativo lo señalado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 16 de noviembre de 2005, magistrado ponente Silvio Fernando Trejos Bueno, en la cual se consagró lo siguiente:

“Esa misma ley modificó el artículo 1046 del C. de Co. y a partir del carácter consensual de dicho vínculo estableció, sin embargo, un régimen probatorio especial para demostrar su existencia, consistente en que ‘el contrato de seguro se probará por escrito o por confesión’; se consagró así una de las excepciones al principio general del Derecho probatorio por el cual las partes pueden acudir a cualquier medio de convicción lícito para comprobar los hechos cuya verificación les interesa para

120 Exposición de motivos de la ponencia para primer debate del proyecto de Ley 65/95 Senado.

defender sus derechos, tal como se desprende de lo dispuesto en el artículo 175 del C. de P. Civil.

[...]

3. En esa dirección considera la Corte que la nueva ley en su empeño de eliminar la exigencia de la póliza como requisito formal *ad solemnitatem* necesario para la constitución del contrato de seguro, no quiso tampoco generar, como consecuencia del carácter consensual del mismo, márgenes de inseguridad, ni menos servir de simiente a interminables litigios, y optó entonces por exigir un formalismo *ad probationem*, como es la presencia de un escrito que aunque no repercute en el perfeccionamiento del mismo, sí incide en la manera como debe demostrarse, al cual agregó también la posibilidad de la prueba de confesión, ampliando en esa medida el régimen legal anterior.

El escrito bien puede ser denominado póliza, cuyo original incluso está obligado el asegurador a entregar al tomador, ‘con fines exclusivamente probatorios’, como lo señala el mismo artículo 1046, u otro cualquiera con tal de que sea lo suficientemente idóneo para deducir el acuerdo de voluntades y los elementos esenciales del mismo, sin los cuales ‘el contrato de seguro no producirá efecto alguno’, como lo previene el artículo 1045 del C. de Co., y que permita constatar, como apenas es natural, quiénes son los sujetos contratantes, el objeto, la cobertura, la vigencia y la prima pactada, entre los más connotados.

Es decir, ante la falta de póliza, que es el documento que corresponde expedir con fines meramente probatorios, basta un escrito que sea bastante para deducir la existencia del contrato de seguros en los términos indicados; o en ausencia del escrito que se dé la confesión que sirva de apoyo para establecerlo en sus componentes esenciales”.

De dicho fallo resulta necesario destacar varios aspectos relevantes sobre el sistema de prueba del contrato de seguro vigente y adoptado por la reforma del año 1997, así:

Como lo señala el fallo, se mantiene un esquema restringido de prueba, lo que significa una excepción al régimen general probatorio consagrado en nuestro ordenamiento procesal civil.

Dicha restricción —apunta la Corte— busca eliminar o reducir los márgenes de inseguridad y evitar, con ello, interminables litigios que se sustenten en cualquier medio de prueba admisible en otros contratos.

Si bien existe esa limitación, la Corte considera que hubo un avance en relación con la legislación anterior, pues se ampliaron los medios de prueba más allá de la póliza (medio único consagrado anteriormente), para darle paso a los escritos y

la confesión, a parte de la póliza, que sigue siendo un medio de prueba válido del contrato de seguro.

El medio de prueba del escrito —precisa la Corte— no solamente se refiere a la póliza de seguro, que es un escrito y, como se dijo, sigue siendo medio de prueba del contrato. También pueden arrimarse como medios válidos de prueba del contrato de seguro otro escrito o escritos, siempre que sean idóneos para probar el acuerdo de voluntades y los elementos esenciales del contrato, esto es, el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima y la obligación condicional del asegurador (artículo 1045 del Código de Comercio).

En relación con la confesión como el otro medio de prueba del contrato, resulta pertinente citar la sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia del 21 de octubre de 2005, magistrado ponente Pedro Octavio Munar Cadena, en la que se analizó un caso en el que se presentó una confesión por parte de una compañía de seguros, derivada de la injustificada negativa de exhibir todos los documentos relacionados con una reclamación. La Corte precisó en ese caso:

“2. A propósito de las precedentes lucubraciones conviene memorar que el siniestro aducido en la demanda con que se dio inicio a este proceso, se configuró, según la parte actora, en razón del detrimento patrimonial por ella soportado, derivado de los desembolsos que se habría visto forzada a efectuar para atender las acreencias laborales que, en principio, gravitaban sobre Proimpetrol S. A., la persona jurídica contratista, riesgo que fue precisamente el que se obligó a asumir la aseguradora cuando expidió la póliza de marras.

Así las cosas, puesto que en Colombia, salvo las excepciones consagradas expresamente en el ordenamiento positivo, la confesión se erige como un medio de convicción idóneo para acreditar todo tipo de hechos (artículo 195 del C. de P. C.), y siendo lo cierto que la ley no exige que los fundamentos fácticos que quiso probar la actora con la solicitud de la fallida diligencia de exhibición documental se acrediten a través de un medio de prueba distinto del recién mencionado, se tiene que —ante la injustificada renuencia de la aseguradora a exhibir en su totalidad la documentación cuya presentación se le ordenó, por iniciativa de su contraparte—, debió deducirse la confesión de que da cuenta el artículo 285, *ibídem*, en la parte final de su primer inciso”.

A manera de resumen de este escrito, podemos señalar las siguientes consideraciones finales que encuentran pleno respaldo en la jurisprudencia citada:

Mientras el contrato de seguro fue un contrato solemne, cuya formalidad consistía en la existencia de un escrito denominado póliza que cumpliera con los

requisitos legales precisamente para ser póliza, hasta tanto no se expidiera dicho escrito no existía el contrato y, por lo tanto, no se podía derivar responsabilidad civil contractual de la aseguradora.

Lo anterior no significaba que las compañías de seguros no pudieran ser condenadas al reconocimiento de perjuicios derivados de la falta de expedición de las pólizas de seguros. Allí se podía acudir a responsabilidad precontractual y/o extracontractual.

Al modificarse la legislación con la Ley 389 de 1997 se consagró que el contrato de seguro es un contrato consensual, que se perfecciona por el consentimiento de las partes sobre los elementos esenciales del contrato, lo que lleva a que la existencia del contrato no esté sujeta a ninguna formalidad o solemnidad.

Como excepción a esa consensualidad, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha señalado que los seguros de cumplimiento en favor de entidades estatales son contratos solemnes que deben constar por escrito, ello derivado del carácter accesorio de dichas garantías respecto de los contratos estatales garantizados.

Tanto la legislación anterior como la actual consagran limitaciones desde el punto de vista de la prueba del contrato. Mientras en el Código de Comercio del año 1971 se disponía que el único medio de prueba del seguro fuera la póliza, con la Ley 389 de 1997 se ampliaron dichos medios al escrito y la confesión.

En relación con los escritos distintos a la póliza de seguro, éstos deben ser idóneos para demostrar el acuerdo de voluntades y los elementos esenciales del contrato de seguro.

En cuanto a la confesión, se deben seguir los principios y normas que regulan esta figura en la legislación procesal.

V. EL *HABEAS DATA* Y SU IMPACTO EN EL CONTRATO DE SEGURO



JORGE MARIO MENESES PATERNINA¹²¹

1. Introducción

Si bien es cierto que, desde el punto de vista legal, el contrato de seguro se encuentra debidamente definido y desarrollado a partir de los artículos 1036 y subsiguientes del Código de Comercio, así como también se establecen ciertas disposiciones regulatorias que le son extensibles en el Decreto 663 de 1993 (EOSF) y la Circular Externa Básica Jurídica 029 de 2014 (la cual recogió el contenido de la Circular Externa 007 de 1996) expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia, entre otras disposiciones, es de suma importancia analizar el contorno

121 Abogado de la Universidad de La Sabana, Colombia, especialista en Derecho Comercial y Derecho Contractual de la Universidad del Rosario, Colombia. Conferencista nacional e internacional en foros académicos en materia de Derecho de seguros, gobierno corporativo y prevención y control del lavado de activos y la financiación del terrorismo. En la actualidad se desempeña como Regional Corporate Counsel para Latinoamérica y Caribe de la sociedad Guy Carpenter & Company LLC, entidad dedicada al corretaje de reaseguros.

Con anterioridad a esta función, se desempeñó como suplente del presidente y representante legal para asuntos judiciales-secretario general de la Sociedad Delima Marsh S.A. Adicionalmente, ejerce la gestión legal de las sociedades Marsh Global Markets Corredores de Reaseguros Ltda., Marsh Risk Consulting Ltda., Mercer Colombia Ltda., Mercer Agencia de Seguros Ltda. y Compañías Delima S.A., sociedades que hacen parte del grupo Marsh & McLennan Companies Inc. En el sector asegurador ejerció el cargo de director de gobierno corporativo, representante legal para asuntos judiciales y oficial de cumplimiento suplente, de las sociedades Liberty Seguros S.A y Liberty Seguros de Vida S.A.

legal actual que involucra a la actividad aseguradora en Colombia, para efectos de exaltar nuevas exigencias normativas que llevan a cuestionar si aún permanecen vigentes algunas características inherentes al citado contrato como ocurre en el caso de la consensualidad¹²². Una de tantas nuevas exigencias en relación con la actividad aseguradora es la referente al tratamiento de datos personales, el cual, si bien es cierto ha sido objeto de reglamentaciones parciales en los últimos años, con la entrada en vigencia de la ley de protección de datos personales (Ley 1581 de 2012), ha dado un vuelco significativo a nivel general, para efectos de garantizar la debida protección de datos personales y sensibles, de aquellos titulares de información (consumidores financieros) que acceden al mercado para solicitar un producto específico, debiendo suministrar su información a intermediarios de seguros y aseguradoras, para que estas últimas procedan a analizar los riesgos particulares de cada cliente, con el objeto de determinar si resulta procedente o no la asegurabilidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1056 del Código de Comercio.

2. Evolución normativa de la protección del *habeas data* a partir de la Constitución Política de 1991

Para efectos de analizar el impacto que el derecho fundamental del *habeas data* ha tenido al interior del contrato de seguro es importante tener en cuenta los siguientes hitos normativos que permitirán analizar con mayor claridad la necesidad de establecer claros procedimientos para los responsables y encargados del tratamiento de datos personales. Esto se presenta en los siguientes acápites.

2.1. Constitución Política de Colombia de 1991

Sin lugar a dudas, la Constitución Política de Colombia del año 1991 estableció de manera clara en el artículo 15, el derecho fundamental al *habeas data*, entendido desde la óptica jurisprudencial constitucional como “aquel que le otorga la facultad al titular de datos personales, de exigir de las administradoras de esos datos,

122 En relación con la consensualidad, el tratadista Hernán Fabio López Blanco en su obra Comentarios al contrato de seguro (4ª ed.), “establece que la característica de la consensualidad en el Contrato de Seguro es de reciente adopción legal, pues desde que se expidió el vigente Código de Comercio y hasta Julio de 1997, el tratamiento que recibió fue el de tipificarse como un contrato solemne.

Por tal motivo es pertinente analizar la evolución que como consensualidad o solemnidad como notas del contrato de Seguro, se han dado en los últimos veintiocho años de la legislación Colombiana, lo que es tanto más útil si se tiene en cuenta que es un tema recurrente y nada de especial tendría que, en un futuro surja una corriente que trate de volver al requisito de la solemnidad, de modo que los fundamentos de una u otra posición mantienen su actualidad”.

el acceso, inclusión, exclusión, corrección, adición, actualización y certificación de datos, así como la limitación en las posibilidades de divulgación, publicación o cesión de los mismos, de conformidad con los principios que regulan el proceso de administración de datos personales” (sentencia C-1011 de 2008). El artículo 15 de la Constitución Política de Colombia establece: “Todas las personas tienen Derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el estado debe respetarlos y hacerlos respetar, de igual modo, tienen Derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en Bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas [...] En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución [...]”.

Concordante con el anterior derecho mencionado, el artículo 20 de la Constitución Política establece ese derecho a la información que se circunscribe al suministro y recepción de información veraz e imparcial.

2.2. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

El Decreto 663 de 1993, modificado por la Ley 795 de 2003, establece dentro de su articulado menciones especiales al deber de reserva que tienen las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, en el sentido de garantizar la denominada “reserva bancaria”, contenida en el artículo 72 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), que establece claramente el deber que tienen las entidades vigiladas por la SFC, de utilizar de manera apropiada, absteniéndose de utilizar indebidamente o divulgar información sujeta a reserva.

2.3. Circular Externa 042 de 2012

Concordante con la disposición antes mencionada y con el objeto de garantizar la adecuada protección de la información por parte de entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, fue expedida por parte del mencionado ente de control, la Circular Externa 052 de 2007 (modificada por la CE 042 de 2012), disposición incorporada actualmente al numeral segundo del capítulo primero del título segundo, parte primera de la Circular Externa 029 de 2014 expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual tuvo como objeto establecer los requisitos mínimos de seguridad y calidad en el manejo de información para la distribución de servicios de cara a clientes y usuarios de cierto grupo de entidades vigiladas por la superintendencia financiera de Colombia, incluidas compañías de seguros y corredores de seguros.

Con ocasión de la expedición del Decreto 4327 de 2005, mediante el cual se creó la Superintendencia Financiera, resultado de la fusión llevada a cabo entre la Superintendencia Bancaria de Colombia y la Superintendencia de Valores,

el superintendente financiero, en ejercicio de sus facultades legales, en especial las conferidas por el literal a, numeral 3 del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el literal c del numeral 1 del artículo 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el numeral 9º del artículo 11 del Decreto 4327 de 2005, y atendiendo lo dispuesto en el numeral 4.1 del artículo 98 del citado estatuto, ha considerado necesario instruir a las entidades sometidas a inspección y vigilancia sobre los requerimientos mínimos de seguridad y calidad que deben atender para el manejo de la información a través de los diferentes medios y canales utilizados para la distribución de los productos y servicios que ofrecen a sus clientes y usuarios.

2.4. Ley 1266 de 2008

Esta norma de carácter estatutario entró a regir el 1º de enero de 2009, con el claro objetivo de desarrollar el derecho constitucional que tienen las personas de conocer, actualizar y rectificar la información que se haya recogido de estas en bases de datos. En adición a lo anterior, el legislador propendió por ratificar las garantías que cada ciudadano ostenta en relación con la recolección, tratamiento y circulación de datos personales establecidos en el artículo 15 de la Constitución Política de Colombia.

Sin embargo, el alcance inicial del proyecto ley se vio drásticamente modificado, quedando definido un ámbito de aplicación restringido a aquellos datos personales correspondientes a información comercial, financiera crediticia y la proveniente de terceros países.¹²³

Para efectos de entender claramente la dinámica de esta disposición de cara al contrato de seguro, es importante tener en cuenta las siguientes definiciones establecidas por la ley:

Titular de la información: se entiende como tal a toda persona natural o jurídica a cuya información se refiera una base de datos. Dicha información se encuentra protegida desde el punto de vista constitucional.

123 “El proyecto de Ley que dio lugar a la ley 1266 de 2008 y que fuera objeto de la sentencia C-1011 de 2008, buscaba convertirse en una ley de principios generales aplicable a todas las categorías de datos personales, pero pese a su pretensión de generalidad, el proyecto de ley en realidad solamente establecía estándares básicos de protección para el dato financiero y comercial destinado a calcular el nivel de riesgo Crediticio de las personas. Por ello, en la referida sentencia, la Corte dejó claro que la materia de lo que luego se convertiría en la ley 1266 es solamente el dato financiero y comercial. Por lo tanto, la ley 1266 solamente puede ser considerada una regulación sectorial del Habeas Data” (sentencia C-748/11).

Fuente de la información: es aquella persona natural o jurídica que recibe o conoce los datos personales, en virtud de una relación contractual (comercial o de servicios) con el titular de la información y que, por una autorización de este último, proporcionará estos datos a un operador quien a su vez los hará llegar a un usuario final.

Operador de la información: se denomina como tal a la persona, entidad u organización que recibe datos personales provenientes de la fuente de la información, en relación con los titulares de la información. Su gestión se circunscribe a administrar los datos personales y a ponerlos en conocimiento de los usuarios, de acuerdo con los lineamientos establecidos en la ley.

Salvo aquellos casos en los cuales el operador es la misma fuente de la información, el operador no mantiene una relación comercial o de servicios con el titular de la información.

Usuario: es la persona natural o jurídica que eventualmente puede acceder a la información personal de un titular de información, suministrada por el operador de la información, por una fuente de información o por el mismo titular de la información. Definición del dato personal a la luz de la Ley 1266 de 2008: la mencionada norma definió el dato personal como “aquella pieza de información vinculada a una o varias personas determinadas o determinables o que puedan asociarse a una persona natural o jurídica”. Es pertinente reiterar que la citada disposición delimitó de cierta forma el acceso a datos personales por parte de usuarios, fuentes y operadores en relación con aquellos datos de carácter financiero, crediticio, comercial así como aquel proveniente de terceros países.

Clasificación de datos personales: el legislador, en relación con el denominado dato personal, estableció la siguiente clasificación:

- Dato personal público.
- Dato personal semiprivado.
- Dato personal privado.
- El dato público: se entenderán como datos públicos aquellos denominados como tales por la Constitución y la ley, así como aquellos que no encuadren en las categorías de dato semiprivado o dato privado. Así las cosas, documentos públicos que contengan información personal, sentencias judiciales ejecutoriadas que no se encuentren restringidas por el deber de reserva, información referente al estado civil de las personas, pueden todos ser considerados información pública.

La Corte Constitucional ha analizado las distintas tipologías de datos personales, concluyendo la clasificación antes mencionada con base en criterios cualitativos y dependiendo del mayor o menor grado en que pueden ser divulgados.

En relación con las categorías de dato personal, la Corte ha establecido en la sentencia C-1011 de 2008 que “la información pública es aquella que puede ser obtenida sin reserva alguna, entre ella los documentos públicos, habida cuenta el mandato previsto en el artículo 74 de la Constitución. Otros ejemplos se encuentran en las providencias judiciales, los datos sobre el estado civil de las personas o sobre la conformación de la familia. Esta información, como lo indica el precedente analizado, puede ser adquirida por cualquier persona, sin necesidad de autorización alguna para ello.

En lo que respecta al dato personal semiprivado se ha establecido que es aquel dato personal o impersonal que, al no pertenecer a la categoría de información pública, requiere algún grado de limitación para su acceso, incorporación a bases de datos y divulgación. Por lo anterior, se trata de información a la que solo puede accederse por orden de autoridad judicial o administrativa, o a través del cumplimiento de los principios de administración de datos personales antes analizados. Ejemplo de estos datos son la información relacionada con el comportamiento financiero, comercial, crediticio y los datos sobre la seguridad social distintos a aquellos que tienen que ver con las condiciones médicas de los usuarios.

En cuanto al dato personal privado, para la Corte la información privada “es aquella que se encuentra en el ámbito propio del sujeto concernido y, por ende, solo puede accederse a ella por orden de autoridad judicial competente y en ejercicio de sus funciones. Entre dicha información se encuentran los libros de los comerciantes, los documentos privados, las historias clínicas, los datos obtenidos en razón a la inspección de domicilio o luego de la práctica de pruebas en procesos penales sujetas a reserva, entre otros”.

De otra parte, la Corte ha hecho una mención a la denominada “información reservada”, refiriéndose como tal en la aludida sentencia a “aquella que solo interesa al titular en razón a que está estrechamente relacionada con la protección de sus derechos a la dignidad humana, la intimidad y la libertad; como es el caso de los datos sobre la preferencia sexual de las personas, su credo ideológico o político, su información genética, sus hábitos, etc. Estos datos, que han sido agrupados por la jurisprudencia bajo la categoría de “información sensible”¹²⁴, no son susceptibles de acceso por parte de terceros, salvo que se trate en una situación excepcional, en la

124 Cfr. Corte Constitucional, sentencias SU-082/95 y T-307/99.

que el dato reservado constituya un elemento probatorio pertinente y conducente dentro de una investigación penal y que, a su vez, esté directamente relacionado con el objeto de la investigación. En este escenario, habida cuenta la naturaleza del dato incorporado en el proceso, la información deberá estar sometida a la reserva propia del proceso penal [...].”

Teniendo en cuenta que la Ley 1266 de 2008 se enfocó como consecuencia en lo que se conoce como el *habeas data* crediticio, tendiente a proteger la libertad del individuo de ejercer control en relación con su información personal contenida en bases de datos, destinadas a ofrecer a terceros datos útiles para el cálculo del riesgo crediticio del titular de la información, se hacía imperioso reglamentar de manera más general este derecho fundamental, para garantizar la protección integral de los derechos de los titulares de la información de carácter personal.

En cuanto a la actividad aseguradora se refiere, el *habeas data* financiero a que se ha hecho mención anteriormente, está intrínsecamente relacionado con algunos procesos cotidianos del rol asegurador, tales como la suscripción de pólizas de seguro, la vinculación de intermediarios, la selección de proveedores o empleados, e incluso la financiación de primas de seguro. Vale la pena manifestar que mediante Carta Circular 072 de 2014, la Superintendencia Financiera de Colombia ha ratificado a todas las entidades vigiladas por el citado ente de control, el deber que les asiste de respetar el derecho fundamental de *hábeas data* y la regulación referida a la materia, por lo que les corresponderá ajustar los procedimientos y controles para dar pleno cumplimiento a las obligaciones contenidas en la Ley 1266 de 2008 y en la jurisprudencia antes citada.

2.5. Circular Externa 052 de 2004 (modificada por la CE 046 de 2011) Sistema de Administración de Riesgo de Crédito

De conformidad con lo previsto en la Circular Externa 100 de 1995 expedida por la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera) de Colombia, modificada por la Circular Externa 052 de 2004 referente al Sistema de Administración de Riesgo Crediticio (SARC), el cual debe implementarse por algunas entidades vigiladas por la mencionada entidad de control incluidas las compañías de seguros, a efectos de controlar adecuadamente los riesgos de crédito a los cuales se encuentran expuestos, se establece la siguiente obligación en el numeral 2.4.6, denominado “mecanismos de divulgación en relación con los reportes de información a centrales de riesgo”, que sobre el particular señala: “El SARC debe contar con mecanismos de información periódica (carteleros, folletos, información adjunta a los extractos, Internet, etc.) a los clientes y deudores de la entidad acerca del alcance de sus convenios con centrales de riesgos, de los efectos generales que conlleva el reporte a las mismas y de las reglas internas sobre permanencia del dato que

hayan adoptado tales centrales de riesgos teniendo en cuenta la jurisprudencia constitucional y los mandatos que se establezcan en las normas legales aplicables”.

Nótese que en virtud del sistema de administración de riesgo de crédito, las aseguradoras pueden tener la connotación de fuente de la información, cuando se generen reportes a centrales de información referentes al comportamiento de ciertos consumidores financieros, así como también podrán desarrollar el rol de usuario, en el evento en que se consulte un prospecto de cliente, empleado o de proveedor.

Cuando media la financiación de primas en lo que respecta a un contrato de seguro, las compañías de seguros se deben atener a lo dispuesto en la citada circular.

Teniendo en cuenta que los intermediarios de seguros constituyen el canal tradicional por excelencia para la comercialización de pólizas de seguro y que en desarrollo de sus actividades entran en contacto directo con los consumidores financieros, es imperioso desarrollar por parte de la aseguradora con la cual estos tienen clave de intermediación, un proceso de debida diligencia en cuanto al conocimiento del intermediario de seguros, con el objeto de evitar la materialización de riesgos que afecten patrimonialmente la actividad propia de la compañía de seguros. En ese contexto, dicho proceso puede involucrar la acción de requerir al intermediario o a los administradores u accionistas de la agencia o corredor de seguros, la autorización para consulta en centrales de información, con el objeto de analizar el comportamiento crediticio, lo que permitirá en últimas emitir una conclusión sobre la vinculación o no de un intermediario que ejecutará las políticas propias de la aseguradora, incluida en algunos casos la recolección de las primas de seguro.

2.6. Circular Externa 026 de 2008 (incorporada al capítulo IV, título IV, parte primera de la Circular Externa 029 de 2014)

En complemento de lo anterior es importante mencionar que la circular externa básica jurídica, en lo atinente a las obligaciones de prevención y control del lavado de activos y la financiación del terrorismo, establece como clara exigencia para la vinculación de los clientes, así como para el análisis de prospectos, el diligenciamiento del respectivo formato de vinculación, el cual, además de varios campos referentes a la prevención y control del lavado de activos y la financiación del terrorismo, debe contener la autorización del cliente para consulta y reporte a centrales de riesgo¹²⁵.

125 La Circular 029 de 2014 establece en el numeral 4.2.2.2.1.3, en relación con el conocimiento del cliente, que “Para efectos del conocimiento del cliente, las entidades deben diseñar y adoptar

Nótese cómo en relación con los referidos sistemas de administración de riesgos, el dato personal de que da cuenta la Ley 1266 de 2008 puede ser objeto de tratamiento por parte de las compañías de seguro, e incluso por parte de los corredores de seguros, a los cuales aplican reglas normativas similares en virtud de su actividad y de su objeto social.

2.7. Ley 1273 de 2009

En el año 2009, ante la ausencia de un régimen regulatorio adecuado que protegiera penalmente los activos de información, fue expedida la Ley 1273 de 2009, mediante la cual se adicionó el bien jurídico tutelado denominado “De la Protección de la información y de los datos”, el cual entre otras disposiciones establece:

“Artículo 269F: *Violación de datos personales*. El que, sin estar facultado para ello, con provecho propio o de un tercero, obtenga, compile, sustraiga, ofrezca, venda, intercambie, envíe, compre, intercepte, divulgue, modifique o emplee códigos personales, datos personales contenidos en ficheros, archivos, bases de datos o medios semejantes, incurrirá en pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa y seis (96) meses y en multa de 100 a 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

“Artículo 269G: *Suplantación de sitios web para capturar datos personales*. El que con objeto ilícito y sin estar facultado para ello, diseñe, desarrolle, trafique, venda, ejecute, programe o envíe páginas electrónicas, enlaces o ventanas emergentes, incurrirá en pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa y seis (96) meses y en multa de 100 a 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena más grave.

En la misma sanción incurrirá el que modifique el sistema de resolución de nombres de dominio, de tal manera que haga entrar al usuario a una IP diferente en la

formularios de solicitud de vinculación de clientes que contengan cuando menos la información que más adelante se indica, los cuales deben diligenciarse de acuerdo con las instrucciones señaladas en el presente instructivo. Salvo en los casos expresamente exceptuados en el presente capítulo, las entidades deben obtener de los potenciales clientes, el diligenciamiento de los formularios de solicitud de vinculación para el suministro de productos o prestación de servicios. Dicho formulario debe también ser diligenciado por toda persona que se encuentre facultada o autorizada para disponer de los recursos o bienes objeto del contrato, caso en el cual deberá la entidad verificar el documento que acredita dicha facultad o autorización.

La recolección de la firma y la huella del potencial cliente podrán contratarse con terceros”. El referido formulario de solicitud de vinculación contiene expresamente la exigencia de contar con la autorización para consulta y reporte ante centrales de riesgos.

creencia de que acceda a su banco o a otro sitio personal o de confianza, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena más grave.

La pena señalada en los dos incisos anteriores se agravará de una tercera parte a la mitad, si para consumarlo el agente ha reclutado víctimas en la cadena del delito”.

“Artículo 269H: *Circunstancias de agravación punitiva*: Las penas imponibles de acuerdo con los artículos descritos en este título, se aumentarán de la mitad a las tres cuartas partes si la conducta se cometiere:

1. Sobre redes o sistemas informáticos o de comunicaciones estatales u oficiales o del sector financiero, nacionales o extranjeros.
2. Por servidor público en ejercicio de sus funciones.
3. Aprovechando la confianza depositada por el poseedor de la información o por quien tuviere un vínculo contractual con este.
4. Revelando o dando a conocer el contenido de la información en perjuicio de otro.
5. Obteniendo provecho para sí o para un tercero.
6. Con fines terroristas o generando riesgo para la seguridad o defensa nacional.
7. Utilizando como instrumento a un tercero de buena fe.
8. Si quien incurre en estas conductas es el responsable de la administración, manejo o control de dicha información, además se le impondrá hasta por tres años la pena de inhabilitación para el ejercicio de profesión relacionada con sistemas de información procesada con equipos computacionales”.

Sin lugar a dudas, la inclusión de estos tipos penales especializados en la protección de datos personales, constituye una clara herramienta para la protección de activos de información contenidos en bases de datos o similares, contrarrestando el uso inadecuado de la información.

Teniendo en cuenta la dinámica comercial de la actividad aseguradora, el garantizar el uso adecuado de las bases de datos contentivas de información de tomadores, asegurados y beneficiarios se convierte en una necesidad.

En el pasado era bastante común observar cómo las bases de datos eran objeto de comercialización entre comerciantes. En la actualidad, acceder a registros depositados en bases de datos y que contengan información de carácter personal y restringido puede constituir la comisión de una conducta punible.

Lo anterior implica la necesidad, en cabeza de las compañías de seguros, de establecer políticas y procedimientos claros en la cadena de comercialización de los

contratos de seguro que permitan garantizar el cumplimiento de los principios establecidos en la Constitución y la ley.

Más adelante, se hará mención del manejo de datos personales en lo que respecta a programas de seguro de carácter masivo, que generalmente manejan un gran número de asegurados, programas que de igual manera deberán garantizar un tratamiento adecuado de la información.

Si se hace un análisis articulado de la normatividad y regulación expuesta hasta este momento, es pertinente concluir que para efectos de manejar los datos personales, se debe contar con una autorización del titular de la información, so pena de incurrir el infractor en sanciones de tipo civil, penal e incluso regulatorias, en tratándose de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia. Lo anterior, sin perjuicio de las atribuciones que la Superintendencia de Industria y Comercio ostenta en relación con estos temas y de lo cual se hará mención en su debida oportunidad.

2.8. Ley 1328 de 2009

Como resultado de las negociaciones sostenidas por el Gobierno Nacional, con ocasión del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, en el año 2009 fue expedida la Ley 1328, mediante la cual se establecieron claros lineamientos en materia de protección al consumidor de servicios ofrecidos por las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, así como también se impartieron especiales lineamientos en materia de liberalización de mercados. En razón a lo anterior, y no ajenas a los aspectos que se están analizando en el presente escrito, es pertinente hacer las siguientes consideraciones:

La mencionada norma define como consumidor financiero a todo cliente actual, potencial o usuario de las entidades vigiladas. Así las cosas, se puede inferir que en relación con el contrato de seguro, el tomador, el asegurado y el beneficiario ostentan la calidad de consumidores financieros.

Se establece en cabeza de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, el deber de debida diligencia en cuanto al ofrecimiento de sus productos o en la prestación de sus servicios a los consumidores.

Las entidades vigiladas deberán dar cumplimiento a las directrices impartidas por la Superintendencia Financiera de Colombia en materia de seguridad y calidad en los distintos canales de distribución de servicios financieros.

Así las cosas, es de vital importancia reiterar algunas obligaciones puntuales en materia de protección de datos personales, que inciden directamente en la co-

tidianidad de la actividad aseguradora, las cuales se deben analizar de manera armónica con los distintos desarrollos normativos que se enuncian a lo largo del presente escrito en materia de protección al consumidor.

El literal i del artículo 7º de la Ley 1328 de 2009 establece como obligación en cabeza de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, “Guardar la reserva de la información suministrada por el consumidor financiero y que tenga carácter de reservada en los términos establecidos en las normas correspondientes, sin perjuicio de su suministro a las autoridades competentes”.

De otra parte, el literal q del mismo artículo reitera el deber de las entidades vigiladas de “disponer de los medios electrónicos y controles idóneos para brindar eficiente seguridad a las transacciones, a la información confidencial de los consumidores financieros y a las redes que la contengan”.

En ese contexto se puede concluir que es un deber legal absoluto de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, el garantizar la adecuada protección de la información personal de sus consumidores financieros, desarrollando los mecanismos requeridos para procurar tal finalidad.

Nótese que este deber legal se complementa con las exigencias en materia de seguridad de la información proferidas por la Superintendencia Financiera de Colombia y de las cuales se hizo mención anteriormente.

En adición a lo anterior, vale la pena destacar que el regulador incluyó una mención especial a las cláusulas y prácticas abusivas, dejando absolutamente claro que “Cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero”¹²⁶.

Así las cosas, el legislador ha considerado que, entre otras prácticas abusivas, “El iniciar o renovar un servicio sin solicitud o autorización expresa del consumidor”, es una práctica cuestionable y como tal prohibida. Nótese que esta práctica hace necesaria la utilización de información que eventualmente puede ostentar el carácter de dato personal y en consecuencia requerir el tratamiento correspondiente.

Es importante tener presente esta práctica, que puede tener lugar en interior del mercado asegurador si no se desarrollan las medidas necesarias tendientes a garantizar que un consumidor financiera acceda a que las compañías de seguros y los intermediarios de seguros, ofrezcan y promocionen productos contando

126 Ley 1328 de 2009, artículo 11.

con la autorización expresa de los consumidores. Esta prohibición, en particular, guarda una intrínseca relación con los postulados de la Ley 1581 de 2012, en el sentido de que la autorización del titular de la información consumidor financiero debe demostrarse de manera inequívoca y, de otra parte, implica el uso de los datos para una finalidad específica. El objeto de dicha autorización no es otro que el de poder usar los datos contenidos en la misma, para que tanto el intermediario de seguros como la compañía de seguros desarrollen sus actividades profesionales, de acuerdo con la instrucción otorgada por el titular de la información.

2.9. Ley 1480 de 2011

Congruente con la disposición mencionada anteriormente, el Congreso de la República trabajó en el redireccionamiento de la legislación en materia de protección al consumidor, trayendo como consecuencia el nuevo estatuto, el cual entre otros temas aborda los siguientes puntos de vital importancia para el análisis que nos ocupa:

En materia de protección de datos personales, el literal f del artículo 50 antes mencionado establece la obligación por parte de proveedores y expendedores de “adoptar mecanismos de seguridad apropiados y confiables que garanticen la protección de la información personal del consumidor y de la transacción misma. El proveedor será responsable por las fallas en la seguridad de las transacciones realizadas por los medios por él dispuestos, sean propios o ajenos.

Cuando el proveedor o expendedor dé a conocer su membresía o afiliación en algún esquema relevante de autorregulación, asociación empresarial, organización para resolución de disputas u otro organismo de certificación, deberá proporcionar a los consumidores un método sencillo para verificar dicha información, así como detalles apropiados para contactar con dichos organismos, y en su caso, tener acceso a los códigos y prácticas relevantes aplicados por el organismo de certificación”.

Esta disposición, sin lugar a dudas, aplica de manera general en todos los actores involucrados en la cadena de comercialización de bienes y servicios. El estatuto de protección al consumidor define como producto a todo bien o servicio. En ese orden de ideas, las pólizas de seguro encuadran en esta categoría. De otra parte, al hacerse mención del productor, la ley identifica como tal a quien de manera habitual, directa o indirectamente, diseña, produce, fabrica, ensamble o importe productos. En relación con el contrato de seguro, podría considerarse que las aseguradoras son productoras de los productos que ofrecen en el mercado a sus consumidores financieros.

Finalmente, en la cadena de comercialización se encuentran los proveedores o expendedores, entendidos como tales quienes de manera habitual, directa o

indirectamente, ofrecen, suministran, distribuyen o comercializan productos con o sin ánimo de lucro. En esta categorización podrían enmarcarse los intermediarios de seguros¹²⁷.

Si bien es cierto que en desarrollo de las atribuciones concedidas a las superintendencias Financiera de Colombia y de Industria y Comercio se establecieron funciones jurisdiccionales en cabeza de estas, para efectos de procurar una debida protección de los derechos de los consumidores sometidos a su competencia, con la expedición de la Ley 1581 de 2012 quedó bastante claro que la Superintendencia de Industria y Comercio es la máxima autoridad administrativa en materia de protección de datos personales. Lo anterior, sin perjuicio de facultades especiales otorgadas a la Superintendencia Financiera de Colombia.

2.10. Ley 1581 de 2012

Como se expuso anteriormente, si bien en el año 2008 se emitió una norma de vital importancia para la protección adecuada de los derechos contenidos en los artículos 15 y 20 de la Constitución Nacional, el alcance de dicha norma no cubrió de manera integral el contenido de los citados derechos, quedando como consecuencia vacíos que ameritaban una acción inmediata por parte del legislador. Si bien la solución no llegó dentro del término esperado, se podría decir, sin asomo de duda, que la Ley 1581 de 2012 cubre en gran medida las falencias existentes en la normativa local en materia de protección de datos personales¹²⁸.

Veamos a continuación los principales aspectos de la ley que impactan la actividad aseguradora:

Ámbito de aplicación: teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 2º de la mencionada disposición, el contenido de la nueva regulación será aplicable a los datos personales registrados en cualquier base de datos que requiera tratamiento por parte de entidades públicas y privadas. La Ley 1581 de 2012 exceptúa el tratamiento de aquellos datos que tienen desarrollos concretos en normas especiales, entre los cuales se encuentran los siguientes casos o situaciones:

127 Son intermediarios de seguros, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5º del EOSE, los corredores, las agencias y los agentes, cuya función consiste en la realización de las actividades referentes a la promoción y celebración de contratos de seguro y sus posteriores renovaciones.

128 Ley 1581 de 2012, artículo 1º: “La presente ley tiene por objeto desarrollar el derecho constitucional que tienen todas las personas a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bases de datos o archivos, y los demás derechos, libertades y garantías constitucionales a que se refiere el artículo 15 de la Constitución Política; así como el derecho a la información consagrado en el artículo 20 de la misma”.

- Bases de datos o archivos mantenidos en un ámbito exclusivamente personal o doméstico. En relación con las bases de datos mencionadas, la Corte Constitucional ha precisado sobre el particular que se trata de “esferas con las que ha estado ligado el derecho a la intimidad”¹²⁹. Al estar intrínsecamente relacionados con la intimidad, es sensato, a juicio de la Corte, su excepción respecto de algunas de las obligaciones contenidas en la norma. En relación con este tipo de bases de datos, es pertinente aclarar que si bien el uso no se encuentra restringido de manera directa, cuando estas bases son suministradas a terceros, se deberá garantizar el requisito de autorización previa para su uso por parte del titular. A título de ejemplo: la compañía no podrá utilizar la información correspondiente a referencias incluidas en formularios de vinculación de clientes, si las personas que figuren como referencia no autorizan expresamente el uso de sus datos personales, fuera cual fuere su finalidad. Un establecimiento de crédito, por ejemplo, no puede expandir campañas de mercadeo a referencias de consumidores activos de la entidad, si no cuentan con una autorización expresa.
- Bases de datos y archivos que tengan por finalidad la seguridad y defensa nacional, así como la prevención, detección, monitoreo y control del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo: la fuerza pública, en desarrollo de la función que le ha sido atribuida por mandato constitucional, debe garantizar la defensa de la integridad nacional, así como la convivencia pública y la preservación del orden público: “Las labores de defensa y seguridad, a diferencia de las de inteligencia y contrainteligencia —como se verá más adelante— tienen lugar con ocasión de la existencia de amenazas actuales y graves contra el orden público y la soberanía y solamente pueden ser ejecutadas por la fuerza pública”¹³⁰. A juicio de la Corte, para afrontar amenazas que atenten contra la soberanía y el orden público, es justificado el uso de datos personales para lograr tal finalidad, toda vez que el empleo de la información puede constituir la herramienta con la que cuentan las autoridades para desarrollar su actividad. Nótese que de cara a la actividad cotidiana de las compañías de seguros, la información correspondiente al SARLAFT¹³¹ no será objeto de restricción en cuanto a su uso. Lógicamente, teniendo en cuenta la importancia y relevancia de la información depositada en los formularios de conocimiento del cliente, se presume que las aseguradoras y los corredores de seguros, en

129 Sentencia C-734 de 2011.

130 Sentencia C-251 de 2002, magistrado ponente Alejandro Montealegre.

131 Sistema de Administración de Riesgos de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo.

su calidad de entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, deben garantizar el adecuado tratamiento para la protección de los datos suministrados por sus clientes/consumidores financieros recíprocos.

- Bases de datos que tengan como fin y contengan información de inteligencia y contrainteligencia: la Corte Constitucional ha manifestado, en relación con la inteligencia y contrainteligencia, que “deben ser concebidas como herramientas del Estado Social de Derecho y no como fines del mismo”. Excluir de ciertas obligaciones particulares a la información referente a inteligencia y contrainteligencia no resulta inconstitucional, pues se propende por mantener el orden público y la integridad de las fronteras nacionales¹³². Teniendo en cuenta el rol del Estado, resulta necesario que los organismos correspondientes manejen este tipo de información, obviamente garantizando la protección de la información de los ciudadanos.
- Bases de datos y archivos de información periodística y otros contenidos editoriales: jurisprudencialmente, la libertad de expresión ha gozado de la debida protección en el interior del Estado social de derecho. Sin embargo, la Corte Constitucional en la sentencia C-734 de 2011 establece la importancia de establecer una regulación especial para evitar colisiones de este derecho con el *habeas data*.

Por otra parte, la Corte aclara que las bases de datos que se encuentran excluidas son de contenido eminentemente periodístico. Las que hacen parte del giro ordinario del negocio de los medios de comunicaciones, se encuentran obligadas al cumplimiento de los preceptos establecidos por la ley.

- Bases de datos y archivos regulados por la Ley 1266 de 2008: como se mencionó anteriormente, el *habeas data* financiero tiene un alcance específico de cara a la información financiera, crediticia, comercial y de terceros países. Si bien esta ley establece dicha exclusión, los principios establecidos en la Ley 1581 de 2012 deberán aplicarse de manera complementaria a los contenidos en la Ley 1266 de 2008.
- Bases de datos y archivos regulados por la Ley 79 de 1993: la citada norma reguló la realización de los censos de población y vivienda en todo el territorio nacional. Así, estableció lineamientos especiales para el tratamiento de información de carácter estadístico. En relación con los datos persona-

132 Sentencia T-066 de 2008, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

les, consagró el deber de reserva de datos de carácter personal, los cuales no pueden ser utilizados por otras entidades públicas distintas al DANE.

La Corte Constitucional en las sentencias C-1011 de 2008 y C-734 de 2011 ratifica que si bien es cierto que puede ser constitucional el establecimiento de excepciones a la aplicación de algunas disposiciones legales, lo anterior no implica que en todos los ámbitos en los que se lleva a cabo el tratamiento de datos personales, estén excluidos de las garantías básicas del derecho fundamental al *habeas data* y de otros derechos que eventualmente puedan resultar lesionados.

2.11. Definiciones abordadas por la Ley 1581 de 2012 que inciden directamente en la actividad aseguradora

Autorización: consiste en el consentimiento previo, expreso e informado del titular para llevar a cabo el tratamiento de datos personales. Nótese que dicho consentimiento debe mediar siempre que se pretenda utilizar por parte de las compañías de seguros e intermediarios de seguros, la información personal de consumidores financieros (tomadores, asegurados, beneficiarios).

En relación con la autorización para el tratamiento de datos personales, en reiteradas oportunidades la Superintendencia de Industria y Comercio se ha pronunciado sobre el particular, estableciendo que “en materia de manejo de información personal, el consentimiento exigido es además calificado, por cuanto debe ser previo, expreso e informado. Sobre el particular, en la sentencia C-1011 de 2008 se sostuvo que tales características concretan la libertad del individuo frente al poder informático.

[...]

En relación con el carácter previo, la autorización debe ser suministrada, en una etapa anterior a la incorporación del dato.

[...]

En relación con el carácter expreso, la autorización debe ser inequívoca, razón por la cual, al contrario de lo sostenido por algunos intervinientes, no es posible aceptarse la existencia, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, de un consentimiento tácito.

[...]

En relación con el carácter de informado, el titular no solo debe aceptar el tratamiento del dato, sino también tiene que estar plenamente consciente de los efectos de su autorización [...]”.

Por lo anterior, el tratamiento de los datos personales solo puede realizarse cuando exista autorización previa, expresa e informada del titular, con el fin de permitirle que se garantice que en todo momento y lugar pueda conocer en donde está su información personal, para qué propósitos ha sido recolectada y qué mecanismos tiene a su disposición para actualización y rectificación¹³³. Por otra parte, el Decreto 1377 de 2013, que reglamentó la Ley 1581 de 2012, en relación con la autorización para el tratamiento de información, establece en su artículo 5º: “El responsable del tratamiento deberá adoptar procedimiento para solicitar, a más tardar al momento de recolección de sus datos, la autorización del titular para el tratamiento de los mismos e informarle los datos personales que serán recolectados así como todas las finalidades específicas del tratamiento para las cuales se obtiene el consentimiento”.

En cuanto al manejo de datos personales, la ley no autoriza aceptaciones tácitas, lo cual implica desarrollar un procedimiento que garantice que los responsables del tratamiento de datos personales los administren una vez se cuente con una conducta inequívoca, específica e informada de manera libre por parte del titular de la información.

Es deber de los responsables del tratamiento de datos personales, conservar la prueba de la autorización otorgada por los titulares de los datos, sea cual sea el medio por el cual se obtenga la respectiva autorización. Es importante reiterar que debe existir un registro de la autorización inequívoca impartida por el titular de la información.

2.12. Casos en los cuales no es necesaria la autorización para el manejo de datos personales

El legislador estableció las siguientes situaciones, en las cuales no es necesaria la autorización para el manejo de datos personales:

- Cuando la información es requerida por una entidad de carácter público o administrativo en desarrollo de sus actividades o cuando media una orden judicial.
- Cuando los datos son de naturaleza pública.

133 Concepto SIC, número de radicación 13-151968-3-0.

- Para el evento de datos o información relacionada con el estado civil de las personas.
- En el evento de urgencia médica o sanitaria.
- Cuando la información se requiere para fines estadísticos o científicos, siempre que la ley así lo establezca.

Las situaciones descritas no eximen a quienes accedan a los datos mencionados de desarrollar mecanismos idóneos, tendientes a garantizar los postulados contenidos en la Ley de Protección de Datos Personales.

Base de datos: la ley define las bases de datos como el conjunto organizado de datos personales que sean objeto de tratamiento. El manejo de bases de datos es bastante común en la actividad aseguradora, sobre todo en lo que respecta a la vinculación de consumidores a título individual, así como mediante programas masivos o colectivos. Sin importar la naturaleza de estos programas, se hace indispensable desarrollar protocolos claros, que permitan determinar cuál será el tratamiento que se brindará a los datos personales. Este protocolo debe involucrar tanto a la compañía de seguros, como a quien ostente el manejo de dichas bases de datos. A título de ejemplo: un establecimiento de crédito debe contar con la autorización explícita para que la información de sus consumidores financieros sea utilizada tanto por la citada entidad, como por parte de su intermediario de seguros y por las aseguradoras a las cuales se trasladen los riesgos correspondientes.

Dato personal: cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables.

Si se analiza de manera complementaria la clasificación de dato personal establecida tanto en la Ley 1266 de 2008 como en la Ley 1581 de 2012, se podría inferir la siguiente clasificación, la cual guarda consonancia con la jurisprudencia existente en relación con la materia que nos ocupa:

- Dato público: es el tipificado como tal en la ley.
- Dato semiprivado: es un dato que no reviste naturaleza íntima ni reservada ni pública y cuya divulgación interesa a cierto grupo en particular. Por ejemplo: el dato financiero, comercial.
- Dato privado: dato que por su naturaleza íntima o reservada solo es relevante para el titular¹³⁴.

134 Sentencia C-734 de 2011.

- Dato sensible: habida cuenta que este dato no había sido analizado más en detalle en el presente escrito, vale la pena hacer una mención especial sobre el particular:

La norma define el dato sensible, como aquel que afecta la intimidad del titular y cuyo uso indebido puede derivar en discriminación, en el evento de revelar¹³⁵:

- Origen racial o étnico.
- Orientación política.
- Convicciones filosóficas, religiosas.
- Presencia en sindicatos, organización de derechos humanos que promuevan intereses políticos, o que busquen proteger derechos políticos de la oposición.
- Datos relativos a la salud, a la vida sexual y los datos biométricos.

El dato sensible no puede ser objeto de tratamiento, salvo que medie alguna de las siguientes situaciones:

- Que el titular haya impartido una autorización explícita para este fin, salvo aquellos casos en que no es necesaria tal autorización. Es indispensable que los involucrados en el manejo de datos de esta naturaleza desarrollen protocolos adecuados para garantizar la protección necesaria de los datos sensibles a los cuales tengan acceso.
- Cuando el tratamiento de los datos personales es requerido para salvaguardar la vida del titular y este se encuentre física o jurídicamente incapacitado¹³⁶.
- Cuando el tratamiento sea efectuado en desarrollo de actividades legítimas llevadas a cabo por fundaciones, organismos no gubernamentales, asociaciones u organismos sin ánimo de lucro.
- Cuando la información sea requerida para el reconocimiento, ejercicio o la defensa de un derecho en el interior de un litigio.
- Cuando el tratamiento de la información persiga fines históricos, científicos o estadísticos.

En desarrollo de la actividad aseguradora, es común que compañías de seguros tengan acceso a información que encuadra en la definición de datos sensibles: a título de ejemplo, el manejo de historias clínicas es bastante común en lo que respecta a programas de riesgos laborales, salud y vida, entre otros.

135 La Corte Constitucional estableció en la sentencia C-748 de 2011 que la definición dada por el legislador “resultada compatible con lo establecido en la Jurisprudencia Constitucional y su delimitación, además de proteger el Habeas data es una garantía al derecho a la intimidad, razón por la cual es compatible con la carta política”.

136 Ley 1581 de 2012, artículo 6º.

Historias clínicas: respecto de las historias clínicas, es pertinente manifestar que el literal a del artículo 1º de la Resolución 1995 de 1999 establece sobre el particular: “La Historia clínica es un documento privado, obligatorio y sometido a reserva, en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención. Dicho documento únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley”.

Es pertinente manifestar que la historia clínica reviste las siguientes características:

- **Integralidad:** la historia clínica de un usuario debe reunir la información de los aspectos científicos, técnicos y administrativos relativos a la atención en salud en las fases de fomento, promoción de la salud, prevención específica, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la información, abordándolo como un todo en sus aspectos biológico, psicológico y social, e interrelacionado con sus dimensiones personal, familiar y comunitaria.
- **Secuencialidad:** los registros de la prestación de los servicios en salud deben consignarse en la secuencia cronológica en que ocurrió la atención. Desde el punto de vista archivístico, la historia clínica es un expediente que de manera cronológica debe acumular documentos relativos a la prestación de servicios de salud brindados al usuario.
- **Racionalidad científica:** para efectos de la presente resolución, es la aplicación de criterios científicos en el diligenciamiento y registro de las acciones en salud brindadas a un usuario. De modo que evidencie en forma lógica, clara y completa, el procedimiento que se realizó en la investigación de las condiciones de salud del paciente, el diagnóstico y el plan de manejo.
- **Disponibilidad:** es la posibilidad de utilizar la historia clínica en el momento en que se necesita, con las limitaciones que impone la ley.
- **Oportunidad:** es el diligenciamiento de los registros de atención de la historia clínica, simultánea o inmediatamente después de que ocurre la prestación del servicio¹³⁷.

Del texto anteriormente referido se podría inferir que los elementos que componen la historia clínica encuadran dentro de las causales que eximen a los responsables del manejo de datos personales de contar con la autorización del titular en el evento de manejar información sensible.

Sobre este particular, la Superintendencia de Industria y Comercio estableció, mediante concepto RAD 13-178928-00003-000, publicado en su página web: “En el

137 Resolución 1995 de 1999.

caso específico de las historias clínicas, en atención a la necesidad que existe de hacer uso de dichos documentos por parte de los profesionales de la salud y de las instituciones de salud, con el fin de garantizar los Derechos Fundamentales a la Salud y a la Vida, el ordenamiento jurídico al establecer el carácter obligatorio de dichos documentos ha relevado de la autorización del titular para su elaboración.

Sin embargo, se debe tener en consideración que pese a que no es necesario obtener la autorización previa del paciente para la elaboración de la historia clínica, si se hace necesario dar estricto cumplimiento a los principios y deberes consagrados para el tratamiento de datos personales en la ley 1581 de 2012 y las normas que la reglamenten, en armonía con la normativa especial aplicable a la materia”.

Datos personales, referentes a niños, niñas y adolescentes: teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad a la cual se encuentran expuestos los menores de edad, el legislador contempló en el artículo 7º de la Ley 1581 de 2012, una categoría especial de datos personales, correspondiente a niños, niñas y adolescentes.

A juicio de la Corte Constitucional, la restricción en este frente no es absoluta, pues de ser así restringiría el acceso de menores al ejercicio de otros derechos tales como la seguridad social en salud, etc. En el sentir de la Corte, datos de menores de edad pueden ser objeto de tratamiento, siempre que su tratamiento obedezca al interés superior de dicha población y se garantice el respeto de sus derechos¹³⁸.

Nótese que el manejo de este tipo de información es realmente significativo en el interior de las bases de datos de las compañías de seguros, que alojan información correspondiente a asegurados y beneficiarios menores de edad. Es importante contar con un procedimiento adecuado que permita segmentar a este tipo de clientes/usuarios, en el interior de las bases de datos de las aseguradoras, al igual que ocurre con los datos sensibles, para efectos de aplicar deberes de debida diligencia mejorados en cuanto a la protección de la información que de este tipo se posea, con el objeto de mitigar cualquier tipo de riesgo derivado del tratamiento inadecuado de la información.

2.13. Sujetos o partes involucradas en el tratamiento de información de carácter personal

Encargado del tratamiento: es la persona natural o jurídica, de naturaleza pública o privada, que por sí misma o en asocio con otros realiza el tratamiento de datos personales por cuenta del responsable del tratamiento.

138 Sentencia C-734 de 2011.

El encargado del tratamiento de datos de carácter personal es quien recibe instrucciones para el manejo y administración de los datos personales.

A continuación, se relacionan algunas de las obligaciones que por ley les corresponden a los encargados del tratamiento de datos personales:

- Garantizar que los titulares de la información personal a la cual tengan acceso puedan ejercer libremente el derecho del *habeas data*.
- Desarrollar medidas tendientes a garantizar la seguridad de la información a la cual tengan acceso.
- Realizar de manera oportuna la actualización, rectificación o supresión de la información.
- Permitir el acceso de la información a personas que puedan tener acceso a la información, bien sea por mandato legal, o bien por autorización.
- Desarrollar manuales y políticas para asegurar la protección de la información y de los derechos de sus titulares.

Responsable del tratamiento: es la persona natural o jurídica, de naturaleza pública o privada, que por sí misma o en asocio con otros decide sobre la base de datos y/o el tratamiento de los datos.

De cara al *habeas data* financiero descrito en la Ley 1266 de 2008, se podría inferir analógicamente que tanto la fuente de la información como el usuario de la información encajan en la categoría de responsables, en cuanto al tratamiento de datos personales.

El responsable del tratamiento de datos personales tiene, entre otros, los siguientes deberes:

- Garantizar que los titulares de la información personal, a la cual tengan acceso, puedan ejercer libremente el derecho del *habeas data*.
- Solicitar y conservar la copia de la respectiva autorización otorgada por el titular¹³⁹.
- Informar al titular sobre el tratamiento efectuado a sus datos.
- Garantizar la seguridad en el manejo de la información.
- Suministrar al encargado información veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible.

¹³⁹ Así la Superintendencia de Industria y Comercio haya insistido en que la autorización puede ser por medios verbales, es necesario contar con un soporte probatorio que permita evidenciar que ha mediado la autorización del titular de la información para el tratamiento de sus datos.

- Realizar de manera oportuna la actualización, rectificación o supresión de la información.
- Permitir el acceso de la información a personas que puedan tener acceso a ella, bien sea por mandato legal, o bien por autorización.

De cara al contrato de seguro, es de suma relevancia considerar que si bien es cierto que las aseguradoras pueden ostentar el carácter de responsables en cuanto al manejo de datos personales de titulares/consumidores financieros, también lo es que los distintos actores que intervienen en la comercialización de los productos de las aseguradoras, como responsables o encargados en cuanto al tratamiento de datos personales se refiere, entre los cuales se encuentran intermediarios, *call-centers*, canales de mercadeo masivo, etc., deben garantizar el cumplimiento adecuado de los postulados establecidos en la norma.

Para tal finalidad, es de suma importancia que durante la etapa precontractual, contractual y post-contractual, en lo que respecta al contrato de seguro, se determinen medidas adecuadas para garantizar una adecuada protección de datos personales de los consumidores financieros.

A título de ejemplo, es importante resaltar que durante la fase de comercialización del contrato seguro, sea cual sea el canal de distribución, es donde se materializa realmente el tratamiento inicial de datos de carácter personal. Cuando el consumidor financiero requiere un intermediario, a un portal web, a una oficina, etc., la cotización para la adquisición de una póliza de seguro, es en ese momento cuando realmente tendrá que iniciarse un tratamiento adecuado para la protección de datos personales. Es ahí donde desde un principio se tendrá que recaudar la autorización correspondiente, así como instruir al titular de la información en relación de por qué se requiere la información y para que será utilizada.

Como práctica del sector asegurador, se ha venido incentivando el uso de la autorización para el tratamiento de datos personales, a través del formulario de conocimiento del cliente o de vinculación de clientes, establecido por la Superintendencia Financiera de Colombia como parte de los pilares de prevención y control del lavado de activos y la financiación del terrorismo. Sin embargo, esta práctica puede conllevar vacíos que le hacen vulnerable, toda vez que no todos los ramos de seguro o productos del sector asegurador se encuentran obligados al diligenciamiento del formulario de conocimiento del cliente, lo cual deriva en que resulta imperioso buscar un mecanismo que garantice que todos los titulares de datos personales que eventualmente suministren información personal a las aseguradoras, por cualquier medio, sean objeto de controles adecuados para el manejo de la información.

Titular: es la persona natural cuyos datos personales son objeto de tratamiento por parte de un responsable o encargado¹⁴⁰.

Es importante resaltar que sin importar la connotación que ostenten los distintos actores en el tratamiento de datos personales, a ellos les son aplicables los distintos principios que rigen el tratamiento de datos personales.

2.14. Derechos de los titulares de datos personales

Tanto en la Ley 1266 de 2008 como en la Ley 1581 de 2012, se ha propendido por garantizar los derechos de los titulares de la información. Es así como se han establecido los siguientes derechos que no resultan incompatibles:

- Conocer, actualizar y rectificar sus datos personales frente a los responsables o encargados del tratamiento de datos personales.
- Solicitar prueba de la autorización otorgada al responsable del tratamiento, salvo en aquellos casos que no requieren autorización y a los que se hizo mención con anterioridad. En materia de *habeas data* crediticio, la autorización es un requisito imprescindible para el manejo de la información. Por tal razón, en ambos casos se debe requerir la autorización inequívoca del titular.
- Ser informado con antelación del uso que se dará a sus datos personales.
- Presentar quejas ante el ente de control correspondiente.
- Revocar las autorizaciones concedidas o requerir la supresión de datos personales.
- Acceder de forma gratuita a los datos personales que reposen en bases de datos.

Tratamiento: el tratamiento de datos consiste en el desarrollo de operaciones sobre datos personales, tales como la recolección, el almacenamiento, el uso, la circulación o la supresión.

¹⁴⁰ En la sentencia C-734 de 2011, la Corte Constitucional hace un interesante análisis en relación con el derecho de *habeas data* en lo que respecta a personas jurídicas, precisando que “en sentir de la sala no se trata de una restricción que desconozca la doctrina Constitucional sobre la protección del *habeas data* en cabeza de las persona jurídicas, ni el propósito de igualdad. Ciertamente, la garantía del *habeas data* a las personas jurídicas no es una protección autónoma a dichos entes, sino una protección que surge en virtud de las personas naturales que las conforman. Por tanto, a juicio de la Sala, es legítima la referencia a las personas naturales, lo que no obsta para que, eventualmente, la protección se extienda a las personas jurídicas cuando se afecten los Derechos de las personas que las conforman”.

Básicamente, el tratamiento del dato personal se circunscribe a cualquier operación que se pretenda desarrollar que implique el manejo de datos que revistan las características antes anotadas, sin importar el medio que se emplee.

De lo anterior se puede inferir que una persona jurídica es responsable del tratamiento de datos personales cuando decide sobre éstos o sobre su tratamiento.

2.15. Algunos aspectos comunes a tenerse en cuenta en las leyes 1266 de 2008 y 1581 de 2012

A título ilustrativo, y teniendo en cuenta que si bien la Ley 1266 de 2008 reglamenta de manera especial el denominado *habeas data* financiero, resulta interesante analizar el presente cuadro comparativo, cuya información ha sido extraída de las leyes 1266 de 2008 y 1581 de 2012 respectivamente, en el cual se pueden apreciar algunas similitudes en el manejo de los datos personales, las cuales deben estar presentes en los distintos momentos o instancias de ejecución del contrato de seguro:

Aspecto puntual	Ley 1266 de 2008	Ley 1581 de 2012
Objeto	Desarrollar el derecho constitucional que tienen todas las personas a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos, y los demás derechos, libertades y garantías constitucionales relacionadas con la recolección, tratamiento y circulación de datos personales a que se refiere el artículo 15 de la Constitución Política, así como el derecho a la información establecido en el artículo 20 de la Constitución Política, particularmente en relación con la información financiera y crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países.	Desarrollar el derecho constitucional que tienen todas las personas a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bases de datos o archivos, y los demás derechos, libertades y garantías constitucionales a que se refiere el artículo 15 de la Constitución Política, así como el derecho a la información consagrado en el artículo 20.
Ámbito de aplicación	Aplica a todos los datos de información personal registrados en un banco de datos, sean estos administrados por entidades de naturaleza pública o privada.	Aplica a los datos personales registrados en cualquier base de datos que los haga susceptibles de tratamiento por entidades de naturaleza pública o privada.

Excepciones	- Bases de datos de inteligencia de Estado por parte de la Fuerza Pública, para garantizar la seguridad nacional interna y externa. - Los registros públicos a cargo de las cámaras de comercio. - Datos mantenidos en un ámbito exclusivamente personal o doméstico	- Bases de datos o archivos mantenidos en un ámbito exclusivamente personal o doméstico. - A las bases de datos y archivos que tengan por finalidad la seguridad y defensa nacional, así como la prevención, detección, monitoreo y control del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. - A las bases de datos que tengan como fin y contengan información de inteligencia y contrainteligencia. - A las bases de datos y archivos de información periódica y otros contenidos editoriales. - A las bases de datos y archivos regulados por la Ley 1266 de 2008. - A las bases de datos y archivos regulados por la Ley 79 de 1993.
Titular de la información	Es la persona natural o jurídica a quien se refiere la información que reposa en un banco de datos y sujeto del derecho de <i>habeas data</i> y demás derechos y garantías a que se refiere la ley.	Persona natural cuyos datos personales sean objeto de tratamiento.
Dato personal	Cualquier pieza de información vinculada a una o varias personas determinadas o determinables o que puedan asociarse con una persona natural o jurídica.	Cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables

Peticiones	Los titulares de la información o sus causahabientes podrán consultar la información personal del titular que repose en cualquier banco de datos, sea este del sector público o privado. El operador deberá suministrar a éstos, debidamente identificados, toda la información contenida en el registro individual o que esté vinculada con la identificación del titular. La petición o consulta de información se formulará verbalmente, por escrito, o por cualquier canal de comunicación, siempre y cuando se mantenga evidencia de ella por medios técnicos. La petición o consulta será atendida en un término máximo de diez días hábiles contados a partir de la fecha de recibo de la misma. Cuando no fuere posible atender la petición o consulta dentro de dicho término, se informará al interesado, expresando los motivos de la demora y señalando la fecha en que se atenderá su petición, la cual en ningún caso podrá superar los cinco (5) días hábiles siguientes al vencimiento del primer término.	Los titulares o sus causahabientes podrán consultar la información personal del titular que repose en cualquier base de datos, sea esta del sector público o del privado. El responsable del tratamiento o el encargado del tratamiento deberán suministrar a éstos toda la información contenida en el registro individual o que esté vinculada con la identificación del titular. La consulta se formulará por el medio habilitado por el responsable del tratamiento o encargado del tratamiento, siempre y cuando se pueda mantener prueba de esta. La consulta será atendida en un término máximo de diez días hábiles contados a partir de la fecha de recibo de la misma. Cuando no fuere posible atender la consulta dentro de dicho término, se informará al interesado, expresando los motivos de la demora y señalando la fecha en que se atenderá su consulta, la cual en ningún caso podrá superar los cinco días hábiles siguientes al vencimiento del primer término.

Reclamos	Los titulares de la información o sus causahabientes que consideren que la información contenida en su registro individual en un banco de datos debe ser objeto de corrección o actualización podrán presentar un reclamo ante el operador. Este reclamo será tramitado bajo las siguientes reglas: 1. La petición o reclamo se formulará mediante escrito dirigido al operador del banco de datos, con la identificación del titular, la descripción de los hechos que dan lugar al reclamo, la dirección y, si fuere el caso, acompañando los documentos de soporte que se quieran hacer valer. En caso de que el escrito resulte incompleto, se deberá oficiar al interesado para que subsane las fallas. Transcurrido un mes desde la fecha del requerimiento, sin que el solicitante presente la información requerida, se entenderá que ha desistido de la reclamación o petición. 2. Una vez recibida la petición o reclamo completo, el operador incluirá en el registro individual, en un término no mayor a dos días hábiles, una leyenda que diga “reclamo en trámite” y la naturaleza del mismo. Dicha información deberá mantenerse hasta que el reclamo sea decidido y deberá incluirse en la información que se suministra a los usuarios. 3. El término máximo para atender la petición o reclamo será de quince (15) días hábiles contados a partir del día siguiente a la fecha de su recibo.	El titular o sus causahabientes que consideren que la información contenida en una base de datos debe ser objeto de corrección, actualización o supresión, o cuando adviertan el presunto incumplimiento de cualquiera de los deberes contenidos en esta ley, podrán presentar un reclamo ante el responsable del tratamiento o el encargado del tratamiento, el cual será tramitado bajo las siguientes reglas: 1. El reclamo se formulará mediante solicitud dirigida al responsable del tratamiento o al encargado del tratamiento, con la identificación del titular, la descripción de los hechos que dan lugar al reclamo, la dirección, y acompañando los documentos que se quiera hacer valer. Si el reclamo resulta incompleto, se requerirá al interesado dentro de los cinco días siguientes a la recepción del reclamo para que subsane las fallas. Transcurridos dos (2) meses desde la fecha del requerimiento, sin que el solicitante presente la información requerida, se entenderá que ha desistido del reclamo. En caso de que quien reciba el reclamo no sea competente para resolverlo, dará traslado a quien corresponda en un término máximo de dos días hábiles e informará de la situación al interesado.

Reclamos	Cuando no fuere posible atender la petición dentro de dicho término, se informará al interesado, expresando los motivos de la demora y señalando la fecha en que se atenderá su petición, la cual en ningún caso podrá superar los ocho días hábiles siguientes al vencimiento del primer término. 4. En los casos en que exista una fuente de información independiente del operador, este último deberá dar traslado del reclamo a la fuente en un término máximo de dos días hábiles, la cual deberá resolver e informar la respuesta al operador en un plazo máximo de diez días hábiles. En todo caso, la respuesta deberá darse al titular por el operador en el término máximo de quince (días hábiles contados a partir del día siguiente a la fecha de presentación de la reclamación, prorrogables por ocho días hábiles más, según lo indicado en el numeral anterior. Si el reclamo es presentado ante la fuente, esta procederá a resolver directamente el reclamo, pero deberá informar al operador sobre la recepción del reclamo dentro de los dos días hábiles siguientes a su recibo, de forma que se pueda dar cumplimiento a la obligación de incluir la leyenda que diga “reclamo en trámite” y la naturaleza del mismo dentro del registro individual, lo cual deberá hacer el operador dentro de los dos días hábiles siguientes a haber recibido la información de la fuente. 5. Para dar respuesta a la petición o reclamo, el operador o la fuente, según sea el caso, deberá realizar una verificación completa de las observaciones o planteamientos del titular, asegurándose de revisar toda la información pertinente para poder dar una respuesta completa al titular.	2. Una vez recibido el reclamo completo, se incluirá en la base de datos una leyenda que diga “reclamo en trámite” y el motivo del mismo, en un término no mayor a dos días hábiles. Dicha leyenda deberá mantenerse hasta que el reclamo sea decidido. 3. El término máximo para atender el reclamo será de quince días hábiles contados a partir del día siguiente a la fecha de su recibo. Cuando no fuere posible atender el reclamo dentro de dicho término, se informará al interesado los motivos de la demora y la fecha en que se atenderá su reclamo, la cual en ningún caso podrá superar los ocho días hábiles siguientes al vencimiento del primer término.

Reclamos	6. Sin perjuicio del ejercicio de la acción de tutela para amparar el derecho fundamental del <i>habeas data</i>, en caso que el titular no se encuentre satisfecho con la respuesta a la petición, podrá recurrir al proceso judicial correspondiente dentro de los términos legales pertinentes para debatir lo relacionado con la obligación reportada como incumplida. La demanda deberá ser interpuesta contra la fuente de la información, la cual, una vez notificada de la misma, procederá a informar al operador dentro de los dos días hábiles siguientes, de forma que se pueda dar cumplimiento a la obligación de incluir la leyenda que diga “información en discusión judicial” y la naturaleza de la misma dentro del registro individual, lo cual deberá hacer el operador dentro de los dos días hábiles siguientes a haber recibido la información de la fuente y por todo el tiempo que tome obtener un fallo en firme. Igual procedimiento deberá seguirse en caso que la fuente inicie un proceso judicial contra el titular de la información, referente a la obligación reportada como incumplida, y este proponga excepciones de mérito.	

A diferencia de la Ley 1266 de 2008, la nueva ley de protección de datos personales establece dos actores adicionales al titular de la información, como lo son el responsable y el encargado de la información. De cara a las actividades cotidianas del contrato de seguro, resulta imperioso determinar cuál es el rol que en uno y otro caso ocupan los intermediarios de seguros, como canal tradicional para la comercialización de pólizas de seguro, y las aseguradoras, como titulares de los productos ofrecidos al público en general. Este tema será desarrollado más adelante en el presente escrito.

Para aplicar de manera adecuada la legislación existente en materia de *habeas data*, resulta de vital importancia conocer los principios instituidos por las leyes 1266 y 1581, los cuales resultan en algunos casos puntuales similares y en otros complementarios, tal y como se ilustra a continuación:

Ley 1266 de 2008	Ley 1581 de 2012
a) Principio de veracidad o calidad de los registros o datos. La información contenida en los bancos de datos debe ser veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible. Se prohíbe el registro y divulgación de datos parciales, incompletos, fraccionados o que induzcan a error.	d) Principio de veracidad o calidad. La información sujeta a tratamiento debe ser veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible. Se prohíbe el tratamiento de datos parciales, incompletos, fraccionados o que induzcan a error.
	a) Principio de legalidad en materia de tratamiento de datos. El tratamiento a que se refiere la presente ley es una actividad reglada que debe sujetarse a lo establecido en ella y en las demás disposiciones que la desarrollen.
b) Principio de finalidad. La administración de datos personales debe obedecer a una finalidad legítima de acuerdo con la Constitución y la ley. La finalidad debe informársele al titular de la información previa o concomitantemente con el otorgamiento de la autorización, cuando ella sea necesaria, o en general siempre que el titular solicite información al respecto.	b) Principio de finalidad. El tratamiento debe obedecer a una finalidad legítima de acuerdo con la Constitución y la ley, la cual debe ser informada al titular.
	c) Principio de libertad. El tratamiento solo puede ejercerse con el consentimiento previo, expreso e informado del titular. Los datos personales no podrán ser obtenidos o divulgados sin previa autorización, o en ausencia de mandato legal o judicial que releve el consentimiento. Nótese que este principio constituye un claro pilar para el tratamiento de los datos personales.

c) Principio de circulación restringida. La administración de datos personales se sujeta a los límites que se derivan de la naturaleza de los datos, de las disposiciones de la ley y de los principios de la administración de datos personales, especialmente de los principios de temporalidad de la información y la finalidad del banco de datos. Los datos personales, salvo la información pública, no podrán ser accesibles por Internet o por otros medios de divulgación o comunicación masiva, salvo que el acceso sea técnicamente controlable para brindar un conocimiento restringido solo a los titulares o los usuarios autorizados conforme a la ley.	f) Principio de acceso y circulación restringida. El tratamiento se sujeta a los límites que se derivan de la naturaleza de los datos personales, de las disposiciones de la ley y la Constitución. En este sentido, el tratamiento solo podrá hacerse por personas autorizadas por el titular y/o por las personas previstas en la ley. Los datos personales, salvo la información pública, no podrán estar disponibles en Internet u otros medios de divulgación o comunicación masiva, salvo que el acceso sea técnicamente controlable para brindar un conocimiento restringido solo a los titulares o terceros autorizados conforme a la ley.
	e) Principio de transparencia. En el tratamiento debe garantizarse el derecho del titular a obtener del responsable del tratamiento o del encargado del tratamiento, en cualquier momento y sin restricciones, información acerca de la existencia de datos que le conciernan.
d) Principio de temporalidad de la información. La información del titular no podrá ser suministrada a usuarios o terceros cuando deje de servir para la finalidad del banco de datos.	
e) Principio de interpretación integral de derechos constitucionales. La ley se interpretará en el sentido de que se amparen adecuadamente los derechos constitucionales, como son el <i>habeas data</i>, el derecho al buen nombre, el derecho a la honra, el derecho a la intimidad y el derecho a la información. Los derechos de los titulares se interpretarán en armonía y en un plano de equilibrio con el derecho a la información previsto en el artículo 20 de la Constitución y con los demás derechos constitucionales aplicables.	

f) Principio de seguridad. La información que conforma los registros individuales constitutivos de los bancos de datos a que se refiere la ley, así como la resultante de las consultas que de ella hagan sus usuarios, se deberá manejar con las medidas técnicas que sean necesarias para garantizar la seguridad de los registros, evitando su adulteración, pérdida, consulta o uso no autorizado.	g) Principio de seguridad. La información sujeta a tratamiento por el responsable del tratamiento o encargado del tratamiento a que se refiere la ley, se deberá manejar con las medidas técnicas, humanas y administrativas que sean necesarias para otorgar seguridad a los registros, evitando su adulteración, pérdida, consulta, uso o acceso no autorizado o fraudulento.
g) Principio de confidencialidad. Todas las personas naturales o jurídicas que intervengan en la administración de datos personales que no tengan la naturaleza de públicos están obligadas en todo tiempo a garantizar la reserva de la información, inclusive después de finalizada su relación con alguna de las labores que comprende la administración de datos, pudiendo solo realizar suministro o comunicación de datos cuando ello corresponda al desarrollo de las actividades autorizadas en la ley.	h) Principio de confidencialidad. Todas las personas que intervengan en el tratamiento de datos personales que no tengan la naturaleza de públicos están obligadas a garantizar la reserva de la información, inclusive después de finalizada su relación con alguna de las labores que comprende el tratamiento, pudiendo solo realizar suministro o comunicación de datos personales cuando ello corresponda al desarrollo de las actividades autorizadas en la ley.

3. Aplicación puntual de las normas de *habeas data* en relación con el contrato de seguro

- **Canales de comercialización tradicionales:** como bien es sabido, los intermediarios de seguros constituyen el canal tradicional de comercialización de seguros por excelencia. La intermediación de seguros, de conformidad con lo establecido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, se puede enmarcar en las siguientes categorías, a saber:
 - a.- Corredores de seguros
 - b.- Agencias de seguros
 - c.- Agentes dependientes e independientes de seguros

En desarrollo de sus actividades cotidianas, los intermediarios de seguros desarrollan una actividad común: promover la celebración de contratos de seguros y sus correspondientes renovaciones. Es por ello que a la luz de las normas que rigen la protección de datos personales, el intermediario de seguros desempeña un papel bastante importante, toda vez que constituye

el canal de acceso de la información de las compañías de seguros para llevar a cabo los análisis de riesgos propios de su actividad, así como la asunción de dichos riesgos.

Sin importar la modalidad de intermediación de la cual se trate, sea o no el intermediario vigilado por la Superintendencia Financiera de Colombia, se encuentre o no sujeto a las directrices emitidas por las aseguradoras con las cuales mantienen relaciones contractuales, es importante resaltar que al intermediario de seguro le asisten importantes obligaciones en materia de protección al consumidor y de cara a la protección de datos personales.

Canalizar los datos de los consumidores financieros conlleva el deber correlativo de asegurar que dichos datos sean utilizados para los fines pertinentes y de cara a las personas realmente autorizadas para su uso específico.

En virtud de lo anterior, surgen obligaciones que deben revisarse desde la óptica de:

- a) El consumidor financiero (Titular de información) - intermediario de seguros.
- b) Intermediario de seguros - compañía de seguros.
- c) Consumidor financiero (titular de información) - compañía de seguros.

Relación consumidor-intermediario de seguros: en desarrollo de esta relación de carácter contractual, el intermediario puede ostentar la calidad de responsable de la información, pero también podría ser considerado un encargado del tratamiento de las bases de datos, si obra por cuenta y riesgo de las compañías de seguros.

Relación intermediario de seguros-compañías de seguros: esta relación debe tener claramente establecidos los niveles de responsabilidad de las partes involucradas, en lo que respecta al manejo de datos personales. Un corredor de seguros, a título de ejemplo, puede revestir la calidad de responsable en cuanto al manejo de los datos de carácter personal que le son otorgados por sus clientes. En ese orden de ideas, al suministrar cierto tipo de información a las compañías de seguros, para efectos de obtener la correspondiente cotización de coberturas, se hace necesario definir el documento que a nivel contractual defina claramente las obligaciones referentes a la transmisión de datos de carácter personal.

Ahora bien, en el caso de intermediarios de seguros que ejecutan actividades por cuenta y riesgo de las compañías de seguros, valdría la pena analizar si a estos les aplicarán las obligaciones extensibles a encargados para el tratamiento de base de datos, o si en razón a su rol de contacto directo con el consumidor financiero, les será aplicable la disposición referente a los responsables del tratamiento de datos de carácter personal.

Relación consumidor financiero compañía de seguros: nótese que esta relación de consumo implica, al igual que la relación que se sostiene entre el consumidor financiero y el intermediario de seguros, un manejo o tratamiento de base de datos en este caso en manos de las compañías de seguros, las cuales deberán asegurar en tal calidad, el cumplimiento de los postulados establecidos en las normas que protegen el derecho fundamental del *habeas data*. Sin importar cuál sea el canal de distribución de productos que cada aseguradora emplee, se debe garantizar que toda la información amparada constitucionalmente se encuentre debidamente protegida.

En relación con la transmisión y la transferencia de datos, es importante tener clara la diferencia de ambos conceptos al momento de estructurar la correspondiente política de protección de datos personales por parte de las compañías de seguros y demás responsables en la cadena que manejen información en razón a su actividad.

Transmisión de datos personales: nótese que en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1377 de 2013, se exige este formalismo, que básicamente habilita las transmisiones de bases de datos dentro o fuera del territorio nacional cuando responsables y encargados establezcan de manera clara: a) cuál es el alcance del tratamiento de datos que regirá la relación bilateral, b) cuáles son las actividades que el responsable delega en cabeza del encargado para que este las ejecute en su nombre, y c) obligaciones puntuales entre las partes.

Nótese que, en lo que respecta a la relación aseguradora-intermediario de seguros, es bastante usual que en lo atinente al vínculo contractual que liga a agentes de seguros y agencias de seguros con las aseguradoras, exista un documento que regule tales relaciones. No ocurre lo mismo con los corredores de seguros, con los cuales el vínculo no es tan formal como en los casos mencionados inicialmente. En cualquiera de los escenarios propuestos debe mediar un acuerdo específico que regle el tratamiento de datos personales.

Finalmente, en lo que a transmisión de datos respecta, el numeral 2 del artículo 24 del Decreto 1377 de 2013 estableció que no se requerirá el consentimiento del titular, siempre y cuando medie un contrato entre el responsable del tratamiento de las bases de datos y el encargado, cuando este último realice el tratamiento por cuenta del responsable. Así las cosas, es de vital importancia que se establezcan los documentos contractuales correspondientes que regulen el manejo de la información cuando esta es recolectada por terceros a favor de la compañía de seguros, como puede ocurrir en el caso de las agencias y los agentes de seguros o en el caso de aquellos terceros que explotan nuevos canales de comercialización de productos.

Transferencia de datos personales: de otra parte, en lo que hace referencia a la transferencia de datos personales, se podría inferir que esta ocurre cuando el responsable y/o encargado de su tratamiento, ubicado en Colombia, envía la información o los datos personales a un receptor, quien también ostenta la calidad de responsable del tratamiento y quien puede estar ubicado dentro o fuera del territorio nacional.¹⁴¹ Si bien en principio la Ley 1581 de 2012 estableció la prohibición de la transferencia de datos personales a aquellos países que no cuentan con niveles de protección de información adecuados, se establecieron las siguientes excepciones a la prohibición antes señalada:

Cuando medie autorización expresa del titular: sobre este punto, vale la pena reiterar la importancia que reviste incluir dentro de la autorización que otorga el titular de la información personal, la posibilidad de efectuar transferencias de información, más aún en aquellos casos en que existen compañías de seguros, corredores de seguros, etc., que tienen manejos tecnológicos y estructuras corporativas que conllevan el uso de herramientas y recursos ubicados en el exterior, tales como servidores, repositorios de información, etc.

En el evento en que se intercambien datos de carácter médico, cuando por motivos de salud o higiene pública se requieran los datos del titular de la información: es bastante usual el intercambio de este tipo de información en el desarrollo de actividades relacionadas con seguros de salud, en los cuales se intercambia información entre aseguradoras y entidades del sector salud.

141 Concepto SIC radicación 13-208880-00001-0000.

- **Cuando se trate de transferencias bancarias o bursátiles.**
- **Transferencias de información pactadas a través de tratados internacionales y de las cuales Colombia sea parte.**
- **Transferencias necesarias para la ejecución de un contrato entre el titular y el responsable del tratamiento, o para la ejecución de medidas precontractuales siempre y cuando se cuente con la autorización del titular:** la transferencia de información que eventualmente existe entre el intermediario de seguro y la compañía de seguros encaja en esta categoría, en la cual claramente se hace mención a la autorización expresa del titular. Es importante que se analicen otros canales no tradicionales de comercialización de pólizas de seguro, en las cuales eventualmente se puede materializar una transferencia de datos personales.
- **Transferencias legales exigidas para procurar la protección del interés público o para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial.**
- **Canales de distribución no tradicionales:**
 - a) *Callcenters*: teniendo en cuenta el auge de mecanismos no tradicionales para la comercialización de contratos de seguro, las compañías de seguros, e incluso algunos intermediarios del sector, cuentan con fuerza de ventas dedicadas mediante canales telefónicos a la comercialización manera de los distintos productos ofrecidos por las aseguradoras. Para lograr esta finalidad, se requiere, imprescindiblemente, dar cumplimiento a lo dispuesto en las leyes de protección de datos personales y de protección al consumidor, a saber: en primer lugar, es necesario que el titular de los datos autorice que sus datos sean utilizados por parte de las aseguradoras, intermediarios de seguros, etc., con el objeto de promocionar y ofrecer los distintos productos disponibles en el mercado. Acto seguido, una vez se cuente con la autorización correspondiente, se puede proceder a desarrollar los distintos procedimientos de venta, garantizando en todo momento el cumplimiento de los principios que rigen el manejo de los datos de carácter personal.
 - b) Canales electrónicos de venta de seguros: un claro desafío de la industria aseguradora de cara a las exigencias normativas en materia de protección de datos personales, tiene que ver con los canales no tradicionales para la comercialización de productos, entre los cuales se encuentra el internet, las redes sociales, las herramientas tecnológicas, etc.

Resulta un tanto complejo poder acreditar que un titular de datos personales ha consentido que su información sea utilizada por una aseguradora, intermediario de seguros, etc., cuando no hay una manifestación expresa o inequívoca sobre el particular.

En cuanto a transacciones desarrolladas como parte del comercio electrónico, se podría considerar que hay distintas maneras de ejercer la autonomía de la voluntad. Un clic en el mundo virtual puede significar una aceptación a la hora de comprar un bien o al requerir un servicio determinado, al igual que al acceder a una página electrónica, con el previo conocimiento y divulgación de las políticas de privacidad del *host* de la mencionada página.

Si bien es cierto que la consensualidad es una de las características más distinguidas del contrato de seguro, se debe contar con algún tipo de registro que permita evidenciar la autorización para el manejo de datos en el evento de materializarse una venta a través de un mecanismo de esta naturaleza. En adición a lo anterior, es necesario que se ejecuten todas las medidas de seguridad requeridas por el regulador para el manejo de datos.

El escenario no suena en principio para nada alentador. Sin embargo, la Superintendencia de Industria y Comercio ha conceptuado interesantes argumentos sobre este particular, estableciendo que pueden existir distintos mecanismos para obtener la autorización de parte de los titulares de la información: “Estos mecanismos podrán ser predeterminados o a través de medios electrónicos que faciliten al titular su manifestación automatizada. Se entenderá que la autorización cumple con los requisitos cuando se manifieste (i) por escrito, (ii) de forma oral o (iii) mediante conductas inequívocas del titular que permitan concluir de forma razonable que otorgó la autorización. En ningún caso el silencio podrá asimilarse a una conducta inequívoca”¹⁴². En virtud de lo anterior, resulta necesario que en desarrollo del tratamiento de datos personales, cuando medie un proceso de obtención de autorización por medios electrónicos, se tengan los soportes correspondientes que permitan evidenciar una autorización inequívoca por parte del titular de la información (registros de acceso, etc.).

De otra parte, es importante manifestar que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 886 de 2014, los datos personales pueden ser tratados de manera automatizada o manual, situación que ratifica que es factible desarrollar el proceso de tratamiento de los datos personales por

142 Concepto SIC RAD 13-291504-00001-0000, fecha: 24-01-28.

medios tecnológicos, siempre y cuando se cumplan los postulados esgrimidos anteriormente.

Bases de datos contentivas de información de consumidores financieros: de acuerdo con lo establecido en el Decreto 886 de 2014, los responsables del tratamiento de los datos personales deberán inscribir sus bases de datos en el Registro Nacional de Bases de Datos, dentro del año siguiente a la habilitación del mencionado registro por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio. Es pertinente aclarar que mediante circular 02 del 3 de noviembre de 2015, la Superintendencia de Industria y Comercio impartió instrucciones a los responsables del tratamiento de datos personales, en relación con la inscripción de las bases de datos en el Registro mencionado anteriormente.

- **Explotación de bases de datos de terceros:** ha sido una práctica bastante común en el sector asegurador, la explotación de bases de datos con fines comerciales. Teniendo en cuenta las diversas normas descritas en el presente documento, vale la pena destacar que en la actualidad no existe posibilidad alguna de que una aseguradora utilice una base de datos con fines comerciales, sin contar con la autorización expresa de cada titular para tal finalidad. Esta situación favorece las sanas costumbres mercantiles y evita prácticas lesivas de los derechos de los titulares de la información y de los consumidores, toda vez que la explotación inadecuada de una base de datos puede conllevar infracciones que incluso trasgreden bienes jurídicos amparados por el Derecho penal.
- **Bases de datos restrictivas:** pueden inferirse de las distintas normas que desarrollan el contenido del *habeas data*, que no es posible establecer bases de datos que contengan vetos o restricciones de personas en razón a comportamientos desfavorables y otras situaciones. Las listas negras, desde la entrada en vigencia de la Ley 1266 de 2008, quedaron claramente prohibidas. Es así, como el párrafo 4º del artículo 14 de la Ley 1266 de 2008 establece sobre el particular: “Se prohíbe la administración de datos personales con información exclusivamente desfavorable”. Si bien es cierto que existen ciertas listas que de alguna manera contienen información que puede ser considerada como desfavorable, como es el caso de la lista expedida por la Oficina de Control de Activos Extranjeros adscrita al Departamento del Tesoro de los Estados Unidos (OFAC), este tipo de listados no son vinculantes a la luz de la normatividad local, salvo el listado emitido por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1121 de 2006, el cual impone ciertos deberes específicos de reporte a autoridades en tratándose de la detección de personas vinculadas a la base de datos de terrorismo proferida por el mencionado consejo.

- **Trámite de siniestros:** una de las instancias más críticas en relación con el tratamiento de datos personales, podría ser la relacionada con el trámite de los siniestros. Teniendo en cuenta que las compañías de seguros en desarrollo de su actividad manejan información que eventualmente puede tener la connotación de dato personal, es de vital importancia desarrollar un protocolo referente al tratamiento de los datos personales en este importante proceso misional de las compañías de seguros. A título de ejemplo, ramos de seguro como accidentes personales, salud, vida individual, vida grupo, seguros educativos, entre otros, implican el contacto de las áreas de indemnizaciones, con información que requiere un tratamiento o manejo adecuado. No todos los ramos de seguro manejan información de carácter personal, razón por la cual es importante que se efectúe una segmentación que permita determinar cuál será el tratamiento a establecerse en el interior de la respectiva compañía de seguros, más aún cuando esta información puede ser compartida con terceros, como ocurre con las instituciones de salud, investigadores, otros proveedores, etc.
- **Financiación de primas:** como es bien sabido, desde el punto de vista regulatorio, las compañías de seguros se encuentran habilitadas para financiar parte de las primas de seguro que son canceladas por sus consumidores financieros. En desarrollo de tal actividad, y atendiendo las directrices del regulador en materia de prevención del riesgo de crédito, se hace necesario que se garantice una adecuada protección de la información de los consumidores / titulares de información.

Es importante asegurar que en el evento de remitirse información o datos personales de carácter crediticio, financiero, comercial a operadores de información, en primer lugar se cuente con la autorización del titular para tal efecto y en segundo lugar, se garanticen los derechos a que tienen lugar los titulares de información de conocer y rectificar la información a que haya lugar.

Esto permitirá garantizar que no se menoscaben derechos de titulares por causa de reportes injustificados o no autorizados a centrales de información.

Existen casos en los cuales los procesos de financiación de primas se adelantan de manera tercerizada, es decir, a través de entes ajenos a las compañías de seguros. Es importante que entre este tipo de entidades que manejan información personal de clientes consumidores financieros titulares de información personal y las aseguradoras, se establezcan reglas claras para el tratamiento de datos personales y se definan los roles que unos y otros ocuparán en relación con la información de los titulares de la información.

Sin lugar a dudas, el *habeas data* se encuentra presente en distintos estadios del contrato de seguro. Por lo anterior, es absolutamente necesario que se articulen los mecanismos que permitan garantizar la debida protección de los datos personales de los consumidores financieros. Interpretar de manera aislada la ley de protección de datos personales, conllevaría ejecutar parcialmente una disposición que, sin lugar a dudas, es absolutamente compatible con las normas que rigen la protección del consumidor de manera general, así como el consumidor financiero. Por lo tanto, es necesario desarrollar un esquema de protección que abarque desde la autorización para brindar el tratamiento de los datos personales de acuerdo con las necesidades del consumidor, hasta obtener en un mismo momento las autorizaciones requeridas para desarrollar gestiones comerciales (ofrecimientos de nuevos productos, servicios, etc.) por parte de quienes efectúan el tratamiento de los datos personales (agentes, agencias de seguros, corredores de seguros, aseguradoras, etc.). Lo anterior permitirá garantizar un adecuado manejo de los datos personales de los consumidores cualquiera sea su connotación.

El desafío que tienen los entes de control en relación con este tema es bastante grande, toda vez que el proceso de culturización puede no ser muy fácil. Sin embargo, las disposiciones legales y regulatorias proferidas son bastante robustas y dotan a dichos entes del poder y la autonomía suficientes para imponer sanciones en cuantías considerables.

La Ley de Protección de Datos Personales tiene un desafío litigioso en este momento, en virtud de la demanda de nulidad interpuesta ante el Consejo de Estado, contra el numeral 4o del artículo 10 del Decreto 1377 de 2013, el cual establece: “Artículo 10. Datos recolectados antes de la expedición del presente decreto. Para los datos recolectados antes de la expedición del presente decreto, se tendrá en cuenta lo siguiente:

[...]

4. Si en el término de treinta (30) días hábiles contados a partir de la implementación de cualesquiera de los mecanismos de comunicación descritos en los numerales 1, 2 y 3, el titular no ha contactado al responsable o encargado para solicitar la supresión de sus datos personales en los términos del presente decreto, el responsable y encargado podrán continuar realizando el tratamiento de los datos contenidos en sus bases de datos para la finalidad o finalidades indicadas en la política de tratamiento de la información, puesta en conocimiento de los titulares mediante tales mecanismos, sin perjuicio de la facultad que tiene el titular de ejercer en cualquier momento su derecho y pedir la eliminación del dato.

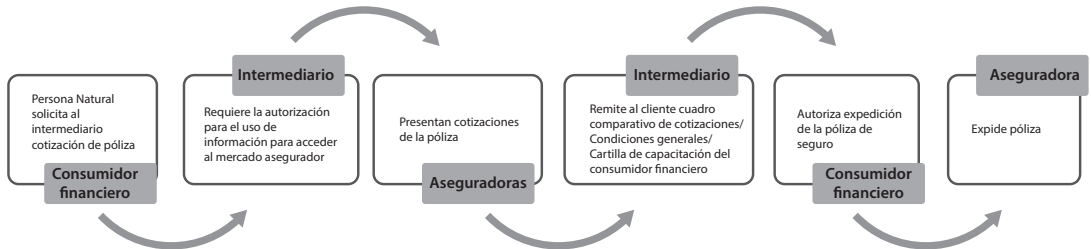
[...]

La anterior disposición a juicio del Actor, va en contra de la intención del legislador de exigir una autorización expresa e inequívoca para el uso de los datos personales. El empleo de la práctica descrita en el decreto 1377, puede ir en contra de lo dispuesto en la ley 1581, toda vez que se prescinde de la autorización a través de una figura asimilada al silencio del titular de la información. Es importante conocer el pronunciamiento de la honorable Corte Constitucional en relación con este tema, en aras de determinar el impacto que conllevaría una declaratoria desfavorable en lo que respecta al manejo definido en el Decreto 1377 de 2013”.

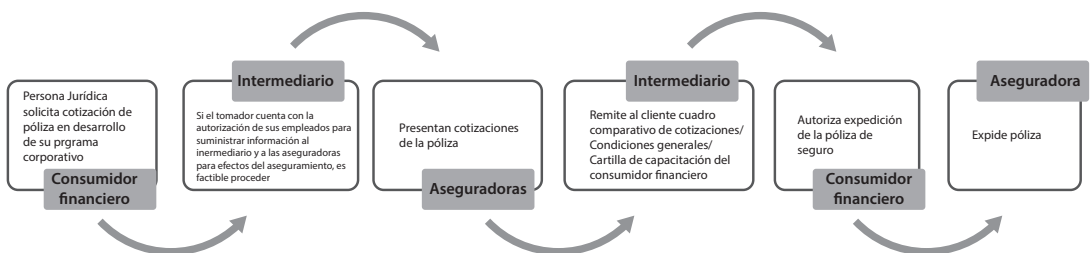
4. Armonización de la protección del consumidor y la protección de datos personales

Hablar de protección al consumidor por sí mismo implica garantizar la protección de los datos personales de los consumidores financieros. Por tal razón, resulta de vital importancia reiterar el deber de las aseguradoras y de los intermediarios de seguros, en el sentido de garantizar el cumplimiento de las normas que rigen la protección del consumidor y de los datos personales. Dicha protección debe garantizarse desde el inicio de la relación consumidor/intermediario – consumidor/asegurador. A continuación se relaciona el ciclo de comercialización de un contrato de seguro, que implica a su vez el desarrollo de diversas actividades por parte de los actores involucrados en la protección del consumidor y de los datos personales, para efectos de garantizar el cumplimiento de las disposiciones antes mencionadas:

Gráfica 1. Persona natural



Gráfica 2. Persona jurídica



A título de conclusión, se puede afirmar que el contrato de seguro tiene una intrínseca relación con el manejo de información y, en consecuencia, las distintas normas que rigen el manejo de datos les son extensibles a las compañías de seguros y sus distintos canales de comercialización.

Teniendo en cuenta el entorno cambiante que se vive hoy en día a nivel global en materia de protección de datos personales, es necesario que tanto responsables como encargados del manejo de datos personales, en lo que respecta al contrato de seguro, desplieguen los esfuerzos conducentes, tendientes a establecer un nivel adecuado de protección, que les permita afrontar de manera adecuada sus responsabilidades y compromisos con los titulares de la información (consumidores financieros), así como con los entes de control que supervisan este importante frente.

VI. LA SUBROGACIÓN DEL ASEGURADOR¹⁴³



MARCELO NASSER OLEA¹⁴⁴

Código de Comercio de Chile, artículo 534. Subrogación:

Por el pago de la indemnización, el asegurador se subroga en los derechos y acciones que el asegurado tenga en contra de terceros en razón del siniestro.

El asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra el causante del siniestro que sea cónyuge o pariente consanguíneo del asegurado en toda la línea recta y hasta el segundo grado inclusive de la línea colateral, y por todas aquellas personas por las que el asegurado deba responder civilmente. Sin embargo, procederá la subrogación si la responsabilidad proviene de dolo o se encuentra amparada por un seguro, pero solo por el monto que este haya cubierto.

¹⁴³ El presente ensayo es un comparativo entre las legislaciones chilena y colombiana sobre la subrogación del asegurador que fue presentado en el Primer Seminario Internacional sobre el Seguro de Responsabilidad Civil, celebrado conjuntamente entre la Especialización de Seguros y Seguridad Social de la Universidad de La Sabana y la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros el 25 de octubre de 2014.

¹⁴⁴ Licenciado en Derecho, magíster en Investigación Jurídica y doctor en Derecho de la Universidad de Los Andes, Bogotá, profesor de Derecho Civil de la misma Universidad. Profesor de Derecho del Consumidor LLM-UC y profesor investigador del Centro de Derecho de Seguros de la Universidad de Los Andes. Director AIDA, Chile. Director académico del Diplomado en Derecho de Seguros de la Escuela de Seguros de la Asociación de Aseguradores de Chile y de la Universidad de Los Andes. Correo electrónico: mnasser@pdhd.cl.

El asegurado será responsable por sus actos u omisiones que puedan perjudicar el ejercicio de las acciones en que el asegurador se haya subrogado. El asegurado conservará sus derechos para demandar a los responsables del siniestro.

El caso de concurrencia de asegurador y asegurado frente a terceros responsables, el recobro obtenido se dividirá entre ambos en proporción a su respectivo interés.

Código de Comercio de Colombia, artículo 1096. Subrogación del asegurador:

El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero estas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado.

Habrá también lugar a la subrogación en los derechos del asegurado cuando este, a título de acreedor, ha contratado el seguro para proteger su derecho real sobre la cosa asegurada.

(Conc.: 1098, 1099, 1100, 1121, 1139; C. Civil 665, 1666 a 1671, 2446).

1. La subrogación en general y en particular

La ley chilena define subrogación en el artículo 1608 del Código Civil como “la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga”. Idéntica definición se encuentra en el artículo 1666 del Código Civil adoptado para la República colombiana en 1887, que resulta de una transcripción textual del párrafo 8° del título XIV del libro IV del código chileno que, si bien presenta algunas similitudes obviamente histórico-dogmáticas con los artículos 1249 y siguientes del Código Civil francés, dista de este último en su redacción final.

Según Claro Solar, quien en esto declara seguir a Pothier, la subrogación más que una transmisión propiamente tal, es una ficción de derecho en cuya virtud opera una cesión también ficticia del crédito a un tercero que le paga¹⁴⁵.

145 Claro Solar (1939, pp. 217-218 y 221). Para Pothier, en “*Traité de Propres*”, en *Ouvres (Les traites du Droit Français)*, Tome Cinquième. Bruxelles: Tarlien Editeur, Section Deuxime, 1831, p. 136, la subrogación es, en general, una ficción. Véase también la referencia a la Coutume d’Orleans Tit XX Sect. 5° en Gautier, Antoine-Auguste. *Traité de la subrogation de personnes, ou du paiement avec subrogation*. Paris: Cotillon Editeur - Libraire du Conseil d’Etat, 1853, p. 87.

La terminología de nuestros respectivos códigos civiles permite entender que es el crédito mismo el que ha sido pagado y no otro nuevo el que pasa (se transmite) al tercero que paga, y con esa misma razón pasa con todos sus privilegios, prendas, hipotecas, derechos y acciones tal como lo disponen los artículos 1612 del Código Civil chileno y 1670 del código colombiano.

El régimen general del pago con subrogación descrito en nuestros códigos civiles se enmarca en la institución del “pago” o “cumplimiento” de la obligación¹⁴⁶. De esta manera, “el pago extingue la obligación con respecto al acreedor [...] pero no la extingue respecto del deudor quien no habiendo pagado, permanece obligado respecto de ese tercero y no será liberado definitivamente sino cuando haya ejecutado la prestación [...]”¹⁴⁷.

Obviamente, la subrogación aparece como un efecto *sui géneris* del pago pues extingue en un lado, pero mantiene viva la acreencia hacia el otro. Como pago que es, supone que el mismo pago sea válido conforme las reglas generales que gobiernan la institución y, lo más importante, para poder operar este efecto *sui géneris* es necesario que haya sido hecho por un tercero¹⁴⁸. Si el pago es hecho por el directamente obligado, la ficción subrogatoria no podrá tener lugar¹⁴⁹.

En lo que se refiere al contrato de seguro, es necesario considerar que el acreedor de un crédito determinado es el asegurado, y que ha devenido en titular de dicho crédito porque ha sufrido un daño (contractual o extracontractual) imputable a una o más personas que la ley no ha declarado expresamente excepcionadas¹⁵⁰.

146 Carpino (1988, p. 7).

147 Claro Solar (1939, p. 219).

148 No puede sostenerse la tesis de que el asegurador es solidariamente obligado al pago a idéntico acreedor, pero por “causas-fuentes distintas”, como anota Stiglitz (2001, p. 457, con cita a Trigo Represas).

149 Claro Solar (1939, p. 211).

150 Tanto la ley chilena como la colombiana consideran que el pago no produce subrogación cuando el tercero responsable sea cónyuge o pariente consanguíneo del asegurado en toda la línea recta, y hasta el segundo grado inclusive de la línea colateral, o una persona por la que el asegurado deba responder civilmente salvo que hayan actuado con dolo o que la conducta misma de esas personas esté, a su vez, asegurada. El artículo 1099 del Código de Comercio de Colombia dispone: “El asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con las leyes, ni contra el causante del siniestro que sea, respecto del asegurado, pariente en línea directa o colateral dentro del segundo grado civil de consanguinidad, padre adoptante, hijo adoptivo o cónyuge no divorciado // Pero esta norma no tendrá efecto si la responsabilidad proviene de dolo o culpa grave, ni en los seguros de manejo, cumplimiento y crédito o si está

En el caso del pago hecho al beneficiario que sea una persona distinta del asegurado, se produce el mismo efecto subrogatorio, con la salvedad de que este no necesariamente ha sufrido un menoscabo con lo que la subrogación en este caso aparece como doblemente ficticia.

Se suele argumentar sobre la base de la realidad jurídica anglosajona, que la subrogación en el contrato de seguro está llamada a cumplir el fin meramente indemnizatorio del contrato, pues previene que el asegurado obtenga más que su mera reparación¹⁵¹. Con todo, es sabido que la subrogación en el seguro inglés se debe asociar a la institución del abandono, por lo que un análisis comparativo con el Derecho continental puede resultar algo complejo. Además, con esa misma razón, podría argumentarse que el seguro se desnaturaliza al permitir al asegurador eventualmente lucrar más allá de lo que ha desembolsado a favor del asegurado, particularmente (pero no de manera exclusiva) en los casos de abandono por pérdida total.

El fenómeno subrogatorio aparece en toda su magnitud cuando verificamos que, si bien el pago hecho por el tercero produce sus efectos satisfactorios respecto del acreedor, deja subsistentes los efectos en contra del o los causantes del daño. Estos últimos responsables del perjuicio permanecerán en calidad de deudores (aunque la deuda haya sido pagada), pero ahora respecto de un nuevo acreedor.

Lo anterior solo se explica al comprender que la subrogación es una ficción fundada en numerosas razones de conveniencia, más que un fenómeno convencionalmente traslaticio ni menos en un mandato¹⁵².

Dado que los efectos de toda subrogación suponen una “transmisión” del derecho¹⁵³ que comporta que el acreedor original pierda el derecho para pasar al su-

amparada mediante un contrato de seguro. En este último caso la subrogación estará limitada en su alcance de acuerdo con los términos de dicho contrato”.

151 Lowry, Rawlins, Merkin (2011, p. 350) con cita a la opinión del *lord justice Brett* y del *lord justice Cotton* en *Castellain v. Preston*.

152 Para las razones de equidad que fundan la subrogación en el seguro, Mac Gillivray (2003, pp. 576 y ss. y Lowry, Rawlins, Merkin (2011, p. 350), con cita a Lord Napier y *Ettrick v. Hunter* contra la opinión de Lord Diplock, quien consideraba que la subrogación es resultado de los términos expresos del contrato.

153 Tradicionalmente se ha criticado el uso de la palabra “transmisión”, por su referencia (en Chile) a la sucesión mortis causa. Sobre esto último, por todos, Fueyo (1958, p. 106). Con todo, el fenómeno subrogatorio, por su naturaleza, comparte muchos elementos con la sucesión, incluso más que con cualquier contrato o cesión. Para Barros Errázuriz (1932, p. 209), la subrogación es la acción de sustituir o poner a una persona en lugar de otra.

brogante, resulta al menos sorprendente que el legislador comercial chileno no haya sido cuidadoso como el colombiano al utilizar este concepto jurídico al tratarlo en la nueva legislación sobre contrato de seguro.

En efecto, el artículo 534 inciso 4° del Código de Comercio chileno, agregado por la Ley n° 20.667 leído en su sentido natural y obvio, vale decir, ateniéndose al tenor literal, permite comprender que el asegurado puede “conservar” la acción de perjuicios para demandar a los responsables del siniestro como se desprende casi indubitadamente del inciso 4° del artículo 534 del Código de Comercio, pese a que haya tenido lugar el pago por subrogación por parte del asegurador.

Por el contrario, el artículo 1096 del Código de Comercio colombiano ha entendido la institución de la subrogación en su sentido jurídico evidente, y permite la “transmisión” parcial o total del derecho del asegurado al asegurador hasta el monto del importe de la indemnización pagada, pero sin legitimar al directamente damnificado para accionar, como lamentablemente hizo el nuevo Derecho chileno de seguros.

La norma agregada al inciso 4° del artículo 534 del Código de Comercio chileno, francamente insólita en la redacción actual, merece una explicación desde la interpretación histórica y sistemática¹⁵⁴.

La manera en que se presenta actualmente esta norma no puede entenderse sin relación con la historia de la ley. El texto original del artículo 534 sometido al examen del Congreso Nacional establecía el derecho del asegurado para demandar a los responsables del siniestro, pero lo contemplaba expresamente respecto de los perjuicios “que no le hubiere indemnizado el asegurador” como se infiere de toda regulación en esta materia y como se desprende inequívocamente del artículo 1096 del Código de Comercio de Colombia cuando señala que la subrogación es “hasta concurrencia del importe”.

La redacción de la norma proyectada era técnicamente correcta. Sin embargo, por razones que no aparecen fundamentadas, dicha frase fue eliminada del artículo 534 del proyecto.

154 Se ha fallado que “El artículo 553 del Código de Comercio tiene por finalidad excluir el cúmulo de indemnizaciones, esto es, evitar que el asegurador y el asegurado puedan demandar conjuntamente al causante del siniestro”. Así, “Compañía de Seguros Generales Euroamérica con Mujica”, Corte Suprema, 8 de abril de 1995, citado por Contreras (1998, p. 220).

Tras las primeras indicaciones del Poder Ejecutivo, el inciso 4° quedó desde entonces en la forma en que lo conocemos hoy¹⁵⁵.

Nos parece que el derecho del asegurado a “conservar” la legitimación activa, sin establecer de forma expresa el límite a dicha titularidad, adolece de evidentes complejidades técnicas, procesales y sustanciales y puede ser fuente de grandes confusiones. Una lectura liviana del mencionado inciso 4° en su redacción actual conduce a que en la práctica la ley permita una doble legitimación activa, que se traduce en una especie de solidaridad activa¹⁵⁶. Esta forma de solucionar el problema del pago del asegurador conspira contra los efectos corrientes del pago con subrogación, sin contar con los problemas que conlleva para la adecuada dirección del procedimiento de recupero judicial¹⁵⁷, entre otras materias relevantes como la legitimación en las excepciones personales, la responsabilidad por negligencia en la conducción del juicio, la condena en costas, etcétera. La interpretación literal de la norma conduce a un resultado inconveniente y debe ser rechazada pese a que, como veremos, el inciso final aporta aún más oscuridad al análisis.

Pensamos que no obstante la redacción del texto que se ha aprobado, la historia de la ley y los efectos de toda subrogación deben conducir a que la legitimación se entienda “compartida”, solo hasta el monto de lo que interesa al asegurado y al asegurador, respectivamente¹⁵⁸, sin que asegurador y asegurado puedan ejercer la

155 Historia de la Ley, “Reit era y formula nuevas indicaciones al Proyecto de Ley que regula en Contrato de Seguros” (N° 212-358), Santiago, julio 23 de 2010, sub artículo 534. En el Primer Informe de la Comisión de Economía de la Cámara que examinó el texto con sus indicaciones el Intendente de Seguros Sr. Osvaldo Macías puntualizó que el derecho a demandar que conserva el asegurado es “sobre todo por aquellos daños de los que la compañía no responde”. A su turno, el profesor Osvaldo Contreras señaló no tener objeciones respecto del texto propuesto por la indicaciones, pero sugirió agregar un último inciso al artículo 534 (que es el que terminó aprobándose) relativo a la división del “recobro” entre asegurado y asegurador en caso de “concurencia”. Aun cuando no se sabe qué se entiende por “concurencia” ni por “interés” en este caso, de su intervención queda claro que el derecho a “conservar” legitimación solo se debe entender para los daños no cubiertos.

156 Stiglitz (2001, p. 457, aunque con referencia a Trigo Represas), afirma la tesis de que existe una obligación solidaria.

157 El texto original además permitía que el asegurador, antes de indemnizar, pudiera demandar en su calidad de interesado. Este efecto *sui generis* del contrato (sin subrogación) frente a terceros fue extirpado del proyecto en la Cámara de Diputados, tras las primeras indicaciones del Ejecutivo.

158 A su turno, el profesor señaló no tener objeciones respecto del texto propuesto por la indicaciones, pero sugirió agregar un último inciso al artículo 534 (que es el que terminó aprobándose tras la aprobación de los diputados Burgos y Chahín aprobada por unanimidad) relativo a la división del “recobro” entre asegurado y asegurador en caso de “concurencia”. Sin embargo, de

o las acciones de forma solidariamente activa para luego “repartirse” el recobro a prorrata de su interés. Tal sistema, si bien puede ser justo, equitativo e incluso económicamente funcional, no es un sistema subrogatorio.

El recurso al espíritu de la ley claramente manifestado en ella misma y en la historia fidedigna de su establecimiento, así como la aplicación sistemática del ordenamiento jurídico, indica que la subrogación comporta la pérdida (nuestros códigos hermanos dicen “transmisión”) de la titularidad de un crédito que existía en el patrimonio del asegurado hasta concurrencia del pago. Lo anterior, acaso por evidente, fue obviado por el legislador chileno con grave perjuicio. Pensamos que pese a la actual redacción, no por ello debe entenderse compartida entre asegurador y asegurado la legitimación activa *insolidum*, sino que de manera simplemente conjunta, hasta el monto de los créditos de que son titulares, “conservando” el asegurado (para utilizar el mismo verbo que usa la ley) titularidad solo para los montos no cubiertos.

2. Efectos del pago con subrogación de la indemnización

El pago hecho por el asegurador en virtud del contrato de seguro genera efectos que van más allá de los propios del negocio jurídico existente entre las partes, como suele ocurrir con todo pago hecho por un tercero.

Frente a una subrogación legal como la contemplada en el artículo 534 del Código de Comercio chileno y en el 1096 del Código de Comercio colombiano, evidentemente se producen importantes modificaciones *ipso iure* en las reglas de legitimación, sin necesidad de notificaciones, requisiciones, aceptaciones ni convenciones de ninguna clase¹⁵⁹.

En efecto, tratándose de una subrogación legal a favor de una compañía de seguros, no hay agencia oficiosa en su favor, ni mandato para el cobro como ocurriría, por ejemplo, en el supuesto del artículo 1610 n° 5 del Código Civil chileno y 1668 n° 5 de su hermano colombiano.

En el caso del seguro, el consentimiento del deudor para operar la subrogación no se requiere ni aun tácitamente, por lo que los supuestos no son equiparables. Es más, eventualmente, el caso se podría equiparar al dispuesto en el artículo 1573 del Código Civil chileno y 1631 del Código Civil colombiano, que justamente

su intervención queda claro que el derecho a “conservar” legitimación solo se debe entender para los daños no cubiertos.

159 Como apunta Galicia Aizpurua (2006, pp. 75 y ss.).

impide la subrogación tanto legal como convencional cuando un tercero paga (mediante una especie de agencia oficiosa) una deuda ajena sin conocimiento del deudor¹⁶⁰.

Es relevante señalar que las normas generales sobre pago con subrogación (y de pago por un tercero) contenidas en el Derecho común no satisfacen exactamente el caso del seguro y por ello se hace necesario establecerlas en la legislación especial.

En efecto, ninguno de los casos del artículo 1610 del Código Civil chileno o 1668 del colombiano se satisfacen íntegramente en el caso del seguro y una falta de regulación podría dar lugar a conflictos, por ejemplo, por la misma aplicación de los artículos 1573 del Código Civil (=1631 CCCol), lo que se entiende, siempre, a falta de acuerdo de las partes¹⁶¹.

Pero veamos el asunto con mayor detención a propósito de la subrogación legal en el seguro. Es evidente que el asegurador no es de aquellos sujetos que pagan espontáneamente deudas de un tercero, sino que lo hace en virtud de un contrato que es totalmente ajeno al deudor. Es más, dicho contrato obliga al asegurador a pagar, situación que tampoco se encuentra expresamente regulada en el artículo 1610 del Código Civil chileno, ni en el 1668 colombiano, ni siquiera en su numeral 3°, pues el asegurador no es deudor ni subsidiario¹⁶² ni solidario de ninguna obligación¹⁶³.

De igual forma, la legislación común no resuelve los casos de legitimación de la compañía aseguradora contra parientes, dependientes y otras personas expresamente excluidas en la ley especial (o en las pólizas) como hacen el inciso 2° del artículo 534 chileno y el artículo 1099 del Código de Comercio colombiano, referido especialmente a esta cuestión.

160 El artículo 1573 del Código Civil señala una especie de agencia oficiosa a favor del tercero que paga sin consentimiento del deudor. Sobre este artículo y las diferencias entre pagar con consentimiento de deudor (expreso o tácito). Rodríguez (2006, p. 138).

161 El artículo 1573 no contempla una prohibición de subrogación convencional sino una facultad del acreedor para “no ser compelido” a otorgarla.

162 Para Achurra (2005, p. 94), la subrogación en el seguro de caución, al ser una obligación subsidiaria, se regularía a falta de norma legal particular, igualmente por el artículo 1610 n° 3 del Código Civil.

163 Quienes postulan la existencia de una acción directa en el seguro de responsabilidad civil sobre la base de una lectura laxa del artículo 570 inc. 2° del Código de Comercio, podrían no compartir esta afirmación.

Pensamos, entonces, contra la opinión de Stiglitz (referida, es cierto, al Código argentino que tiene una redacción distinta)¹⁶⁴ que una norma especial que asegure subrogación legal (o convencional) es siempre necesaria para dar operatividad al negocio del seguro y evitar conflictos innecesarios de legitimación o titularidad. Con todo, no entraremos aún en la justificación económica de esta institución.

En lo relativo a los efectos (y salvo las excepciones legales que se encuentran en todas las legislaciones del mundo) la operatividad del fenómeno subrogatorio en materia de seguros no difiere de lo dispuesto en el artículo 1612 del Código Civil chileno y 1670 de su hermano colombiano. En efecto, con el pago del asegurador se “traspasan al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria o subsidiariamente a la deuda¹⁶⁵. Si el acreedor ha sido solamente pagado en parte, podrá ejercer sus derechos, relativamente a lo que se le reste debiendo, con preferencia al que solo ha pagado una parte del crédito”.

De tal suerte, desde el momento en que recibe pago, debe preferirse la interpretación que conduce a entender que el asegurado pierde la titularidad sobre aquel crédito o parte del crédito, que queda “transmitido” al asegurador que ha pagado válidamente, por lo que procesalmente hablando el asegurado carece de legitimación activa para el cobro de la suma percibida, “conservando” solo lo que se le reste del crédito.

3. Requisitos de la subrogación en el seguro

Se suelen indicar como requisitos de toda subrogación en materia de seguros los siguientes¹⁶⁶:

164 Stiglitz (2001, pp. 455 y ss). La norma general del Código Civil argentino se encuentra en el artículo 768 inciso 2°.

165 No solo el causante directo del daño queda vinculado por la subrogación, sino que todos los terceros que la ley considere responsables, entre los cuales sobresalen en los seguro de daños, los solidariamente obligados. Sobre esto, Achurra (2005, p. 78). Sobre el seguro de caución y la subsidiariedad, Achurra (2005, p. 92).

166 Macgillivray (2003, p. 578). A su turno, Stiglitz (2001) desarrolla un completo análisis de requisitos de la subrogación, entre los que aparecen, además, el interés asegurable y que el siniestro haya sido cubierto.

- a) Que se trate de un seguro de daños¹⁶⁷,
- b) Que se haya pagado una indemnización y
- c) Que la subrogación no haya sido excluida por las partes.

Si bien lo anterior es generalmente correcto, se hace preciso elaborar una lista de requisitos para que opere subrogación en seguros sobre la base del Derecho chileno y del colombiano, que ciertamente tienen particularidades especiales.

De tal manera, y además de requisitos que por evidentes no trataremos y que se traducen en la existencia de un contrato de seguro, de un riesgo cubierto y de la concurrencia de un interés asegurable, son requisitos de la subrogación en el Derecho de seguros los siguientes:

1. Que el asegurado haya recibido una indemnización total o parcial de manos de una compañía de seguros: para que opere el artículo 534 del Código de Comercio, solamente un asegurador puede ser el “tercero que paga”. La obligación de indemnizar con que carga contractualmente el asegurador es precisamente la que, una vez cumplida, da lugar *ipso iure* a la subrogación.

Aun cuando parezca evidente, para que los efectos de la subrogación tengan lugar, es necesario que haya ocurrido un pago efectivo en razón del siniestro, aunque sea un pago parcial. Recordemos que el legislador chileno —a instancias del Ejecutivo— eliminó del proyecto original la posibilidad que tenía el asegurador de demandar antes del pago de la indemnización, en virtud de su

167 En Chile la situación del artículo 16 de la ley sobre seguro obligatorio de accidentes personales dispone una subrogación en el caso de muerte por el seguro mismo no es un seguro de vida sino de responsabilidad civil, lo que en último término equivale a un seguro de daños. El Código de Comercio colombiano excluye la subrogación en el seguro de personas en el artículo 1139. En general, se opina que no hay subrogación en los seguros de vida: Macgillivray (2003, p. 579) señala que en los tiempos en que el seguro de vida se estimaba como un seguro de indemnización, el principio de la subrogación sí recibía aplicación. Lawry, Rawlins, Merkin (2011, p. 352) afirman: “There are no subrogation rights in the case of a contingency policy”, con referencia a *Solicitors and General v. Lamb*. Entre nosotros, los casos dispuestos en el artículo 601 del Código de Comercio permiten subrogación porque siguen la suerte del seguro de daños. El texto original del proyecto contemplaba un inciso final que señalaba “La subrogación no tendrá lugar en los seguros de personas, salvo en cuanto a los gastos de prestaciones y asistencia sanitaria o de salud que efectivamente haya pagado el asegurador”. En Chile la situación del artículo 16 de la Ley sobre Seguro Obligatorio de Accidentes Personales dispone una subrogación en el caso de muerte.

interés en la conservación de la cosa¹⁶⁸, con lo que es el pago, y solo el pago efectivo de la prestación, el que gatilla la subrogación.

Por ello, nos parece que la promesa de pago, o un pago meramente acordado, simplemente no produce subrogación a favor del asegurador. De la misma manera, un pago sujeto a condición suspensiva pendiente¹⁶⁹ tampoco produce subrogación.

Además, al menos en lo que respecta al Derecho chileno, resulta nítido que para producir la subrogación el pago debe preceder a la traba de la relación procesal.

Antes de pagar, el asegurador carece de derechos y de acción, pues no se la han transferido los que el asegurado tenía contra el tercero causante del siniestro, sin perjuicio de que el Derecho le confiere una serie de instrumentos para comparecer por otro. Si el asegurador comparece en juicio invocando una subrogación, esto es a nombre propio en realidad, carecería de titularidad y la acción deberá ser necesariamente desestimada por falta de legitimación, aunque el acreedor original (asegurado) aparezca posteriormente ratificando lo obrado, pues, o se opera a nombre propio, o se aparece en virtud de una representación, pero no cabe hacerlo por ambas vías.

2. Que el pago haya sido válido y hecho en razón del siniestro: para explicar esta cuestión nos debemos remitir a las "idénticas" reglas sobre validez de los pagos contemplados en nuestros códigos civiles.

En este sentido, según disponen los artículos 1568 del Código Civil chileno y 1626 de su similar colombiano, el pago, por definición, debe corresponder a la prestación de lo que se debe, vale decir, a la indemnización por el siniestro¹⁷⁰. Por ello, no habrá subrogación si el pago corresponde a la indemnización de otro siniestro (aunque sea conexo) que se pretende cobrar al tercero respon-

168 El inciso 1° del artículo 534 del proyecto decía en lo pertinente: "Aun antes de indemnizar, el asegurador podrá, en su calidad de interesado en la conservación del objeto asegurado, demandar daños y perjuicios a los responsables del siniestro".

169 El pago sujeto a condición suspensiva pendiente no extingue la obligación como dispone el artículo 1485 del Código Civil, permitiendo incluso la repetición de lo pagado (= 1542 Código Civil colombiano). En cuanto al pago sujeto a condición resolutoria pendiente, como puede ser un pago provisional, produce sus efectos pero su perduración está sujeta a incertidumbre con efecto el retroactivo del artículo 1487. Para esto, Vodanovic (1998, pp. 381 y 383).

170 Contra King v Victoria Insurance Co. Ltd., en Lawry, Rawlings, Merkin (2011, p. 353) en la medida que dicho pago haya sido "*honestly and reasonably*".

sable, ni cuando se pretenden cantidades que excedan el pago del siniestro propiamente tal. De esa forma, si el asegurador pretende cobrar gastos, honorarios del liquidador de seguros, o incluso de abogados o el deducible no pagado, la sentencia no podrá acoger tales partidas, precisamente por falta de titularidad del demandante.

3. Que el pago haya tenido causa indemnizatoria y no haya sido *ex gratia*. El pago hecho *ex gratia* carece de naturaleza indemnizatoria y por ello debe transitar sustantivamente hacia una donación. En consecuencia, cada vez que no haya una obligación que extinguir, la tradición de dinero no equivale a un pago sino a una mera liberalidad.

Recordemos que nuestros códigos definen el pago como la prestación “de lo que se debe” y no “de lo que no se debe”. De tal suerte, una tradición operada por mera liberalidad, aunque tiene “causa suficiente” según el artículo 1467 del Código Civil chileno y 1524 de su similar colombiano, no constituye “pago” y por ello no se produce subrogación. Al efecto, el Código Civil chileno dispone con claridad que hace donación “el que paga a sabiendas lo que en realidad no debe” (artículo 1397 parte final = 1454 Código Civil colombiano), situación que se identifica perfectamente con el llamado pago *ex gratia*. Por ello, apunta con razón Galicia Aizpurua, al analizar el régimen general del pago por tercero, que la acción de repetición “sería improcedente si el *solvens* hubiese actuado sin intención de reclamar el reintegro de lo gastado, o sea, con *animus donandi*”¹⁷¹.

La regla, aplicable tanto a la agencia oficiosa como a la subrogación legal por pago, engarza con la naturaleza misma de la institución del pago con subrogación, pues siempre supone una intención de pagar una deuda y recuperar lo pagado, y nunca supone una mera liberalidad, aunque la acción después no se ejerza y se prescriba (artículo 1399 del Código Civil chileno = 1456 colombiano).

Pero el asunto no se agota en la causa liberal. Se sabe que en la práctica muchas compañías de seguro demandan además del monto indemnizado, los honorarios del liquidador y otros gastos anejos al siniestro. Tales gastos no tienen naturaleza indemnizatoria para el asegurado, y no dan derecho a la subrogación. Como apunta Stiglitz, comentando la extensión de los daños en que se subroga la compañía, “el asegurador no tiene derecho a cobrar cual-

171 Galicia Aizpurua (2006, p. 38).

quier suma que hubiese abonado al su asegurado”¹⁷², lo que debe entenderse tanto si el asegurador ha indemnizado un siniestro sin cobertura, por motivos meramente comerciales, o *ex gratia* como en los casos en que incurrió en gastos superiores a la mera reparación indemnizatoria.

4. Que el asegurado no haya dado por extinguida la obligación liberando al deudor: lo anterior puede ocurrir en el mismo contrato de seguro cuando se excluye la subrogación por medio de una cláusula contractual¹⁷³, o bien en un momento posterior, por ejemplo, por actos u omisiones del asegurado o del beneficiario. El Código de Comercio colombiano dedica el artículo 1097 que dispone que el asegurado no puede —bajo sanción de caducidad de la indemnización— renunciar a sus derechos contra terceros responsables. Además, indica que esta renuncia no puede ocurrir “en ningún momento”. Debe discutirse si el asegurado puede dar por extinguida legalmente la obligación o si, habiéndolo hecho, afecta la posición de la compañía de seguros. Las formas imaginables en que esto podría tener lugar van desde la remisión, la transacción, la compensación, la renuncia a las acciones, hasta el hecho de recibir un pago de parte del responsable u otro a su nombre que no sea el asegurador.

A nuestro juicio, debe distinguirse si el asegurado ya ha sido indemnizado por la compañía de si aquello no ha ocurrido:

- a) Caso en que el asegurado no ha sido todavía indemnizado: sin entrar en el caso muy corriente en el cual el asegurado no tiene intención de cobrar el seguro, sea porque el deducible es muy alto, o porque simplemente decide renunciar a la indemnización, nos debemos hacer cargo de la situación en que un asegurado —antes de ser indemnizado y con intenciones de serlo— frustra o perjudica la subrogación, sea porque transige, remite, recibe un pago, etcétera.

El inciso 3° del artículo 534 del Código de Comercio chileno, a diferencia de lo estatuido por el legislador colombiano, no contempla responsabilidad para el asegurado en caso de que perjudique la subrogación misma, sino que tal sanción se establece para cualquier asegurado (pero no cualquier “beneficiario”) que por medio de sus actos u omisiones perjudique el ejercicio de las acciones en que el asegurador “se haya subrogado”. Vale decir, a diferencia de lo certeramente dispuesto por el código colombiano, la letra de ley chilena solo sanciona al asegurado que perjudica una subrogación ya ocurrida y operada, haciéndolo, como es natural, responsable de los daños causados a su asegurador.

172 Stiglitz (2001, p. 468).

173 Pensamos que una disposición de esta clase no vulnera la imperatividad.

La redacción del inciso 3° del artículo 534 del Código de Comercio chileno resulta inconveniente, pues parecería más correcto también hacer responsable al asegurado (y/o al beneficiario) por los actos u omisiones que le sean imputables que impidan o perjudiquen la subrogación misma y no solo el ejercicio de la acciones que ya se transmitieron. A nuestro juicio, resulta evidente que más allá de lo que pueda establecerse en las pólizas a este respecto, un asegurador que antes de proceder al pago ve frustrada cualquier esperanza de subrogación por actos u omisiones del asegurado, debe liberarse de la obligación de indemnizar, pues un pago en tales circunstancias además de constituir una ejecución de mala fe de las obligaciones emanadas del contrato propiamente tal, puede encuadrarse en el incumplimiento tipificado en el número 6° del artículo 524 del Código de Comercio chileno para los seguros de daños, que contempla el deber de salvar o conservar los restos del siniestro, entre los que podría encontrarse la acción subrogatoria.

La situación está especialmente reglamentada en Chile para el seguro de responsabilidad civil. Esta forma de seguro de patrimonio¹⁷⁴, si bien es también un seguro de daños, difiere de los seguros de daños corrientes en que el siniestro solo se produce tras la sentencia judicial que declara el perjuicio¹⁷⁵ o algún equivalente jurisdiccional. La mecánica de esta clase de seguro hace que el asegurador no pague inmediatamente la indemnización, sino que debe procurar que el siniestro no se produzca en definitiva o que se produzca en términos menos gravosos. Ello comporta que el asegurador pueda asumir la defensa del asegurado (artículo 573 del Código de Comercio chileno) y que se le impongan legalmente una serie de cargas al asegurado, entre las que se encuentran precisamente la prohibición de transigir o de aceptar la reclamación del actor (artículo 574 Código de Comercio chileno), cuya contravención ahora sí acarrea la caducidad legal de la obligación de concurrir al pago de la indemnización de manera expresa¹⁷⁶.

- b) Caso en que el asegurador ya indemnizó: en esta situación se produce un problema más complejo, pues el asegurador pagó una indemnización por un determinado siniestro, en circunstancias que el asegurado había remitido, transigido, o incluso había dado por pagado el crédito, recibiendo en este último caso una doble indemnización y con ello un enriquecimiento sin causa.

174 Achurra (2005, p. 64).

175 El monto asegurado comprende en esta clase de seguros, además de los daños los gastos y costas del juicio (artículo 572). Para Achurra (2005, p. 74), el siniestro en esta clase de seguros es una cadena que comprende varias fases.

176 El régimen nacional (para la ley anterior) y comparado en Lagos (2006, pp. 432 y ss.).

Debemos preguntarnos, en primer término, si el pago hecho por el asegurador a un asegurado que ya había recibido un pago o que había liberado al deudor por otro medio produce subrogación a favor del pagador o *solvens*, o si es que simplemente genera acciones contra el asegurado producto del incumplimiento contractual o del pago de lo no debido:

- 1) Caso en que el asegurador pagó primero: de acuerdo a las reglas generales que gobiernan la cuestión, si una deuda ya ha sido extinguida por el asegurador subrogándose, y posteriormente el asegurado recibe un pago por el deudor responsable de los daños que desconoce el hecho del pago del seguro, el segundo pago deviene en indebido y puede ser repetido. En tal sentido, deben aplicarse las reglas generales del pago de lo no debido.
- 2) Caso en que el deudor causante de los daños pago primero: en este caso no debe recibir aplicación lo dispuesto en el artículo 2295 del Código Civil chileno (= 2313 Código Civil colombiano), vale decir, el caso del que paga una deuda ajena, como consecuencia de un error que queda subrogado contra el deudor, puesto que en el caso que planteamos no hay una deuda ajena que extinguir; la obligación ya ha sido pagada. Como afirma Rodríguez, el caso del inciso 2° del artículo 2295 (= 2313 Código colombiano) supone que el acreedor ha recibido de buena fe¹⁷⁷, lo que en la situación que analizamos debe descartarse.

En consecuencia, el asegurador podría repetir directamente contra su asegurado, pues el crédito que por error pretendía extinguir carecía de existencia. Si bien el pago en virtud del contrato tiene causa contractual (la obligación de concurrir a indemnizar), resulta que carece de naturaleza indemnizatoria y, por ello, es nuevamente un pago indebido y no un pago por error de una deuda ajena¹⁷⁸. Con tal razón, puede y debe repetirse.

4. Prueba de la subrogación

Nos parece que para dar lugar a una demanda en que aparezca una compañía de seguros que alegue estar subrogada en los derechos y acciones del asegurado, debe

¹⁷⁷ Rodríguez (2006, p. 139).

¹⁷⁸ Barrientos (2003, p. 74) identifica el “fin o beneficio” del pago como elemento propio del pago. Ese fin se frustra si la deuda no existe cuando la finalidad liberatoria o causa final del pago no está presente, como es el caso que proponemos.

necesariamente acreditarse el pago (previo y efectivo) del siniestro por los medios de prueba que establece la ley.

A ese efecto, en caso de ser controvertido por el demandado el hecho o validez del pago, el tribunal deberá recibir dichas circunstancias a prueba, tanto como la fecha del pago, la pertinencia de estarse pagando el siniestro cubierto por la póliza y las circunstancias que rodearon dicho pago. Tocaré al actor acreditar el pago, para lo que dispondrá de todos los medios que le franquee la ley, teniendo en cuenta que no resulta aplicable la limitación de prueba testifical que contempla el Derecho chileno en los artículos 1708 y 1709 del Código Civil, pues tales normas solo se aplican a las obligaciones, pero no a los modos de extinguirlas. Al demandado que alegue inexistencia o pago indebido, tocará acreditar que el pago no fue debido, que fue extemporáneo, que no correspondía al siniestro o que, simplemente, no correspondía pagar el siniestro¹⁷⁹.

La fecha del pago es importante porque tanto la ley chilena como la colombiana exigen que el pago debe haber ocurrido (en tiempo pasado) para producir subrogación. En Chile, de hecho, se modificó el texto original sometido al Congreso que permitía una legitimación especial previa a la subrogación con efectos conservatorios o cautelares. Por tal razón, el pago debe haber tenido lugar antes de trabada la relación procesal, de manera de que si aquello no aparece acreditado, la demanda debe ser desestimada por falta de legitimación, aunque medie ratificación.

Lo mismo ocurre en el caso en que el demandado controvierta el hecho de que el pago fue debido o que no correspondió al siniestro de que trata el juicio. En tal caso, el actor debe probar además del pago, el hecho de haber pagado lo debido en virtud del siniestro, y que el siniestro estaba cubierto por la póliza. Al contrario, el demandado puede probar la impertinencia del pago; por ejemplo, por haber sido hecho *ex gratia*, caso en el cual la demanda deberá ser rechazada nuevamente por falta de subrogación.

179 Si bien el informe del liquidador que recomienda no dar cobertura a un siniestro no constituye prueba de la falta de cobertura, constituye un muy buen medio de prueba para despojar a dicho pago de su efecto subrogatorio. En cambio, si el asegurador en vez de pagar, da forma de transacción a dicho negocio, el pago tiene causa y se dificulta acreditar la falta de subrogación.

Bibliografía

Achurra, Juan. *Derecho de seguros*. Escritos de Juan Achurra Larraín II. Santiago de Chile: Universidad de Los Andes, 2005.

Alessandri, Arturo, Somarriva, Manuel Vodanovic, Antonio, *Tratado de Derecho civil*. Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1998.

Barrientos, Javier. *Del pago de lo no debido en el Derecho chileno*. Santiago de Chile: LexisNexis, 2003.

Barros Errázuriz, Alfredo. *Curso de Derecho Civil II* (4ª ed.). Santiago de Chile: Nascimento, 1932.

Carpino, Brunetto. *Del pagamento con surrogazione*. Bologna: Zanichelli Editore, 1988.

Contreras, Osvaldo. *Jurisprudencia sobre seguros I*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1998.

Fueyo, Fernando. *Derecho Civil IV-II*. Valparaíso: Imp. y Lito. Universo, 1958.

Galicía Aizpurua, Gorka. *La disciplina sobre el pago por tercero y el alcance de la subrogación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

Lagos, Osvaldo. *Las cargas del acreedor en el seguro de responsabilidad civil*. Madrid: Fundación Mapfre, 2006.

Lowry, Rawlings, Merkin. *Insurance Law. Doctrines and Principles* (3a ed.). Oxford: Hart, 2011.

Mac Gillivray. *On Insurance Law*. Londres: Sweet & Maxwell, 2003.

Rodríguez, Pablo. *Extinción convencional de las obligaciones II*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2006.

Stiglitz, Rubén. *Derecho de seguros II*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001.

VII. EL SEGURO OBLIGATORIO DE ACCIDENTES DE TRÁNSITO (SOAT) EN COLOMBIA



ANDREA URIBE RINCÓN Y ANDRÉS FELIPE ALONSO JIMÉNEZ¹⁸⁰

1. Introducción

El Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) es un seguro que nace con un fin social, cuyo objetivo principal es cubrir la muerte, los daños corporales físicos causados a las personas y los gastos que se deban sufragar por atención médica, quirúrgica, farmacéutica, hospitalaria y funeraria, originados en accidentes producidos por vehículos automotores asegurados¹⁸¹.

En el presente escrito se analizará la naturaleza del SOAT como contrato de seguro y sus características principales. Para ello, nos remitiremos en primer lugar a la regulación normativa desde sus orígenes en el ordenamiento jurídico colombiano; en segundo lugar, analizaremos los elementos esenciales del contrato de seguro; posteriormente, hablaremos de las partes e intervinientes del SOAT, la función social que desempeña y su obligatoriedad. Por último, resaltaremos qué

¹⁸⁰ Andrea Uribe Rincón es abogada de la Universidad de Los Andes, Colombia y especialista en Derecho de Seguros de la Universidad Javeriana, Colombia. Trabajó como abogada en Tamayo Jaramillo & Asociados, fue directora de responsabilidad civil en Seguros Comerciales Bolívar S.A y trabajó como abogada en Ariza & Gómez Abogados. Actualmente cursa una Maestría en Derecho de la Empresa en la Universidad de Barcelona. Andrés Felipe Alonso Jiménez es abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Legislación Financiera de la Universidad de Los Andes y especialista en Derecho de Seguros de la Universidad Javeriana. Trabajó como abogado de la Compañía ACE Seguros S.A. y del Grupo Allianz Seguros en Colombia. Actualmente es director nacional de indemnizaciones de seguros de vida, accidentes personales, previsionales, ARL y SOAT en Allianz Seguros S.A. y Allianz Seguros de Vida S.A.

¹⁸¹ Decreto 2544 de 1987, artículo 4º (modificado por el artículo 1º del Decreto 104 de 1990).

aspectos del contrato de seguros no le son aplicables al SOAT por sus características particulares y expondremos nuestra conclusión sobre este seguro.

2. Antecedentes

Para hablar de la normatividad aplicable al SOAT desde sus inicios, es importante tener presente que, al ser este un seguro de carácter obligatorio y con un fin social, ha sido objeto de múltiples regulaciones. En efecto, el Gobierno Nacional, a través de la Superintendencia Financiera y del Ministerio de Salud y Protección Social, ha emitido diferentes decretos, circulares y resoluciones que han reglamentado temas particulares relacionados con este seguro, en especial lo tocante a coberturas, atención en centros de salud, tarifas y destinación de las primas, entre otros asuntos. En este capítulo nos referiremos a algunas normas que, a nuestro juicio, son las más relevantes para analizar el SOAT como contrato de seguro.

La primera regulación del seguro en mención se presentó en el Código Nacional de Tránsito Terrestre (Decreto 1344 de 1970), artículo 96, en donde se estableció que para la concesión y conservación de la licencia de tránsito era necesaria “la vigencia de un seguro que cubra la responsabilidad civil por daños a terceros ocasionados con él”. Como se observa, con la regulación se buscaba asegurar a la persona y no al vehículo, pues este requisito era única y exclusivamente para efectos del otorgamiento de la licencia de tránsito.

No obstante lo anterior, la Ley 33 de 1986, a través de los artículos 114 a 118, añadió cuatro nuevas disposiciones (259-262) al Código Nacional de Tránsito Terrestre. En estas disposiciones se estableció la obligación de tomar el seguro de accidente de tránsito a los dueños de los vehículos, y a las aseguradoras que operaran el ramo de automóviles se les impuso la obligación de emitir el seguro sin discriminación alguna; razón por la cual se evidenció que era una obligación de doble vía, tanto para las aseguradoras como para los asegurados.

Mediante el Decreto 2544 de 1987 se reglamentaron los artículos 115 y 116 antes citados. En efecto, se estableció: 1) cuáles eran los vehículos automotores sujetos a ser amparados por el SOAT (artículo 2º); 2) el otorgamiento obligatorio del seguro (artículo 3º); 3) el objeto del seguro (artículo 4º); 4) los requisitos para la acreditación del daño (artículo 5º); 5) la cobertura y las cuantías (artículo 6º); 6) cómo se efectuaría el pago de las indemnizaciones (artículos 7º-12); y 7) unas disposiciones generales (artículos 13-19).

Posteriormente, mediante el Decreto 1032 de 1991 y con base en las facultades otorgadas al Gobierno a través del artículo 93 de la Ley 45 de 1990, se reguló con

detalle este seguro. El decreto en mención, además de recopilar el Decreto 2544 de 1987, se encargó de regular de manera completa e íntegra el SOAT. En particular, desarrolló: 1) cuáles serían las entidades aseguradoras habilitadas para ofrecer el seguro (artículo 3°); 2) la atención obligatoria de las víctimas y las multas en caso de no hacerlo (artículo 4°); 3) la función social del seguro (artículo 5°); 4) el Fondo del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (Fonsat) (artículos 13, 14 y 15); subordinación de la entrega de la póliza al pago de la prima (artículo 26); señalamiento y revisión de las condiciones por parte de la superintendencia bancaria (artículo 27) y la vigencia del seguro, la cual debe ser mínimo de un año, salvo algunas excepciones (artículo 29).

Dos años después, con base en las facultades otorgadas en la Ley 35 de 1993, el Gobierno expidió el Decreto 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el cual, en sus artículos 192 en adelante, recopiló lo establecido por el Decreto 1032 de 1991.

En el mismo año en que se expidió el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, se promulgó la Ley 100 de 1993, la cual se encargó de reglamentar la atención a las víctimas de los accidentes de tránsito y la destinación de un porcentaje de la prima recibida por las aseguradoras.

En el 2007 se expidió el Decreto 3990, el cual se encargó de reglamentar una subcuenta del Fosyga y otras disposiciones relacionadas con la operación de aseguramiento del SOAT, entre otros aspectos.

Por su parte, el Decreto 19 de 2012 realizó algunas modificaciones relacionadas con los amparos del SOAT, así como a la regulación de los recursos para el pago de las indemnizaciones de los accidentes de tránsito.

Posteriormente, se promulgaron diversas leyes, decretos y resoluciones que regulan el SOAT, pero debido a las razones que se expusieron en un principio, no serán objeto de este numeral.

Finalmente, el pasado 14 de enero de 2015 se expidió el Decreto 056 de 2015, el cual será objeto de estudio en el presente texto. A través del artículo 46 de dicho decreto se derogaron los decretos 3990 de 2007 y 967 de 2012.

3. Elementos esenciales del contrato de SOAT

De acuerdo con el artículo 1045 del Código de Comercio, “son elementos esenciales del contrato de seguro: el interés asegurable; el riesgo asegurable, la prima

o precio del seguro y; la obligación condicional del aseguradora. En defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguro no producirá efecto alguno”.

Teniendo en cuenta el artículo citado, analizaremos cada uno de los elementos esenciales en el SOAT.

3.1. Interés asegurable

En el SOAT, el interés asegurable lo constituye el patrimonio y la vida o integridad corporal de las víctimas potenciales de accidentes de tránsito, quienes, como lo veremos más adelante, tienen la calidad de asegurados.

Se debe resaltar que, a diferencia de los otros seguros, el SOAT no se termina automáticamente por la transferencia del interés asegurable, en los términos artículo 1107 del Código de Comercio¹⁸².

Lo anterior no solo por el hecho de encontrarse prescrito en el numeral 7 del artículo 41 del Decreto 56 de 2015¹⁸³, sino que, debido a que el SOAT es un seguro que busca cumplir una función social y es pensado para la víctima del accidente de tránsito —con independencia de su calidad— la aplicación de una norma como esta dejaría desprotegidas en muchas ocasiones a las víctimas. Por esa razón, más adelante se explicarán otras disposiciones que evidencian esta función social del seguro y cómo varias normas del contrato de seguros no le son aplicables al seguro en mención.

Se debe resaltar, de todas maneras, que el conforme con el artículo 41 de la ley citada, el propietario se encuentra en la obligación de informar esta situación a la aseguradora dentro de los diez días siguientes a la transferencia del vehículo, de tal forma que la aseguradora efectúe el cambio de la póliza y actualice el sistema de información.

3.2. Prima

La prima o precio del seguro es regulada a través de la Superintendencia Financiera. Esta, en ejercicio de sus facultades, es la encargada de señalar las tarifas máximas

182 Según el cual, “la transferencia por acto entre vivos del interés asegurado o de la cosa a que esté vinculado el seguro, producirá automáticamente la extinción del contrato, a menos que subsista un interés asegurable en cabeza del asegurado [...]”.

183 Que establece que la transferencia de la propiedad del vehículo descrito en la póliza, no produce la terminación del contrato de seguro, el cual continuará vigente hasta su expiración.

anuales que pueden cobrar las entidades aseguradoras por el SOAT. Estas tarifas, que se encuentran actualmente en el anexo 2 del título VI de la Circular Básica Jurídica¹⁸⁴, “constituyen el punto de referencia de tarificación por parte de las aseguradoras para la expedición de ese seguro obligatorio, incluso en aquellos casos cuya vigencia tenga una periodicidad diferente”¹⁸⁵. En ese sentido, se puede observar que, a diferencia de los demás seguros, el valor de la prima a pagar por el SOAT tiene una tarifa máxima en todas las aseguradoras. El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en el numeral 5 del artículo 193, modificado por el artículo 44 de la Ley 795 de 2003, facultó a la Superintendencia para realizar esa función:

5. Facultades del Gobierno nacional en relación con los términos de la póliza. Por tratarse de un seguro obligatorio de forzosa contratación, el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, señalará con carácter uniforme las condiciones generales de las pólizas.

La Superintendencia Bancaria revisará periódicamente las condiciones técnicas y financieras de la operación de este seguro, propósito para el cual solicitará a las entidades aseguradoras la información que estime conveniente.

En todo caso, en la determinación de las tarifas se observarán los principios de equidad, suficiencia y moderación y se podrán establecer rangos diferenciales según la naturaleza de los riesgos.

Adicionalmente, se debe resaltar que debido a la función social del seguro y su carácter obligatorio, la prima que reciban las aseguradoras por concepto del SOAT tiene unas destinaciones específicas que son de carácter obligatorio. Veamos:

- a. En el Decreto 1032 de 1991, modificado por el numeral 9 del artículo 244 de la Ley 100, así como el artículo 4º del Decreto 56 de 2015, se estableció una contribución equivalente al 20% de las primas emitidas con destino al Fondo del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (Fonsat), la cual debe ser transmitida bimestralmente a este fondo.
- b. Adicionalmente, el Decreto 19 de 2012 en su artículo 113¹⁸⁶ estableció que la diferencia entre el valor total de los recursos del 20% referido en el

184 Los anexos 1 y 2 del título VI de la Circular Básica Jurídica fueron incorporados a través de la Circular Externa 004 de 2009 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia.

185 Superintendencia Financiera, Concepto 2011055208-002 del 12 de septiembre de 2011.

186 El artículo 113 del Decreto 19 de 2012 prescribe lo siguiente: “Para cubrir el pago de las indemnizaciones correspondientes al amparo de gastos médicos, quirúrgicos, farmacéuticos y hos-

párrafo anterior y el porcentaje que deba destinar la aseguradora para financiar la cobertura que establezca el Gobierno Nacional, será transferida al Fosyga conforme a las normas vigentes.

- c. La Ley 100 de 1993 en el numeral b del artículo 223, y posteriormente el Decreto 3990 de 2007 y el Decreto 56 de 2015 en el numeral 2 del artículo 4º, fijaron una contribución equivalente al 50% del valor de la prima anual establecida para el seguro obligatorio de accidente de tránsito, que se cobrara en adición a ella con el fin de financiar la Subcuenta de Enfermedades Catastróficas y Accidentes de Tránsito. Se estableció que las compañías aseguradoras autorizadas para su expedición, se encuentran obligadas a recaudar esta contribución y a transferirla en su totalidad al Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), dentro de los diez primeros días hábiles de cada mes.
- d. El artículo 44 del Decreto 1293 de 1996 establece que “los recursos equivalentes al tres por ciento (3%) de las primas que anualmente recaudan las compañías aseguradoras que operan el ramo, conformarán un fondo privado que se manejará por encargo fiduciario y con un consejo de administración en el cual tendrá cabida un representante del Ministerio de la Protección Social (antes de salud), destinado a las campañas de prevención vial nacional tales como control al exceso de velocidad, control al consumo de alcohol y estupefacientes, promoción del uso del cinturón de seguridad entre otros”¹⁸⁷. En igual sentido, el artículo 7º de la Ley 1702 de 2013 y el artículo 44 del Decreto 56 de 2015 establecieron que “el tres por

pitalarios y el total de costos asociados al proceso de reconocimiento de las indemnizaciones cuya cuantía exceda los quinientos (500) SMLDV y hasta la cobertura que defina el Gobierno Nacional, las aseguradoras deberán destinar un porcentaje de los recursos de la prima del SOAT de que trata el numeral 1, literal a del artículo 199 del Decreto Ley 663 de 1993 y el literal a del artículo 223 de la Ley 100 de 1993, constituida por el 20% del valor de las primas emitidas en el bimestre inmediatamente anterior.

La diferencia entre el valor total de los recursos del 20% referido anteriormente y el porcentaje que deba destinar la aseguradora para financiar la cobertura que establezca el Gobierno Nacional, será transferida al FOSYGA conforme a las normas vigentes.

Parágrafo 1: Corresponde al Ministerio de Salud y Protección Social definir anualmente el porcentaje de la prima del SOAT el cual deberá ser suficiente para el cubrimiento de la totalidad de los gastos asociados al reconocimiento de las indemnizaciones de que trata el presente artículo.

Parágrafo 2: Esta disposición entrará en vigencia una vez se defina el tope de cobertura para gastos médicos quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios y el porcentaje de que trata el parágrafo anterior, y se aplicará para el pago de indemnizaciones por accidentes de tránsito ocurridos desde ese momento. El FOSYGA solo tramitará los servicios y las prestaciones de las víctimas o los beneficiarios, cuando en el accidente de tránsito estén involucrados vehículos no asegurados o no identificados”.

187 Ver: <https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/Normativa/Conceptos2006/2006014991.pdf>.

ciento (3 %) de las primas que anualmente se recauden al Fondo Nacional de Seguridad Vial, en los términos y condiciones que para el efecto establezca el Gobierno nacional”.

Finalmente, vale la pena señalar, de acuerdo con lo que se explicará más adelante, que no habrá lugar a la devolución de la prima por la revocación del contrato de seguros, sino solamente cuando el contrato de seguros no produce efecto alguno por falta de alguno de sus elementos esenciales.

3.3. Riesgo asegurable

Se entiende como el suceso incierto cuya realización da origen a la obligación del asegurador.

Este riesgo desaparece cuando se produce la pérdida total del vehículo. En este caso, se debe resaltar que, debido a que desaparece uno de los elementos esenciales del contrato de seguro, ello daría lugar a considerar este seguro como inexistente, en virtud de la afectación de uno de sus elementos esenciales y, en consecuencia, habría lugar a la devolución de la prima. A este respecto, la Superintendencia Financiera ha manifestado lo siguiente:

[...] Ante un evento en que el vehículo automotor objeto del seguro sea “chatarizado”, por pérdida total del vehículo, no resultaría legalmente viable predicar la concurrencia de sus elementos esenciales como son el interés asegurable y el riesgo asegurable y siempre y cuando el vehículo hubiere quedado imposibilitado para seguir funcionando o transitando por el territorio nacional. Ante tal circunstancia, cesaría la obligación condicional del asegurador y, en consecuencia, procedería la devolución de la parte no devengada de la prima con sujeción a las reglas previstas en el artículo 1070 del Código de Comercio [...]¹⁸⁸.

La pregunta que surge en este punto es si la prima tiene destinaciones específicas, esto es, que no es de libre disposición por parte de la compañía de seguros, ¿cómo funciona en la práctica la devolución de la prima cuando existe pérdida total del vehículo, si los aportes a las diferentes entidades ya se han realizado? ¿Es posible en términos prácticos realizar esta operación?

188 Ibid.

4. Obligación condicional de pagar una suma de dinero

Para el pago de la indemnización por la realización del riesgo asegurable en el SOAT, es importante precisar algunos detalles que diferencian a este seguro de otros.

En primer lugar, es necesario tener presente que, de acuerdo con el artículo 194 del EOSF, la indemnización del contrato de seguros se efectuará con la demostración del accidente y las consecuencias dañosas para la víctima. La prueba, como se verá más adelante, no requiere mayores exigencias.

Por otra parte, se debe tener presente que, de acuerdo con el artículo 38 del Decreto 56 de 2015: “Las reclamaciones presentadas ante las entidades aseguradoras autorizadas para operar el SOAT se pagarán dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aun extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077 del Código de Comercio. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al reclamante, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Financiera aumentado en la mitad”.

Por otra parte, el artículo 9º del Decreto 56 de 2015 establece que en los casos de accidentes de tránsito en que hayan participado dos o más vehículos automotores asegurados, cada entidad aseguradora correrá con el importe de las indemnizaciones a los ocupantes de aquel que tenga asegurado. En igual sentido, el mismo artículo establece que en el caso de los terceros no ocupantes, se podrá formular la reclamación a cualquiera de estas entidades; aquella a quien se dirija la reclamación estará obligada al pago de la totalidad de la indemnización, sin perjuicio del derecho de repetición, de las compañías entre sí.

Finalmente, se debe resaltar que el valor máximo a pagar de la indemnización por parte de la aseguradora corresponde al valor asegurado que se encuentre vigente en el SOAT para la época del accidente. No obstante lo anterior, hay que precisar que si el valor asegurado de la póliza no es suficiente para cubrir los gastos que se ocasionaron por el accidente que sufrió la víctima, los establecimientos hospitalarios o clínicos y las entidades de seguridad y previsión social de los subsectores oficial y privado del sector salud no se pueden oponer a la prestación de servicio o su rehabilitación.

La Corte Constitucional, con base en pronunciamientos de la Superintendencia Nacional de Salud y de la Superintendencia Financiera, ha fijado ciertos parámetros para efectos del pago de los gastos que se ocasionan en los eventos en que el

valor de la póliza no es suficiente para cubrir los pagos de recuperación y rehabilitación de la víctima¹⁸⁹.

5. Partes e intervinientes en el contrato de SOAT

5.1. Tomador

Es la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos conforme al artículo 1037 del Código de Comercio.

Llevado lo anterior al seguro que nos ocupa, resulta pertinente preguntarnos si en el SOAT el tomador es únicamente el propietario del vehículo.

189 En reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional ha establecido que para estos eventos se deben seguir las siguientes reglas: “(i) Cuando ocurre un accidente de tránsito, todos los establecimientos hospitalarios o clínicos y las entidades de seguridad y previsión social de los subsectores oficial y privado del sector salud están obligados a prestar la atención médica en forma integral a los accidentados, desde la atención inicial de urgencias hasta su rehabilitación final, lo cual comprende atención de urgencias, hospitalización, suministro de material médico, quirúrgico, osteosíntesis, órtesis y prótesis, suministro de medicamentos, tratamiento y procedimientos quirúrgicos, servicios de diagnóstico y rehabilitación; (ii) las aseguradoras, como administradoras del capital con el cual se cubre los tratamientos médicos, no son las encargadas de prestar el tratamiento médico directamente; (iii) la institución que haya recibido al paciente, considerando el grado de complejidad de la atención que requiera el accidentado, es responsable de la integridad de la atención médico-quirúrgica; (iv) suministrada la atención médica por una clínica u hospital, éstos están facultados para cobrar directamente a la empresa aseguradora que expidió el SOAT, los costos de los servicios prestados, hasta por el monto fijado por las disposiciones pertinentes, es decir, 500 salarios mínimos diarios legales vigentes al momento del accidente; (v) agotada la cuantía para los servicios de atención cubierta por el SOAT y tratándose de víctimas politraumatizadas o que requieran servicios de rehabilitación, la institución que ha brindado el servicio puede reclamar ante el Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA, subcuenta de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito, hasta un máximo equivalente 300 salarios mínimos diarios legales vigentes al momento del accidente; (vi) superado el monto de 800 salarios mínimos diarios legales vigentes indicados, la responsabilidad del pago de los servicios recae sobre la Empresa Promotora de Salud, la empresa de medicina prepagada o la Administradora de Riesgos Profesionales, en los casos en los que el accidente haya sido calificado como accidente de trabajo, a la que se encuentre afiliada la víctima, o, eventualmente, al conductor o propietario del vehículo, una vez haya sido declarada su responsabilidad por vía judicial” (sentencia T-1055/08, magistrado ponente Jaime Araújo Rentería. En igual sentido, las sentencias T-111 de 2003, magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra; T-974 de 2007, magistrado ponente nilson Pinilla Pinilla, y T-959 de 2005, magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra).

En principio, podría pensarse que la calidad de tomador solo la tendría el propietario del vehículo¹⁹⁰, y eso era justamente lo que exigían las primeras normas del SOAT, entre ellas el Decreto 1344 de 1970 y la Ley 33 de 1986, como se mencionó en la primera parte del presente escrito.

No obstante, consideramos que la calidad de tomador podría predicarse de cualquier persona que sin tener la calidad de propietario decida contratar el SOAT, toda vez que a la luz de la norma vigente, en nuestra opinión, es indiferente quien celebra el contrato de seguro. En efecto, la redacción misma del artículo 192 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero nos permite inferir lo anterior cuando señala:

Para transitar por el territorio Nacional todo vehículo automotor deber estar amparado por un seguro obligatorio vigente que cubra los daños corporales que se causen a las personas en accidentes de tránsito [...].

Nótese, entonces, que para la norma lo relevante es que los vehículos que transiten por el territorio estén amparados, sin importar quién celebre el contrato de seguro. Por otra parte, resultaría también interesante analizar la figura del seguro por cuenta ajena en el SOAT. Veamos:

La Corte Suprema de Justicia ha precisado:

[...] El apellidado seguro por cuenta ajena, existente en contra posición al llamado seguro por cuenta propia [...] propende por facultar a una persona que, recta vía, no es titular del interés que se pretende asegurar (interés asegurable), para que pueda contratar el seguro [...] de allí que el contratante, privativamente, revista la calidad de tomador [...] pero no la de asegurado, la que está reservada al real titular de dicho interés [...].

Asimismo, en otra ocasión estableció: “lo que señala el curso ordinario de las cosas es que el tomador del seguro, esto es, la persona que traslada el riesgo, actúe para proteger su propio interés, por cuenta propia entonces, de manera que son una misma persona tomador y asegurado; pero también acontece que el seguro se contrate pero por cuenta de un tercero determinado o determinable, de suerte que básicamente es el interés asegurable de ese tercero el que constituye el objeto de la convención, lo que implica, como es obvio, que uno sea el tomador y otro —el

190 La Superintendencia Financiera de Colombia, mediante el Concepto no 2004022003-1 del 2 de junio de 2004, manifestó que “[...] La obligatoriedad en la expedición del SOAT, es correlativa con la obligación del propietario de todo tipo de vehículo automotor para mantener vigente dicho seguro, de acuerdo con el inciso 1º, numeral 1 del artículo 192 antes citado [...]”.

tercero—, el asegurado, a quien corresponde, según el texto citado, el derecho a la prestación asegurada”¹⁹¹.

De igual manera, en otra ocasión sostuvo:

[...] lo que señala el curso ordinario de las cosas es que el tomador del seguro, esto es, la persona que traslada el riesgo, actúe para proteger su propio interés, por cuenta propia entonces, de manera que son una misma persona tomador y asegurado; pero también acontece que el seguro se contrate pero por cuenta de un tercero determinado o determinable, de suerte que básicamente es el interés asegurable de ese tercero el que constituye el objeto de la convención, lo que implica, como es obvio, que uno sea el tomador y otro —el tercero—, el asegurado, a quien corresponde, según el texto citado, el derecho a la prestación asegurada¹⁹².

En estos casos, hay que diferenciar si existe o no interés asegurable en cabeza del tomador. Como lo afirma el profesor Efrén Ossa, “el tomador puede o no tener un interés asegurable en las cosas objeto del contrato. El interés puede ser de carácter moral [...] puede o no tener interés en el contrato mismo, aunque generalmente lo tiene en la medida que satisface una obligación derivada de su relación subyacente con el tercero-asegurado. Este, en cambio, debe necesariamente tener interés asegurable en o respecto de los bienes sobre que versa el seguro”¹⁹³.

Así las cosas, es claro que si existe un interés propio, el seguro es por cuenta propia, pero si el interés es ajeno, el seguro es por cuenta ajena.

En ese orden de ideas, podemos afirmar que la institución del seguro por cuenta ajena sí es aplicable al SOAT y se vería reflejada cuando una persona, que no es propietaria del vehículo y no tiene ningún vínculo con este, celebra el contrato de seguro para tutelar un interés asegurable ajeno (el de las víctimas potenciales de un accidente de tránsito).

Asimismo, dentro de una concepción amplia del seguro por cuenta ajena, consagrada en el artículo 1042 del Código de Comercio, es posible que el tomador del

191 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 24 de mayo de 2000, magistrado ponente Manuel Ardila Vásquez.

192 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 24 de mayo de 2000, magistrado ponente Manuel Ardila Vásquez.

193 Ossa, Efrén. *Teoría general del seguro* (vol. II). Bogotá: Temis, 1991, p. 18.

seguro tenga característica mixta, es decir, que actúe como tomador para tutelar, al mismo tiempo, un interés propio y uno ajeno:

[...] salvo estipulación en contrario, el seguro por cuenta valdrá como seguro a favor del tomador hasta la concurrencia del interés que tenga en el contrato y, en lo demás con la misma limitación como estipulación en provecho del tercero.

En este caso, estaríamos hablando que tanto el asegurado como el tomador tienen interés asegurable y por ende pueden ser acreedores de la indemnización.

En el caso del SOAT, consideramos que cuando el propietario del vehículo o cualquier persona que sí tenga algún vínculo con el vehículo celebre el contrato de seguro, actúa como tomador para tutelar, al mismo tiempo, un interés propio (pues el tomador puede llegar a ser una víctima de un accidente de tránsito) y uno ajeno (el de las demás víctimas potenciales).

Así pues, en mérito de lo expuesto, es viable que la institución del seguro por cuenta, tanto en su concepción pura como en su concepción amplia, tenga aplicación en el SOAT.

5.2. Aseguradora

De acuerdo con el artículo 196 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, están habilitadas para otorgar el SOAT:

- a. Aquellas entidades aseguradoras actualmente autorizadas para ofrecer el seguro obligatorio de daños corporales que se causen en accidentes de tránsito que, con anterioridad al 30 de junio de 1991, acrediten haber cumplido satisfactoriamente todas las obligaciones derivadas de la operación de dicho seguro ante los establecimientos hospitalarios o clínicos y ante las personas que se encuentren habilitadas para reclamar indemnizaciones derivadas de este seguro. Para este efecto la Superintendencia Nacional de Salud remitirá a la Superintendencia Bancaria las informaciones correspondientes, y
- b. Las demás entidades aseguradoras que se establezcan legalmente en el país y obtengan autorización específica de la Superintendencia Bancaria para la operación del seguro obligatorio de accidentes de tránsito.

En el mismo artículo se establece que la Superintendencia Financiera es quien puede autorizar el ramo de Seguro Obligatorio de Accidente de Tránsito y solo estas aseguradoras pueden ofrecer este producto.

En este punto es preciso resaltar que antes de la entrada en vigencia del Decreto 1032 de 1991, quienes podían ofrecer este seguro eran aquellas aseguradoras que tenían autorizado el ramo de automóviles. En efecto, el Código Nacional de Transporte Terrestre, a través de la modificación realizada por la Ley 33 de 1986 antes mencionada, prescribió en su artículo 260 lo siguiente:

Las compañías de seguros establecidas en el país y que tengan autorización para operar en el ramo de automóviles están obligadas a otorgar el seguro establecido en el artículo anterior.

No obstante lo anterior, es necesario tener presente que hoy en día sí se requiere autorización especial para operar el ramo de SOAT, y para impartir esta autorización la “Superintendencia Bancaria evaluará, además de las informaciones que le remita la Superintendencia Nacional de Salud, la experiencia individual del peticionario en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del seguro obligatorio, propósito para el cual se cerciorará, por cualesquiera medios que estime convenientes, acerca de la forma y la oportunidad con las cuales se hayan cumplido las aludidas obligaciones.

5.3. Asegurado

Como ya lo hemos dejado entrever en varios apartes de este escrito, los asegurados en el SOAT son las víctimas potenciales de un accidente de tránsito.

El o los asegurados son, entonces, personas que son indeterminadas, pero que en algún momento (cuando ocurra un accidente) serán determinadas.

Recordemos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 1039 del Código de Comercio, el seguro por cuenta (como lo es el SOAT) puede recaer sobre una persona indeterminada pero determinable, es decir, el seguro puede ser contratado por cuenta de un tercero determinable:

El seguro puede ser contratado por cuenta de un tercero determinado *o determinable*. [...] (El énfasis es nuestro)

En ese orden de ideas, es posible incluir como asegurado a una(s) persona(s) que, si bien son indeterminadas, se pueden determinar, es decir, a una(s) persona(s) que en algún momento será(n) determinada(s); en nuestro caso en particular, el o los asegurados, que son indeterminados, pues aún no se sabe quién será víctima de un accidente, serán determinadas una vez se produzca el accidente.

5.4. Beneficiario

El beneficiario es la persona que tiene derecho a recibir la prestación asegurada. Los beneficiarios están previamente definidos por la ley y son los siguientes, en función de los amparos:

1. Servicios de salud: el legitimado para solicitar el reconocimiento y pago de dichos servicios a la compañía de seguros que expida el SOAT es el prestador de servicios de salud que haya atendido a la víctima.
2. Indemnización por incapacidad permanente: se considerará beneficiario y legitimado para reclamar la indemnización por incapacidad permanente ante la entidad aseguradora autorizada para expedir el SOAT, la víctima de un accidente de tránsito.
3. Indemnización por muerte y gastos funerarios: se considerará beneficiario y legitimado para reclamar la indemnización por muerte y gastos funerarios, el cónyuge o compañero(a) permanente de la víctima, en la mitad de la indemnización y sus hijos en la otra mitad, distribuida en partes iguales. De no haber hijos, la totalidad de la indemnización corresponderá al cónyuge o compañero(a) permanente; de no existir alguno de los anteriores, serán beneficiarios los padres y a falta de ellos los hermanos de la víctima.
4. Indemnización por gastos de transporte al centro asistencial: la persona natural o jurídica que demuestre haber realizado el transporte.

6. El SOAT como seguro obligatorio y su función social

De acuerdo con la regulación normativa antes mencionada, así como los elementos esenciales y las partes del contrato, a continuación explicaremos en qué consiste la obligatoriedad, la función social y los amparos que caracterizan al SOAT.

6.1. Seguro obligatorio

La obligatoriedad en la expedición del SOAT por parte de las compañías de seguros es correlativa con la obligación del propietario de todo tipo de vehículo automotor para mantener vigente dicho seguro.

El artículo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero de Colombia establece lo siguiente:

Para transitar por el territorio nacional todo vehículo automotor debe estar amparado por un seguro obligatorio vigente que cubra los daños corporales que se causen a las personas en accidentes de tránsito. Quedan comprendidos

dentro de lo previsto por este numeral los automotores extranjeros en tránsito por el territorio nacional.

Las entidades aseguradoras a que se refiere el artículo 196 numeral 1º del presente estatuto estarán obligadas a otorgar este seguro.

En relación con las compañías de seguros, la obligación consiste en expedir el SOAT sin excepción ni distinción en relación con el tipo de vehículo y/o el lugar del territorio nacional por el cual transiten, de tal suerte que lo que la ley le prohíbe a las aseguradoras es hacer excepciones en cuanto al tipo de riesgo¹⁹⁴.

La Superintendencia Financiera de Colombia ha señalado, en forma enunciativa, algunas conductas que constituyen prácticas no autorizadas en torno a la expedición del SOAT y todas hacen alusión a conductas tendientes a obstaculizar la expedición del seguro a determinado tipo de vehículos y/o ciertos lugares del país.¹⁹⁵ Veamos:

1. No mantener la papelería necesaria para la expedición del aludido seguro y/o distribuir papelería que solo pueda ser utilizada para cierto tipo de vehículo.
2. Celebrar convenios con los intermediarios de seguros en los cuales se excluya la expedición del seguro obligatorio para algún tipo de vehículo.
3. Impartir instrucciones a sucursales, agencias y/o intermediarios autorizados para la expedición del seguro obligatorio, en el sentido de que solo pueden expedir un volumen determinado de pólizas para cierto tipo de vehículo.
4. Condicionar la expedición del Seguro Obligatorio de Daños Corporales Causados a las Personas en Accidentes de Tránsito a la suscripción de otros productos.

194 La Superintendencia Financiera de Colombia, mediante el Concepto no 2000015348-1 del 13 de abril de 2000, precisó lo siguiente: “[...] Así mismo, el último inciso de la misma disposición establece la obligación a cargo de las aseguradoras autorizadas por la Superintendencia Bancaria para explotar el ramo de Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito de expedir la póliza a las personas que se encuentren obligadas a tomar el seguro, *sin hacer excepción alguna o contemplar restricciones en consideración a la clase de vehículo y/o al sitio del territorio nacional por el cual transiten* [...]” (el énfasis es nuestro). Asimismo, la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante el concepto no 2010039952-001 del 16 de julio de 2010, reiteró lo anterior al manifestar lo siguiente: “[...] Es así como en los términos del numeral 1 del artículo 192 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en concordancia con el numeral 1 del artículo 196 del mismo Estatuto, se impone a las entidades aseguradoras que cuentan con autorización para operar el SOAT la obligación de otorgarlo, *sin excepción ni distinción en relación con el tipo de vehículo* [...]” (el énfasis es nuestro).

195 Concepto no 2000015348-1 del 13 de abril de 2000.

5. Restringir la oferta a determinadas regionales, sucursales, intermediarios u oficinas.
6. El reconocimiento de comisiones de manera diferencial por la venta del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito cuando se trate de determinada clase de vehículo.

En últimas, es a la Superintendencia Financiera de Colombia a quien le corresponde establecer cualquier irregularidad en relación con la expedición del SOAT¹⁹⁶.

6.2. SOAT como un seguro con función social

De acuerdo con lo enunciado anteriormente, así como por lo establecido en el numeral 2 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero¹⁹⁷, el SOAT desde su creación fue pensado como un seguro con una función social. Esto, con el fin de no dejar desprotegidas a las víctimas de los accidentes de tránsito, con independencia de su calidad; ya fuera conductor, ocupante o peatón. La Corte Constitucional en diferentes sentencias ha tratado el tema de función social del SOAT y a este respecto ha manifestado lo siguiente:

[...] Es claro entonces, que el seguro obligatorio de accidentes de tránsito, obedece a un régimen impositivo del Estado que comprende, como ya se anotó, el interés general y busca de manera continua y regular satisfacer necesidades

196 La Superintendencia Financiera de Colombia, mediante el concepto no 2004022003-1 del 2 de junio de 2004, señaló lo siguiente: “[...] Por lo anterior, corresponde a la Superintendencia Bancaria de Colombia adelantar las actuaciones administrativas tendientes a establecer una eventual irregularidad por parte de las entidades aseguradoras o de los intermediarios de seguros en relación con la expedición de este seguro [...]”.

197 El cual prescribe lo siguiente: “Función social del seguro. El seguro obligatorio de daños corporales que se causen en accidentes de tránsito tiene los siguientes objetivos:

- a. Cubrir la muerte o los daños corporales físicos causados a las personas; los gastos que se deban sufragar por atención médica, quirúrgica, farmacéutica, hospitalaria, incapacidad permanente; los gastos funerarios y los ocasionados por el transporte de las víctimas a las entidades del sector salud;
- b. La atención de todas las víctimas de los accidentes de tránsito, incluso las de causados por vehículos automotores no asegurados o no identificados, comprendiendo al conductor del vehículo respectivo;
- c. Contribuir al fortalecimiento de la infraestructura de urgencias del sistema nacional de salud, y
- d. La profundización y difusión del seguro mediante la operación del sistema de seguro obligatorio de accidentes de tránsito por entidades aseguradoras que atiendan de manera responsable y oportuna sus obligaciones”.

de orden social y colectivo —protección de los derechos a la vida y la salud—, en procura de un adecuado y eficiente sistema de seguridad social que propenda por un mejor modo de vida. Queda así establecido, que la actividad aseguradora frente al Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, cumple con gran parte de los elementos básicos que la Constitución, la ley, la doctrina y la jurisprudencia han identificado como requisitos para que los particulares colaboren en la prestación de los servicios públicos [...] ¹⁹⁸.

Es por esta razón que el SOAT se convirtió en un seguro de carácter obligatorio, no solo porque obliga a tomarlo a los propietarios de vehículos y a las aseguradoras a otorgarlo, sino que también obliga a los centros hospitalarios y clínicos a realizar la efectiva atención de las personas que han sido víctimas de accidentes de tránsito.

Por esta misma razón, este seguro hoy en día hace parte del Sistema de Seguridad Social y en esa medida cuenta con una amplia protección por parte del Estado.

6.3. Amparos del SOAT

Los amparos del SOAT son tanto indemnizatorios como no indemnizatorios, y son los siguientes:

6.3.1. Gastos médicos, quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios

Servicios de salud, entendiendo por tales los servicios médicos, quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios suministrados a la víctima por un prestador de servicios de salud habilitado, destinados a lograr su estabilización, tratamiento y la rehabilitación de sus secuelas y de las patologías generadas como consecuencia del accidente, en un valor máximo de ochocientos salarios mínimos legales diarios vigentes (SMLDV), al momento de la ocurrencia del accidente de tránsito.

Tales servicios comprenden:

- a. Atención inicial de urgencias y atención de urgencias.
- b. Atenciones ambulatorias intramurales.
- c. Atenciones con internación.
- d. Suministro de dispositivos médicos, material médico-quirúrgico, osteosíntesis, órtesis y prótesis.
- e. Suministro de medicamentos.
- f. Tratamientos y procedimientos quirúrgicos.

198 Sentencia T-105 de 1996, Expediente T-83.875, magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

- g. Traslado asistencial de pacientes.
- h. Servicios de apoyo diagnóstico y terapéutico.
- i. Rehabilitación física.
- j. Rehabilitación mental.

6.3.2. Gastos de transporte

Este amparo comprende los gastos de transporte y movilización de víctimas desde el lugar de ocurrencia del accidente de tránsito a la primera Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) a donde sea llevada la víctima a efectos de su estabilización. Estos gastos corresponden a diez veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente.

El valor de la indemnización por gasto de transporte no incluye el transporte de la víctima entre distintas instituciones prestadoras de servicios de salud.

6.3.3. Incapacidad permanente

Se entiende por tal la prevista en los artículos 209 y 211 del Código Sustantivo del Trabajo, con una indemnización máxima de 180 veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente, a la cual se le aplicarán los porcentajes contenidos en las tablas respectivas.

6.3.4. Muerte y gastos funerarios

De la víctima, como consecuencia del accidente, siempre y cuando la muerte ocurra dentro del año siguiente a la fecha de este, en cuantía equivalente a 750 veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente.

6.4. Disposiciones generales del Contrato de Seguros terrestre no aplicables al SOAT

El SOAT se encuentra regulado, principalmente, por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y los demás decretos reglamentarios. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 192 de dicho estatuto, “en lo no previsto en el presente capítulo el seguro obligatorio de accidentes de tránsito se regirá por las normas que regulan el contrato de seguro terrestre en el Código de Comercio y por este Estatuto”.

No obstante lo anterior y teniendo en cuenta que el SOAT es un seguro con unas particularidades específicas, analizaremos qué normas del Código de Comercio no aplicarían a este seguro. Estas se presentan en los siguientes acápite.

6.4.1. El artículo 1055 del Código de Comercio

En virtud del cual, el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. En tratándose del SOAT, el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario sí son asegurables, de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del numeral 4 del artículo 194 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero:

Con todo, la compañía aseguradora podrá repetir contra el tomador por cualquier suma que haya pagado como indemnización por concepto del seguro de daños causados a las personas en accidentes de tránsito, cuando este o quien esté conduciendo el vehículo en el momento del accidente, con su autorización, haya actuado con dolo, culpa grave o dentro de aquellas circunstancias en que el seguro adolece de vicios o defectos coetáneos a su contratación.

6.4.2. El artículo 1056 del Código de Comercio

En virtud del cual el asegurador puede, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, es decir, en virtud del cual, las aseguradoras pueden delimitar los riesgos a través de la descripción del amparo y su extensión y/o con la definición de las exclusiones o eventos no amparados.

En tratándose del SOAT, además de que las aseguradoras tienen la obligación de expedir el seguro sin excepción alguna, la ley impone y define las coberturas que se deben otorgar. En efecto, el numeral 1 del artículo 193 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (modificado por el artículo 112 del Decreto 19 de 2012) y el Decreto 3990 de 2007, consagran las siguientes coberturas que debe incluir la póliza, las cuales se enunciaron y explicaron anteriormente. Asimismo, el numeral 5 del artículo 193 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero le atribuye a la Superintendencia Financiera de Colombia la facultad de señalar con carácter uniforme las condiciones generales de las pólizas:

Por tratarse de un seguro obligatorio de forzosa contratación, el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, señalará con carácter uniforme las condiciones generales de las pólizas.

Aunado a lo anterior, el artículo 10 del Decreto 3990 de 2007 establece expresamente que el seguro obligatorio de daños corporales causados a las personas en accidentes de tránsito no se encuentra sujeto a exclusión alguna y, por ende, ampara todos los eventos y circunstancias bajo las cuales se produzca un accidente de tránsito, de conformidad con lo definido en el mismo decreto.

6.4.3. El artículo 1058 del Código de Comercio

Que consagra la obligación del tomador de declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo y las consecuencias de su reticencia o inexactitud.

En términos generales, si el tomador incurre en reticencia o inexactitud, la compañía aseguradora puede objetar el pago de una indemnización por esa razón, y así lo ha entendido la Superintendencia Financiera de Colombia¹⁹⁹.

En materia de SOAT, en nuestra opinión, a las víctimas de los accidentes de tránsito y sus causahabientes no les sería oponible dicha objeción o excepción, en virtud de lo establecido en el inciso 1° del numeral 4° del artículo 194 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero:

A las víctimas de los accidentes de tránsito y sus causahabientes no les serán oponibles excepciones derivadas de vicios o defectos relativos a la celebración del contrato o al incumplimiento de obligaciones propias del tomador.

6.4.4. El artículo 1066 del Código de Comercio

Que consagra un plazo de un mes contado a partir de la fecha de la entrega de la póliza para el pago de la prima. La prima del SOAT debe pagarse antes de la expedición de la póliza, de tal suerte que la expedición de la póliza se encuentra condicionada al pago de la prima, de conformidad con lo establecido en el numeral 3° del artículo 193 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero:

La entrega de la póliza al tomador está condicionada al previo pago de la prima, excepto cuando se encuentre a cargo de entidades de derecho público.

En ese orden de ideas, tampoco le es aplicable al SOAT el artículo 1068 del Código de Comercio, el cual prevé la terminación automática del contrato de seguro por mora en el pago de la prima, ni el artículo 1069 del mismo código, que regula el pago fraccionado de la prima.

¹⁹⁹ La Superintendencia Financiera de Colombia, mediante el Concepto no 1999040521-2 del 20 de agosto de 1999, manifestó lo siguiente: “[...] Ahora bien, frente a los supuestos señalados en los numerales 3.1.1 y 3.1.2, el asegurador está facultado para solicitar la declaración judicial de la nulidad del contrato y retener la totalidad de la prima a título de pena. *No obstante, si previamente al ejercicio de dicha acción se produce el siniestro, la reclamación puede ser objetada o excepcionada alegando dicha condición [...]*” (el énfasis es nuestro).

6.4.5. El artículo 1071 del Código de Comercio

Que faculta a las partes del contrato de seguro para revocarlo unilateralmente. Por su parte, el SOAT es irrevocable. En efecto, el numeral 5° del artículo 41 del Decreto 056 de 2015 establece lo siguiente:

La póliza del SOAT no podrá ser revocada por ninguna de las partes intervinientes.

6.4.6. El artículo 1107 del Código de Comercio

En virtud del cual, la transferencia por acto entre vivos del interés asegurable o de la cosa a que esté vinculado el seguro produce la terminación automática del contrato de seguro.

El SOAT no termina automáticamente con la transferencia del vehículo, según lo dispone el numeral 7° del artículo 41 del Decreto 056 de 2015:

La transferencia de la propiedad del vehículo descrito en la póliza, no generará la terminación del contrato de seguro, el cual seguirá vigente hasta su expiración. No obstante, el nuevo propietario deberá informar por escrito de tal situación a la respectiva aseguradora, dentro de los diez (10) días siguientes a la transferencia de dominio, con el objeto de que esta realice el cambio de la póliza y actualice sus sistemas de información.

6.4.7. El artículo 1110 del Código de Comercio

Que faculta a las compañías de seguros a pagar la indemnización en dinero, o mediante la reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada.

La indemnización del SOAT solo opera en dinero, teniendo en cuenta la naturaleza de cada uno de los amparos que contiene el seguro.

7. Improcedencia de la duplicidad de amparos

Las coberturas del seguro obligatorio serán exclusivas de este y por ello no podrán incluirse en pólizas distintas. Adicionalmente, las entidades aseguradoras deberán adecuar las pólizas y tarifas en las cuales exista coincidencia con las coberturas propias del seguro obligatorio, a fin de evitar duplicidad de amparos y de pago de primas.

Lo anterior no significa que no resulte viable la concurrencia de este seguro con otros seguros privados que ofrezcan coberturas de similar naturaleza. Por el contrario, bajo los anteriores lineamientos, es posible concluir que en nuestro ordenamiento jurídico se prevé la coexistencia del SOAT con otros tipos de seguro de la

misma naturaleza, siempre y cuando las coberturas de estos últimos resulten complementarias y en exceso de los montos fijados por la ley para el seguro en mención.

Así, por ejemplo, la Superintendencia Financiera de Colombia²⁰⁰ ha manifestado que ante la ocurrencia de un accidente de tránsito, resulta procedente que las entidades hospitalarias establezcan la afectación prioritaria de la póliza de seguro obligatorio respectiva, lo cual no obsta para que los interesados soliciten la aplicación de otros seguros como complemento y en exceso de las coberturas mínimas previstas por el SOAT.

8. Prueba de los daños

En materia de seguros rige el principio de libertad probatoria, en virtud del cual la demostración del siniestro y la cuantía no se encuentran sujetas a ninguna restricción en materia probatoria y, por lo tanto, el asegurado o beneficiario tienen plena libertad para escoger cualquiera de los medios probatorios previstos en la ley, siempre y cuando el elegido sea idóneo, conducente y pertinente para demostrar claramente tales hechos.

Dicho principio resulta también aplicable al SOAT, solo que con una particularidad y es que, en tratándose de dicho seguro, la normatividad se encargó de indicar qué pruebas se consideran suficientes según la clase de amparo.

Así, los artículos 26, 27, 28 y 29 del Decreto 056 de 2015 prevén las siguientes pruebas para cada uno de los amparos del SOAT:

8.1. Servicios de salud

- a. Formulario de reclamación que para el efecto adopte la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio de Salud y de Protección Social, debidamente diligenciado. El medio magnético deberá contar con una firma digital certificada.
- b. Epicrisis o resumen clínico de atención, según corresponda, documento que debe contener los datos específicos señalados en los artículos 31 y 32 del Decreto.
- c. Los documentos que soportan el contenido de la historia clínica o el resumen clínico de atención señalados en la reglamentación que expida el Ministerio de Salud y Protección Social para el efecto.

200 Conceptos no 2001051978-2 del 30 de enero de 2002 y 2001045482-2 del 1º de febrero de 2002.

- d. Original de la factura o documento equivalente de la IPS que prestó el servicio.
- e. Cuando se reclame el valor del material de osteosíntesis, factura o documento equivalente del proveedor de la IPS.

8.2. Indemnización por incapacidad permanente

- a. Formulario de reclamación que para el efecto adopte la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio de Salud y Protección Social, debidamente diligenciado.
- b. Dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral en firme, emanado de la autoridad competente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142 del Decreto-ley 019 de 2012, en el que se especifique el porcentaje de pérdida de capacidad laboral.
- c. Epicrisis o resumen clínico de atención, según corresponda, cuando se trate de una víctima de accidente de tránsito.
- d. Epicrisis o resumen clínico de atención expedido por el prestador de servicios de salud y certificado emitido por el Consejo Municipal de Gestión del Riesgo de Desastres, en el que conste que la persona atendida fue víctima de eventos catastróficos de origen natural o de eventos terroristas.
- e. Cuando la reclamación se presente ante el Fosyga, declaración por parte de la víctima en la que indique que no se encuentra afiliada al Sistema General de Riesgos Laborales y que no ha recibido pensión de invalidez o indemnización sustitutiva de la misma por parte del Sistema General de Pensiones.
- f. Sentencia judicial ejecutoriada en la que se designe el curador, cuando la víctima requiera curador o representante.
- g. Copia del registro civil de la víctima, cuando esta sea menor de edad, en el que se demuestre el parentesco con el reclamante en primer grado de consanguinidad o sentencia ejecutoriada en la que se designe el representante legal o curador.
- h. Poder en original, mediante el cual la víctima autoriza a una persona natural para que presente la solicitud de pago de la indemnización por incapacidad.

8.3. Indemnización por muerte y gastos funerarios

- a. Formulario que para el efecto adopte la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio de Salud y Protección Social, debidamente diligenciado.
- b. Epicrisis o resumen clínico de atención, si la víctima de accidente de tránsito fue atendida antes de su muerte.

- c. Certificado emitido por el Consejo Municipal de Gestión del Riesgo de Desastres, en el que conste que la persona atendida fue víctima de un evento catastrófico de origen natural o de un evento terrorista.
- d. Registro Civil de Defunción de la víctima.
- e. Certificado de inspección técnica del cadáver o certificado emanado de la Fiscalía General de la Nación.
- f. Copia del registro civil de matrimonio cuando sea el cónyuge quien realice la reclamación o haga parte de los reclamantes, o acta de conciliación extraprocesal o escritura pública, en el caso de compañero (a) permanente donde hayan expresado su voluntad de formar una unión marital de hecho o sentencia judicial en donde se declare la unión marital de hecho.
- g. Copia de los registros civiles de nacimiento cuando sean los hijos de la víctima los reclamantes o hagan parte de los mismos.
- h. Copia del registro civil de nacimiento de la víctima cuando sean los padres de la víctima los reclamantes.
- i. Copia de los registros civiles de nacimiento de la víctima y sus hermanos cuando éstos sean los reclamantes.
- j. Copia del documento de identificación de los reclamantes.
- k. Manifestación en la que se indique si existen o no otros beneficiarios con igual o mejor derecho que los reclamantes para acceder a la indemnización.

Sentencia ejecutoriada en la que se designe el representante legal o curador del menor (es) de edad, cuando estos sean los beneficiarios y quien reclama no es uno de sus ascendientes.

8.4. Gastos por concepto de transporte

- a. Formulario que para el efecto adopte la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social Ministerio de Salud y Protección Social, debidamente diligenciado. Dicho formulario deberá estar suscrito por la persona designada por la institución prestadora de servicios de salud para el trámite de admisiones.
- b. Copia de la cédula de ciudadanía del reclamante.
- c. Cuando el transporte haya sido prestado por una ambulancia, copia de la factura.

9. Prescripción de las acciones derivadas del SOAT

Antes de la expedición del Decreto 056 de 2015, la prescripción del SOAT no tenía una regulación expresa, de tal suerte que por la disposición expresa del numeral 4º del artículo 192 del Estatuto, resultaban aplicables al SOAT las disposiciones del

Código de Comercio relacionadas con la prescripción del contrato de seguros.²⁰¹ En ese sentido, para efectos de la prescripción del SOAT, nos debíamos remitir al artículo 1081 del Código de Comercio.

Con la expedición del Decreto 056 de 2015 la prescripción del SOAT tiene una regulación propia. En efecto, el numeral 1º del artículo 41 del mencionado decreto establece expresamente que las instituciones prestadoras de servicios de salud o las personas beneficiarias, según sea el caso, deberán presentar las reclamaciones económicas a que tengan derecho con cargo a la póliza del SOAT, ante la respectiva compañía de seguros, dentro del término de prescripción establecido en el artículo 1081 del Código de Comercio, contado a partir de:

1. La fecha en que la víctima fue atendida o aquella en que egresó de la institución prestadora de servicios de salud con ocasión de la atención médica que se le haya prestado, tratándose de reclamaciones por gastos de servicios de salud.
2. La fecha de defunción de la víctima para indemnizaciones por muerte y gastos funerarios.
3. La fecha en que adquirió firmeza el dictamen de pérdida de capacidad laboral, tratándose de indemnizaciones por incapacidad.
4. La fecha en que se prestó el servicio de transporte, tratándose de gastos relacionados con el transporte y movilización de la víctima.

10. El Decreto 056 de 2015

Como se mencionó en el capítulo de historia del SOAT, el pasado 14 de enero de 2015 se emitió el Decreto 56. A través de este se realizaron diferentes modificaciones que fueron desarrolladas a lo largo del presente documento. No obstante lo anterior, a continuación mencionaremos los desarrollos y cambios que consideramos más importantes y que fueron introducidos con este decreto:

1. Se modificó la definición de accidente de tránsito de la siguiente manera: "Accidente de tránsito. Suceso ocurrido dentro del territorio nacional, en el que se cause daño en la integridad física o mental de una o varias personas como consecuencia del uso de la vía por al menos un vehículo automotor.
No se entenderá como accidente de tránsito para los efectos de este Decreto, aquel producido por la participación del vehículo automotor en espectáculos o actividades deportivas".

201 Superintendencia Financiera, Concepto no 2013070104-002 del 18 de septiembre de 2013.

2. Se definió cada cobertura (tal y como se mostró en el capítulo de coberturas expuesto anteriormente) y se establecieron los precios de los medicamentos.
3. Se definió quienes son los beneficiarios de los amparos y se limitaron los beneficiarios del amparo de muerte y gastos funerarios, tal y como se mencionó en el título de beneficiarios antes citado.
4. Se indicó qué documentos deben aportarse para la reclamación y se prohibió a las aseguradoras solicitar documentos adicionales a los mencionados.
5. Se obligó al Gobierno a actualizar el manual tarifario reglamentado en el Decreto 2426 de 1996 mínimo cada cinco años.
6. Se prescribió que el término máximo para solicitar la calificación de invalidez debe ser de dieciocho meses desde que ocurrió el accidente y se estableció que la compañía de seguros no debe pagar esta calificación de invalidez.
7. Se impuso como exigencia la presentación de factura cuando la entidad solicite la reclamación por concepto de material de osteosíntesis.
8. Se establecieron los momentos desde los cuales se debe contar la prescripción del contrato de seguros, tal y como se observa en el capítulo de prescripción del presente texto.

11. El SOAT en los países de Suramérica

El Seguro Obligatorio de Accidente de Tránsito se encuentra presente también en varios países. En el caso de Latinoamérica, la implementación de este seguro surgió con ocasión de la expedición en 1959 de la Convención Europea relativa al seguro obligatorio de responsabilidad civil, suscrita en Estrasburgo²⁰². Para efectos del presente escrito analizaremos la regulación que existe en algunos países de Suramérica y que se encuentra relacionada con este seguro.

11.1. Chile

El Seguro Obligatorio de Accidentes Personales (SOAP) fue creado en Chile mediante la Ley 18490, vigente a partir del 1º de enero de 1986.²⁰³ Este no es un

202 Gaviria Fajardo, César. “El Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito. Seguros de personas y Seguridad Social”. En: Fasecolda 35 años (2011, p. 125).

203 En su artículo 1º se estableció lo siguiente: “Todo vehículo motorizado que para transitar por las vías públicas del territorio nacional requiera de un permiso de circulación, deberá estar asegurado contra el riesgo de accidentes personales a que se refiere esta ley. Además, si el vehículo no contare con un seguro por los daños personales y materiales causados con ocasión de un accidente de tránsito, el vehículo conducido quedará gravado con prenda sin desplazamiento y

seguro de responsabilidad civil, sino de accidentes personales, el cual, según la ley, debe ser tomado por todos los propietarios de los vehículos con una compañía de seguros.

11.2. Ecuador

A través del suplemento 243 al Decreto 2119 de 2006, se expidió el Reglamento del Seguro General de Accidentes de Tránsito SOAT, en el cual se reguló el funcionamiento del SOAT y se estableció su obligatoriedad. En efecto, en el artículo 1º se estableció lo siguiente: “Por ser de carácter obligatorio, es de cobertura primaria y no excluye a ningún otro contrato de vehículos concertado libre y específicamente para cada vehículo motor, ni podrá ser reemplazado por ningún otro tipo de contrato o seguro”.

No obstante lo anterior, en diciembre de 2014 se emitió una ley a través de la cual se eliminó el SOAT en Ecuador. En consecuencia, de acuerdo con el ente legislador, el FONSAT será la entidad encargada de asumir las indemnizaciones solicitadas como consecuencia de los accidentes de tránsito.

11.3. Brasil

En Brasil, el Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil de los vehículos automotores por vía terrestre fue creado por el Decreto Ley 814 de 1969, que posteriormente fue modificado por la Ley 6194 de 1974, la cual prescribió la obligación del seguro obligatorio de daños personales ocasionados por vehículos automotores terrestres, conocido como el DPVAT²⁰⁴.

11.4. Bolivia

En Bolivia, el artículo 37 de la Ley 1883 de 1998 establece la obligatoriedad para todos los propietarios de vehículos de contar con un seguro de accidentes de tránsito.

11.5. Argentina

En Argentina, este seguro fue creado a través de La Ley 24.449 de diciembre de 1994, la cual prescribió en su artículo 68 que todo automotor, acoplado o semiacoplado tenía la obligación de contar con un seguro obligatorio de responsabilidad civil que cubra los daños causados a terceros, fueran o no pasajeros.

será puesto a disposición del tribunal respectivo, de forma de responder por las indemnizaciones contempladas en esta ley”.

204 Gaviria Fajardo, César. “El Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito...”, cit., p. 129.

12. Conclusión

Teniendo en cuenta lo expuesto a lo largo de este escrito, se debe destacar que el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito tuvo su origen en el Código Nacional de Tránsito Terrestre, y desde ese entonces ha sido objeto de múltiples regulaciones por parte de los tres organismos del poder público: legislativo, ejecutivo y judicial. Lo anterior, no solo por ser un seguro de carácter obligatorio, sino también por cumplir una función social.

En ese sentido, a pesar de ser un contrato de seguros, el cual se supone que debe regirse por la voluntad de las partes, se encuentra completamente regulado y no admite pactos en contrario. Es por esta razón que es plausible afirmar que el SOAT es un seguro de carácter *sui generis*, al que no le son aplicables en su mayoría las normas del contrato de seguros.

A pesar de que se menciona que en lo no previsto por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás decretos reglamentarios se debe aplicar lo establecido en el Código de Comercio, este margen es realmente mínimo, pues a través de las diferentes reglamentaciones realizadas por las autoridades competentes se ha regulado este seguro de manera íntegra.

Por otra parte, se debe resaltar que por las disposiciones aplicables al SOAT, este es un seguro tanto de daños como de personas. No solo por los amparos, sino también por los intervinientes en el contrato. Esta es otra de las razones por las cuales el contrato es considerado *sui generis* y que ha requerido una reglamentación tan exhaustiva por parte de las autoridades competentes.

Finalmente, es importante precisar que este seguro se encuentra presente en la mayoría de países de Suramérica y, a pesar de tener distintos nombres o coberturas (en algunos países es un seguro de responsabilidad civil mientras que en otros es un seguro de accidentes personales), este seguro busca cumplir con una misma finalidad y es la de beneficiar a las víctimas de los accidentes de tránsito y no dejarlas desprotegidas.

Bibliografía

Gaviria Fajardo, César. “El Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito. Seguros de personas y Seguridad Social”. En: *Fasecolda 35 años*, 2011.

Ossa, Efren. *Teoría general del seguro* (vol. II). Bogotá: Temis, 1991.

VIII. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL DAÑO AMBIENTAL Y EL SEGURO ECOLÓGICO EN COLOMBIA

JORGE EDUARDO NARVÁEZ BONNET²⁰⁵

El Derecho de daños es quizás la mejor expresión de aquella expresión del *Digesto*: *Jus est ars boni et aequi* (El Derecho es el arte de lo bueno y lo justo), pero paralelamente ante la concepción de Estado social de derecho que trae nuestra Carta Fundamental de 1991, es evidente que se consagran distintas categorías de derechos que se han denominado doctrinalmente como derechos de distinta generación, según el contenido de los mismos y dependiendo de la época de su advenimiento en la historia de la humanidad, siendo los de primer orden o de primera generación los inherentes a la dignidad de la persona humana, cuya consagración constitucional le otorga al individuo la facultad de ejercerlos de forma inmediata y al Estado la obligación correlativa de tutelarlos, como acontece con el derecho a la vida, al espacio público, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de expresión, etc. Por su parte, los derechos de contenido social, económico y cultural que requieren una reglamentación previa y una gestión por parte

205 Abogado de la Universidad Javeriana, Colombia, profesor de la Especialización en Seguros de la Universidad Externado de Colombia, de la Especialización en Seguros y de la Maestría en Seguros de la Universidad Javeriana y de la Especialización en Seguros y Seguridad Social de la Universidad de La Sabana, Colombia. Tiene cursos de especialización en seguros, responsabilidad civil y derecho procesal civil. Realizó cursos en materia de seguros y reaseguros en el College of Insurance del Charetered Insurance Institute de Londres, Swiss Insurance Training Center de Zúrich y en el College of Bussiness Administration de Georgia State University de Atlanta. Se ha desempeñado como gerente de seguros generales y gerente de reaseguros de Colseguros, vicepresidente técnico de Reaseguradora Hemisférica, gerente general de Guy Carpenter Reinmex Corredores de Reaseguros Ltda. En la actualidad es abogado litigante y consultor privado en Derecho de seguros y Derecho de daños. Se desempeña como árbitro en diferentes centros de arbitraje.

del Estado en procura de los cometidos que estos conllevan, se les denomina derechos de segunda generación, porque aparecieron a raíz de la Revolución Rusa de 1917 y recibieron consagración en la Constitución mexicana de 1917 y en la alemana de 1919²⁰⁶.

Por último, se encuentran los derechos colectivos que protegen los intereses sociales o de grupo o intereses difusos, denominación esta última que algunos atribuyen a la doctrina italiana²⁰⁷. Esta categoría de derechos se han dividido a su vez en derechos de tercera y cuarta generación, por corresponder a momentos históricos posteriores a aquellos en los cuales aparecieron los derechos antes tratados²⁰⁸. Dentro de estos últimos derechos se mencionan: control de calidad de bienes y servicios (artículo 78); derecho a un ambiente sano (artículo 79); manejo y aprovechamiento de los recursos naturales (artículo 80); prohibición de fabricar armas químicas, biológicas y nucleares (artículo 81); protección de los recursos genéticos (artículo 81); protección de la integridad del espacio público (artículo 82).

La existencia de estas diversas categorías de derechos también ha conducido a delinear unos deberes sociales del Estado ante la ocurrencia de hechos de la naturaleza²⁰⁹.

206 Dentro de los derechos sociales se consideran, entre otros: el derecho al trabajo (artículo 17), el derecho de huelga, la asistencia pública (artículo 19), la función social de la propiedad privada (artículo 30), la enseñanza primaria obligatoria (artículo 41), la libertad de asociación (artículo 44), la protección a la familia, (artículo 42), la protección y asistencia a la tercera edad (artículo 46), la seguridad social (artículo 48), la salud y el ambiente sano (artículo 49), el derecho a una vivienda digna (artículo 51), etc.

207 Piscioti Cubillos, Doménico. *Los derechos de tercera generación, los intereses difusos o colectivos y sus medios de protección (acción popular)*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Colección Tesis de Grado, no 8, 2001.

208 Estas últimas categorías de derechos corresponden a un criterio que ha venido delimitándose, es así como la Corte Constitucional en sentencia T- 411 de 1992 expresó: “La concepción jurídica de los derechos ha tenido por siglos su centro de gravedad en la idea de derecho subjetivo esto es, en una facultad o prerrogativa otorgada por el derecho y que responde a la naturaleza misma del hombre. Una de las aplicaciones más problemáticas de las nuevas relaciones impuestas por el Estado social de derecho, tiene que ver con el surgimiento de otro tipo de derechos construidos bajo categorías diferentes de la de los derechos subjetivos. Estos nuevos derechos han sido denominados con términos como derechos difusos o derechos colectivos, términos que ponen de presente la independencia del derecho frente al sujeto. Su existencia plantea serios problemas técnicos al sistema jurídico, que pueden ser resumidos en la dificultad para conciliar su eficacia con los propósitos de seguridad jurídica indispensable en el derecho. Esta dificultad se manifiesta concretamente en la delimitación del concepto de violación y de bien jurídico protegidos”.

209 En sentencia de revisión T-1094 del 5 de diciembre de 2002, con ponencia del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte Constitucional, al referirse a los deberes sociales del

Estado ante víctimas de desastres naturales, formuló las siguientes consideraciones en relación con la distribución de los riesgos sociales entre el Estado, la sociedad y la víctima por el hecho de la naturaleza: “Los seres humanos no están exentos de sufrir daños como consecuencia de la conducta humana o de los hechos de la naturaleza. El derecho interviene en la regulación jurídica de los sistemas de distribución de riesgos sociales. En un Estado social y democrático de derecho el sistema de seguridad social busca cubrir cierto tipo de riesgos previsibles durante la vida de la persona —invalidez, vejez, muerte, etc.— o durante su ejercicio laboral desempleo, despido, incapacidad, etc. Con respecto a los riesgos que se ciernen sobre los bienes, el derecho de una sociedad donde la actividad económica y la iniciativa privada son libres (artículo 333 inc. 1º de la Constitución) no es asumido directamente por el Estado o la sociedad. La autonomía y la responsabilidad individuales dejan los riesgos sobre los bienes, en principio, al mercado de seguros. La persona previsora tenderá a contratar seguros para protegerse de los riesgos por eventuales daños ocasionados, entre otros, por fenómenos naturales como terremotos, incendios, inundaciones, etc. Por el contrario, la persona que confía en evadir dichos riesgos prescindirá de hacer erogaciones para prevenir tales eventualidades. En virtud del principio de subsidiariedad, el Estado no puede simplemente eliminar la autonomía individual mediante la imposición de una obligación de asegurar los bienes particulares, como tampoco tiene la función de asegurar a las personas en su patrimonio contra todo tipo de riesgos. El Estado social de derecho no es un Estado paternalista, dirigista ni totalitario, que deba asumir toda suerte de consecuencias por el hecho de la naturaleza [...] Otro asunto concierne a la interrelación entre los fenómenos naturales, por una parte, y los deberes y responsabilidades del Estado, de la sociedad y de los particulares, por la otra. En este campo sí existen precisos deberes constitucionales cuya observancia debe tenerse de presente en este caso.

[...] Además del deber general de protección (artículo 2º de la Constitución), es un deber específico del Estado la prestación del servicio público de saneamiento ambiental (artículo 49 de la Constitución). También lo es planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, así como prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados (artículo 80 de la Constitución). En especial, el Estado debe promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios con el fin de mejorar el ingreso y la calidad de vida de los campesinos (artículo 64 de la Constitución) y proteger especialmente la producción de alimentos, otorgando prioridad al desarrollo integral de las actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales, así como también a la construcción de obras de infraestructura física y adecuación de tierras (artículo 65 de la Constitución). Solo la ocurrencia de daños antijurídicos causados por la acción u omisión de las autoridades públicas pueden llevar a responsabilizar patrimonialmente al Estado (artículo 90 inc. 1º de la Constitución) [...] Por su parte, la sociedad y los particulares individualmente considerados, tienen deberes sociales frente a hechos de la naturaleza que afectan las vidas de otros, como por ejemplo el de obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas (artículo 95, inc. 3º num 2º de la Constitución). Además, el principio general de solidaridad impide que la sociedad sea indiferente al sufrimiento de las personas o insensible ante la situación de desamparo o de extrema necesidad en que estas se encuentren (artículo 1º de la Constitución)”.

Precisando los deberes sociales del Estado, se expresó así: “[...] la delimitación del deber general de protección del Estado requiere, en principio, de un desarrollo legislativo que concrete su alcance y sus condiciones de exigibilidad. En un Estado democrático de derecho la distribu-

1. Fundamento constitucional de la responsabilidad derivada del impacto ecológico

En la sentencia T-411 del 17 de junio de 1992, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, la Corte Constitucional expresó: “[...] la protección al ambiente no es un ‘amor platónico hacia la madre naturaleza’, sino la respuesta a un problema que de seguirse agravando al ritmo presente, acabaría planteando una auténtica cuestión de vida o muerte: la contaminación de los ríos y mares, la progresiva desaparición de la fauna y la flora, la conversión en irrespirable de la atmósfera de muchas grandes ciudades por la polución, la desaparición de la capa de ozono, el efecto invernadero, el ruido, la deforestación, el aumento de la erosión, el uso de productos químicos, los desechos industriales, la lluvia ácida, los melones nucleares, el empobrecimiento de los bancos genéticos del planeta, etc., son cuestiones tan vitales que merecen una decisión firme y unánime de la población mundial. Al fin y al cabo el patrimonio natural de un país, al igual que ocurre con el histórico-artístico, pertenece a las personas que en él viven, pero también a las generaciones venideras, puesto que estamos en la obligación

ción de cargas y beneficios entre los asociados se realiza primordialmente de conformidad con los parámetros fijados por el legislador, órgano de representación y deliberación política por excelencia. De esta forma se garantiza, así sea en abstracto, que toda persona valga como una y no más que por una, y que en el manejo de recursos públicos escasos y su destinación para satisfacer diferentes y múltiples necesidades sociales todos los interesados puedan participar y reciban la atención debida [...] En materia de víctimas de desastres naturales, los mencionados deberes sociales del Estado se concretan en diversas normas legales. El diferente impacto que los fenómenos naturales pueden tener sobre las personas justifica el tratamiento diferenciado de las medidas a adoptar en estos casos. Aquí basta referirse a la normatividad legal para zonas de desastre, bien sea porque han sido declaradas como tal por las autoridades competentes o porque la regulación del uso del suelo establece reglas pertinentes para el manejo de zonas de alto riesgo [...] En el presente caso, acierta la apoderada de la actora al afirmar que existe un deber del Estado de proteger la vida de sus poderdantes, víctimas de desastre natural que afecta directa y plenamente su vivienda y sus cultivos, único medio para su subsistencia. Se trata de un deber del Estado de rango constitucional, no meramente moral, que a su vez involucra los deberes sociales de los particulares (artículo 2º, inc. 2º), si se tiene en cuenta que será con las contribuciones de éstos destinadas a cubrir los gastos e inversiones del Estado que se financie el apoyo económico solicitado (arts. 2º, inc. 2º y 95, num.9º de la Constitución) [...] Los principios fundamentales y deberes sociales del Estado no llegan, sin embargo, hasta el extremo de anular la autonomía y responsabilidad individuales (arts. 16 y 95 de la Constitución). Sería contrario a los principios de dignidad humana, de trabajo, de solidaridad social y de prevalencia del interés general así como a los deberes ciudadanos, que los infortunios y riesgos de la persona fuesen asumidos íntegramente por el Estado. Esto hace, por ejemplo, que las consecuencias negativas de la conducta negligente, e incluso dolosa, de algunos, se traslade al Estado, y a través de este a toda la sociedad, con la consiguiente anulación de la responsabilidad individual en el manejo de sus propios asuntos. Tal no puede ser, por lo tanto, el alcance de los deberes sociales derivados de las disposiciones constitucionales citadas” (p. 415).

y el desafío de entregar el legado que hemos recibido en condiciones óptimas a nuestros descendientes²¹⁰.

De manera que el fundamento constitucional se encuentra en el artículo 79, cuyo texto es el siguiente:

Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.

Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

E igualmente, el artículo 80 de la Carta, relativo al papel del Estado en la utilización racional de los recursos naturales le impone el deber de: “[...] prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados”.

Se afirma que “La ecología humana como disciplina, se encarga del estudio de las relaciones del hombre con su medio y entorno y el ecosistema del planeta; no solo la relación enunciada, sino la incidencia de factores que el hombre introduce, que apriorísticamente no solo perturban la relación natural, sino que los enfrenta con factores de riesgo de vida”²¹¹.

Colombia es uno de los países más ricos en términos de biodiversidad, entendiéndose por tal la riqueza en especies que tiene uso potencial. Sin embargo, por la carencia de programas educativos y de políticas en estas materias, presenta síntomas preocupantes: deforestación y erosión por formas inadecuadas de explotación del suelo, múltiples especies únicas en su género a punto de desaparecer, 70.000 hectáreas de bosques se talan anualmente, contaminación de suelos y aguas por sustancias tóxicas como quiera que un porcentaje muy elevado de industrias colombianas vierten sus desechos a quebradas y ríos.

210 Se han tenido como fundamento los siguientes documentos: Terradillos Bosoco, Juan. *El delito ecológico*. Madrid: Trotta, 1992; Martín Mateo, Ramón. *La calidad de vida como valor Jurídico. Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría* (vol. II: “De los derechos y deberes fundamentales”). Madrid: Civitas, 1991, p. 1437; Alzaga Villamil, Oscar. *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*. Madrid: Ediciones El Foro, 1978, p. 323. Revistas: *Desarrollo Mundial* (Revista de la Organización de Naciones Unidas), octubre de 1991.

211 Ghersi, Carlos Alberto. *Modernos conceptos de responsabilidad civil*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1995, pp. 110 y 111.

Todo esto ha conducido a la creciente preocupación de diversos sectores por lograr la protección del medio ambiente, consecuente con las tendencias que en el mundo se iniciaron hacia 1966 cuando se fundó el Club de Roma, una entidad que perseguía crear una mayor conciencia sobre el problema ecológico, como quiera que de lo que se trata es de propender por la supervivencia de las especies y no solo del género humano.

Esto condujo a la convocatoria de la Conferencia de Estocolmo por parte de las Naciones Unidas en 1972, que se ocupó del medio ambiente y del desarrollo económico y en la cual se proclamó el derecho del ser humano a vivir en un ambiente de calidad que le permita hacerlo con dignidad y bienestar.

Posteriormente, en 1992 se llevó a cabo la Cumbre de Río de Janeiro, que reiteró que el ser humano tiene derecho a una vida plena y saludable que se desarrolle en armonía con la naturaleza²¹².

En áreas más cercanas, en el año de 1970 en los Estados Unidos de América se aprobó el *National Environmental Policy Act*, donde se mencionan, por primera vez, los estudios de impacto ambiental.

En el caso colombiano, quizás como consecuencia de la Conferencia de Estocolmo, se presenta un despertar de la conciencia ecológica, y por ello, haciendo uso de las facultades que le había conferido la Ley 23 de 1973, mediante el Decreto 2811 de 1974, el Gobierno colombiano expidió el Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y Protección al Medio Ambiente. Codificación que por sí sola, como siempre acontece con las normas jurídicas que no cuentan con la adecuada y suficiente voluntad política y con los recursos económicos necesarios para su implementación, ha sido inane para contener la creciente degradación del ambiente.

212 Es tal el grado de preocupación en todo el mundo por la protección del ambiente, que en el caso del transporte marítimo, la Organización Marítima Internacional ideó el denominado Safety Management Code, que tiene por finalidad velar por unos niveles mínimos de seguridad en la operación de barcos y respecto de la prevención de la polución. Los armadores deberán obtener en un futuro próximo certificaciones que cumplen con las reglamentaciones de dicho código, la cual procederá una vez se inspeccione la embarcación, que deberá de tener una verificación anual y cuya obligatoriedad dependerá del tipo y tonelaje de la respectiva embarcación y es así como las embarcaciones de pasajeros, tanqueros petroleros, químicos, graneleros y naves de carga de alta velocidad y peso superior a quinientas toneladas brutas deberán observarlo a partir del 1º de julio de 1988, el 1º de julio de 2002 deberán cumplirlo las plataformas móviles de perforación de más de quinientas toneladas brutas y las demás embarcaciones de carga, y con posterioridad al 1º de julio del 2003 será extensivo a las embarcaciones con más de 150 toneladas brutas.

Hechas las consideraciones anteriores, es preciso destacar que dentro de este recuento cronológico, con posterioridad a la expedición del Código de Recursos Naturales, esa creciente conciencia ecológica se pone de presente a propósito de la Asamblea Nacional Constituyente que llevó a cabo la reforma de nuestra Carta Política, la cual con previo conocimiento del informe rendido por la subcomisión preparatoria de derechos colectivos y del medio ambiente, incluyó diversos preceptos sobre el tema en la Constitución de 1991.

Vale la pena recordar que en los acuerdos políticos del 2 y del 23 de agosto de 1990, y posteriormente en el decreto 1926 de 1990, dentro de los temas de competencia de la Asamblea se incluyó, entre otros, “[...] La consagración del derecho a disfrutar de un medio ambiente sano y adecuado, así como el deber de conservarlo. El Estado tendrá la obligación de proteger los recursos naturales”²¹³.

Esto explica que sean varios los preceptos constitucionales que se ocupan de la materia.

En efecto, el artículo 8º establece que es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación; el artículo 49 reiteró que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado; el artículo 95 enuncia como deberes de la persona y del ciudadano, entre otros, proteger los recursos naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano; el artículo 366 en materia de finalidad social del Estado y de los servicios públicos, señala entre los objetivos fundamentales del Estado “[...] La solución de las necesidades insatisfechas de salud, educación, de saneamiento ambiental y de agua potable”; el artículo 80 le impone al Estado la obligación de planificar “[...] el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución”.

Respecto de los planes generales de desarrollo, el artículo 339 prevé que en la parte general de éstos, deberán señalarse “[...] Los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el gobierno [...]”. Por su parte, el artículo 334, al conferirle la dirección general de la economía al Estado y la capacidad de intervenir, lo hace “[...] para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”.

213 SÁCHICA, Luis Carlos y Jaime Vidal Perdomo. *La Constituyente de 1991*. Santafé de Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá: 1991, pp. 103,115 y 139.

Por otro lado, el estado de emergencia económica, social o ecológica también patentiza esa mayor preocupación por el medio ambiente, al igual que la función ecológica, aparte de la social, que el artículo 58 reconoce a la propiedad.

Otras disposiciones constitucionales que se ocupan de la materia son el artículo 67 relativo a la educación, el artículo 333 que versa sobre el principio de libertad de empresa y el artículo 267 sobre control fiscal, entre otros.

Algunos estudiosos del tema aseveran que: “el establecimiento de un estado social de derecho presupone no solo el reconocimiento de derechos sociales económicos y colectivos, sino también la creación de mecanismos idóneos que permitan su goce efectivo, es decir, la implementación de condiciones mínimas para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance”.

E igualmente, con bastante acierto, afirman que: “un ambiente sano es prerrequisito indispensable para gozar de los demás derechos inclusive del derecho a la vida, no pueden ejercerse el derecho a la vida o a la propiedad entre otros, si no se dan condiciones elementales de subsistencia como la posibilidad de respirar, beber o alimentarse sin que ello implique un riesgo para la salud, más aún, para la subsistencia de la especie”²¹⁴.

En la doctrina universal se ha discutido si ese derecho a un medio ambiente adecuado puede calificarse como un derecho subjetivo, a lo cual se ha dicho que en esta materia, no se trata en realidad de tutelar una esfera de intereses propios de carácter individual, porque lo que está de por medio son los intereses generales de la comunidad y, por tanto, trasciende ese ámbito propio del derecho subjetivo y se proyecta hacia el ámbito de los derechos fundamentales.

Vale la pena destacar que el artículo 79 de la Constitución Política consagra el derecho colectivo a un medio ambiente sano y cuya protección puede hacerse efectiva a través de los medios instrumentales o procedimentales consagrados en la misma Carta Fundamental y corresponden a las denominadas acciones popu-

214 Rodríguez, Sandra y Naryan Alonso. *Mecanismos jurídicos de la protección ambiental*. Santafé de Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997, pp. 44 y 45.

lares,²¹⁵ a las acciones de grupo²¹⁶, a la acción de cumplimiento²¹⁷ y a la acción de tutela²¹⁸.

Ese derecho de la colectividad se refleja en el criterio de desarrollo sostenible, acogido por la Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo, criterio que define el artículo 3º de la Ley 99 de 1993 en los siguientes términos: “Artículo 3º del Concepto de desarrollo sostenible. Se entiende por desarrollo sostenible el que conduzca al crecimiento económico, a la elevación de la calidad de vida y al bienestar social, sin agotar la base de los recursos naturales renovables en que se sustenta, ni deteriorar el medio ambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarla para la satisfacción de sus necesidades”.

La visión de largo plazo respecto de la protección del medio ambiente, que pretende difundirse mediante la expresión *desarrollo sostenible*, ha venido utilizándose en todo el orbe, a partir del informe “Nuestro Futuro Común” producto de la denominada Comisión Brundtland, creada por el Secretario General de las Naciones Unidas en 1983 y la cual fue presidida por el noruego Gro Harlem

215 De acuerdo con el artículo 2º de la Ley 472 de 1998, las acciones populares son de carácter preventivo y tienen por finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos, como son el patrimonio público, el espacio público y la salubridad pública, al igual que la moral administrativa, la libre competencia y el ambiente, entre otros (artículo 4º), y se ejercen “[...] para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, a restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”.

216 Las acciones de grupo están establecidas para legitimar a las personas perjudicadas por una misma causa (artículo 3º, L.472/98) para que en virtud de las condiciones y dimensión del daño obtengan el reconocimiento y pago de la respectiva indemnización de perjuicios.

217 La acción de cumplimiento, como su nombre lo indica, está prevista para exigir el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo (Ley 393 de 1997) y puede ejercitarse contra la autoridad administrativa a quien corresponda tal cumplimiento o contra los particulares, cuando actúen o deban actuar en ejercicio de funciones públicas, pero no procede respecto de la protección de derechos que puedan ampararse mediante la acción de tutela, como tampoco tienen por objeto el reconocimiento y pago de indemnizaciones.

218 Se ha considerado que el mecanismo procesal idóneo para la protección del ambiente son las acciones populares, sin embargo, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia de la acción de tutela por considerar que el derecho a gozar de un ambiente sano está íntimamente relacionado con los derechos la dignidad humana, a la salud, a la vida o puede afectar los derechos de los niños o de los disminuidos. En la sentencia T-591 del 18 de mayo de 2000, por ejemplo, tuteló los derechos a la vida, a la salud, como también a gozar de un ambiente sano de los habitantes de un sector de una ciudad, por la falta de reparación de una tubería de conducción de aguas negras, y ordenó su reparación. Véase el estudio “La acción de tutela como mecanismo de protección del derecho al ambiente sano”, de la profesora de la Universidad de Los Andes Carolina Domínguez Eorres, *Revista Tutela, Acciones Populares y de Cumplimiento*, tomo V, no 49. Bogotá: Legis, 2004, pp. 217 y ss.

Brudtland. Dicho informe fue rendido en 1987 y ratificado por la Asamblea General de la ONU, también en 1987.

En otras palabras, se enfatiza en esa visión de largo plazo que propenda por un crecimiento económico que no tenga carácter de nocivo, es decir, que haga uso eficiente de los recursos naturales y del medio ambiente, de tal manera que las generaciones futuras no encuentren seriamente comprometida su propia supervivencia. Dicho en otros términos, de lo que se trata es de conjugar los intereses económicos de los empresarios con los superiores de la comunidad, enmarcándolos dentro de ese criterio de desarrollo sostenible.

De acuerdo con dicho criterio, en materia ambiental se impone un tratamiento más de carácter preventivo, por cuanto el resarcimiento o el restablecimiento de las condiciones del medio a aquellas que tenía en el instante inmediatamente anterior al daño, puede ser difícil y en ciertas ocasiones imposible, lo que explica con creces la preocupación porque el desarrollo tecnológico atienda a medidas preventivas en relación con el ambiente.

Ese tratamiento preventivo se justifica porque la misma potestad sancionatoria en esta materia se ve limitada por la carencia de recursos humanos suficientemente capacitados, así como también se presenta una clara restricción en la utilización de los medios tecnológicos, porque se desconoce su existencia o su utilidad, lo que aunado a la escasez de recursos económicos, impide que se puedan surtir procedimientos científicos de comprobación o verificación idóneos ante una lesión o alteración del ambiente; en otras palabras, resultan excesivamente onerosos frente a presupuestos modestos.

Ese papel preventivo que deben orientar las normas en materia ambiental, encuentra también asidero en que al legislador le resulta utópico prever las consecuencias del uso de nuevas tecnologías y, por lo mismo, si se adoptare un esquema puramente sancionatorio, la ley se tornaría desueta, prácticamente, durante el trámite de su expedición, ante la creciente innovación tecnológica que caracteriza los tiempos actuales, propios de la era de la sociedad del conocimiento en que vivimos. Una normatividad con esas pretensiones resultaría inocua para hacer frente a nuevas realidades sociales.

Esas circunstancias están íntimamente relacionadas con el denominado *riesgo de desarrollo*, al que se hace referencia en apartes posteriores de este ensayo, que no es otra cosa que la imposibilidad del hombre de conocer en un determinado momento el efecto dañino y degradante de tecnologías que se estén utilizando y que también sería predicable de las que se usen en un tiempo futuro. Factor que incide en la eficacia de las normativas ambientales y aun convertirlas en una utopía, porque la

escasez o limitación en materia de recursos humanos, tecnológicos y económicos de las autoridades ambientales no les permite satisfacer los ideales y cometidos del legislador.

Sin duda, como mecanismos de carácter preventivo, pero también sancionatorios, cobran papel importante los diversos tipos de responsabilidad (administrativa, civil, fiscal y penal) por la contaminación o deterioro del ambiente y resultan ser medios idóneos para hacer efectivo el derecho, para tutelar los intereses tanto individuales como colectivos, a un medio ambiente sano²¹⁹.

Sin embargo, para determinar los posibles de supuestos de responsabilidad, las causales de justificación y de exclusión de la responsabilidad en esos ámbitos, sería preciso sopesar la protección del ambiente con otros intereses que puedan colisionar con ese cometido y que son trascendentes para la comunidad, como acontecería respecto de la satisfacción de las necesidades colectivas de salud, de educación o de vías de comunicación, pues es evidente que, en últimas, toda obra de infraestructura genera lesión o detrimento al ambiente, pero no por ese hecho resultarían entonces cuestionables.

De manera que la responsabilidad administrativa se traduce en la aplicación de leyes o reglamentos protectores del ambiente por parte de las autoridades respectivas, tendentes a suspender, aminorar, mitigar o restablecer el daño causado. Disposiciones administrativas que también cumplen un papel preventivo, a través de la exigencia de las denominadas licencias ambientales y de los planes de ma-

219 A este respecto resultan pertinentes las reflexiones del jurisconsulto chileno Pablo Rodríguez Grez: “[...] siempre en el área de la responsabilidad extracontractual, creemos indispensable establecer en el futuro la responsabilidad objetiva del Estado en los llamados daños difusos y colectivos. En la ‘era tecnológica’ ha surgido una serie de daños que es imposible atribuirlos a una persona o a un grupo de personas. Se trata más bien de un fenómeno al cual contribuye la casi totalidad de la población y que solo la autoridad administrativa está en posibilidad de evitar. El ejemplo más característico es la contaminación ambiental. Ella es el resultado de erradas políticas públicas que han permitido que se abuse constantemente del espacio atmosférico y los recursos naturales, causando daños importantes a la población. La única forma de evitar que estos daños queden impunes es confiando al Estado dos tareas: establecer una reglamentación adecuada para evitar esta *epidemia moderna*, y formar un fondo que sirva para reparar a las víctimas de este mal. Como decíamos antes, la consigna de que ‘el que contamina paga’ debe ser la base de un fondo social que sirva para encarar esta situación respecto de las personas afectadas. Los daños derivados de la contaminación serán, mañana, equivalentes a otros daños que pueden tener origen en la biotecnología, en la informática, en el desarrollo nuclear, en la ecología, etc. Si en estos campos no existe responsabilidad objetiva, los derechos de los afectados por este tipo de daños serán ilusorios y no pasarán, como ocurre hoy, de constituir una declaración engaños a y falsa” (*Responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 108. El énfasis es nuestro).

nejo ambiental, que se exigen para el desarrollo de ciertas actividades o para la ejecución de ciertas obras.

Por su parte, la responsabilidad fiscal es la que se deriva del ejercicio del denominado control fiscal, definido en el artículo 4º de la Ley 42 de 1993, como la función pública que “[...] vigila la gestión fiscal de la Administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles”. Responsabilidad fiscal que tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culpable de quienes realizan gestión fiscal (artículo 4º, Ley 610 de 2000), es decir, el Estado o los particulares cuando cumplen esa gestión fiscal, que consiste en el manejo de bienes o fondos públicos que se encuentren en el territorio nacional, incluyendo los recursos naturales, respecto de los cuales hubieren asumido su manejo, conservación, resguardo, custodia, etc.²²⁰

En materia de responsabilidad penal, la creación de tipos delictivos respecto de ciertas actividades que causan daño o detrimento a personas individuales o a una colectividad, responde a lo que algún sector de los estudiosos del Derecho penal ha denominado el “efecto simbólico del Derecho penal”, porque al ser conocidos por la comunidad esos nuevos tipos delictivos producen la impresión de que el problema está recibiendo atención por parte del Estado y que, como consecuencia de esos tipos penales, se ha iniciado la lucha contra ciertas conductas que empiezan a revestir las características de verdaderos flagelos sociales, por lo que cumplen también un papel preventivo, al establecer un marco punible para ciertos actos.

A esa tendencia de penalizar conductas que deterioran el ambiente, nuestro legislador no ha sido extraño y, en particular, con relación a la protección al ambiente, en nuestro medio, el Código Penal de 1980, bajo el título VII relativo a los delitos contra el orden económico social, dedico el capítulo segundo a los delitos contra los recursos naturales, tipos penales que se encuentran descritos en los artículos 242 a 247, y en el del año 2000, los artículos 328 a 339. Solución legislativa que ha sido duramente criticada porque en virtud del principio de que las personas jurídicas no delinquen, se estima que resultan afectados los funcionarios que ejecutaron la decisión, pero no la persona jurídica, realmente, causante del daño.

220 Sobre la naturaleza, objetivos y características de la función fiscal la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia SU- 620 de 13 de noviembre de 1996, transcrita en el juicioso estudio de Álvaro Hernando Cardona González, “La responsabilidad fiscal derivada por daño ambiental”. En: *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia e Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2000, pp. 100 y ss.

Sin embargo, la tendencia legislativa en otras latitudes es la de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas y a las entidades gubernamentales que con su acción u omisión permiten inferir daños al ambiente, bajo el entendido que si la actividad que desarrolla el empresario público o privado, persona jurídica, hace parte de los planes de acción o de los programas estratégicos que se definen en los órganos de administración de esa persona jurídica, es preciso sancionar a tal persona jurídica y a las personas físicas que componen los órganos que han determinado la política o acción del empresario que es materia de cuestionamiento. Para los expertos en la materia, en el caso que se consagre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sería preciso adecuar la estructura actual del Derecho penal para que pueda ocuparse de un contexto diferente al de la persona física, crear un esquema punitivo propio para la persona jurídica²²¹.

Sin embargo, esa responsabilidad penal de las personas jurídicas se consagró en la denominada Ley del Seguro Ecológico o Ley 491 de 1999. Respecto del artículo 26 de dicha ley que la consagró de manera expresa, la Corte Constitucional en sentencias C-320 de 1998 y C-674 de 1998, considero que podía imponerse responsabilidad penal a las personas jurídicas; pero posteriormente, declaro su inconstitucionalidad en sentencia C-843 del 27 de octubre de 1999, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero. Esta postura, aparentemente ambigua, fue aclarada en esta última providencia. La Corte expuso que en los pronunciamientos anteriores se había estimado que las personas jurídicas “[...] pueden ser sujetos activos de distintos tipos penales, en particular de aquellos que pueden ocasionar grave perjuicio para la comunidad, o afectar bienes jurídicos con clara protección

221 A propósito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, resultan pertinentes las siguientes reflexiones: “Lo cierto, insistimos, es que un alto porcentaje de delitos contra el orden económico y social, contra el patrimonio, contra el fisco, contra el medio ambiente, se realizan por o a través de una persona jurídica [...] Ante la necesidad político criminal de luchar contra algunas formas de delincuencia en donde la persona jurídica es la que realiza el delito y no sus integrantes; o la persona jurídica es la que posee las características o elementos especiales del tipo, y no la persona natural que actúa materialmente; o los verdaderos autores de los delitos hacen difusa su responsabilidad valiéndose de la empresa o de la diversidad de funciones al interior de esta, en otros países se han edificado tesis, que se adoptan jurisprudencial o legislativamente. Es el caso de la responsabilidad por *comisión por omisión*, según la cual, la acción cometida por la persona jurídica es imputable a quien, pese a tener la posibilidad-deber de evitarla no lo hizo; o de la regla del actuar por otro, que se presenta como una solución de política criminal según la cual, cuando en un tipo penal se exigen algunos elementos que recaen en el caso concreto en una persona jurídica y no en quien actuó a nombre de ella, lo que hace imposible la imputación por atipicidad, es predicable la responsabilidad de la persona natural que actúa como representante, aunque los elementos especiales del tipo no concurran en él sino en su representado, pues hasta él se trasladan” (Sampedro Arrubla, Camilo. “Responsabilidad penal de la persona jurídica por daños al medio ambiente”. En: *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, cit., p. 360).

constitucional, como el medio ambiente”, y agregó que “nada en la Constitución se opone a que la ley prevea, en ciertos casos, formas de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, y puntualizó que la declaratoria de inconstitucionalidad obedecía a la violación del principio de legalidad.

Al explicar los motivos que conducían a la declaratoria de inexequibilidad de la disposición antes citada, la Corte Constitucional se expresó así: “Sin embargo, la promulgación de esos tipos penales debe respetar el principio de legalidad por lo cual, deben aparecer claramente predeterminados las conductas punibles, las sanciones y el procedimiento para imponerlas”. Y concluyó de la siguiente manera: “la inconstitucionalidad de la disposición acusada deriva entonces de la indefinición de esos aspectos, pero no implica ninguna modificación de la doctrina constitucional desarrollada en esas sentencias, pues en nada en la Constitución se opone a que la ley prevea, en ciertos casos, formas de responsabilidad penal de las personas jurídicas”²²².

Respecto de la responsabilidad en materia ambiental, la Corte Constitucional ha manifestado: “la preservación y conservación del ambiente, es una responsabilidad que compromete la acción conjunta del Estado y de los particulares. El desarrollo de una labor productiva, así como la libre iniciativa privada, dentro de un marco de legalidad, no pueden considerarse en términos absolutos, pues visto está que la preservación del ambiente sano, además de ser un deber inalterable e incondicional, es perenne, pues recae sobre algo necesario: ‘la dignidad de la vida humana’”²²³.

1.1. Procedencia de la acción de tutela

El Estado Social de Derecho tiene una dimensión amplia en los ámbitos político, social y económico²²⁴ y tiene como fundamentos el respeto a la vida, a la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general y como fines: servir a la comunidad; promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes; facilitar la participación de todos en las

222 Los estudiosos del Derecho penal destacan que la responsabilidad penal de las personas jurídicas también se encuentra consagrada en el artículo 91 de la Ley 906 de 2004 o Código de Procedimiento Penal, al tipificar la suspensión y cancelación de la personería jurídica y el cierre temporal de locales o establecimientos abiertos al público, como también en el tipo del actuar por otro que está previsto en el inciso 3º, artículo 29 del Código Penal y que permite imputar al representante legal de una persona jurídica, aunque no se cumplan los presupuestos para imputarles responsabilidad.

223 Corte Constitucional, sentencia SU-67/93.

224 Madriñán R., Ramón. *El Estado Social de Derecho*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997.

decisiones que los afecten en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y preservar la vigencia de un orden justo²²⁵.

Es bajo esa concepción de un Estado Social de Derecho que los derechos humanos adquieren un contenido nuevo, pues lo nutren los derechos individuales, al igual que los económicos y sociales, y de ahí por qué, con alguna frecuencia, se haga mención de derechos de distinta generación que este debe tutelar a través de diversos mecanismos previstos en la Constitución y desarrollados por la ley.

Es también en este ámbito donde la actividad del poder judicial adquiere un papel protagónico, pues le compete velar por que los actos de la administración pública se encuadren dentro de esos cauces constitucionales y legales; que el poder legislativo en su quehacer no desborde los mandatos constitucionales y asimismo, debe propender por que el papel de los jueces, contribuya a tutelar, salvaguardar y desarrollar los principios, garantías y derechos que ese Estado Social de Derecho propugna por insertar dentro de la cotidianidad de la convivencia social.

En este sentido, son loables los esfuerzos que ha desplegado la Corte Constitucional para que esa concepción no sea simple teórica, o para utilizar las palabras de ese Tribunal, no sea “[...] una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del estado”²²⁶, y en particular, merece destacarse, como lo hace Juliana Vargas Gómez en el estudio intitulado *Avances en la protección judicial de los postulados del Estado Social de Derecho*, y que versa sobre las consideraciones que contiene la sentencia T-595 de 2002 con ponencia del magistrado Jaime Araújo Rentería, es claro que la tendencia más reciente de la Corte “[...] reconoce que el ámbito social del modelo de Estado consagrado, no reside exclusivamente en los derechos económicos, sociales y culturales, sino que yace en una interconexión entre éstos y los demás derechos constitucionales. Adicionalmente, se establece que todos los derechos constitucionales generan tanto obligaciones negativas como obligaciones positivas o prestacionales en cabeza del Estado. Respecto de estas últimas, la Corte brinda dos aportes significativos para el análisis de la violación de un derecho en su ámbito prestacional o positivo: (i) acepta la posibilidad que se configure una violación de un derecho fundamental a través del incumplimiento de la obligación de diseñar planes de acción para el desarrollo del contenido prestacional del

225 Martínez Caballero, Alejandro. Estado Social de Derecho en la Constitución de 1991”. En: *Hermenéutica jurídica. Homenaje al maestro Darío Echandía*. Bogotá: Universidad del Rosario, 1997, pp. 97 y ss.

226 Sentencia T-406 de junio 5 de 1992, magistrado ponente Ciro Angarita Barón.

derecho, (ii) incluye dentro de los alcances de la acción de tutela la posibilidad de que se ordene la elaboración y ejecución de este tipo de planes”²²⁷.

1.2. Finalidad de la acción de tutela

Dentro de ese cometido de acercar la Constitución a toda persona que se encuentre en el territorio patrio, se instituyó la acción de tutela, en el artículo 86 de la Carta, como un mecanismo adicional de protección del ordenamiento que opera cuando no existen otros medios de defensa judiciales o cuando se requiere un mecanismo expedito y de carácter transitorio para evitar un perjuicio irremediable (Decreto 2591 de 1991).

Aunque no se trata de un sistema alternativo de justicia, ni de un medio para generar una instancia adicional en los procesos jurisdiccionales, la acción de tutela procede aun contra providencias judiciales que pongan término a un proceso y vulneren o amenacen un derecho fundamental²²⁸.

En la acción de tutela de lo que se trata es que la rama jurisdiccional determine ante un caso concreto, si una entidad pública o particular²²⁹ que presta un servicio público amenaza o vulnera²³⁰, por acción o por omisión, un derecho fundamental y no existiendo otro medio judicial de defensa, a menos que se pretenda que cumpla la función de un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y, en consecuencia, procede para la protección de los derechos constitucionales fundamentales siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa “salvo que aquella se utilice como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”; mecanismo constitucional que fue desarrollado por el Decreto 2591 de 1991 y que la Corte Constitucional ha entendido que también persigue “la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando sobre ellos se cierna una amenaza o peligro inminente de violación, o que respecto de ellos se esté

227 *Revista Tutela y Acciones Populares y de Cumplimiento* (tomo II, no 36). Bogotá: Legis, 2002, pp. 2522 y ss.

228 Este supuesto se conoce como la existencia de una vía de hecho. Entre otras providencias, pueden consultarse las sentencias T-79 del 29 de febrero de 1993, T-336 de 1993 y T-572 de 1994.

229 Sobre la procedencia de la acción de tutela contra particulares, véanse el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 y, entre otros fallos, las sentencias T-611 de 2001 y T-905 del 24 de octubre de 2002.

230 Sobre lo que la jurisprudencia constitucional ha llamado “el hecho superado”, véanse las sentencias T-781 de 2002 y T-905 de 2002.

causando un daño actual” (T-077-98, marzo 10, magistrado ponente Hernando Herrera Vergara)²³¹.

1.3. La tutela y el derecho a un ambiente sano

Con respecto a la procedencia de la acción de tutela por amenaza o vulneración del derecho a un ambiente sano, es necesario precisar que este corresponde a un derecho de tercera generación y por lo tanto, para que esta tenga cabida es necesario acreditar que la violación a tal derecho conlleva la amenaza o violación por conexidad de un derecho fundamental, como la vida, la salud o el mínimo vital.

Esta ha sido la postura de la jurisprudencia constitucional desde la sentencia T-422 de 1994 (magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo) que ha exigido la demostración del nexo causal entre la afectación ambiental y el derecho fundamental que se estima vulnerado. En realidad, se ha dicho que la tutela no procede para la protección de los derechos colectivos o difusos, pues para ellos fueron instituidas las acciones populares previstas en el artículo 88 de la Carta (sentencias T-229/93, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz y T-500/94).

De manera que respecto de la vulneración al derecho a un ambiente sano, se ha aceptado que la acción de tutela puede tener cabida cuando se lesionen también derechos fundamentales de acuerdo con las pautas establecidas en la jurisprudencia constitucional y de acuerdo con los criterios de ponderación que el

231 Con respecto a la efectividad de la acción de tutela, merecen destacarse estas apreciaciones: “En la mayoría de los casos las instancias judiciales deniegan la protección al derecho a la salud y a la seguridad social por considerarlos derechos prestacionales, aun cuando se encuentren en conexión con otros derechos fundamentales. Los argumentos más utilizados para dicha negación se fundamenta principalmente en los siguientes puntos:

1. La falta de pruebas que acreditan la necesidad del servicio a la salud.
2. Actuación de la entidad demandada conforme a los preceptos legales.
3. La no vulneración de derechos fundamentales del actor.
4. La vulneración por parte del ente demandado no pone en peligro la vida del actor.
5. La procedencia de otro medio de defensa judicial.
6. La falta de requisitos legales por parte del accionante, para el acceso al régimen especial de seguridad social.
7. La falta de prueba de un perjuicio irremediable”.

Aspectos que evidentemente obedecen a “[...] la tradición legalista que opera en el sistema jurídico colombiano, que se manifiesta de manera clara en la justicia ordinaria, al que le cuesta desligarse de los preceptos legales para reconocer la prevalencia de los derechos subjetivos de rango constitucional” (Romero, Sandra. “La jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el derecho a la seguridad social en salud en el Estado social de Derecho”. *Revista Tutela, Acciones Populares y de Cumplimiento* (tomo II, no 34). Bogotá: Legis 2002, p. 2172).

juez debe tener en cuenta (T-1451/00, magistrado ponente María Victoria Sáchica Méndez).

Esos requisitos exigen:

- a. Que exista conexidad entre la vulneración del derecho colectivo y la violación o amenaza de un derecho fundamental y de tal forma que el daño o la amenaza sea consecuencia directa o inmediata de la perturbación del derecho colectivo.
- b. El peticionario debe ser la persona directa o realmente afectada en su derecho fundamental, dada la naturaleza subjetiva de la acción de tutela.
- c. La vulneración o amenaza no puede ser hipotéticas sino que deben estar debidamente acreditadas en el expediente.
- d. La orden judicial debe pretender el restablecimiento del derecho fundamental afectado y no del derecho colectivo en sí mismo, aunque con su protección resulte consecuentemente protegido un derecho de esa naturaleza.
- e. Que la acción popular, aparezca demostrado en el expediente que no resulta idónea en el caso específico para amparar el derecho fundamental vulnerado en conexidad con el derecho colectivo.

Tales requisitos han sido establecidos por las sentencias T-1451 de 2000, magistrado ponente María Victoria Sáchica Méndez y SU-1116 de 2001, magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynett.

En cuanto a la procedencia de la acción popular, y no de la acción de tutela, en la sentencia T-966, de 8 de noviembre de 2002, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte consideró que ante una solicitud de una persona que alegaba afectación de su sistema respiratorio por las quemaduras de un molino localizado en cercanías de su residencia, existían en el municipio otros molinos que cumplían la misma actividad y por esa razón la contaminación no era atribuible de forma exclusiva por el molino contra quien se solicitaba el amparo. De otra manera, estimó que lo solicitado por el actor requería una actividad probatoria compleja respecto de los hechos relativos al daño ambiental y su impacto en la comunidad, lo cual era objeto de la acción popular²³².

232 En desarrollo de este último argumento, la Corte expuso lo siguiente, que la llevó a concluir que existe un medio judicial alternativo que resultaba adecuado, como lo era la acción popular, y por lo tanto, la acción de tutela era improcedente porque requería acreditar la relación de causalidad entre la quema realizada por el molino y la afección respiratoria del tutelante, que el daño alegado provenía exclusivamente por el molino. y añadió: “[...] si todo ello fuera demostrado con certeza por sí mediante indicios suficientes para que, ante la incertidumbre, se pudiera aplicar

Por último, respecto de las características de la acción de tutela de ser un medio transitorio para evitar un perjuicio irremediable, apoyándose a la sentencia SU-879 de 2000, magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa, en esa ocasión la Corte destacó los requisitos que es preciso satisfacer, de la siguiente forma: “La Corte Constitucional ha señalado de manera reiterada que para que la acción de tutela sea procedente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable es necesario que (i) dicho perjuicio sea inminente, es decir, que no consista en una mera expectativa sino en una amenaza cierta de que algo va a suceder porque obedece a ‘la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que por oportunamente se contenga el proceso iniciado’; (ii) que ‘las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable [sean urgentes], es decir, que proporcionen una ‘respuesta proporcionada en la prontitud’; (iii) que se trate de un perjuicio grave, ‘lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona’, para lo cual es necesario consultar la importancia que concede el ordenamiento jurídico al bien que se busca proteger; y (iv) que la acción de tutela sea impostergable, es decir, tiene que ser necesaria para restablecer el orden social justo en toda su integridad pues ‘si hay postergabilidad de la acción, este corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna’”.

1.4. El derecho a un ambiente sano como derecho fundamental

En la sentencia T-411 de 17 de junio de 1992, antes citada, la Corte Constitucional consideró el derecho a un ambiente sano como un derecho fundamental, con base en las siguientes consideraciones: “[...] la Constitución de 1.991, a diferencia de la de 1886, no solo señala al poder público el límite de lo permitido, sino que le impone el deber positivo de garantizar la creación de un orden político, económico y social justo, como explícitamente se determina en el preámbulo y en el artículo 2°.

el principio de precaución no solo en cuanto al impacto ambiental sino en cuanto la afectación específica e individualizada de la salud del actor, habría que determinar un remedio adecuado. Este puede ir desde la prohibición inmediata y permanente de la quema de cascarilla de arroz hasta una decisión económica tal como el pago de una indemnización al actor, pasando por la orden de que se revisen los planes relativos a esta actividad empresarial y por la determinación de que se efectúen ajustes técnicos en el proceso de quema para impedir o controlar el daño que ocasione. Al definir el remedio habría que precisar si este debe tener un alcance general respecto de todos los potenciales afectados o debe beneficiar exclusivamente al actor de la presente acción [...] Todos estos asuntos, se repite, rebasan el ámbito de la acción de tutela y pueden ser planteados y decididos mediante una acción popular”.

La Constitución se transforma pues en un programa. El legislador no es un instrumento de una acción política libre dentro de unos límites negativos que la Constitución impone, sino que él desarrolla el programa que la Constitución contiene. La Constitución es el programa de lo que el Estado debe hacer, aquí y ahora, para crear condiciones sociales más justas y libres, o sea, lo que llama Schneider, el ‘Mito Concreto’²³³.

En esta providencia, aseveró que “de una lectura sistemática, axiológica y finalista surge el concepto de *Constitución Ecológica*”, oportunidad en la que citó 34 disposiciones. Criterio que nuevamente se vio reiterado en la sentencia C-595/10, magistrado ponente Jorge Iván Palacio.

En sentencia T- 703/98, magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell, esa Corporación precisó que “El derecho al medio ambiente sano, surge al interior de la Carta Política no como un derecho de carácter fundamental, sino de alcance colectivo, razón por la cual la tutela aparece como el mecanismo idóneo para lograr su protección, solo en los eventos en que a consecuencia de su alteración o destrucción se pongan en peligro o se violen derechos que sí ostenta el carácter de fundamentales. De esta manera, hasta tanto no se encuentre probado el nexo causal entre la afectación del medio ambiente y la violación de algún derecho constitucional fundamental, la protección tutelar no es procedente”.

Hoy en día, el derecho a un ambiente sano es un derecho colectivo y un derecho fundamental por conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la salud (sentencia T- 231/93) o el derecho a la intimidad. En relación con este último, la Corte estima que debe concederse el amparo cuando se acredita que “los olores nauseabundos perturban no solo la tranquilidad personal y familiar, sino que penetran la salud de quienes los padecen, al punto de afectar igualmente sus vidas” como se expresó en la sentencias T-219 de 1994, T-503 de 1997, T-214 de 1998, T-238 de 1998.

2. Lineamientos generales de la responsabilidad civil

2.1. Fundamento de la responsabilidad civil

La base de la responsabilidad civil se ubica en el proceder humano, ya se trate de acciones u omisiones, o de la realización de actividades que conllevan riesgo y que genéricamente la doctrina denomina como peligrosas, y en virtud del cual se infiere daño a otro y que conlleva para su autor o autores la obligación de reparar los

233 Schneider, Hans Peter. *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 21.

perjuicios ocasionados. Dicha obligación de resarcir emana del incumplimiento de un deber jurídico, consistente en que se contraviene la obligación genérica de proceder sin causar daño a otro.

Dicha responsabilidad puede ser objetiva o subjetiva dependiendo si se atiende tan solo al daño y su extensión o si se analiza la relación de causalidad entre el proceder erróneo (dolo o culpa del causante del daño) y el resultado dañoso. Hoy en día en el campo de la responsabilidad civil cohabitan ambos sistemas, como quiera que la finalidad resarcitoria de la institución lo que persigue es mantener indemne a la víctima.

Si en el menoscabo o detrimento media un vínculo jurídico, se hablará de responsabilidad contractual, y de responsabilidad extracontractual si dicho vínculo negocial no se presenta.

Algunos sectores de la doctrina aseveran que la responsabilidad contractual tiene carácter sustitutivo o supletorio, en el sentido de que la prestación originaria se torna en la obligación indemnizatoria y cuya satisfacción puede surtirse en especie, ejecutando la obligación original más la mora, o por su equivalente, mediante la indemnización compensatoria más la mora.

La responsabilidad contractual frente a obligaciones de dar, surge desde el mismo instante en que el deudor incurre en mora entendido como retardo culpable del deudor (artículo 1615 C.C.), mientras que tratándose de obligación de hacer, desde el momento mismo de la contravención. De acuerdo con el artículo 1608 C.C., la mora es automática cuando la obligación contiene plazo, en caso contrario, se configura mediante reconvención judicial al momento de incoarse la demanda.

En materia de perjuicios indemnizables existen igualmente diferencias entre una y otra responsabilidad. En efecto, en la responsabilidad contractual, si media culpa deben cubrirse los perjuicios previsibles y, de existir dolo, los previsibles y los imprevisibles. En el caso de la responsabilidad extracontractual se deben unos y otros.

La graduación de la culpa es otra de las notas distintivas de la responsabilidad contractual, la cual se surte dependiendo del grado de beneficio que se deriva del acto o contrato. Se responderá de la culpa grave, si la utilidad la obtiene solo el acreedor; leve, si el beneficio es recíproco para las partes; y levísima, si la utilidad es solo para el deudor²³⁴. Respecto de la responsabilidad extracontractual, la culpa es un criterio unívoco en cuanto que no admite gradaciones.

234 El patrón de referencia que consagra el artículo 63 del Código Civil es el de la persona descuidada en sus propios negocios respecto de la culpa grave: el buen hombre de negocios en la leve y la persona esmerada en sus propios negocios en la levísima.

En lo que toca con la carga de la prueba, en la responsabilidad contractual, de acuerdo con el inciso 3° del artículo 1604, la prueba de la diligencia incumbe a quien ha debido emplearla y el caso fortuito a quien lo alega.

Tratándose de responsabilidad extracontractual “[...] la Jurisprudencia nacional estima que se da el sistema de culpa probada en los eventos de responsabilidad por el hecho personal (artículo 2341 C.C.) en tanto que en los dos restantes, responsabilidad por el hecho de otro (artículos 2347, 2348, 2349 y 2350), responsabilidad por el hecho de las cosas (artículos 2350, 2351, 2353, 2354, 2355 y 2356) existe una presunción de culpa, in eligendo o in vigilando, en el caso de la indirecta, que se puede desvirtuar mediante la prueba de la simple diligencia según el inciso último del artículo 2347, y por efecto, de la guarda en los supuestos dañosos en que interviene una cosa, y cuya manera de desvirtuarse por regla general es por el factor extraño”²³⁵.

2.2. Desarrollo de la responsabilidad civil

Como lo ha destacado la doctrina, es difícil imaginar una actividad en la cual el hombre para ejecutarla no se valga de medios materiales, de bienes y cosas y no por ese hecho habría que considerarla como peligrosa. Acontece que a través del uso de máquinas o equipos se crean riesgos, aunque la actividad humana se realice con pericia, prudencia y de forma diligente. Estos pueden resultar nocivos o dañinos, cuando la ciencia les reconoce su efecto depredador en la medida en que avanza en sus investigaciones y comprobaciones, como tampoco es extraño que el uso de un bien o el ejercicio de una actividad se considere en la hora actual como inofensivo y al cabo de algún tiempo se le repunte como letal (riesgo de desarrollo). Esto demuestra que el criterio de peligrosidad no solo puede resultar restringido, sino también estrecho y relativo.

Esta evolución que ha conducido a la aparición de sinnúmero de riesgos, ha traído consigo una tendencia hacia la colectivización de los daños, que tiene sus principales manifestaciones en los sistemas de seguridad social, en el desarrollo del seguro de la responsabilidad civil y, en general, de los seguros privados y, más recientemente, en los fondos de compensación o de garantía que se han establecido para las víctimas de accidentes de tránsito, de atentados terroristas, de desastres de la naturaleza, entre otros, como medio para garantizar el resarcimiento del daño, cuando no es posible identificar al autor del daño o este resulta insolvente.

235 Santos Ballesteros, Jorge. *Régimen general de la responsabilidad de directores y administradores*. Ponencia presentada en el XXI Encuentro Nacional de Acoldece, septiembre de 1998. Editora Guadalupe, pp. 194 y 195.

Pero, la responsabilidad civil no necesariamente se deriva de una acción o una omisión en que se incurre con el propósito de causar intencionalmente un daño, sino que también puede obedecer a imprudencia o negligencia del autor del daño y, más recientemente, a la responsabilidad también se le reconoce, en circunstancias en que no existe falta de parte de quien lo ocasiona, pero el detrimento se produce, como consecuencia del riesgo que crea su actividad o del mayor peligro que representa para los demás miembros del conglomerado social.

De esta forma, la panorámica de la responsabilidad resulta bastante amplia, como quiera que una persona puede ver comprometida su responsabilidad por sus actos propios o por razón de las cosas de su propiedad o bajo su guarda, o por razón de los actos o hechos de sus empleados, dependientes o personas que se encuentren bajo su tutela.

Como los desarrollos de la responsabilidad civil ponen de manifiesto riesgos que gravitan en la actividad de las personas y de los empresarios, es por ello que cobra relevancia el papel que desempeñan en esa labor de reparación de daños tanto las compañías de seguros como el sistema de seguridad social, como mecanismos propios de esta y para que la reparación de los daños efectivamente se alcance.

Como lo aseveran algunos autores, la causación de los daños y su reparación tienen íntima relación con la paz pública.

2.3. Los caracteres actuales de la responsabilidad civil

Como la vida humana, en pos de la búsqueda del equilibrio, se debate en posturas extremas, lo propio acontece en el campo del Derecho respecto de los lineamientos que en la hora actual prevalecen en el ámbito propio de esta.

El aumento de la litigiosidad, producto de la multiplicación de los daños y del mayor desarrollo de la responsabilidad civil como clara respuesta a los hechos que a diario se viven en la vida de interrelación, ha conducido a que algunos sectores manifiesten su preocupación, en el sentido de que la protección de las víctimas basada en el principio que “todo daño debe ser resarcido”, amerita atemperarse para que no genere un efecto funesto en la actividad humana y, particularmente, pueda erigirse en un obstáculo para la investigación científica y tecnológica y, en consecuencia, desestime la inversión en nuevas áreas de desarrollo para la actividad económica.

Esta postura ha motivado el surgimiento de nuevas tendencias en la aplicación del Derecho, como acontece con la llamada escuela de Chicago, que propugna por la

interpretación económica del Derecho²³⁶. Y que en el campo de la responsabilidad civil extracontractual propugna que en el régimen de atribución de la responsabilidad (ya sea objetivo o subjetivo), se evalúen los costos relativos a los daños causados, los costos de precaución y el nivel de actividad de los agentes económicos; o bien, con las tendencias que claman porque en la determinación del daño resarcible no se haga tabla rasa de los patrimonios involucrados, de tal forma que ante el propósito de satisfacer la reparación integral del daño, no termine el agente causante del mismo convertido en nueva víctima y que también justifican la elaboración de tablas o guías en materia de valoración del daño corporal, para moderar los elementos que inciden en su cuantificación y así se permita que continúen siendo asegurables²³⁷.

Como contrapeso a estas opiniones, de suyo elaboradas con un cometido loable y que no carecen de sentido, se manifiesta una realidad indiscutible: el desarrollo de la ciencia y de la tecnología tiende a desbordar los cauces de antaño delineados en el ordenamiento jurídico y, entre ellos, la culpa, la falta de diligencia y cuidado en la conducta humana, como razón de ser y sustento único de la responsabilidad, se torna estrecho e insuficiente, porque es evidente que esas actividades, que se cimentan en el desarrollo de la técnica, generan riesgos en el conglomerado social y es en ocasiones difícil delimitar lo que constituye un riesgo permitido en aras del desarrollo económico, de aquellos que exceden esa justificación y que, por contra, agravan la exposición de quienes deban verse en contacto con lo que pudiera considerarse como una situación normal de riesgo.

Ante estas circunstancias, el Derecho no puede y no ha sido indiferente y es así como en el moderno Derecho de daños se pretende dar prevalencia a criterios tales como: la existencia del daño y el estado de la técnica y de la ciencia (*lex artis*) al momento de su producción, como pautas esclarecedoras que habilitan para evaluar la injusticia del daño para quien lo sufre y la eventual necesidad de reparación en cabeza de quien lo irroga.

Esto explica la importancia y el desarrollo reciente de la responsabilidad profesional, que enfatiza en una diligencia especial, como también la relevancia de identificar el riesgo productor del daño para examinar si quien lo generó lo hizo en curso de una actividad de la cual derivó lucro y, por ende, habrá de soportarlo: de

236 Coloma, Germán. *Análisis económico del derecho privado y regulatorio*. Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2001, pp. 147 y ss.

237 Ordoqui Castilla, Gustavo. "Pautas y limitaciones en la evaluación del daño a la persona". *Revista de Derecho de la Integración y Unificación del Derecho en Europa y América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 205 y ss.

esta manera, se sobrepasa la exigencia de mera observancia de las disposiciones reglamentarias propias de la actividad humana involucrada, porque se privilegia el deber de reparar a pesar del cumplimiento de estas.

De esta manera, la sociedad de riesgos en que vivimos, donde es incesante el desarrollo tecnológico en que está inmersa la cotidianidad de la vida humana, encuentra una respuesta en el Derecho, a través del instituto de la responsabilidad civil y con la doble función que hoy proyecta: preventiva y reparadora.

Pero, como en la praxis, también son innumerables las dificultades que se presentan para la comprobación o la prueba del nexo causal: “[...] se observan ya algunas significativas reacciones para superarla: unas se registran en los propios tribunales, desplazando en algunos casos la carga de la prueba o relajando los rigores probatorios para dar entrada a la prueba indiciaria; otras reacciones se producen por vía legislativa, tipificando conductas de peligro —que eximen de la prueba de la producción de un daño— o estableciendo presunciones legales que tendrá que destruir en su caso el sujeto que se presume causante”²³⁸, y por supuesto, dentro de esta óptica no puede olvidarse la aplicación que se ha hecho en los estrados judiciales de la teoría de la carga dinámica de la prueba²³⁹, según la cual la prueba debe aportarla quien se encuentra en mejor posición para ello por su mayores conocimientos técnicos y, por ende, en capacidad de producirla, y en los últimos años, la aplicación de la teoría de las probabilidades como mecanismo idóneo para acreditar y constatar el nexo causal²⁴⁰.

Reacciones todas ellas que vienen a renovar, ante las circunstancias sociales de los tiempos que corren, el principio de *neminem ladere*, de tal forma que no solo exige a toda persona evitar incurrir en un error de conducta, sino que ese proceder no cause un daño a otro y, claro está, que quien lo sufra no esté en la obligación de soportarlo.

2.4. Los elementos de la responsabilidad civil

Para que pueda hablarse de responsabilidad civil es necesario que exista un daño, la relación de causalidad entre ese daño y la actividad de la persona a quien se le imputa.

238 Esteve Pardo. Op. cit., p. 192.

239 Lopez Miro, Horacio. Probar o sucumbir. *Los tres grados del convencimiento judicial y la regla procesal del onus probandi*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1998, p. 360.

240 Taruffo, Michele. *La prueba de los hechos* (Jordi Ferrer Beltrán, trad.). Madrid: Editorial Trotta, 2002, pp. 237 y ss.

En ese orden de ideas, el daño es el punto de partida y elemento esencial de la responsabilidad civil, entendido como un detrimento causado a una persona sin que exista un fundamento jurídico que lo obligue a soportarlo. 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 del desarrollo de una actividad legítima y ese solo hecho no legitima 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 dependerán 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 a su supuesto autor, porque carece del elemento de imputación, en razón de 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) y que, por ese mismo carácter, no es predicable de la actuación de dicho agente.

Quien pretende el 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 se debe demostrar su existencia y la cuantía del mismo y tradicionalmente se ha señalado que para que el daño reclamado pueda ser indemnizado debe cumplir con algunos requisitos, a saber: debe ser personal, cierto y directo.

Es personal si ha sido sufrido por quien lo reclama (*legitimatío ad causam por activa*), y en el caso colombiano tiene la exigencia de demostrar que se trataba de una situación jurídicamente protegida y que ha venido entendiéndose como la necesidad de comprobar que el perjuicio personal se deriva del hecho ilícito de su autor, pero que impide que la reparación del daño proceda cuando se trata de lesiones a intereses producto de una actividad ilegal.

Es cierto, si efectivamente se ha producido o aparece 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 este instante ha agotado sus efectos, como sucedería con los gastos para restablecer la salud, las erogaciones ocasionadas entre el momento del daño y el inicio de la asistencia médica u hospitalaria, gastos incurridos de forma extraordinaria para evitar el cierre del establecimiento o negocio, pérdida de bienes materiales, etc.

En contraposición, es daño no consolidado aquel que aún no ha cobrado entidad pero que en el futuro es muy factible que se materialice. Dentro de este concepto

en el campo de la responsabilidad del Estado se ha venido esgrimiendo la “teoría de la pérdida de una oportunidad” y que tiene que ver con las posibilidades de desarrollo de la víctima dadas sus ejecutorias previas y su perfil profesional o económico.

En el daño no consolidado se va a discutir la proyección a futuro de la conducta dañosa y por ello, para cuantificar el daño alegado por un cónyuge por la desaparición del otro se tiene en cuenta la vida probable de aquel que tenía mayores posibilidades de fallecer primero, con abstracción del accidente y que el perjuicio sea real como consecuencia de la dependencia económica del cónyuge reclamante respecto del desaparecido.

Un segundo elemento de la responsabilidad civil lo constituye la imputación del daño, que significa la atribución jurídica del daño a una persona por haberlo causado directamente o por el hecho de permitir que ocurriera y, en este sentido, la imputación se refiere a la relación de causalidad, al nexo de causa a efecto entre la acción u omisión y el daño, lo cual en el estado actual de la técnica resulta en ocasiones muy difícil acreditarlo y, por contera, determinar también el responsable. De todas maneras, si hay concurrencia de personas, ya sea en la acción o en la omisión, se aplica el principio de solidaridad que prevé el artículo 2344 C.C.

Relación de causalidad que se configura entre dos hechos, cuando uno de ellos sobreviene como consecuencia del otro, es decir, uno de ellos es efecto o resultado del otro. El problema se torna más complejo, cuando un hecho es consecuencia de una pluralidad de causas; ante este escenario, la doctrina ha desplegado esfuerzos para buscar una solución que resulte satisfactoria para esclarecer cuál de esas causas sobrevenientes tuvo la virtud de producir el daño o, si por el contrario, debe estimarse que obedece a todas ellas.

Además del daño, la relación de causalidad entre el daño y el proceder del agente a quien se le imputa, es preciso que ese daño no deba ser sufrido por la víctima, porque no lo legitima el ordenamiento jurídico.

En otras palabras, a quien se le impute el daño puede acreditar que este obedeció a una causa extraña; criterio dentro del cual quedan comprendidos: la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho de un tercero y el hecho o culpa exclusiva de la víctima.

3. Elementos de la responsabilidad por daño ecológico

Uno de los aspectos que presenta la mayor complejidad es precisar el contenido del daño ambiental. *A priori*, podría definirse como cualquier detrimento al ambiente.

En ese orden de ideas, es pertinente destacar que el artículo 2º de la Ley 23 de 1973 estableció que: “Para efectos de esta ley, se entenderá que el medio ambiente está constituido por la atmósfera y los recursos naturales renovables”. Por su parte, el artículo 3º del Decreto 2811 de 1974 al establecer su marco regulatorio y en especial al precisar lo relativo al manejo de los recursos naturales renovables, consignó la siguiente enumeración:

1. La atmósfera y el espacio aéreo nacional.
2. Las aguas en cualquiera de sus estados.
3. La tierra, el suelo y el subsuelo.
4. La flora.
5. La fauna.
6. Las fuentes primarias de energía no agotables.
7. Las pendientes topográficas con potencial energético.
8. Los recursos geotérmicos.
9. Los recursos biológicos de las aguas y del suelo y el subsuelo del mar territorial y de la zona económica de dominio continental o insular de la República.
10. Los recursos del paisaje.

En el mismo precepto se enuncia que el Código también regula: “Los demás elementos y factores que conforman el ambiente o influyen en él, denominados en este Código elementos ambientales, como:

1. Los residuos, basuras, desechos y desperdicios.
2. El ruido.
3. Las condiciones de vida resultantes de asentamiento humano urbano o rural.

Los bienes producidos por el hombre, o cuya producción sea inducida o cultivada por él, en cuanto incidan o puedan incidir sensiblemente en el deterioro ambiental”.

De otra parte, el artículo 4º del mismo cuerpo normativo dispuso: “se entiende por contaminación la alteración del medio ambiente por sustancias o forma de energía puestas allí por la actividad humana o de la naturaleza, en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir con el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna, degradar la calidad del medio ambiente o afectar los recursos de la Nación o de particulares”.

En consecuencia, el daño ambiental consistirá en el detrimento que ocasiona la alteración del ambiente y de los recursos naturales renovables y lo cual se valida

con el criterio que trae el artículo 42 de la Ley 99 de 1993 cuando al ocuparse de la determinación de las denominadas tasas retributivas y compensatorias, hace referencia a los daños sociales y ambientales. Criterio que tendría cabida respecto de la alteración del ambiente en cuanto lesiona un interés colectivo, el interés del conglomerado social, pero no considera el detrimento de tipo individual, la lesión en el patrimonio de una persona como consecuencia de tal alteración; este planteamiento permite diferenciar entre el denominado daño ambiental puro que lesiona el interés de la comunidad y el daño ambiental individual que se produce como consecuencia de aquel y que se materializa en la esfera de una persona o personas determinadas.

4. La contaminación ambiental como responsabilidad objetiva

La nota predominante de algunos sistemas de responsabilidad ambiental es que son de carácter mixto, es decir, de carácter subjetivo, pero con caracteres propios de la responsabilidad objetiva respecto de contaminación por desechos o sustancias peligrosas. Sin embargo, la tendencia que predominante es el de otorgar carácter objetivo a este tipo de responsabilidad.

Ese postulado de responsabilidad objetiva se expresa con el principio “quien contamina, paga” el cual se encuentra consagrado el artículo 16 de la ley 23 de 1973 y proviene del Tratado de la Unión Europea o Tratado de Maastricht (artículo 130). Principio que algunos doctrinantes abogan por que se exprese de una manera más precisa y para ese efecto, proponen que se exprese como “quien deteriora, responde y restaura”.

En el caso colombiano, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de abril de 1976, sentó el primer precedente en materia de responsabilidad civil por daño ambiental, a propósito de un caso de contaminación atmosférica y desde aquella época arguyó que aun tratándose de una actividad de explotación económica de carácter lícito, es decir, aún bajo el supuesto de estricta observancia de disposiciones reglamentarias de la respectiva actividad, era factible que se ocasionaran daños a terceros y éstos tendrían derecho a ser indemnizados, salvo que se acredite fuerza mayor, caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima, o el hecho de un tercero. Esto lleva a considerar que se trata de un esquema de responsabilidad objetiva y no de presunción de culpa del autor del daño, pues al presunto responsable no le basta demostrar que actuó de manera prudente y diligente, sino que debe pretender el rompimiento del nexo causal con la demostración de la presencia determinante de una causa extraña.

En un interesante estudio intitulado *Responsabilidad ambiental: Nuevo paradigma del Derecho para el siglo XXI*, se lee lo siguiente: “El paradigma de la responsabilidad civil y ambiental contemporánea es la reparación plena del daño. Para que este supuesto se cumpla, surgen nuevas exigencias, antes impensables desde el derecho tradicional. Uno de estos avances, es la consideración de la obligación de reparación por actos lícitos. Se estima que no solamente existen daños injustamente causados, sino, injustamente sufridos”²⁴¹.

La perspectiva futura en el campo de la responsabilidad civil ambiental es que esta, de manera aún más universal, se considere de carácter objetivo, de tal forma que el análisis de las circunstancias que puedan dar lugar a ella, se concentre en el contenido y extensión de los perjuicios sufridos por la víctima, haciendo abstracción de la conducta del agente. Se estima que es el mecanismo más adecuado para garantizar una verdadera protección al medio ambiente.

La responsabilidad civil por contaminación ambiental presenta entonces unos matices evolutivos encaminados a la reparación integral del daño y a ello responde que los esquemas de responsabilidad fundados en la culpa, casi uniformemente, se consideran inadecuados. Esto da paso a la responsabilidad objetiva, según la cual “no hay responsabilidad sin daño” y que cobija muy nítidamente la expresión “Quien contamina, paga” y en donde el nexo causal entre la acción y el daño tan solo se rompe por intervención de una causa extraña, como quiera que bajo un esquema de este tipo, no bastaría acreditar la debida prudencia y diligencia por el causante del daño para exonerarse de responsabilidad, sino que tendrá que demostrar la intervención de una causa extraña.

Esta evolución en el tratamiento de la responsabilidad ambiental no ha sido pacífica y los defensores de la denominada tendencia objetivadora esgrimen que el desarrollo tecnológico e industrial ha producido un aumento en el número de riesgos que gravitan sobre la actividad humana.

En sustento de su postura, se apoyan en el denominado *riesgo de empresa*, una variación moderna de la teoría del riesgo creado, y con la cual se pretende significar que quienes derivan beneficio del desarrollo de una actividad económica que presente notas particulares de azarosidad, deben responder por los perjuicios que ocasionen y lo cual conlleva implícitamente una exigencia mayor de diligencia y prudencia. Se parte de la premisa que los daños son consecuencia de fallas o deficiencias en los sistemas técnicos de control en el desarrollo de sus actividades de

241 Londoño Toro, Beatriz. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, no 1. Bogotá: Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 1999, p. 151.

explotación económica que, si bien son útiles y benéficas para la comunidad, los daños irrogados suelen revestir la mayor complejidad y gravedad.

Sin duda, la bondad de un esquema de responsabilidad objetiva en materia ambiental estriba en que se torna exigente para el empresario, en el sentido de que lo obliga a destinar recursos en sistemas de prevención y protección, a desarrollar su actividad de una forma más profesional, a hacer uso de los recursos que el desarrollo tecnológico le brinde para aminorar, controlar y aun suprimir el potencial dañino de sus operaciones.

A pesar de estos desarrollos de la responsabilidad ambiental, no se consideran suficientes, porque se estima que la reparación tratándose del daño ambiental puro no siempre resulta satisfactoria; en ocasiones es complejo volver las cosas al estado que tenían en el momento inmediatamente anterior al del daño.

La catedrática de la Universidad española de Oviedo, Herminia Campuzano, Tome asevera que “la creciente revolución industrial con el consiguiente aumento de sustancias peligrosas, la manipulación constante de productos susceptibles de explotar o de inflamarse, las emanaciones de gases contaminantes de la atmósfera, el aumento de los ruidos, los vertidos de hidrocarburos en el mar, son peligros que han hecho que en los últimos tiempos los juristas se hayan empezado a preocupar por la forma de proteger de estas agresiones no solo a las personas o a las propiedades, sino también al medio ambiente.

La protección al medio ambiente constituye inicialmente una materia propia del Derecho Público en la medida que lo que se intenta proteger son bienes de dominio público (flora, fauna, vegetación, hidrografía [...]) y no intereses particulares”. Enseguida puntualiza: “[...] el deterioro medioambiental considerado de forma abstracta, difícilmente puede tener una traducción económica (poniéndonos ante un caso extremo, ¿Cuál sería la cuantía a abonar por un caso de extinción de una especie animal en concepto de indemnización?), y tampoco promovería cuestiones litigiosas entre particulares, sino que se vería afectada la Administración Pública. Sin embargo, en cuanto afecta de forma directa al valor del patrimonio de un particular, es materia que ha ido recorriéndose a lo largo de la jurisprudencia del código civil. Los valores ecológicos de una zona geográfica determinada, influyen de forma indubitada en la valorización económica que puede tener un inmueble y, desde esa óptica compete al Derecho Privado el promover su tutela”²⁴².

242 *Nociones generales sobre responsabilidad civil*. Oviedo (España): Editorial Forum, 1997, pp. 77 y 78.

Estas apreciaciones permiten corroborar por qué la responsabilidad por contaminación o deterioro ambiental tienda a regularse desde un espectro de carácter preventivo, que quizás resulta ser mucho más trascendente y pragmático y, por lo tanto, se ha dejado de lado el enfoque de carácter puramente o exclusivamente sancionatorio.

Por otra parte, no puede perderse de vista que no todo acto de emisión, descarga, dispersión, filtración, escape, o expulsión de elementos contaminantes a la atmósfera tiene jurídicamente el carácter de contaminación, porque existen unos niveles permisibles o límites de tolerancia que implícitamente se encuentran consagrados en el artículo 4º de la Ley 23 de 1973.

En efecto, esa disposición es del siguiente tenor: “Se entiende por contaminación la alteración del medio ambiente por sustancias o formas de energía puestas allí por la actividad humana o de la naturaleza, en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir con el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna, degradar la calidad del medio ambiente o afectar los recursos de la Nación o de particulares”. En este caso mientras la lesión se mantenga dentro de esos niveles de tolerancia, esa conducta lesiva estaría tutelada por el ordenamiento positivo y, por lo tanto, no tendría carácter indemnizable.

Otra de las aristas de la responsabilidad por la degradación ambiental que ha suscitado controversia, radica en que en ciertas ocasiones esta clase de responsabilidad puede provenir de actos en apariencia lícitos por el mismo desconocimiento de los efectos nocivos para el ambiente, de la actividad que se desarrolla, tanto por parte del agente como de la colectividad, y que, en consecuencia, dotarían a la actividad de ese ropaje de licitud.

No faltan quienes afirman que tan solo el desarrollo de la ciencia y de la técnica habrán de señalar y detectar actividades dañosas para el hombre y el medio ambiente. Un ejemplo patético de ello es el caso de la asbestosis, el uso del amianto y del gas radón. Estos supuestos encajan dentro del denominado *riesgo de desarrollo* y que el jurisconsulto español Carlos De Miguel Perales define como “[...] daños que surgen de la utilización de aquella sustancia que, en el momento de producirse el daño, no es reconocida como tóxica o peligrosa”²⁴³, por lo que el riesgo de desarrollo lo configura el estado del arte o *state of art*, como lo denominan los anglosajones, el estado de la ciencia o de la técnica en el momento de realizarse o de cumplirse una conducta y que, en el caso de un fabricante, vendría dado por el instante en que lanza un determinado producto al mercado.

243 *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente* (2ª ed.). Madrid: Civitas, 1997, p. 65.

De hecho, del riesgo de desarrollo comenzó a hablarse a raíz del análisis de la responsabilidad civil del fabricante por sus productos, pero tiene cabida también respecto del riesgo de contaminación o polución, como quiera que, por desconocimiento de los efectos dañinos de algún elemento utilizado para el desarrollo de la actividad, en un inicio se le reputa como lícito, pero posteriormente el desarrollo científico o tecnológico le señala su carácter depredador.

Finalmente, es preciso anotar que la Ley 1333 de 2009 adoptó el procedimiento sancionatorio ambiental y que algunas de sus disposiciones fueron demandadas por inexequibilidad, particularmente el parágrafo del artículo 1º y el parágrafo 1º del artículo 5º, por supuesta vulneración del principio de presunción de inocencia (artículo 29 superior), al presumir la culpa o el dolo del infractor en materia ambiental e invertir la carga de la prueba en su contra; cargos que no prosperaron por cuanto en sentencia C-595/10, magistrado ponente Jorge Iván Palacio, la Corte estimó que el establecimiento de un régimen de presunción de culpa, no se oponía a los cánones de la Carta Fundamental, y en sentencia C-742-10, magistrado ponente Luis Eduardo Montealegre, reitera la misma postura a propósito de una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1º, 3º, 5º, 8º, 23, 24, 25, 27, 33 y 37 (parciales) de la misma Ley 1333 de 2009.

En esa ocasión dicha Corporación puntualizó lo siguiente:

La potestad sancionatoria administrativa es distinta a la potestad sancionatoria penal del Estado, aunque las dos son manifestaciones del *ius puniendo* del Estado. La segunda propende por la garantía del orden social en abstracto, tiene una finalidad principalmente retributiva —eventualmente correctiva o resocializadora— y se ocupa de manera prevalente de conductas que implican un alto grado de afectación de los intereses jurídicamente protegidos, por lo que puede dar lugar a sanciones tan severas como la privación de la libertad. La potestad sancionatoria administrativa, en cambio, busca garantizar primordialmente los principios constitucionales que gobiernan la función pública y cumplir los cometidos estatales. Para ello emplea sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones y mandatos preestablecidos, pero no implica sanciones tan severas como la privación de la libertad; la multa es la sanción prototípica del derecho administrativo sancionatorio.

La naturaleza de las sanciones administrativas y penales y el fundamento de su imposición son, por tanto, diversos. De ello se desprende que no necesariamente la imposición de sanciones administrativas debe ceñirse a las reglas del debido proceso que rigen la imposición de sanciones penales. Mientras en el derecho penal las garantías del debido proceso tienen su más estricta aplicación, entre otras razones, porque las reglas penales se dirigen a todas

las personas y pueden llegar a limitar su libertad, en el derecho administrativo sancionador las garantías del debido proceso deben aplicarse de manera atenuada porque, por ejemplo, sus reglas van dirigidas a personas que tienen deberes especiales.

Esa aplicación menos severa de las garantías del debido proceso se puede observar, por ejemplo, en la jurisprudencia constitucional sobre los principios de legalidad y tipicidad en materia administrativa sancionatoria. La Corte ha precisado que el principio de legalidad en el ámbito administrativo sancionatorio solamente exige la existencia de una norma con fuerza material de ley que contenga una descripción genérica de las conductas sancionables, sus tipos y las cuantías máximas de las sanciones, norma cuyo desarrollo puede ser remitido a actos administrativos expedidos por la administración, es decir, no se requiere que cada conducta sancionable esté tipificada de manera detallada en una norma de rango legal, como sí lo exige el derecho penal. El principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionatorio, por otra parte, no demanda una descripción pormenorizada de las conductas sancionables; más bien permite recurrir a la prohibición, la advertencia y el deber, es decir, a descripciones más generales de las conductas sancionables.

Y añade:

Los principios de presunción de inocencia y de culpabilidad, de aplicación ineludible en el derecho penal, también adquieren otros matices en el derecho administrativo sancionatorio. La jurisprudencia constitucional ha aceptado, por ejemplo, que la administración redistribuya la carga probatoria que le corresponde con el fin de probar la responsabilidad subjetiva del posible infractor, dentro de los límites de la razonabilidad y la proporcionalidad. Al respecto, la Corte expresó lo siguiente en la Sentencia C-616 de 2002:

“Finalmente, a manera de resumen, se constata que hay una amplia gama de alternativas de configuración legislativa respecto del tipo de elemento subjetivo requerido y de la distribución de la carga probatoria, en materia de infracciones administrativas. A título meramente ejemplificativo, caben las siguientes variantes atendiendo a las especificidades de cada caso, según los países mencionados: (i) En un extremo, el legislador puede disponer iguales exigencias a las que rigen el derecho penal para la imposición de ciertas sanciones administrativas; no obstante, también puede (ii) prescribir que la administración cumpla con una carga probatoria inicial predeterminada y suficiente, sin que sea necesario demostrar de manera específica la culpa, la cual se deduce de lo ya probado, y permitir que el investigado demuestre que obró diligentemente o de buena fe; (iii) concluir que el comportamiento del

que cometió un error es prueba de un grado de imprudencia como la simple inobservancia, pero suficiente para imponer la sanción; (iv) presumir la culpabilidad respecto de la comisión de ciertas infracciones y reglamentar las condiciones en las que se puede presentar prueba en contrario; y (v) en el otro extremo, el legislador puede permitir la imposición excepcional, bajo estrictas condiciones, de sanciones por responsabilidad objetiva, caso en el cual no cabe que el investigado pruebe su diligencia ni su buena fe”.

5. Diversos mecanismos para la protección medioambiental

El tema de la protección del medio ambiente es de suyo complejo y la solución que se orientara tan solo bajo el marco de la responsabilidad civil resultaría incompleta. No solo requiere de textos constitucionales que le sirvan de sustento, demanda un amplio y persistente esfuerzo de creatividad para que los desarrollos legales, jurisprudenciales y doctrinarios, no resulten insuficientes respecto del avance científico y tecnológico.

Con sobrada razón, algunos doctrinantes cuestionan que se pretenda enfocar el problema desde un ángulo puramente sancionatorio, como sería el de penalizar la contaminación del ambiente por vía de la responsabilidad civil únicamente²⁴⁴.

244 Quienes formulan esas críticas, se expresan así: “Es necesario reconocer sin embargo, que la responsabilidad civil se constituye en un mecanismo poco eficaz en la protección ambiental, principalmente porque el deterioro ambiental trasciende el ámbito patrimonial; además presenta los siguientes inconvenientes:

- a) La protección que presta la responsabilidad civil se presenta después de ocurrido el hecho, es decir, cuando la contaminación ya ha ocurrido.
- b) Una vez se ha presentado la contaminación es en la práctica muy difícil volver las cosas al estado anterior, limitando las posibilidades a la indemnización.
- c) La indemnización se da solamente respecto del patrimonio del o de los demandantes.
- d) A pesar de los esfuerzos y de los resultados obtenidos en materia de contabilidad ambiental, en la actualidad aún es imposible determinar la cuantía del perjuicio cuando se afecta el ambiente. Es decir, no es factible cuantificar la parte más importante del perjuicio que se causa, cual es la ocasionada a toda la colectividad incluidas las generaciones futuras. No se trata de un perjuicio eventual sino de la limitación de los recursos de los que están por venir, recursos a los que se ha determinado, tiene derecho. Es necesario resaltar que el deterioro ambiental siempre trae aparejado un perjuicio patrimonial.
- e) No es fácil determinar el agente contaminador que originó el daño, puesto que si bien, los factores contaminantes causan deterioro ambiental, es imposible determinar cuál de ellos y en qué medida ocasionó un perjuicio específico. En efecto, todos los contaminantes son vertidos en un mismo sistema, dificultando la posibilidad de establecer la fuente contaminadora del perjuicio. Tómese como ejemplo la lluvia ácida, todas las emisiones atmosféricas de CO y SC2 producidos por empleo de combustibles fósiles, inciden en la generación de

Como ya se expuso líneas atrás, respecto de la reparación del daño ecológico, ha surgido a nivel universal la tendencia objetiva en materia de responsabilidad civil medioambiental, en virtud de la cual, lo que cuenta es la existencia de un daño y en donde se hace abstracción de la culpa podría aún tratarse de una actividad que desarrollada con estricta sujeción a las disposiciones legales existentes lo ocasiona, por lo que en algunas latitudes se habla de riesgo de desarrollo, expresión con la cual se quieren comprender los daños ocasionados por la utilización de un elemento que al momento de ocasionar el daño no se le reputaba como tóxico o contaminante. Este último puede consistir en un perjuicio actual o futuro a la naturaleza, porque ni siquiera es menester que este se individualice.

La preocupación que ha suscitado la degradación del ambiente en perjuicio de la calidad de vida y de la vida misma, se patentiza en la cabida que se ha dado a las denominadas acciones de clase o acciones colectivas, en muchos lugares del globo, y lo cual, desde el punto de vista adjetivo o procedimental, constituye un vuelco en el tratamiento clásico de la legitimación activa. Todas estas aristas son las que han conducido a muchas legislaciones a establecer seguros de carácter compulsivo u obligatorio, que debe adquirir el empresario, ya sea persona natural o jurídica, que pretenda explotar determinadas actividades.

Bajo ese espectro, el seguro cumple una función de garantía y habida cuenta que la tendencia legislativa hoy predominante es la de otorgar acción a la víctima contra el asegurador, semejante postura ha conducido a que exista reticencia de los aseguradores en muchos países para otorgar esa cobertura y en otros casos a restringirlo en relación con algunos tipos de industrias.

Se afirma que, mediante el establecimiento de seguros obligatorios, el Estado reitera a los empresarios que se encuentran expuestos a la realización de un determinado riesgo, la necesidad de adquirir cobertura para cubrirse contra las consecuencias de una eventualidad propia del seguro exigido y de esta manera involucrar o hacer partícipe a la industria aseguradora en las resultas de eventos dañosos, de tal forma que contribuya a exigir a su potencial comunidad de asegurados, la adopción de medidas de control o de reducción de riesgos que aminoren

tal fenómeno”. A renglón seguido puntualizan: “A quien sufra el perjuicio derivado de la lluvia ácida, (destrucción de cultivos y aun de maquinaria por ejemplo) le quedará imposible determinar cuál o cuáles fuentes, fijas o móviles, causaron el daño. Debe considerarse además que en pocas ocasiones el perjuicio no es causado por un agente individualmente considerado sino por la mezcla de dos o más de estos, es el caso de las reacciones químicas, sustancias que individualmente consideradas son inocuas, al entrar en contacto con otras, también inocuas, pueden generar considerable deterioro ambiental” (Rodríguez, Sandra y Naryan Alonso. *Mecanismos jurídicos de la protección ambiental*, cit., pp. 100 y 101).

la eventualidad de daños ambientales, para que los empresarios puedan contar con coberturas de seguro que les permitan amparar las consecuencias tan gravosas que pudieran desprenderse de una lesión o alteración grave al ambiente y, de esa forma, no poner en riesgo su misma continuidad en la actividad empresarial²⁴⁵.

6. El seguro ecológico

6.1. Antecedentes

Más recientemente, el desarrollo del seguro de responsabilidad civil ha contribuido a la denominada “colectivización de los riesgos” y a una mayor preocupación por la protección de los derechos e intereses colectivos o generales de la comunidad, lo cual también ha conllevado que tome fuerza la tendencia a reconocer la responsabilidad objetiva, o cuando menos el establecimiento de presunciones de culpa en un número cada vez mayor de actividades humanas.

Sin duda, en ese devenir el seguro de responsabilidad civil ha tropezado con la concepción de riesgo asegurable, pues excluía de la garantía del asegurador los hechos dolosos y culposos del tomador o asegurado, lo que condujo a distinguir entre la falta grave, la falta inexcusable y la falta intencional y, de esa forma, declarar la nulidad de ese tipo de estipulaciones para dar preponderancia al carácter puramente accidental del daño.

A este respecto Picard y Besson explican que la mayor parte de los riesgos no son producto del azar, sino que en muchas ocasiones interviene el hecho del asegurado,

245 El desaparecido profesor argentino Juan Carlos Felix Morandi en el IV Congreso Ibero-latinoamericano de Derecho de Seguros reunido en Santiago de Chile en noviembre de 1995, a propósito de las tendencias del seguro de responsabilidad destacaba: “Coligadamente con la función del seguro de responsabilidad civil surge, en los sectores en que la actividad del asegurado presenta una verdadera peligrosidad social, la necesidad de los seguros obligatorios.

La ampliación de la obligatoriedad de los seguros de responsabilidad civil ha respondido en general a las siguientes causales:

- Proteger de forma creciente a los perjudicados por las actividades más peligrosas
- Alcanzar tal finalidad aun cuando el responsable resulte insolvente para cubrir el resarcimiento a la víctima
- Evitar convertir al responsable, por el pago de su deuda de responsabilidad, en otra víctima.
- Facilitar la extensión de la responsabilidad civil por riesgo.
- Permitir formar con mayor facilidad el fondo de primas para hacer frente a los siniestros que sufran los damnificados, es decir acumular los recursos económicos necesarios para el oportuno resarcimiento de los eventuales afectados” (“Seguro de responsabilidad civil”. *Revista Ibero-latinoamericana de Seguros*, no 8, 1996, p. 14).

a raíz de una negligencia o una imprudencia de este y lo cual podría dejar sin efecto la garantía del asegurador, lo que explica que la doctrina y la jurisprudencia francesa en el siglo XIX sostuvieran la licitud del hecho personal del asegurado, a menos que se tratara de una falta intencional o dolosa y aún de la culpa grave.

Los citados autores destacan que la ley francesa de 1930, recogiendo las tendencias doctrinales y jurisprudenciales prevalentes en la época, limitó la prohibición del seguro a las faltas intencionales o dolosas del asegurado, por cuanto un proceder de esa naturaleza atentaba contra el principio de incertidumbre del riesgo, como también a consideraciones de orden público y éticas que podrían conducir a cubrir los siniestros provocados por el mismo adquirente de la protección del seguro y, por lo tanto, le dio cabida a las faltas no intencionales del asegurado, por considerar que en ese tipo de actos no existe la determinación, la voluntad de causar el siniestro o de ocasionar el daño en su patrimonio o en el de un tercero²⁴⁶.

Por supuesto, a este mayor desarrollo también ha contribuido el establecimiento de seguros obligatorios para desarrollar ciertas actividades, como la conducción de vehículos automotores. En el desempeño de ciertas profesiones que demandan, no solo especiales conocimientos, sino también cautela y diligencia en su ejercicio, como resulta claro en todas las áreas que tocan con la salud física y aun en la emocional del ser humano, etc., y cuando no puede determinarse el autor del daño, se ha venido imponiendo la constitución de “fondos de garantía” como un mecanismo eficiente de respuesta ante ciertos riesgos, cuyos aportantes pueden ser los eventuales beneficiarios de sus indemnizaciones o quienes han creado los riesgos que se pretende resarcir a través de ellos.

Por estas circunstancias, algunos doctrinantes no escatiman en identificar ese desarrollo de la responsabilidad civil, estimulado por los seguros obligatorios y los fondos de garantía, como detonantes de la crisis de la responsabilidad civil, pues consideran que los fundamentos de la responsabilidad civil, que se identificaban con la existencia de la culpa del autor del daño, se han venido desfigurando para darle un papel preponderante a la existencia de la víctima de un daño y, en consecuencia, a la imperiosa necesidad de poner en movimiento mecanismos de reparación. Tendencia a la cual no han resultado ajenas la doctrina y la jurisprudencia, quienes tienden a aligerar también la actividad probatoria que debe desplegar el perjudicado y a actuar con más largueza ante la evidencia de que existe un seguro que pueda satisfacer los perjuicios reclamados. Por ello, el estudio de la responsabilidad civil no puede pretender ser integral, si no se ocupa del papel que la

246 “Les assurances terrestres en Droit Français”. En: *Le contrat d’ Assurance* (tomo I). París: LGDJ 1975, no 65-67.

institución del seguro juega dentro de ella, máxime si algunos no escatiman en calificar de perversa la influencia del seguro en la responsabilidad civil.

6.2. Los fondos de compensación

Pero ante la imposibilidad en que se ha visto la industria aseguradora para asumir ciertos riesgos, por la carencia de estadísticas confiables que le permitan una graduación adecuada de las tarifas y la ausencia de mecanismos técnicos de dispersión de riesgos motivados por la misma causa, lo que coloca en vilo la asegurabilidad de los mismos desde una óptica técnica, se ha acudido a esquemas de financiación de esa clase de riesgos conocidos como fondos de financiación o de autoseguro²⁴⁷.

La aparición de fondos se remonta a los constituidos por armadores y empresas petroleras destinados a subvencionar gastos de limpieza por contaminación ante la exigencia de algunos países en ese sentido. Los primeros que surgieron fueron el Tanker Owners Voluntary Agreement Concerning Liability for Oil Pollution (TOVALOP), que entro en vigor en octubre de 1969 cuando mediara negligencia del propietario de un buque tanquero de petróleo hasta un límite máximo de US \$ 10.000.000, y el denominado Contract Regarding an Interim Supplement to Tanker Liability for Oil Pollution (CRISTAL), que se estableció en 1971, con el ánimo de complementar el anterior, cuando la indemnización no fuera suficiente o se hubiera producido el daño, pero existiendo eximentes de responsabilidades por parte del propietario del buque.

247 De hecho, en algunos países europeos se ha acudido a estos esquemas. Es así como en Francia opera el *pool* Assurpol, creado en 1988, compuesto por cerca de setenta aseguradores. Es una cobertura *claims made*, con una limitación de cinco años para reclamar. Ampara la responsabilidad por daño accidental, gradual y repentino. Dado el tipo de cobertura, da la posibilidad de asegurar los daños anteriores, siempre que la reclamación de los afectados se produzca durante la vigencia de la póliza. Excluye los daños de desarrollo. En Italia opera el *pool* Inquinamento, creado en 1979. Lo administra la Asociación Nacional Italiana de Aseguradores (ANIA) y cuenta con 74 compañías entre aseguradoras y reaseguradoras. Es una cobertura *claims made*, ampara la responsabilidad por daño accidental, gradual y repentino. No menciona los daños de desarrollo. En Holanda, el *pool* MAS, que fue fundado en 1984, cuenta con 54 entidades, es una cobertura *claims made*, ampara la responsabilidad por daño accidental, excluye acciones y omisiones que sean anteriores a la vigencia de la póliza. Excluye asimismo los daños deliberados y consentidos y ampara los daños por lluvia ácida, siempre que el asegurado sea el único causante (Schubert, Matizan. “La responsabilidad por el deterioro del medio ambiente”. En: *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*. Madrid: Musini, 1994, pp. 480 y ss.).

En otros casos, con el ánimo de obviar la dificultad de no poder adquirir la cobertura de seguro, optan por trasladar o por establecer nuevas plantas en territorios donde las disposiciones ambientales son más benévolas o prácticamente inexistentes.

Como se expresó líneas atrás, en algunos países, no solo con el ánimo de obviar la ausencia o la falta de disponibilidad de cobertura, por el temor de los aseguradores a que sus índices de siniestralidad se desborden e incidan negativamente en sus resultados e indicadores de desempeño, sino también ante la imperiosa necesidad de morigerar los precios de estas, se ha acudido al *mecanismo complementario* de constituir los denominados *fondos de compensación*, a los cuales aportan los empresarios de una misma rama de la industria, de tal forma que éstos asumen directamente las consecuencias pecuniarias de los daños hasta concurrencia del respectivo fondo y, en exceso de los recursos del mismo, acuden a adquirir coberturas de seguro.

Esto permite prever que ante una posible falta de efectividad de las políticas preventivas y sancionatorias de carácter gubernamental, la poca o nula disponibilidad de la cobertura de seguro y ante la dificultad de cuantificar, de evaluar económicamente los daños y, en ocasiones, aun de determinar un responsable o responsables, no sería extraño que en un futuro cercano cobraran más auge los fondos administrados por el Estado y que se nutran con impuestos o contribuciones provenientes directamente de los empresarios que desarrollen una determinada explotación económica y que en el caso colombiano podrían derivarse de una participación porcentual calculada sobre las tasas retributivas y compensatorias, a las cuales hace referencia el artículo 42 de la Ley 99 de 1993.

Eventualmente, a ese fondo podrían contribuir los aseguradores que decidan participar en la expedición de este tipo de amparos, en exceso, por ejemplo, de la protección otorgada por el respectivo fondo que llegue a constituirse, y la forma de graduar su aporte podría consistir en el volumen de primas que deriven de la expedición y otorgamiento de amparos contra el detrimento del medio ambiente²⁴⁸. Estos fondos, denominados de compensación, han presentado mayores desarrollos en el Japón.

248 En nuestro medio, para los estudiosos del tema pasa desapercibido que, mediante el proyecto de ley no 235 de 1996, se pretendió establecer el seguro ecológico en el país y en el cual se contemplaba la creación del Fondo del Seguro Ecológico como una subcuenta dentro del Fondo Nacional Ambiental, creado por la Ley 99 de 1993 y que se financiaría con el 5% de las primas emitidas por las aseguradoras y con el importe de las multas impuestas por conductas dañinas u omisivas. Los amparos que debían contemplar hacían relación a daños ocasionados por actividad riesgosa o peligrosa y que produjeran: a) alteración negativa del aire, suelo o subsuelo

Se estima que dichos fondos son el mecanismo adecuado para resarcir los daños a la naturaleza, en cualquiera de las siguientes hipótesis: cuando no ocasionen la lesión a un derecho de carácter singular o individual, o cuando resulte prácticamente imposible identificar al responsable, o cuando este no cuente con los recursos suficientes para la reparación o resarcimiento de los daños causados.²⁴⁹

A nivel internacional, se conocen varios fondos como TOVALOP, CRISTAL y OPOL, el Internacional Oil Pollution compensation Fund y el Oil Spill Liability Fund, que fueron creados por la industria petrolera. El Superfund americano, producto de la Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act de 1980, el fondo japonés que se nutre con tasas de industrias contaminantes, el holandés, el sueco, etc.

Las ventajas que se señalan a los fondos radican en la celeridad con que puede atenderse el reclamo, su operancia en casos en que no se puede identificar a un responsable, o aun en casos de insolvencia de dicho responsable, al igual que en eventos en los cuales el daño se deriva de un hecho de la naturaleza, donde no media un responsable, como un terremoto o niveles excepcionales de lluvias.

En el caso colombiano, un ejemplo de dicha clase de fondos viene dado por el Fonam, creado por la Ley 99 de 1993, como “[...] un sistema especial de manejo de cuentas del Ministerio del Medio Ambiente, con personería jurídica, patrimonio independiente, sin estructura administrativa ni planta de personal y con jurisdic-

como consecuencia de un hecho del asegurado ocurrido durante la vigencia de la póliza; b) destrucción o degradación de flora y fauna; y c) grave deterioro de ecosistemas y contaminación sónica.

249 Cabanillas Sanchez (citando a Pavelek) puntualiza que existen distintos tipos de fondos, como son:

- “- Fondo de garantía, que actúa cuando la víctima no obtiene indemnización, no se identifica al responsable o este es insolvente.
- Fondo complementario, que actúa cuando existe un límite máximo de responsabilidad y este es sobrepasado por la reparación efectiva que se debe.
- Fondo autónomo, que opera en caso de daños producidos por orígenes no identificados; no hay que buscar responsables, solo probar que se ha sufrido un daño concreto.
- Fondo de indemnización, que reembolsa a los navieros u operadores de carga y descarga de hidrocarburos de los daños que tengan que asumir por haber provocado determinadas contaminadas contaminaciones, así como de los costes de limpieza o aminoración.
- Fondo de subrogación, que repara automáticamente el daño y luego busca al concreto responsable, a fin de recuperar de él la cantidad desembolsada.

En la práctica un mismo fondo puede incluirse en varias de las clases de fondos expuestos. Así, por ejemplo, puede ser autónomo y de subrogación” (*La reparación de los daños al medio ambiente*, cit., p. 299).

ción en todo el territorio nacional” (artículo 87) y que de acuerdo con el artículo 88, que define los objetivos del Fondo, “[...] será un instrumento financiero de apoyo a la ejecución de las políticas ambiental y de manejo de los recursos naturales renovables”.

6.3. Los seguros obligatorios

La incidencia del seguro también es clara en cuanto a la concepción del daño resarcible que presenta unos contornos de carácter más integral, por cuanto no solo comprende las lesiones corporales, el detrimento a los bienes materiales y las lesiones a la dignidad misma de la persona humana, sino también a sus bienes de la personalidad, lo que ha permitido un mayor desarrollo de los perjuicios morales, fisiológicos y a la alteración en las condiciones de existencia, si bien este tipo de perjuicios suelen excluirse de la cobertura del seguro de responsabilidad civil. Asimismo, se le señala al seguro la virtud de propiciar un mayor desarrollo del principio de solidaridad entre los causantes del daño en el ámbito propio de la responsabilidad extracontractual.

De manera que la política legislativa de establecer seguros obligatorios en materia de daño ambiental, como se expuso anteriormente, obedece en primer término, a la necesidad de involucrar a la industria aseguradora, con el ánimo de que contribuya a la solución del mismo mediante la implementación de programas de administración de riesgos que se conviertan en mecanismos de prevención, control y reducción de pérdidas.

Como afirma el doctrinante español Antonio Cabanillas Sánchez: “Los seguros son un importante mecanismo de indemnización en los casos de daños por accidentes si los costos de restauración están cubiertos por una póliza de seguro. Si el que concede un seguro lo vincula a la calidad de la gestión de riesgos de la empresa, este tendrá un efecto disuasivo y fomentará una prevención de accidentes más adecuada y otros tipos de controles ecológicos de la actividad económica”²⁵⁰.

En segundo término, se le otorga una función de mecanismo de garantía, como mecanismo expedito de respaldo de la indemnización debida a las víctimas, a quienes celosamente desea el legislador amparar, admitiendo de todas maneras que el causante del daño puede exonerarse de responsabilidad acreditando la intervención exclusiva de la causa extraña, solución que ha de juzgarse como equitativa, por cuanto podría generarse una desproporción entre el supuesto causante del daño y la víctima. A ello obedece que, en ocasiones, los seguros obligatorios

250 *La reparación de los daños al medio ambiente*, cit., p. 277.

se establezcan acudiendo a la modalidad del seguro de accidentes y en la cual no cabe causal de exculpación, tan solo se mira al contenido y extensión del daño y se hace abstracción de cualesquiera otros factores, sin importar si fueron determinantes o prevalentes en la producción del mismo. Es que bajo el esquema del seguro de accidentes, se dejan de lado consideraciones de dolo o culpa grave de parte del asegurado, que por su naturaleza tienen el carácter de riesgos inasegurables²⁵¹.

Un ejemplo, sobre el uso de esta opción por parte del legislador colombiano se encuentra en el establecimiento del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) y en la cobertura de riesgos profesionales.

6.4. El seguro por daños al medio ambiente

La protección a través del contrato de seguros para el riesgo de daño por contaminación ambiental, tradicionalmente se ha otorgado a través de un anexo bajo las pólizas de responsabilidad general que ampara única y exclusivamente dicha contaminación cuando tiene el carácter de súbita y accidental.

En verdad, en los países más desarrollados se ha pretendido estructurar algún tipo de cobertura de seguro, a lo cual los aseguradores se han mostrado reacios por la falta de suficiente información que permita graduar este tipo de riesgos y lo cual conlleva, necesariamente, que no se pueda estructurar una base estadística que le pueda servir de soporte al diseño de los productos, de las políticas de aceptación y al establecimiento de tarifas.

De manera que las modalidades de seguro por daños al medio ambiente o seguro ecológico son, ante todo, un producto nuevo y en el cual la carencia de información estadística confiable impide a los aseguradores un diseño adecuado de los productos y una determinación relativamente satisfactoria sobre la suficiencia de los precios de protección, lo que conduce a una baja disposición hacia la comercialización y venta del producto, que se traduce en una oferta restringida del mismo.

La doctrinante argentina Mariana Valls con mucho acierto expresa: “[...] la efectiva implementación de un contrato de seguro por daño ambiental, dependerá fundamentalmente de la obtención de una fórmula económica que haga atractiva la contratación del seguro respecto de ambas partes —asegurador y asegurado—.

251 Un ejemplo sobre el uso de esta opción por parte del legislador colombiano se encuentra en el establecimiento del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) y en la cobertura de riesgos profesionales.

De modo que el gran desafío consistirá en la obtención de una ecuación que refleje el equilibrio justo entre la prima y el interés asegurable de modo que haga conveniente la celebración del contrato para ambas partes a la vez, que opere una adecuada protección del ambiente”²⁵².

6.5. Evolución del contenido y extensión del amparo a nivel global

Quizás los antecedentes de este tipo de coberturas se encuentran en las coberturas relacionadas con responsabilidades marítimas que surgieron a finales de la década de los sesenta del siglo pasado, como consecuencia del accidente del tanquero *Torrey Canyon* que era utilizado por la British Petroleum, en virtud de un contrato de fletamento con una compañía americana. Dichos esquemas de aseguramiento aparecieron como respuesta a los diversos convenios internacionales que suscribieron armadores de distintas naciones y en los cuales se reiteró el principio relativo a que los propietarios de los buques son responsables de daños por contaminación ocasionados por escape o derrames que provengan de éstos.

Debe destacarse que esta clase de pólizas de seguro no presentaron mayor demanda hasta comienzos de los años ochenta de la centuria anterior, aunque unos años antes ya se habían logrado algunos desarrollos en esquemas de aseguramiento en los mercados ingleses y americanos.

En lo relativo a los daños al ambiente, hasta ahora las coberturas que más ampliamente se encuentran disponibles en el mercado se refieren a la contaminación accidental en que pudiera incurrir el asegurado como consecuencia de daños inferidos a terceros como consecuencia de cambios de aguas, atmósfera, suelos, subsuelos o ruido; siempre que sean consecuencia de incidentes que ocurran dentro de los predios del asegurado y de manera súbita, accidental e imprevista. Esto acontece con el modelo ISO 1973 utilizado en el mercado americano y NMA 1685 y NMA 1686 de uso en el mercado inglés.

En el caso del mercado americano, la forma ISO fue sometida a revisiones posteriores en 1985 y 1988 y tiene como característica que el amparo se encuentra redactado de manera negativa, es decir, se ampara lo que no esté expresamente excluido. También se conoce otro endoso de peligros nombrados, pero el rasgo común que presentan todo estos formatos, radica en que la causa de la contaminación debe ser súbita y accidental.

252 *Derecho ambiental - Los grandes problemas ambientales que enfrenta Argentina a fin de siglo*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 1999, p. 257. El aporte de esta autora también consiste en identificar las bases para el diseño de una póliza de seguro por riesgo de daño ambiental.

El amparo, cuando es redactado de la forma antes mencionada, resulta más apropiado que referirlo a un incidente de contaminación. De todas maneras, esos condicionados han sido muy criticados porque se les endilga falta de claridad²⁵³.

Retornando a las coberturas disponibles en la actividad aseguradora, tanto vernácula como foránea, es frecuente que dentro de dicho amparo de contaminación accidental, que usualmente se expide como un anexo dentro de las pólizas de responsabilidad civil general, se dejen por fuera del amparo los daños ocasionados por violación de normas de Derecho público, o de incumplimiento en las instrucciones impartidas por el fabricante, o por deficiencias en los programas de mantenimiento. Como quiera que el perjuicio o daño ambiental, por lo general, es consecuencia de tales supuestos, los condicionados de las pólizas tienden a precisar que tales exclusiones hacen referencia a una conducta intencional, al acto voluntario, deliberado, de índole dolosa orientado a infringir las normas legales o las recomendaciones del fabricante o proveedor de los equipos. A *contrario sensu*, cuando la violación de tales normas, instrucciones o la deficiencia en los programas de mantenimiento proviene de mero descuido o negligencia, las consecuencias dañosas que de ello se derivan caerían dentro del ámbito propio de la cobertura.

253 A esto obedece que ante esas “[...] dificultades interpretativas de este tipo de cláusulas, no es, pues, de extrañar que, partiendo de estas lamentables experiencias, se haya intentado resolver la ambigüedad mediante nuevas estipulaciones que bien suponían la aplicación de una cláusula de exclusión absoluta de la contaminación, o bien pretendían centrar el carácter accidental del hecho generador causante de una contaminación concomitante al mismo en un período concreto sujeto a delimitaciones temporales que impedirían la asunción de responsabilidades tardías. En esta línea se han redactado multitud de cláusulas que de diversas formas pretenden confinar las contaminaciones objeto de seguro a unos plazos temporales más reducidos” (Pavelek Zamora, op. cit., p. 228).

En efecto, “[...] se constatan empíricamente determinados acontecimientos que puedan dar lugar a daños medioambientales, pero que no sean originados por un suceso contaminante. Incluso, se podrían percibir determinados atentados medioambientales cuya componente contaminación sería discutible. [...] La obtención abusiva de aguas, la desecación de una marisma, el aterramiento de una laguna, la modificación de las condiciones de una playa por la construcción de una escollera, la extracción de arenas, la introducción de ciertas especies animales en perjuicio de otras, la implantación de flora infectada por plagas, la difusión de organismos genéticamente modificados, etc. [...] son algunos de los muchos ejemplos que pueden engendrar responsabilidades en el medio sin que se vea afectado por el factor contaminación”(Pavelek Zamora, op. cit., p. 224).

Es frecuente también que se excluyan del amparo los daños genéticos, como es usual dentro de las pólizas inglesas y americanas, al igual que la omisión deliberada de instrucciones, recomendaciones o reparaciones de artefactos o instalaciones que tengan por fin la prevención o el control de la contaminación al medio ambiente.

Quizás para eludir la confrontación entre lo accidental y lo gradual, que puede predicarse de determinadas conductas que afectan el medio ambiente, pueden encontrarse exclusiones relativas a los daños causados por aguas negras, basuras o sustancias residuales.

Por otro lado, la responsabilidad ambiental puede ser imputable a diversas personas y entidades y por aplicación de los principios del Derecho común, dicha responsabilidad es de carácter solidario²⁵⁴, de manera que sería una cobertura insuficiente aquella que pretendiera restringir la protección a los daños causados exclusivamente por el asegurado o lo que es igual, a la contribución que este haya ocasionado en la cuantía y extensión de los daños. Se cita, como ejemplo de este tipo de responsabilidades concurrentes o compartidas, a las refinerías y las fábricas de cemento por la contaminación y degradación del ambiente que causan y en donde les cabe responsabilidad a ellas mismas, a sus proveedores de materia prima y a los distribuidores y fabricantes de la maquinaria que utilizan en sus procesos y, por lo tanto, los suscriptores de este tipo de pólizas siempre recomiendan que el amparo de productos se extienda a amparar la contaminación.

Es bien sabido que el seguro de responsabilidad civil contempla dos prestaciones que resultan ser de la mayor importancia en caso de sobrevenir el siniestro: los gastos de defensa del asegurado y los gastos incurridos para evitar la extensión o propagación del siniestro, o gastos de salvamento, los cuales revisten de trascendencia respecto de cualquier reclamo bajo este clase de amparos, lo que de por sí amerita que deba hacerse una somera referencia a éstos.

Con respecto a los gastos de defensa del asegurado, se aplican las normas generales existentes en materia del seguro de responsabilidad civil, es decir, el asegurador está obligado a responder por tales gastos, aún en exceso de la suma asegurada, a menos que la responsabilidad del asegurado emane de dolo o se encuentre por fuera de la protección brindada bajo la póliza de seguro, o si el asegurado afronta el proceso contrariando una solicitud expresa del asegurador, o si la condena del asegurado excede la suma asegurada prevista bajo la respectiva póliza, caso en el

254 Código Civil, artículo 2344.

cual el asegurador responde por tales erogaciones en proporción o a prorrata de la responsabilidad que deba asumir en dicha condena.

En relación con los gastos de salvamento, éstos tienen la mayor relevancia en el seguro de contaminación en muchos casos, porque guardan una íntima relación con los denominados gastos de limpieza.

Pero tales gastos de salvamento, no pueden tratarse de erogaciones relacionadas con medidas de carácter puramente preventivo, pues es menester que tales gastos de salvamento se orienten a evitar la extensión y propagación del siniestro, lo que presupone la existencia de este, es decir, que el riesgo materia de la protección asegurativa ya ha iniciado su efecto dañino y, además, que tal efecto se proyecta sobre un bien o el patrimonio de un tercero. Tendrían entonces el carácter de gastos de salvamento, las medidas y las erogaciones consecuencia de aquellas, que el asegurado se vea precisado a adoptar para disminuir o controlar el nivel de emisiones a la atmósfera o de vertederos que realice sobre una quebrada o un río, pero en el supuesto de que se le hayan formulado ya algunas reclamaciones.

Vale la pena destacar que dichos gastos de salvamento suelen limitarse a un 10% de la suma asegurada principal, limitación que es dable pactarla atendiendo al texto de los artículos 1074 y 1162 del Código de Comercio.

Tal vez, como rezago de la discusión que se presentó en la doctrina sobre la inasegurabilidad de la culpa grave y que en su momento también acogieron algunas legislaciones, existen algunas estipulaciones cuya validez y juridicidad es cuando menos controvertible. Se trata de aquellas estipulaciones que disponen disminuciones en la protección materia de la póliza, si el asegurado omite poner en práctica medidas de prevención o por negligencia o descuido, desatiende medidas de control de calidad necesarias para no degradar el ambiente.

Resultan discutibles tales estipulaciones, en primer término, porque en el ámbito vernáculo, en criterio de la Corte Suprema de Justicia, la culpa grave se encuentra incluida, según lo expresó en sentencia del 5 de julio de 2012²⁵⁵.

255 En esa oportunidad expresó la Corte: “En el presente caso, tratándose del *amparo de responsabilidad civil profesional*, que como quedó dicho admite como asegurable la *culpa grave*, era claro que la misma quedaba cubierta, máxime cuando dentro de las exclusiones no se contempló tal concepto y sin que del documento obrante a folios 188 a 191, contentivo de las condiciones acordadas, surja algún manto de duda al respecto. Es más, se podría advertir que la sola estipulación de que sean consecuencia de un acto negligente, error u omisión de algún ejecutivo o empleado del asegurado, constituía una clara delimitación del riesgo que la incorporaba [...] No es razonable, por ende, el hecho de que se hubiera acudido a los parámetros contemplados en el

En segundo lugar, son cuestionables también esas condiciones de protección, porque ese tipo de indagaciones deben ser materia del proceso de selección y de suscripción de riesgos y no de estipulaciones restrictivas dentro de los condicionados de las pólizas. Ese clase de circunstancias podría identificarlas el asegurador con base en formularios de solicitud adecuadamente diseñados y mediante la apreciación directa del riesgo, a través de visitas de inspección, las cuales resultaran ineludibles en el proceso de suscripción de este tipo de coberturas con el ánimo de conocer detalladamente los procesos que desarrolla el respectivo empresario, las áreas de riesgo que existen y las medidas de prevención adoptadas respecto de ellos.

De otra parte, como la gestión del riesgo ambiental por parte del empresario es determinante en relación con el nivel de exposición a cargo del asegurador, bien podría suceder que la preservación y monitoreo de tales medidas de prevención o de control de calidad dentro de su proceso de producción, se estipulen como una cláusula de garantía dentro de la póliza, y en caso que se presentara algún incumplimiento o cumplimiento defectuoso por el asegurado, conllevarían la pérdida del derecho a la indemnización.

Es pertinente reiterar que los comentarios anteriores son predicables de los amparos de contaminación accidental que han venido utilizándose como anexos de las pólizas de responsabilidad civil general. Sin embargo, debe destacarse que en los mercados internacionales han venido surgiendo pólizas específicas diseñadas para afrontar el problema de la contaminación y así otorgar protección a quienes puedan requerir el amparo. Son las pólizas denominadas *environmental impairment liability* o *pollution liability policies*²⁵⁶.

artículo 63 del Código Civil, en virtud del cual se califican los grados de culpabilidad en materia civil, con el fin de tratar de inferir un acuerdo de cobertura solo por culpa leve, cuando el mismo precepto en cita al referirse a la negligencia la encasilla dentro de la más gravosa de las especies de culpa y sin que en los de naturaleza de descuido leve o levisimo se haga alusión a los calificativos de error u omisión, que no son connaturales con la diligencia ordinaria en el campo de los negocios propios ni mucho menos del sumo cuidado que los hombres emplean usualmente en sus asuntos importantes” (sentencia de 5 de julio de 2012, ref. Exp. 0500131030082005-00425-01, magistrado ponente Fernando Giraldo Gutiérrez).

256 Eduardo Pavelek Zamora destaca las siguientes notas distintivas:

- “1. En lo que se refiere a las *definiciones* generales de la póliza, se hace necesario destacar aquellas que conforman el meollo de la cobertura, tales como la noción de contaminación y daño cubierto que alcanza perfiles que escapan de la póliza de responsabilidad civil clásica. Así mismo, el concepto de tercero perjudicado que, a los efectos del medioambiente alterado, supone la aparición de legitimaciones atípicas al margen de la vecindad. [...] El factor accidental y fortuito del acontecimiento que genera las responsabilidades objeto del seguro es igualmente determinante, ya se traduzca o no en daños simultáneos o diferidos.

En esta nueva clase de pólizas no se indemniza el daño ecológico o el daño ambiental puro, sino que es preciso que el detrimento pueda valorarse en términos económicos o de mercado y, en ese orden de ideas, se amparan las lesiones a las personas y los daños materiales derivados de dicha contaminación, los gastos de limpieza y descontaminación del aire, el suelo o el agua, los gastos de salvamento encaminados a evitar la extensión y propagación del siniestro y los llamados “gastos de salvamento anticipados” que van destinados a evitar un daño o pérdida que se considera inminente, pero que aún no se ha configurado. De manera que también se pretende amparar los gastos de reparación o restitución del medio ambiente, los gastos tendientes a atender emergencias y evacuaciones, al igual que los perjuicios patrimoniales que se pudieran ocasionar por la suspensión temporal o definitiva en un establecimiento industrial o comercial.

En lo relativo a gastos de limpieza, algunas pólizas distinguen entre la contaminación que se produce en los predios del asegurado y la que afecta bienes o inmuebles de terceros, y limita su operancia a éstos últimos.

-
2. En relación con el objeto del seguro cualquier póliza de responsabilidad civil acoge dos clases de prestaciones: indemnizaciones y gastos de defensa. Sin embargo, un seguro de responsabilidad civil exige otras garantías vinculadas al medioambiente amenazado (gastos de prevención), o al medioambiente alterado (costes de limpieza y restauración). Es este carácter de prestación *in natura* el que prima a la hora de accionar las garantías del seguro acarreando unos costes extraordinariamente elevados.
 3. Pero además de las exclusiones universales de cualquier póliza de responsabilidad civil, esta modalidad de aseguramiento exhibe exclusiones específicas que prácticamente se contemplan en la mayoría de estos condicionados:
 - Daños genéticos.
 - Daño ecológico.
 - Riesgos de desarrollo.
 - Instalaciones móviles.
 - Operaciones normales, con algún maíz (sic).
 - Inobservancia de normas.
 4. *La delimitación temporal* de la cobertura ya se ha podido comprobar cómo constituye el elemento clave en la expresión del evento dañoso de la contaminación. La máxima de los aseguradores en esta materia se dirige pues a intentar controlar las consecuencias tardías de estos supuestos a la vez que se pretende no asumir la penosa carga del pasado. Dos esquemas sirven para articular estas premisas: las pólizas *claims made*, que conforman el modelo clásico en los países anglosajones. Holanda, Dinamarca e Italia, y las pólizas que atienden al criterio de primera manifestación verificable, que tiene acogida en el mercado alemán y ha sido la adoptada por el pool francés y español” (“La cobertura del riesgo medioambiental en las pólizas de responsabilidad civil general” [2a parte]. *Revista Iberoamericana de Seguros*, no 12, 1998, pp. 362 y 363).

Por otra parte, es usual que las pólizas contengan definiciones con respecto a polución o contaminación, como, por ejemplo, “descarga, diseminación, escape de los predios del asegurado, humos, vapores, gases, ácidos, químicos tóxicos, líquidos, desperdicios vertidos en el suelo, la atmósfera o el agua que ocasione lesiones personales o daños materiales”.

También es frecuente que se ampare no solo la contaminación accidental, sino también la gradual, siempre que tales hechos no hubiesen sido conocidos por el tomador o asegurado al momento de iniciar vigencia la póliza.

En materia de suscripción y tarificación, los factores determinantes vienen dados por la actividad que desarrolla el empresario solicitante del amparo, los procesos técnicos e industriales que realiza, el riesgo potencial de contaminación que puedan representar tales procesos, el soporte tecnológico con que cuenta en términos de maquinaria y equipo, la localización de las plantas y la naturaleza de los predios circunvecinos a cada una de ellas, el tipo de productos que se elaboran y las materias primas, la estructura, capacidad y experiencia del recurso humano que conforma el grupo técnico, la experiencia previa en materia de accidentes y las medidas de prevención adoptadas como consecuencia de ellas, la clase de desperdicios que se manejan, su forma de almacenamiento y los controles ambientales que se tienen en vigor, tanques superficiales y subterráneos de almacenamiento, planes de emergencia existentes, planes para derrames, planes en caso de incendio, problemas potenciales o existentes de contaminación, programas de entrenamiento e inspección, etc.

En este tipo de pólizas, como se otorgan sobre la base de *claims made*, es factible adquirir al vencimiento de su vigencia, períodos de descubrimiento adicionales de hasta 36 meses con respecto a circunstancias de contaminación existentes al momento de expiración o cancelación de dicha póliza. Opción de la cual debe hacerse uso dentro de los diez días siguientes a la cancelación o terminación del amparo.

6.6. El seguro ecológico en Colombia

Como se expresara anteriormente, en nuestro medio es frecuente encontrar que las lesiones o detrimentos al ambiente se amparen bajo el anexo de contaminación accidental de las pólizas de responsabilidad civil general.

Sin embargo, mediante la Ley 491 de 1999, sancionada el 13 de enero y promulgada el 15 de enero, se creó el seguro ecológico “[...] como un mecanismo que permita cubrir los perjuicios económicos cuantificables a personas determinadas como parte o consecuencia de daños al ambiente y a los recursos naturales [...]”,

y como un desarrollo a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 23 de 1973, se estableció como obligatorio para aquellas actividades que requieran licencia ambiental, se determinó que la ocurrencia y la cuantía del daño se acreditaran con certificación de la respectiva autoridad ambiental, que siendo el beneficiario del amparo una entidad estatal la indemnización inexorablemente debe destinarse a la reparación o restauración de los recursos naturales o ecosistemas deteriorados y que en caso que fuere imposible llevarlas a cabo, el destino de la indemnización deben ser proyectos ambientales o ecológicos de interés para la comunidad afectada y, por último, se dejó claramente señalado que la prescripción de las acciones derivadas de la póliza comienza a correr desde el momento del conocimiento del daño durante la vigencia de la póliza.

De otra parte, se establecieron nuevos tipos penales y se aumentaron las sanciones que estaban previstas para algunas conductas delictivas relacionadas con el medio ambiente.

El precepto invocado por el legislador es del siguiente tenor: “El Estado será civilmente responsable por los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada como consecuencia de acciones que generen contaminación o detrimento del medio ambiente. Los particulares lo serán por las mismas razones y por el daño o uso inadecuado de los recursos naturales de propiedad del Estado”.

Esta iniciativa del legislador ha sido objeto de múltiples críticas, acertadas la gran mayoría, pero también desafortunadas, algunas de ellas.

6.6.1. Propósito del seguro ecológico

Con el establecimiento de este seguro obligatorio se pretendió hacer partícipe a la industria aseguradora en una política ambiental que se oriente más a la prevención, al establecimiento de programas de administración de riesgos, lo que les impone a los empresarios identificar los riesgos inmanentes a su actividad, evaluar las consecuencias dañinas de estos en caso de sobrevenir, adoptar medidas que eviten su acaecimiento y, en el peor de los casos, si ocurren, existan medidas de protección que permitan controlarlos o aminorar la gravedad o extensión de los daños.

Al fin y al cabo, un asegurador prudente, de manera previa a la asunción de los riesgos por su cuenta, cumple ese proceso de evaluación para determinar los riesgos que está dispuesto a asumir, aquellos con relación a los cuales requiere ciertos y determinados compromisos de hacer o no hacer respecto de la exposición a riesgo de parte del proponente, gradúa el nivel de las franquicias y deducibles para hacer partícipe al solicitante en las consecuencias adversas que se originen

en caso de sobrevenir los riesgos y señala de plano qué peligros no está dispuesto a amparar.

En cambio, los costos de protección bajo un seguro en el cual se carece de una base estadística suficiente, tienden a ser onerosos y máxime cuando su otorgamiento reviste el carácter de obligatorio. Es bien sabido que el nivel de la prima está en función principalmente del grado de azarosidad, del nivel de riesgo propuesto y de aquel que el solicitante pretende transferir, de tal forma que entre más exigente sea el programa de administración de riesgos y mayor sea el deducible a cargo del asegurado, menor será la prima que habrá de pagar por el seguro.

Quienes siguieron de cerca el desarrollo de la iniciativa parlamentaria que culminó con la expedición de la Ley 491, afirman que inicialmente se concibió como un medio de captación de recursos que se destinarían al desarrollo de programas ambientales y que en realidad lo que se pretendía era modificar y dar cabida a nuevos tipos penales.

De todas maneras, vale la pena destacar que la reglamentación del seguro ecológico que debía emprender el Gobierno Nacional por mandato del parágrafo del artículo 2 de la ley y para lo cual el artículo 32 creó una comisión mixta que debía rendir un informe sobre la aplicabilidad del seguro ecológico en un término de noventa días, no logró resultados consecuentes con la misión que se les había encomendado por razones de falta o ausencia de capacidad de reaseguro en los mercados internacionales.

6.6.2. El riesgo ecológico o de contaminación

La redacción del artículo 2º de la mencionada ley, que pretende definir el amparo del seguro ecológico es antitécnica, confusa e imprecisa. De acuerdo con esa disposición, el seguro ecológico pretende cubrir los perjuicios económicos cuantificables producidos a una persona determinada como parte o a consecuencia de daños al ambiente y a los recursos naturales.

Para determinar el contenido de la expresión daños al ambiente, conviene traer a colación el artículo 4º de la Ley 23 de 1973 que delimita el término contaminación. En efecto, dicho precepto dispone: “Se entiende por contaminación la alteración del medio ambiente por sustancias o formas de energía puestas allí por la actividad humana o de la naturaleza, en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir con el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna, degradar la calidad del medio ambiente o afectar los recursos de la nación o de particulares”. Los estudiosos del tema afirman que la expresión medio ambiente comprende recursos como el aire, el agua, el suelo, la flora y fauna y

los aspectos componentes del paisaje, como también el silencio y la tranquilidad como factores que permiten el disfrute de la naturaleza.

El daño por contaminación presenta unas notas características, como son: la involuntariedad y la imprevisibilidad y, por lo tanto, es accidental y repentino. Sin embargo, ese daño ambiental también puede ser gradual y progresivo y es aquí donde es menester analizar detenidamente su asegurabilidad, con base en los principios técnicos que gobiernan los seguros de daños.

Como afirma algún autor: “[...] Junto a esa tendencia objetivadora casi universal mediante la promulgación de leyes especiales que detraen la responsabilidad medioambiental del estrecho campo de los códigos civiles o, en ciertos casos del Derecho Administrativo, nos encontramos con una presencia aseguradora cada día más palpable. No solamente se pide, sino que también se exige, que el seguro otorgue una respuesta medioambiental. Y no se (sic) es suficiente con una respuesta parcial, ya que la cuestión se plantea como una solución global a los atentados medioambientales. Sin embargo, este requerimiento se hará insostenible, ya que pretender transferir al seguro disparates empresariales es algo absolutamente inviable, en particular cuando ni tan siquiera han (sic) sido comúnmente admitida por las prácticas generales del mercado la posibilidad de asegurar estos riesgos: Por tanto, la respuesta aseguradora es: Sí; pero ¿dónde se encuentra la frontera entre lo asegurable y lo no transferible al seguro?”²⁵⁷.

La Ley 491 de 1999 da a entender que este seguro ecológico puede consistir en un seguro de responsabilidad civil extracontractual que ampare los daños imputables al asegurado, siempre que no provengan de hechos inasegurables, de acuerdo con las voces del artículo 1055 del estatuto mercantil o que, tratándose de un seguro real, las pérdidas y daños amparados provengan de un hecho accidental, súbito e imprevisto originado por un tercero o por causas naturales.

A este respecto vale la pena precisar que de acuerdo con las voces del artículo 84 de la Ley 45 de 1990, que subrogó el artículo 1127 del Estatuto Mercantil, se dio cabida a la asegurabilidad de la culpa grave bajo el seguro de responsabilidad civil, por cuanto restringirlo a hechos y circunstancias de carácter fortuito resultaba insuficiente en relación con el amplio espectro que, habida cuenta del desarrollo científico y tecnológico, en las últimas décadas ha venido adquiriendo la responsabilidad civil²⁵⁸.

257 Pavelek Zamora, Eduardo. Op. cit., p. 210.

258 Sobre el tema véase: Soto, Ricardo Alonso. *El seguro de la culpa*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1977.

Mención de la culpa grave que tan solo tiene trascendencia respecto de la responsabilidad civil de carácter contractual como quiera que respecto de la extracontractual el criterio de la culpa es unívoco y, por lo tanto, no admite grados.

A ello quizás obedeció la mención expresa de la asegurabilidad de la responsabilidad contractual que se hace en dicho precepto. Parecería, además, como si el legislador hubiese querido legitimar el pretendido origen espúreo del seguro de responsabilidad civil, porque durante décadas se cuestionó su licitud, ya que se encaminaba a amparar la culpa del asegurado.

6.6.3. Caracteres del riesgo de contaminación

Con respecto a la asegurabilidad del riesgo de contaminación, es pertinente anotar que este tipo de amparos se han otorgado desde hace varios lustros como anexo a las pólizas de responsabilidad civil general, limitando la cobertura a la contaminación de carácter repentino y accidental.

Sin embargo, ha sido reconocido que a semejanza de lo que acontece en los amparos denominados de responsabilidad civil patronal y de productos, el riesgo no es de aparición súbita, no es de carácter estacional, sino que obedece en muchas ocasiones a procesos prácticamente imperceptibles y que por ese mismo hecho, les demanda tiempo dejar su estado de latencia y manifestarse en un perjuicio. Es lo que acontece con la denominada contaminación gradual, donde el cúmulo de emisiones repetidas termina por producir un daño y respecto de la cual, algunos sectores sostienen que si bien el hecho causante del daño era previsible, no tenía el mismo carácter el instante en que podría presentarse y, por ende, en ello radica la aleatoriedad de ese tipo de riesgo.

La doctrina también se pregunta cómo distinguir entre la contaminación accidental y la gradual, si lo accidental debe referirse a la causa o al daño mismo y, por lo tanto, qué ocurriría con la polución gradual de carácter accidental, vale decir, proveniente de un hecho fortuito e imprevisto.

Con respecto a esta última hipótesis, cabe decir que el hecho generador tiene el carácter de súbito e imprevisto y su efecto dañino permanece en estado de latencia durante un periodo, tarda en configurarse y manifestarse el daño, para que este último termine su proceso de gestación, es preciso que el hecho generador sobrevenga de manera repetida.

Cuando ese periodo de latencia entre el hecho generador y la manifestación del daño ha tomado años o décadas, se habla de la polución histórica, pero sea cual fuere la denominación que se dé a la polución o contaminación gradual, lo evidente es que el hecho generador del daño puede haber sobrevenido, pero el daño

aún no toma la suficiente entidad para hacerse perceptible, evento que a la luz de nuestra legislación es asegurable, como quiera que el artículo 4° de la Ley 389 de 1997 permite amparar hechos ocurridos con anterioridad a la vigencia de la póliza, pero que sean desconocidos para tomador y asegurado.

A ello obedece el que, en ocasiones, la doctrina haya reiterado que lo súbito, accidental e imprevisto se predica de la causa, del hecho generador y no respecto del proceso de conformación del siniestro, pues en la mayoría de causas el surgimiento de esa causa primera detona o desencadena otra multitud de causas, como consecuencia lógica y natural de la actividad y operación de esa causa primera.

En sustento de estas afirmaciones, se aduce que el cambio de condiciones atmosféricas puede provocar que los niveles que en un momento pudieron reputarse permisibles, porque prevalecían otras condiciones o circunstancias, en otro instante pueden desencadenar todo su efecto dañino, o bien la baja frecuencia de lluvias en una zona que llegare a afectar el nivel de un río puede conducir a que los desechos que a él venían vertiéndose, aumenten, de esta forma, su nivel tóxico²⁵⁹.

Estas notas distintivas de gradualidad en la producción del daño, ha conducido a cuestionar si ese tipo de riesgos pueden ser materia del seguro, teniendo en cuenta que la aleatoriedad de tales peligros, como quiera que ella desaparece una vez se ha iniciado el proceso de desarrollo del siniestro con la aparición del hecho generador.

Es que el daño en materia ambiental puede provenir de circunstancias accidentales como la rotura de una tubería, a pesar de las labores de mantenimiento preventivo que sobre ellas cumpla el empresario y sin intervención de otro factor externo, o puede obedecer al simple y gradual deterioro de la misma tubería por razón del vicio propio o germen de destrucción que llevan implícito las cosas, que no se corrige oportunamente por negligencia en las labores de mantenimiento;

259 Esto ha sido destacado por el doctrinante español Pavelek Zamora, de la siguiente manera: “Y es precisamente en la constatación del evento dañoso, del evento dañoso ambiental, cuando se avista una nueva dimensión del concepto aleatorio. En efecto, cuando se observa el llamado por el profesor Garrigues iter del siniestro en el seguro de responsabilidad civil, se comprueba una compleja sucesión de factores que determinan la puesta en juego de las garantías de las pólizas. En el campo del daño medioambiental esta cuestión alcanza una importancia nuclear ya que, desde el momento del acto que engendró el daño —el hecho generador— hasta la formulación de la pretensión indemnizatoria, puede pasar mucho tiempo, incluso generaciones. Pensando así en que el siniestro ya se ha producido en el instante de (sic) que toma vigencia la cobertura del seguro, el componente aleatorio desaparece. Es más, a la luz de las leyes del contrato de seguro, podría afirmarse que el seguro podría ser calificado de nulo, puesto que el siniestro ya se ha producido” (*Op. cit.*, p. 211).

circunstancias que no tendrían carácter asegurable por claras restricciones y por expresas limitaciones jurídicas, por lo que, si bien ambos supuestos comprometen la responsabilidad civil del empresario, la protección de la póliza se restringiría al primer supuesto.

Como ya se ha esbozado, la primera dificultad que surge respecto de la asegurabilidad de la contaminación o del daño ambiental, lo constituye el proceso mismo que se surte entre la aparición de la causa y su efecto o la manifestación del daño. Esto ha llevado a identificar distintos momentos que pueden resultar determinantes o decisivos en la generación del daño, con el deliberado propósito de establecer un límite temporal en este sentido para la cobertura del seguro.

En ese orden de ideas, se habla del hecho generador para significar la causa eficiente que lo produce, lo cual puede resultar complejo en cadenas causales donde sea difícil establecer cuál fue la determinante en la producción del daño. Ante esta complejidad, algunos aseveran que ese instante que debe reputarse determinante, no es otro que aquel en que la persona o el bien lesionado se vio expuesto a la acción de la causa del perjuicio; otros lo ubican en el instante en que el daño se materializa, y no faltan quienes lo identifican con el momento en que el perjudicado formula su reclamación.

Este tipo de dificultades en la praxis aseguradora han dado cabida a las coberturas *claims-made*, con el ánimo, principalmente, de limitar la responsabilidad temporal de los aseguradores que confieren este tipo de amparos.

6.6.4. El riesgo ocurrencia vs. el riesgo descubrimiento

Las hipótesis antes mencionadas de exposición, materialización y reclamación encontraban una cortapisa en el denominado principio de la ocurrencia y en la dificultad para encajar dentro de la protección del seguro estos siniestros, denominados por algunos doctinantes extranjeros como de “duración” o de “cola larga” (*long tail*), caracterizados porque el proceso de gestación del siniestro podía obedecer a largos períodos; por lo general, comenzaban a gestarse en una vigencia del amparo, producían algunas manifestaciones dañinas en la siguiente y culminaban su efecto nocivo en otra u otras vigencias posteriores.

De manera categórica, se afirmó que la definición del siniestro como el descubrimiento de un hecho vulneraba los términos legales de prescripción para las acciones derivadas del contrato de seguro, porque la ordinaria comenzaba a correr desde el momento en que se descubriera o se hubiera descubierto el siniestro, y la extraordinaria empezaba a contarse desde cuando hubiera ocurrido el siniestro y

discurría en contra de los incapaces o del asegurado o beneficiario que no pudo tener conocimiento de la realización del riesgo.

En auxilio de la tesis, se esgrimía que el artículo 1072 del citado código dispone: “se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado”, y el vocablo realización significa “acción y efecto de realizar o realizarse” a su turno, realizar consiste en “efectuar, hacer real y efectiva una cosa”. De manera que si el riesgo asegurado se define como el descubrimiento de un hecho y tal descubrimiento no se presenta, no habría amparo, pues no podría hablarse de siniestro de conformidad con la noción de él consignada en la ley. Esto determinaría una contradicción en cuanto a la prescripción extraordinaria, porque si el asegurado o el beneficiario no conocieron o no pudieron conocer la ocurrencia del riesgo, la ley no instituye su desamparo, sino que ordena que respecto de ellos corra solo la prescripción extraordinaria. Además, dado el carácter de mandato contenido en el artículo 1081 del ordenamiento mercantil, nada puede contra su imperio la voluntad de las partes, ni siquiera si no existiera la prohibición del inciso final de ese precepto²⁶⁰.

De manera que ante esas circunstancias, se hizo imperioso, para un cabal cubrimiento de los hechos pretéritos que hubieran podido materializarse, pero que resultaban desconocidos para tomador, asegurado y asegurador, ajustar nuestro marco normativo a esas nuevas realidades que ya habían sido acogidas en los mercados internacionales de reaseguro y fue así como el artículo 23 de la Ley 35 de 1993 permitió expresamente el aseguramiento sobre la base del descubrimiento de un hecho, de manera específica para ciertos riesgos. En efecto, ese precepto dispuso: “En los seguros que tengan por objeto el amparo de los riesgos propios de la actividad financiera, se podrán asegurar, mediante convenio expreso, los hechos pretéritos cuya ocurrencia es desconocida por tomador y asegurador”.

Por su parte, el Decreto 663 de 1993 contentivo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en términos semejantes, reiteró esa permisión de amparar, respecto de la actividad financiera, los hechos pretéritos. En el artículo 185 dispuso: “[...] 3. Riesgos de la actividad financiera. En los seguros que tengan por objeto el amparo de los riesgos propios de la actividad financiera, se podrán asegurar, mediante convenio expreso, los hechos pretéritos cuya ocurrencia es desconocida por tomador y asegurador”.

260 Narváez Bonnet, Jorge Eduardo. “El concepto de riesgo y el seguro global para entidades financieras”. Revista de Derecho Económico, año VII, no 15. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1992, pp. 88 y ss.

Ese desarrollo obtuvo una mayor profundización cuando la Ley 389 de 1997 hizo extensiva a los seguros de manejo y riesgos financieros y al de responsabilidad, la posibilidad de asegurar hechos pretéritos, que, aunque ya se hubieran materializado (artículo 1054, *ibídem*), fueran desconocidos por tomador y asegurador.

En efecto, el artículo 4 de dicha ley dispuso: “En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación”.

Esa misma disposición en el inciso 2º añadió: “Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años”.

Esta disposición está ampliamente justificada, pues la evidencia es que en el campo de la responsabilidad civil, como ya se expuso en apartes anteriores, es también frecuente que entre el hecho generador, la materialización o manifestación del daño y la reclamación resarcitoria de la víctima discurran un sinnúmero de años, razón por la cual resulta de bastante complejidad establecer a que anualidad del seguro de responsabilidad debía imputarse la reclamación.

6.6.5. Las coberturas *claims made*

Como es sabido, bajo este tipo de coberturas, lo que se pretende es limitar la garantía del asegurador a los reclamos que se formulen durante la vigencia del amparo y, por lo tanto, eximirlo de reclamos que puedan tener un periodo de latencia prolongado, con el alivio consiguiente en sus provisiones para siniestros incurridos pero no reportados (IBNR).

Esta modalidad de aseguramiento se originó a raíz de cuantiosísimas pérdidas que tuvo que asumir la industria aseguradora foránea por casos como el de asbestosis, una afección respiratoria cuyo periodo de gestación puede tomar de 30 a 45 años por estar la persona expuesta al asbesto o amanto que es utilizado para la producción de tejidos, forros para frenos y objetos de fibrocemento. Se ha determinado también que el amanto también puede causar cáncer en los bronquios.

Es también muy conocido el caso de vertimiento de residuos tóxicos que realizó la Shell entre 1952 y 1982 en unos predios de su propiedad en Denver, Colorado y que terminaron contaminando el agua, la flora y fauna, al igual que el caso del medicamento denominado talidomida en Alemania que ocasionaba

malformaciones en los hijos nacidos de personas que hubieran ingerido ese tipo de tranquilizante.

En una primera etapa, se pretendió que las pólizas que operaban bajo el sistema de ocurrencia fueran modificadas, ampliando el periodo de reclamación con respecto a hechos ocurridos con anterioridad a la expiración de la vigencia de dicha póliza y supeditado a que el asegurado estuviera imposibilitado de obtener una cobertura de la misma naturaleza o similar para una nueva vigencia.

Otra modalidad consistió en el establecimiento de una fecha retroactiva para amparar a partir de ese momento los hechos que hubieran ocurrido con posterioridad a dicha fecha retroactiva, pero que se manifestaran o descubrieran durante la vigencia de la póliza.

Sin embargo, ambas soluciones resultaban insuficientes con respecto a reclamos cuyo periodo de latencia pudiera ser prolongado, como suele suceder con frecuencia en reclamos de responsabilidad civil general, productos, profesional y patronal. Desde el punto de vista jurídico, eran además controvertibles respecto de las disposiciones que regulan los plazos de prescripción.

Por manera que, en Colombia la Ley 389 de 1997 abrió la posibilidad de otorgar coberturas, en el ramo de responsabilidad civil, bajo una nueva concepción del riesgo asegurable que ya venía haciendo carrera en algunos mercados internacionales como una opción para brindar protección bajo los amparos de responsabilidad para la denominada responsabilidad profesional y responsabilidad productos, vale decir, sobre la base de *claims made* o de reclamaciones formuladas durante la vigencia o durante un tiempo posterior determinado, ya fueran o no consecuencia de hechos acontecidos durante la vigencia del amparo.

Modalidad que en otras latitudes continúa siendo materia de amplios debates por la predominancia que a nivel legislativo ha tenido el principio de ocurrencia, de manera casi generalizada, y que en algunos ha conducido a que se decrete su nulidad por parte de los organismos jurisdiccionales. La evidencia es que la modalidad de *claims made* surgió en los Estados Unidos de Norteamérica en la década de los sesenta y comenzó a utilizarse de forma más amplia en el mercado continental europeo a finales de la década de los ochenta.

Esta alternativa de *claims made* posee diversas variantes, como las siguientes:

- Reclamaciones presentadas durante la vigencia del amparo y por hechos ocurridos con anterioridad a la fecha de inicio de vigencia, pero sin exceder de doce meses.

- Reclamaciones sometidas a consideración del asegurador durante la vigencia del amparo y con posterioridad a una fecha retroactiva, anterior a la de inicio de vigencia de la póliza.
- Reclamaciones realizadas durante la vigencia del amparo y sin restricción alguna en cuanto a hechos ocurridos con anterioridad al inicio de vigencia de la póliza o, dicho de otra forma, sin fecha retroactiva que restrinja la operación del amparo.

Sin duda, la última fórmula expuesta brinda el amparo más amplio y, por lo tanto, resultaría ser la más adecuada para contar con la cobertura de mejor calidad, que puede lograrse dentro de este esquema de aseguramiento de *claims made*.

En síntesis, por regla general, el ámbito temporal de una póliza de seguro lo determinan las fechas de inicio y de expiración señaladas en el cuerpo de la misma; premisa que se cumple a cabalidad cuando se trata de pólizas que operan sobre la base de pérdidas ocurridas o acaecidas durante su vigencia (“base ocurrencia” u *occurrence basis*). Sin embargo, no sucede lo mismo cuando la póliza ampara las pérdidas descubiertas durante la vigencia de la póliza, a pesar de derivarse de hechos ocurridos antes de dicha vigencia (“base descubrimiento” o *discovery basis*); o cuando la cobertura se restringe a las reclamaciones presentadas durante el término de vigencia de la póliza, o sistema conocido como *claims made* (“base reclamaciones” o *claims made basis*).

En tales supuestos, la cobertura de la póliza opera de manera retrospectiva, en el entendido de que la póliza respondería por pérdidas descubiertas o reclamaciones hechas durante la vigencia de la póliza que deriven de hechos que ya hubieren tenido lugar al momento de inicio de la vigencia de la póliza, pero que sean desconocidos para tomador y asegurador. Así las cosas, la cobertura con “base descubrimiento” o con base *claims made*, adquieren operancia respecto de hechos pretéritos que sean desconocidos para tomador y asegurador, y sus efectos se retrotraen hasta la denominada “fecha retroactiva” que suele coincidir con la fecha en la que inicialmente el asegurado adquirió la protección del seguro que está negociando o renovando sucesivamente; de manera que, bajo esta hipótesis, la cobertura se extendería a las pérdidas ocurridas con posterioridad a dicha fecha retroactiva y descubiertas o reclamadas durante la vigencia que se encuentre en curso.

Para amparar esos hechos pretéritos bajo las modalidades de descubrimiento y *claims made*, existe otra modalidad de amparo distinta a la de “fecha retroactiva” y que también funciona de manera retrospectiva, que se presenta cuando la cobertura por descubrimiento o *claims made* opera sobre la base de la llamada “cláusula de limitación de descubrimiento” (conocida en inglés como *discovery limitation*

clause), que puede encontrarse incorporada como anexo de la póliza (que es la práctica más reciente) o corresponder a una exclusión (así ocurría hace más de una década). En virtud de tal cláusula, se suprime la “fecha retroactiva” o, si se quiere, se otorga amparo hacia atrás en forma ilimitada, por lo que no importa en qué momento del pasado hubiere ocurrido la pérdida, pues lo único determinante es que se haya descubierto o se presente la reclamación en la vigencia en curso, según sea el caso y, por supuesto, se da por descontado el desconocimiento absoluto por parte del tomador del amparo de hechos o circunstancias que hubieran dado, o pudieran dar lugar a reclamo.

De lo expuesto se colige que la “cláusula de limitación de descubrimiento” constituye una ventaja muy importante para el asegurado, ya que el eventual conocimiento que hubiere tenido el asegurado de los hechos o circunstancias que dieron lugar al reclamo, no daría lugar a la invalidez o nulidad del contrato en su totalidad por “reticencia” o “inexactitud”, sino que le restaría efectividad al amparo respecto del reclamo en cuestión, habida cuenta que operaría una “exclusión” o “ausencia de cobertura” de ese siniestro particular, y no un problema de nulidad o invalidez del contrato de seguro. De modo que el seguro seguiría surtiendo efectos y, por tanto, continuaría amparando riesgos que pudieran dar lugar a otros siniestros y que se derivaran de hechos ocurridos con anterioridad a la vigencia de la póliza, siempre y cuando los hechos o circunstancias fueran absolutamente desconocidos para el tomador y asegurador.

Por esa razón, la cláusula de limitación de descubrimiento expresa que no habrá obligación de parte de la aseguradora con respecto a ningún reclamo que provenga de cualquier circunstancia u ocurrencia que hubiere sido notificada bajo cualquier otra póliza de seguros que hubiera estado vigente con anterioridad al inicio de la póliza; o cuando se derive de cualquier circunstancia u ocurrencia conocida por el asegurado antes de la iniciación del amparo y que hubiera omitido poner en conocimiento de la compañía a la iniciación del amparo.

Cláusulas de limitación de descubrimiento acordes con el hecho de que el riesgo es un hecho futuro e incierto y, por lo mismo, los hechos ciertos, al no constituir riesgos, son ajenos al contrato de seguro. En la praxis, las pólizas sobre la base de descubrimiento o de *claims made* siempre contienen, o bien una fecha retroactiva para limitar esa cobertura retroactiva o retrospectiva hasta una fecha pasada en particular, u, opcionalmente, una cláusula de limitación de descubrimiento para dejar abierta esa retrospectividad de manera ilimitada. Cuando son límites asegurados de consideración, es factible encontrar que las capas que integran dicho límite, para efectos de colocación de reaseguro, pueden llegar a tener fechas retroactivas diferentes o contar con cláusulas de limitación de descubrimiento en las capas inferiores y fechas retroactivas en las capas superiores, pues, además, estas

últimas suelen tener un mayor tamaño o límites superiores en comparación con esas capas inferiores.

Aunque el propósito que cumplen las coberturas sobre la base de *claims made* es loable, porque pretende brindar la cobertura asegurativa en aquellos riesgos expuestos a siniestros que en su configuración puedan tomar lapsos extensos, a nivel universal hay quienes las consideran gravosas para el asegurado. En nuestro medio, el jurisconsulto colombiano Javier Tamayo Jaramillo ha expresado que “[...] nos parece lesiva para los intereses del asegurado una cláusula en la que se condicione el pago del seguro al doble hecho de la ocurrencia del daño y de la reclamación del perjudicado durante la vigencia del seguro. La naturaleza del daño, de su exteriorización y de su reclamación, deja prácticamente sin contenido el contrato de seguro. En la mayoría de los casos, las acciones en responsabilidad contra el asegurado solo prescriben muchos años después de ocurrida la conducta del asegurado o de producido el daño o su aparición. De allí que, casi nunca, las reclamaciones contra el asegurado se hagan dentro de la vigencia del seguro que en muchos países es solo de un año”²⁶¹.

Estas consideraciones explican por qué las coberturas de responsabilidad civil operan bajo la base de *claims made* y, de esta forma, es el medio idóneo de operación de los amparos relativos a daños o lesiones al ambiente.

6.6.6. La cláusula de siniestros en serie

Sin embargo, si el asegurador acudiera tan solo a la fórmula de *claims made* para solucionar el cúmulo de responsabilidades que pudiera llegar a tener, resultaría insuficiente, y de ahí el cometido que satisface la estipulación conocida como cláusula de siniestros en serie.

Dicha estipulación, como se afirmó líneas atrás, surgió como un mecanismo para solucionar o cuando menos aliviar el problema de cúmulo de responsabilidades bajo las coberturas de seguros, el cual se presentaba, fundamentalmente, cuando en los seguros patrimoniales una misma causa que aparecía a intervalos regulares provocaba tantos siniestros como número de ocasiones en que hiciera su aparición, con otro aditamento y es que muchas pólizas de seguro preveían el resta-

261 “La responsabilidad civil por productos defectuosos y su aseguramiento”. *Revista Iberoamericana de Seguros*, no. 12, 1998, p. 85. Sobre las inquietudes que despiertan este tipo de cláusulas, véase: Verderra y Tuells, Evelio. “La cláusula *claims made* ante la jurisprudencia del T.S.: Una primera revisión crítica”. En: *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*. Madrid: Musini, 1994, pp. 77 y ss.

blecimiento automático de la suma asegurada en caso de siniestro, supeditado al pago de una prima adicional.

Bajo la cláusula de siniestros en serie, lo que se pretende es limitar la responsabilidad del asegurador, considerando como un solo siniestro todas aquellas eventualidades que se originen o provengan de una misma causa o como gráficamente exponen algunos suscriptores de riesgos especialistas en la materia, que todos los reclamos de la serie se reputen como un solo reclamo.

Con respecto a la operación de esta cláusula, surge la inquietud de si la serie que ha iniciado con anterioridad a la vigencia de la póliza o si esta continúa con posterioridad a la expiración del amparo, es materia de la cobertura del seguro. Dicha inquietud en nuestro medio la responde el artículo 1073 del Estatuto Mercantil, cuyo tenor es el siguiente: “Si el siniestro, iniciado antes y continuado después de vencido el término del seguro, consuma la pérdida o deterioro de la cosa asegurada, el asegurador responde del valor de la indemnización en los términos del contrato. Pero si se inicia antes y continúa después que los riesgos hayan principiado a correr por cuenta del asegurador, este no será responsable por el siniestro”.

De manera que como respuesta al eventual cúmulo de responsabilidades que pudiera presentarse como consecuencia de la acción reiterada de una misma causa, se ha dado cabida a la cláusula de siniestros en serie, pero de forma complementaria se acude al expediente de limitar el número de restablecimientos bajo las pólizas, o de expresar las sumas aseguradas en términos de límites de responsabilidad agregados para la anualidad contratada.

Un ejemplo típico de la cláusula en cuestión, es el siguiente: “cuando las pérdidas o daños presentados durante la vigencia de esta póliza, provengan de una misma causa, serán reputados como un solo siniestro para todos los efectos de este contrato de seguro, el cual se tendrá como ocurrido en el momento en que se presente la primera pérdida o daño”.

Estas consideraciones permiten colegir que es muy factible que las coberturas que lleguen a comercializarse en nuestro medio para otorgar protección bajo el denominado seguro ecológico —además, es factible que tarden todavía una década en aparecer, por la fase primigenia en que todavía se debate en los países más desarrollados— se estructuren bajo la modalidad de *claims made* e incluyan dentro del condicionado la cláusula de siniestros en serie y supediten la responsabilidad hasta concurrencia de un límite agregado para la vigencia, establecido de antemano.

6.6.7. El daño ambiental puro

Dentro del esquema del nuevo seguro ecológico, la ley permite que las pólizas excluyan el daño ambiental puro, a menos que “se logre la colocación del reaseguro para determinados eventos de esta naturaleza” (Ley 491 de 1999, artículo 2º, inciso 2º).

El daño ambiental puro no es definido en el texto de la ley, pero por tal debe entenderse aquellos detrimentos que sufre el medio ambiente en sí mismo, pero cuyo efecto dañino no se proyecta hacia la esfera de intereses particulares que puedan individualizarse y permitan su valoración monetaria, sino que atenta y lesiona intereses de carácter colectivo²⁶².

Por contera, el concepto tradicional de indemnización no es aplicable a ese daño ambiental que involucra intereses colectivos, porque se trata de bienes que no tienen un valor comercial, y por ello se propugna por hablar de reparación *in natura* o de recuperación porque los daños resultan inconmesurables, aunque sí es cuantificable el valor de las actividades necesarias para poner el medio de la forma más cercana posible al estado que presentaba en el instante inmediatamente anterior a ocurrir el daño. La sanción al responsable conlleva imponerle la recuperación del medio y, en caso de no ser posible, habrá de ejecutar medidas compensatorias, pues como el elemento no puede ser recuperado o mitigado, debe ser reemplazado por otro de naturaleza semejante²⁶³.

262 En esa forma se expresan los autores argentinos Héctor Miguel Soto y Claudio J. Horst Speyer:

“En ese sentido los ‘daños ambientales’ agravian a la humanidad entera y afectan su patrimonio común.

Pero en muchas ocasiones de esos daños ambientales que agravian a la humanidad y que afectan su patrimonio común, se derivan, además, ‘daños particulares’ a ciertas personas en especial.

Vemos que la contaminación de un lago siempre constituye un ‘daño ambiental’ que afecta la comunidad como tal.

Pero también vemos que si de esa contaminación del lago se produce una mortandad de peces la misma ocasionará, además, ‘daños particulares’ a quienes se dedican a la explotación de esa riqueza.

En el ejemplo utilizado la contaminación del lago constituye el ‘daño ambiental’, y el perjuicio de quienes desarrollan una explotación pesquera en el lago constituye el daño particular sufrido por personas ‘en especial’ derivado de aquel daño ambiental” (“El seguro como instrumento eficaz para la prevención y reparación del daño ambiental y de los daños particulares”. *Revista Ibero-latinoamericana de Seguros*, no 9. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1996, p. 133).

263 Por su parte, el jurisconsulto español Eduardo Pavelek Zamora al referirse a la extensión del daño ambiental, afirma: “Los seguros de responsabilidad civil asumirán obligaciones pura-

La reparación del daño ecológico es lo que prima y, por lo tanto, la indemnización habría de orientarse hacia la reparación específica o *in natura*, debe encaminarse hacia la remoción de la causa del daño y a propender porque el entorno y los bienes afectados se coloquen en una situación similar a la que poseían en el instante inmediatamente anterior a sobrevenir el daño.

Por la misma naturaleza del daño ambiental, lo procedente en primera instancia es la reparación *in natura*, y solo procedería la indemnización en dinero cuando dicha reparación resulte imposible, estimación en dinero que puede revestir de la mayor complejidad y que sin duda no es el fin primordial que se busca en este tipo de responsabilidad civil y que, por lo tanto, tampoco es lo que en esencia se pretende mediante la contratación de pólizas de seguro que la amparen. De acuerdo con el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, la reparación debe ser integral y en equidad²⁶⁴ y es donde surge la inquietud sobre los parámetros que deben atenderse para la valoración del daño ambiental²⁶⁵.

mente indemnizatorias, pero también, aspecto característico del daño ambiental, obligaciones de hacer: reponer el bien afectado a su situación anterior.

De esta forma habrá que limpiar los terrenos de sustancias contaminantes mediante tratamientos específicos, regenerar las aguas utilizando complejos procesos técnicos, reforestar los bosques, repoblar la zona afectada con nuevas especies animales, reinstaurar el paisaje, en fin todas aquellas acciones encaminadas a la restitución del medio ambiente alterado.

Pero junto a elementos con una clara referencia material en términos de mercado, —la madera, los cultivos, el terreno—, se aprecia el componente ecológico de los recursos afectados en cuanto la interacción de diferentes ecosistemas que no tienen una clara traducción en valor económico; una especie de daño moral de la naturaleza hacia la que el seguro y, en general, la industria no reacciona muy positivamente al poder alcanzar a consecuencias patrimoniales insospechadas y comprometer el desarrollo económico.

El daño ecológico viene así determinado con unos perfiles muy difusos que incluso, cuando se incluyen en normas especiales de responsabilidad civil medioambiental como el Convenio de Lugano, se define en forma negativa como aquel daño que no es ni corporal ni material y que, en cualquier caso, se envuelve con un ropaje difuso de daños a los *res communis omnium* o a los *res nullius* (“La cobertura del riesgo medioambiental en las pólizas de responsabilidad civil general”. *Revista Iberoamericana de Seguros*, no 11, 1998. Santafé de Bogotá, pp. 218 y 219).

264 El artículo en cita es del siguiente tenor: “Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y alas cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

265 Respecto de la dificultad para cumplir con el principio de reparación integral del daño, el juriconsulto venezolano Alberto Blanco-Urbe Quintero esboza los mecanismos de reparación, así: “1. La reconstitución, restablecimiento o restauración exige el monitoreo constante de los bienes ambientales, su vigilancia permanente y la práctica regular de los estudios de impacto ambiental, a fin de conocer con detalle el statu quo ante, para reobtenerlo cuando ello sea técnicamente posible. 2. La reparación por la introducción de bienes equivalentes constituye el meca-

nismo sustituto ideal del anterior, cuando es imposible retomar los bienes ambientales al estado anterior. 3. La evaluación 'forfaitaire' del daño ambiental destinada a los casos de poca gravedad, asimilable a las multas administrativas, se aplica por ciertas reglamentaciones extranjeras para proteger la vida animal y vegetal al establecer un monto preconcebido por la depredación o destrucción de individuos aislados. 4. La evaluación equitativa de los daños efectuada por el juez, tal como ocurre en el derecho civil ordinario. 5. La evaluación realizada por los organismos encargados de la gestión de cada bien ambiental, donde existen agencias especializadas. Y 6. La negociación directa con el autor del daño, lo cual excluye la transacción propiamente, pues la reparación incompleta del daño ambiental equivale a ausencia de reparación". Y con respecto a la falta de adaptación de esos criterios a la valoración de los bienes ambientales comunitarios degradados, concluye de la siguiente forma: "Es fundamental que la comunidad tenga conciencia del *valor social intrínseco del ambiente, por cuanto la evaluación del daño vendrá dada por la diferencia de calidad entre las funciones ambientales, antes y después de la degradación*. La cuantía del daño por indemnizar, entonces, de no ser posible la restauración, se determinaría por el monto estimado que los beneficiarios de los bienes afectados estarían dispuestos a pagar para mantener el ambiente en su estado anterior". Enseguida agrega: "Para algunos, sin perjuicio de otras técnicas de evaluación, esto se lograría gracias a un modelo econométrico realizado a partir de las respuestas a un cuestionario de una muestra representativa de los miembros de la comunidad interesada, del cual surgiría el valor social promedio, para un momento, lugar y comunidad en concreto, del bien ambiental afectado. Se critica la lentitud de este método utilizado en estrategia comercial y en investigación social, que tendría que adaptarse a los lapsos procesales, pero sin duda nadie objeta lo fiable de sus resultados". Y concluye: "Por tanto, a la hora de reparar el daño ambiental sería indispensable atender esencialmente a la restauración o sustitución de los bienes ambientales afectados y, de no ser ello posible, aplicar los métodos de determinación del valor por indemnizar, monto que deberá destinarse a la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente, bajo el control del juez, en vía de ejecución de sentencia. Como es natural, los gastos de restauración o sustitución y los de evaluación del daño, en general, también deben ser indemnizados por el demandado, así como los perjuicios económicos asociados a los hechos y que se calculan por los métodos tradicionales" (*La reparación del daño ambiental en Venezuela*. En: II Jornadas Internacionales en Derecho del Medio Ambiente "Responsabilidad por daños al medio ambiente". Bogotá: Universidad Externado de Colombia e Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2000, pp. 83 y 84). Sobre la falta de un valor de cambio para el ambiente, resultan de interés caben las siguientes consideraciones: "Los economistas han ideado entonces dos clases generales de métodos para medir lo que la gente estaría dispuesta a pagar por el medio ambiente si existiera un mercado.

En el primer método, de 'preferencia revelada', se analiza el comportamiento del consumidor con respecto a bienes asociados con el medio ambiente y de ello se infiere el valor de este. La demanda de un aspecto ambiental dado se 'revela' por la demanda del bien asociado. En el segundo enfoque, de 'preferencia hipotética', los consumidores expresan directamente sus valuaciones ambientales, pero no en situaciones reales, sino hipotéticas, en las que pueden pagar por un aspecto ambiental particular (o recibir compensación por la pérdida del mismo) y luego se les pregunta cuánto consideran que vale.

El método de preferencia revelada ha sido ampliamente usado para medir el valor de la contaminación del aire y el ruido, y los paisajes especialmente bellos cercanos a las casas de la gente. En una casa, estas características incluyen la calidad del aire en la localidad, los niveles de ruido y contaminación. Se asume que si dos casas se encontraran en oferta y fueran idénticas, excepto

En sentido estricto, pueden existir daños de carácter ecológico que no sean resarcibles y por ende indemnizables bajo la póliza de seguro. Este tipo de daños son aquellos que resultan insignificantes o se encuentran dentro de los parámetros de tolerancia establecidos en la legislación, o mediando autorización de la administración no se han vulnerado los límites establecidos en ella para la ejecución de la respectiva actividad, o bien se ubican por debajo del deducible previsto en la póliza. Sin embargo, debe reconocerse que el daño ambiental también puede provenir de actos que en apariencia pueden ser lícitos, en virtud del desconocimiento que pueda tenerse en un momento dado de los efectos nocivos de un elemento o sustancia y que como se afirmó líneas atrás configuran lo que se denomina riesgos de desarrollo.

Esto explica por qué algunos sectores de la doctrina propendan porque esa autorización de la administración no sea una eximente de responsabilidad para el empresario y que aboguen porque la exoneración opere si este logra acreditar que el daño obedeció a actos u omisiones de terceros o al advenimiento de una causa extraña o circunstancias constitutivas de fuerza mayor.

En las regulaciones relativas al medio ambiente se contemplan márgenes de tolerancia, que se establecen con respecto a las inmisiones a la atmósfera y, en consecuencia, cuando no superan tales niveles, se excluiría la ilicitud y por ende no se configuraría responsabilidad alguna.

Sin duda, todas estas apreciaciones ponen de manifiesto que el daño ecológico reviste la mayor complejidad; comprende la lesión efectivamente causada, ya se lesione un interés individual o colectivo, y el detrimento que a corto, mediano o largo plazo se producirá como consecuencia de los hechos o sustancias contaminantes (perjuicio cierto no consolidado). Además, algunos doctrinantes afirman que la lesión al medio ambiente cobija la exposición al peligro y, por lo tanto, la eliminación o supresión del peligro está comprendida dentro de la reparación del daño.

6.6.8. La obligatoriedad del seguro ecológico

Como ya se aseveró, la Ley 491 de 1999 estableció la obligatoriedad de este seguro para aquellas actividades que puedan generar detrimento ambiental y que requie-

porque una estuviera localizada al lado de un aeropuerto, el precio de las dos difería por el valor que la gente le da a la paz y al silencio” (Silva Hernández, Gabriel Mauricio, Fabio Corredor Luengas, Juan Pablo Peñuela Vélez, y Nohora Ramírez Tovar. *Proyecto de seguro del medio ambiente* (tesis de grado), Facultad de Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997, pp. 112 y 113).

ran licencia ambiental, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes, aspecto que se examina enseguida.

Como es bien sabido, los permisos o licencias ambientales son concedidas con previo estudio, debidamente sustentado, sobre el denominado impacto ambiental que pueda tener la obra o la actividad que va a desarrollar, con el objeto de que la autoridad ambiental pueda precaverse contra el detrimento de los recursos naturales, el ambiente y el paisaje; se trata de evitar la degradación del ambiente y, por lo mismo, lo que se pretende tutelar es la supervivencia, la vida misma. Los objetivos, alcances y contenido del estudio de impacto ambiental se encuentran reglamentados en detalle en los artículos 22 y siguientes del Decreto 1753 de 1994.

De acuerdo con la Ley 99 de 1993: “se entiende por licencia ambiental la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de una obra o actividad, sujeta al cumplimiento por el beneficio de la licencia de los requisitos que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada” (Ley 99 de 1993, artículo 50; Decreto 1753 de 1994, artículo 3º y Resolución 655 de 1996 del Ministerio del Medio Ambiente).

Es de tal trascendencia la licencia ambiental, que el incumplimiento de los compromisos adquiridos por el peticionario faculta a la autoridad ambiental para hacer uso del recurso extraordinario de revocatoria, sin que precise del consentimiento expreso y escrito del respectivo titular (Ley 99 de 1993, artículo 62 y Decreto 1753 de 1994, artículos 33 y ss.).

6.6.9. La estructura del seguro ecológico

Es preciso señalar que se trata de un seguro de daños y particularmente un seguro de responsabilidad civil, lo que permite que pueda operar con base en reclamaciones presentadas por primera vez dentro de la vigencia del seguro. La víctima tiene acción directa contra el asegurador, es decir, tiene la calidad de beneficiario bajo la póliza el titular de los derechos afectados por el daño o sus causahabientes, lo que incluye tanto a personas naturales como a personas jurídicas, de Derecho privado o de Derecho público.

Por lo demás, no requiere un pronunciamiento judicial para que opere el seguro, pues la responsabilidad se puede acreditar extrajudicialmente, lo cual guarda consonancia con el principio de libertad de medios de prueba que es el prevalente en nuestra regulación en materia probatoria.

De otra parte, tiene el carácter de asegurado quien desarrolle actividades humanas que le puedan causar daños al ambiente y que requieran licencia ambiental y,

de contera, abarca personas naturales y jurídicas que aparezcan como tales en la respectiva póliza, mientras que tienen el carácter de beneficiarios “los titulares de los derechos afectados por el daño o sus causahabientes”, es decir, toda persona a quien le sea ocasionado un detrimento patrimonial.

La suma o límite asegurado no constituye límite de responsabilidad respecto del daño ocasionado al tenor del artículo 8° de la Ley 491 de 19999 y lo cual significa que la responsabilidad opera aun en exceso de las sumas aseguradas y hasta concurrencia de los daños, lo cual genera una ruptura respecto de lo que el límite asegurado o la suma asegurada tienen como función en el marco de la actividad y del contrato de seguro, que no es otra cosa que fijar un guarismo que representa la responsabilidad máxima del asegurador y cuya importancia para la labor de dispersión de riesgos que cumple el asegurador es determinante, no solo para adecuarse a los niveles propios de su capacidad patrimonial, sino también para satisfacer disposiciones reglamentarias existentes a ese respecto.

El amparo se refiere a los perjuicios económicos determinados como consecuencia de daños ecológicos, producidos por un hecho ambiental súbito o imprevisto, y en este sentido comprende, la responsabilidad por perjuicios patrimoniales causados (daño emergente y lucro cesante), los gastos para aminorar o neutralizar el daño; los gastos para evitar la pérdida, así como también los gastos de defensa y costos que conlleve el respectivo proceso, ya sea de carácter civil, penal por delitos culposos o procesos administrativos. De la misma manera, el amparo se extiende a los honorarios de abogado, las cauciones judiciales y cualquier eventual condena en costas en un proceso civil o administrativo.

En lo relativo a las principales exclusiones, estas se refieren a responsabilidad objeto de cobertura por otras pólizas de seguro; dolo, culpa grave y actos meramente potestativos del tomador o asegurado; daños relacionados con energía nuclear o contaminación radiactiva; daños por guerra civil o internacional declaradas; multas o sanciones de cualquier naturaleza; daños por actividades desarrolladas con sustancias situadas por fuera de los predios o recintos asegurados; daño ambiental puro y el cual la ley permite que se excluya, a menos que se logre la colocación de reaseguro para ciertos eventos de la naturaleza.

A este último se le define como el detrimento que ocasiona alteración en el ambiente y en los recursos naturales y que le lesiona el interés de la comunidad y en este sentido, algunos lo consideran como una especie de daño moral a la naturaleza, el cual se excluye porque exigiría una reparación *in natura* encaminada a remover la causa del daño y a restablecer el entorno a una situación similar a la que tenía antes de sobrevenir el daño, lo que puede resultar difícil de medir en términos económicos y muy gravoso al momento de resarcir ese daño.

Es factible extender la cobertura a través de anexos, tales como: daños causados por actividades desarrolladas fuera de los predios asegurados; contaminación que provenga de terrenos que sean o hayan sido utilizados para vertido de desechos o residuos; y costos de limpieza en predios del asegurado.

Para la operación de la póliza al momento de acaecer un siniestro, valga decir, un hecho materia de amparo, es preciso que el asegurado surta el aviso de siniestro, inmediatamente y por escrito a la autoridad ambiental y a la aseguradora, como quiera que de conformidad con la Ley 491 de 1999, a la administración le corresponde investigar y constatar la relación de causalidad entre la conducta del agente y el daño. A este respecto conviene anotar que la carencia de recursos humanos, económicos y tecnológicos puede conducir a que dichas labores no permitan tutelar adecuadamente los intereses individuales y los superiores de la colectividad.

En lo atinente a la demostración de la cuantía del daño, es menester relieves que tiene plena vigencia el principio de libertad probatoria que consagra el artículo 187 del estatuto procedimental civil, con la innovación de que el dictamen de la autoridad ambiental certifica la ocurrencia y cuantía del daño y que en cuanto constituye acto administrativo, es impugnabile por la vía gubernativa o mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

A este respecto, baste recordar que en caso de lesiones a las personas, el daño resarcible lo componen los gastos médicos y hospitalarios; los perjuicios por cesación o disminución de la actividad productiva; el aumento de requerimientos de la víctima como consecuencia de las lesiones recibidas; los gastos funerarios; y si de terceros dependientes se trata, las pensiones de alimentos durante su vida esperada y el tiempo en que la víctima estaba obligada a proveerle alimentos.

En materia de daños a bienes, comprende el costo de reparación o reposición, y el daño ambiental puro, de llegar a cubrirse, implicaría el costo de restauración *in natura* del medio ambiente dañado.

Por lo demás, el destino de la indemnización, en el caso de la persona de Derecho privado, no existe limitación o restricción alguna, mientras que respecto de personas de Derecho público, habrán de orientarse a la reparación, reposición o reconstrucción de los recursos naturales o ecosistemas deteriorados, y en el supuesto que no sea posible, habrán de destinarse tales recursos a proyectos ecológicos o ambientales de especial interés para la comunidad afectada.

7. La acción directa de la víctima contra el asegurador

Como es bien sabido, nuestro legislador, con bastante apego al principio de relatividad de los negocios jurídicos *res inter alios acta*, inicialmente, no concedió a la víctima del daño acción directa contra el asegurador, quizás de acuerdo también con los desarrollos legislativos que para la época de promulgación del Código de Comercio de 1971 se tenían, y por considerar suficiente la figura del llamamiento en garantía, prevista bajo el ordenamiento procedimental civil.

Sin embargo, el desarrollo que ha tenido la temática de la responsabilidad civil, fundamentalmente en las últimas dos décadas, en donde la principal preocupación, en algunos lugares del globo, ha radicado en la reparación del daño y en el afán de mantener indemne a la víctima, ha conducido no solo a que se hayan adoptado diversas variantes en punto de la responsabilidad civil, sino también con respecto al seguro de esta.

Hoy en día, la mayoría de las legislaciones le reconocen al tercero perjudicado un derecho propio y, por lo mismo, lo legitiman para accionar contra el asegurador y ello con el ánimo de garantizar que la víctima se mantenga indemne y sea resarcida de forma oportuna.

Por supuesto, ese resultado fue el producto de audacias doctrinales y jurisprudenciales que pretendían que el daño sufrido por la víctima fuera efectivamente indemnizado. En algunos países se elaboraron tesis basadas en la denominada acción indirecta u oblicua que en el Derecho común está prevista para tutelar los derechos de los acreedores, en virtud de las cuales se esgrimía que el perjudicado se subrogaba en los derechos del asegurado contra el asegurador, en virtud de la existencia de la póliza de responsabilidad civil.

Esta postura de reconocer acción directa de la víctima contra el asegurador del responsable del daño es de carácter universal, porque como afirma el jurista español Fernando Sánchez Calero, en los tiempos modernos los daños han venido aumentando no solo en frecuencia, sino también en cuantía que “[...] se quiere hacer prevalecer la pronta y eficaz reparación del daño con relación a su resarcimiento tradicional, lo que altera como es bien sabido la función preventiva de la responsabilidad civil para hacer pasar a primer plano el interés por la reparación del daño, para lo que se busca no simplemente la existencia del seguro, sino

que el perjudicado puede dirigir su acción directamente contra el asegurador y no solo contra el responsable del daño”²⁶⁶.

En consecuencia, la tendencia bajo el seguro de la responsabilidad civil ya no es proteger y salvaguardar al asegurado, como titular del interés que es materia del contrato de seguro, sino que quien merece de toda la protección y tutela es la víctima y el seguro entra a jugar dentro de la responsabilidad civil un papel más claro como mecanismo de prevención y de garantía para esta; no de otra manera, se explicarían la asegurabilidad de la culpa, la aparición de los seguros obligatorios, la consagración expresa y abierta de la acción directa de la víctima contra el respectivo asegurador, y que de manera casi generalizada, los antiguos cultores de la responsabilidad civil se refieran hoy al derecho de daños, como una disciplina que pretende agrupar los esquemas de responsabilidad de carácter público y de índole privatista, entre otros factores.

En concordancia con esa postura universal, que hoy prevalece, la acción directa del damnificado respecto del asegurador fue consagrada dentro de nuestro ordenamiento positivo por el artículo 87 de la Ley 45 de 1990, que subrogó el artículo 1133 del Estatuto Mercantil y en el cual se determina que los beneficiarios de tales pólizas de responsabilidad civil serán “[...] los titulares de los derechos afectados por el daño o sus causahabientes”. De esta forma el seguro sirve de garante de los perjuicios irrogados por el asegurado y cumple su función de mantener indemne a las víctimas o perjudicados.

Sin duda, al ser consagrada la acción directa en el artículo 87 de la Ley 45 de 1990, a favor de las víctimas, era necesario regular lo relativo a la exigibilidad de esa obligación condicional respecto de la víctima y la estableció en el instante de la realización del hecho dañoso (Código de Comercio, artículo 1133).

La admisión de la acción directa constituye un cambio trascendental en cuanto a la finalidad que debe cumplir el seguro de responsabilidad civil, el cual se orienta hoy en día a la protección de las víctimas y a facilitar el pago de las indemnizaciones a través de la concesión de la acción directa contra el asegurador. Si bien crea una distinción entre asegurado y beneficiario, de manera inadvertida dejó vigente el principio de comunicabilidad de las excepciones, lo cual conlleva que, respecto de las víctimas, sean oponibles excepciones relativas al pago de la prima o provenientes de deficiencias en la declaración del estado del riesgo o en la guarda o preservación del estado del riesgo, entre otros supuestos, y con lo cual las vícti-

266 “La acción directa del tercero damnificado en el seguro de responsabilidad civil”. En: *Memorias del XX Encuentro Nacional de Acoldece*, octubre de 1996. Medellín: Editora Guadalupe, p. 190.

mas quedan expuestas a que su derecho a la indemnización se vea mermado y en ocasiones sin piso, lo cual resulta injusto porque la integridad de ese derecho se ve afectada por hechos o circunstancias que no le son imputables y, por lo tanto, razón de sobra tiene aquel sector de la doctrina que considera que la reglamentación de la acción directa en Colombia es deficiente e incompleta.

En otros términos, al no haberse consagrado las excepciones que no podían ser alegadas por el asegurador respecto de la víctima, surge la inquietud de si tendrían cabida las excepciones de terminación del contrato por falta de pago de la prima, el incumplimiento en declarar la modificación o agravación del estado del riesgo y, eventualmente, la infracción respecto de las obligaciones de salvamento o de aminoración de los daños, la de informar sobre la transmisión de la propiedad o de la tenencia del bien asegurado, o la falta de notificación oportuna del siniestro.

Por si fuera poco, el ejercicio de la acción directa conlleva para la víctima dificultades de orden probatorio, porque para poder ejercitarla debe acreditar la existencia de la póliza de seguro y habida cuenta que el contrato de seguro tiene una restricción probatoria, por cuanto no se puede acreditar sino a través de la aportación del documento contentivo de la misma o de la confesión del asegurador, es claro que esa dificultad resulta manifiesta porque la víctima es un tercero en esa relación contractual y, por lo tanto, no cuenta con la póliza misma y en muchos casos ignora las condiciones de amparo pactadas entre asegurado y asegurador, máxime si el asegurado no está obligado a informar de la existencia de su cobertura de responsabilidad civil al serle formulada la reclamación.

8. El siniestro: demostración de su acaecimiento y cuantía

De acuerdo con las voces del artículo 1072 del Código de Comercio: “El siniestro es la realización del riesgo asegurado”, lo cual es predicable en relación con la generalidad de los seguros de daños.

Con respecto al momento en el cual se materializa el siniestro bajo el seguro de responsabilidad civil, han existido tradicionalmente varias tesis, lo cual obedece a los contornos y características que puede presentar el hecho dañoso en el seguro de responsabilidad civil, en donde los daños pueden obedecer a un proceso gradual que tome varias anualidades y que por lo mismo tan solo se manifiesta al término de un período más o menos prolongado, y con lo cual no solo se aumenta la exposición del asegurador a un término imprevisible, sino que también se genera incertidumbre para el asegurado respecto de la cobertura efectiva de la póliza que le ha brindado protección y, particularmente, si en efecto lo protege ante un hecho que se manifiesta en el momento actual, pero que es producto de un proceso de materialización de varias anualidades.

El primigenio artículo 1131 del Código de Comercio quedó consagrado en los siguientes términos: “Se entenderá ocurrido el siniestro desde el momento en que acerca el hecho externo imputable al asegurado. Pero la responsabilidad del asegurador, si es que surge del respectivo contrato de seguro, solo podrá hacerse efectiva, cuando el damnificado o sus causahabientes demanden judicial o extrajudicialmente la indemnización”.

Esta última disposición fue subrogada por el artículo de la Ley 45 de 1990, en los siguientes términos: “En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial”, con lo cual, se pretendió alinderar de distinta manera cómo discurren los términos de prescripción respecto de la víctima y del asegurado.

La Ley 45 de 1990 tomo así partido ante esa multiplicidad de tesis y estableció como momento en que se hace exigible la obligación del asegurador respecto de la víctima en el seguro de responsabilidad civil, la realización del hecho dañoso, fecha a partir de la cual se inicia el cómputo de la prescripción, al paso que en relación con el asegurado, este comienza a discurrir cuando la víctima le formule la respectiva petición judicial o extrajudicial y, por lo tanto, en este sentido, los cómputos parten de dos momentos distintos para el asegurado y en relación con la víctima.

Vale la pena recordar que la doctrina nacional considera que la responsabilidad por daños al ambiente es de carácter objetivo, con base en el artículo 16 de la Ley 23 de 1973 y ante el criterio de daño antijurídico en materia de responsabilidad estatal previsto en el artículo 90 de la Carta,²⁶⁷ criterio que, además, tiene como fundamento la moderna tendencia en el Derecho de daños que mira la situación de la víctima y persigue a toda costa su reparación, en bajo esa óptica el daño puede ser actual o inminente en su acción depredadora de intereses legítimos de una persona en particular o de la misma colectividad y no se requiere que sea necesariamente una conducta o un hecho antijurídico; es decir, no importa si el título de atribución al agente es por dolo o por culpa, basta que exista una relación de causalidad entre el hecho y el daño ocasionado a un interés legítimo.

267 El artículo dispone: “El Estado será civilmente responsable por los daños ocasionados al hombre o los recursos naturales de propiedad privada como consecuencia de acciones que generen contaminación o detrimento del medio ambiente. Los particulares lo serán por las mismas razones y por el daño o uso inadecuado de los recursos naturales de propiedad del Estado”.

Sin embargo, esa postura doctrinal no es tan pacífica, pues no faltan quienes estiman que el texto legal en cuestión no brinda la claridad deseada y, por lo tanto, responde a un esquema de responsabilidad de carácter subjetivo, pues el legislador no expresó lo contrario.

La determinación del siniestro presentaría la mayor complejidad en este tipo de seguro de responsabilidad civil y, claro está, dependerá de los términos en que se delimite el riesgo asegurado dentro del texto de la póliza, labor que no siempre se cumple con precisión porque el intérprete suele encontrarse con una descripción genérica de eventos, sin mayores precisiones. Y en lo relativo a la forma de acreditar el siniestro y la cuantía de las pérdidas en el seguro ecológico en el artículo 6º de la Ley, se confirió facultades a la autoridad ambiental para certificar sobre tales aspectos, mediante acto administrativo debidamente motivados.

La intervención de la autoridad ambiental es de la mayor importancia, porque puede solicitar al transgresor que cese su actividad dañosa, que adopte de inmediato medidas de limpieza o descontaminación, y, lógicamente, una intervención oportuna podría evitar una mayor gravedad y extensión del daño. En caso que la autoridad administrativa omita hacerlo, los interesados podrían acudir a la acción de tutela, porque en últimas el transgresor hace uso abusivo de su derecho e invade la esfera de derechos fundamentales de otra persona.

Dentro de esa labor de verificación o de peritaje, cobrará mayor relevancia la denominada relación de causalidad entre el hecho generador del daño y el daño mismo y, por supuesto, la moderna teoría que ha surgido del seno del Derecho probatorio de las cargas dinámicas y, en virtud de la cual, la prueba debe producirla la parte que esté en mejor posición de hacerlo y que con mucho tino el Consejo de Estado colombiano ha venido aplicando en el campo de la responsabilidad estatal por prestación de servicios médicos y asistenciales.

Tratándose de daños al medio ambiente, no siempre resultará fácil acreditar dicha relación de causalidad, porque esta no se manifestara de una forma nítida, como quiera que el daño puede ser producto de las actividades de distintas personas y puede ser complejo deslindar la responsabilidad que le cabe a los distintos actores —v.gr. refinerías y fábricas de cemento— y en otras ocasiones porque el riesgo no se exterioriza de manera súbita, sino que puede derivarse de un proceso imperceptible que por ese mismo hecho desconocen el empresario y las víctimas potenciales. Por ello se afirma que una de las características del daño medioambiental viene dada por su gradualidad, pueden transcurrir períodos considerables entre la aparición de la causa y la manifestación del daño, máxime cuando esta última puede estar precedida de la operancia de cadenas causales.

Estas dificultades han conducido a que en otras latitudes se abogue por el establecimiento de presunciones de causalidad y que con mayor rigor conceptual deberían llamarse presunciones de responsabilidad, en virtud de las cuales un establecimiento industrial podría estar en capacidad de generar un daño respecto de unas determinadas circunstancias; de sobrevenir dicho daño, se reputa que fue ocasionado por dicho establecimiento industrial.

Sin embargo, ese tipo de presunciones suelen ser *juris tantum* o de hecho y, por lo tanto, permiten al pretendido causante del daño exonerarse de responsabilidad demostrando que su actividad no solo la desarrollaba conforme a las disposiciones legales que le son aplicables, sino de acuerdo con criterios estrictos y exigentes de prevención y control acordes con el estado y desarrollo de la técnica en ese momento.

Existen también sectores en la doctrina que consideran como el mecanismo más adecuado, ante la dificultad de prueba de la relación de causalidad, la inversión de la carga de la prueba, de tal forma que sea el empresario a quien corresponda acreditar que él no ocasiono el daño.

Este supuesto presenta mayor complejidad cuando pueden quedar cobijados bajo la presunción varios empresarios o cuando se acredita que el daño ha sido ocasionado por la actuación de ellos, pero sin que sea factible determinar el grado de contribución o participación de cada uno.

En primer término, se genera una responsabilidad de carácter solidario que podría generar una situación de desequilibrio entre los causantes del daño, y por ello la doctrina foránea hace mención de diversos esfuerzos que se vienen cumpliendo en pos de mecanismos de participación en los gastos de reparación y de indemnización.

A este respecto, el jurisconsulto español Antonio Cabanillas Sánchez puntualiza que en el caso alemán “[...] el modelo que la doctrina ha tomado como ejemplo para facilitar la difícil tarea de identificar al responsable del daño ambiental ha sido el ofrecido por los Estados Unidos. Se tiene en cuenta la teoría de la *pollution share liability*, que fue acogida tras el reconocimiento de los Estados Unidos de la *market share liability* a propósito de la responsabilidad del productor”. Y enseguida consigna el siguiente ejemplo, a manera de aclaración de la citada teoría: “Un medicamento que A y B fabrican independientemente uno de otro, tiene efectos perjudiciales para los nervios. Por eso enferma G; pero no es posible determinar si él ha tomado el producto de A o de B. En este caso parece a simple vista que no es probable una acción de resarcimiento de G. Pero se ha de sopesar si A y B responden según su cuota de mercado, es decir de acuerdo con la pro-

babilidad estadística de causar los daños. Se puede hablar aquí de una causalidad estadística”²⁶⁸.

Se trata entonces de la aplicación de un criterio de verosimilitud o probabilidad, cuando no es factible acreditar dicha relación de causalidad con una prueba específica. Como no existe una coincidencia cronológica entre la causa y el daño, por los prolongados períodos de latencia, a la actividad probatoria tiende a brindársele cierta flexibilidad y por eso tienen cabida como las técnicas del argumento a contrario (a falta de otra causa, fue el hecho controvertido el que generó el daño), y es claro que también podría jugar un papel preponderante la prueba de indicios en la búsqueda de esa certeza razonable en esa materia de la causalidad. A ese respecto, una variante de este criterio viene dada por la aplicación que hace la jurisprudencia alemana de la doctrina denominada “curso típico de los acontecimientos”, en virtud de la cual de hechos plenamente establecidos se infiere la existencia de otros hechos, se trataría a la luz de nuestra legislación de dar cabida a la prueba indiciaria como mecanismo o medio probatorio para conducir al juez. Al convencimiento sobre la ocurrencia de las circunstancias alegadas. Dicho en otros términos, a la víctima le es permisible acreditar unos hechos, con base en los cuales se puede colegir que el daño fue causado por un determinado factor o agente contaminante.

Pero la complejidad que plantea acreditar la relación causal respecto del daño ambiental adquiere caracteres dramáticos cuando se analizan los daños producidos por fuentes de emisión a distancia.

En virtud del denominado riesgo de empresa, sería imputable la responsabilidad a todas las empresas que se ocupen de una misma actividad que haya podido generar los daños ambientales por emisión y que en aras del equilibrio entre los causantes del daño, éstos deban reparar y resarcir los perjuicios irrogados en proporción a sus cuotas de mercado, porque en últimas este último criterio incide en el grado de riesgo que cada empresario está creando para poder desarrollar su actividad.

Se afirma que este tipo de soluciones están orientadas a atemperar el poderío económico y financiero de que pudieran hacer gala los causantes del daño respecto de un individuo lesionado y con limitados recursos económicos que le impidan valerse de peritajes porque le puedan representar gastos inalcanzables para su precaria capacidad económica.

268 *La reparación de los daños al medio ambiente*. Pamplona: Editorial Aranzadi, p. 167.

En nuestro medio, en la Ley 491 de 1999 se optó porque a la administración le corresponda investigar y constatar la relación de causalidad entre la contaminación y el daño. Sin embargo, la carencia de recursos humanos, económicos y tecnológicos apropiados puede conducir a que dichas labores no permitan tutelar adecuadamente los intereses individuales y los superiores de la colectividad. Demandará un primer esfuerzo identificar los tipos de daños que se encuentran ligados a una determinada actividad industrial.

Para iniciar este procedimiento ante la autoridad administrativa estarían legitimados el mismo Estado y los particulares afectados por la degradación del medio ambiente.

De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 472 de 1998 sobre acciones populares y de grupo,²⁶⁹ en donde las primeras se definen como “[...] los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos” y se establece que “las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible” (artículo 2º), y por las acciones de grupo se entienden “aquellas acciones interpuestas por un número de plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto a todos los elementos que configuran la responsabilidad” “y tienen como cometido exclusivo obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios” (artículo 3º), es claro que ambas clases de acciones tendrían cabida dentro de este procedimiento administrativo²⁷⁰.

269 En una tesis de grado presentada en 1997 se mencionan distintos ejemplos de acciones populares incoadas en nuestro medio, entre otros: ante la CAR contra Alcalis de Colombia por contaminación con cloruros y sustancias tóxicas vertidas al río Bogotá, afectando la actividad ganadera y lechera de la zona; contra Dow Química por derrame de 238 kg de Lorsban 4E y que ocasiona la muerte a cinco toneladas de peces y que terminó con una demanda en el condado de Harris en el estado Texas y que llegó a conocimiento de la Corte Suprema de ese estado, la cual declaró competente a los tribunales de ese estado para conocer de demandas promovidas por extranjeros por daños ocasionados en el exterior por parte de empresas que tuvieran su domicilio dentro del estado (Silva Hernández, Gabriel Mauricio et al. *Proyecto de seguro del medio ambiente*, cit., pp. 29 y ss.).

270 En lo relativo a las personas legitimadas para ejercer las acciones populares, el artículo 12 de la Ley 472 señala a:

- “1. Toda persona natural o jurídica
2. Las organizaciones No gubernamentales, las organizaciones populares, cívicas o de naturaleza similar

En lo relativo a la cuantía del daño, la autoridad administrativa habrá de considerar la extensión de las lesiones ocasionadas a las personas y sus consecuencias, los daños causados a los bienes, los deterioros al medio ambiente y los perjuicios morales que se hubieren irrogado a las personas.

En el supuesto de lesiones a las personas, la indemnización de perjuicios comprenderá los gastos médicos y hospitalarios, los perjuicios patrimoniales derivados de la cesación o disminución de su capacidad productiva, de forma temporal o permanente, el aumento de sus requerimientos como consecuencia de las lesiones recibidas y los gastos funerarios, de ser el caso.

Respecto de terceros dependientes de la persona lesionada, podrán reclamar las pensiones alimenticias que recibían del lesionado fallecido, durante el tiempo en que aquel hubiese vivido y habría estado obligado a proveerle tal pensión de alimentos.

En lo atinente a los daños a las cosas, debe apreciarse el costo de reparación o reparación para que dicho bien siga cumpliendo con la finalidad que le es propia, y en lo referente al daño ambiental, el criterio prevaleciente habrá de ser el costo de la restauración *in natura* del medio ambiente dañado.

En este mismo sentido se expresa el artículo 7º de la Ley 491 de 1999 cuando dispone: “**Destino de la indemnización.** Cuando el beneficiario de la indemnización sea una entidad estatal, el monto de la indemnización deberá destinarse a

-
3. Las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, siempre que la amenaza o vulneración a los derechos e intereses colectivos no se haya originado en su acción u omisión.
 4. El Procurador General de la nación, el Defensor del pueblo y los Personeros Distritales y Municipales, en lo relacionado con su competencia.
 5. Los alcaldes y demás servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de estos derechos e intereses”.

En lo que toca con la legitimación en las acciones de grupo, el artículo 48 de la citada ley dispone: “Podrán presentar acciones de grupo las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido un perjuicio individual conforme lo establece el artículo 47.

El Defensor del Pueblo, los Personeros Municipales y Distritales podrán, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados, interponer acciones de grupo en nombre de cualquier persona que se lo solicite o que se encuentre en situación de desamparo o indefensión. En este caso será parte en el proceso judicial junto con los agraviados.

Parágrafo. En la acción de grupo el actor o quien actúe como demandante, representa a las demás personas que hayan sido afectadas individualmente por los hechos vulnerantes, sin necesidad de que cada uno de los interesados ejerza por separado su propia acción, ni haya otorgado poder”.

la reparación, reposición, o restauración de los recursos naturales o ecosistemas deteriorados”.

Sin embargo, es claro que los perjuicios ocasionados a la calidad de la vida o a las generaciones futuras, aún es difícil valorarlos con el desarrollo actual de la ciencia, y por ello se afirma que aunque exista resarcimiento es discutible que este sea suficiente.

Cabe también la posibilidad de que el daño ambiental no pueda repararse y aún sea de suyo complejo cuantificarlo con razonable aproximación, por ello en algunas legislaciones europeas se habla de la estimación por equidad que contempla el grado de negligencia del causante del daño, los gastos que sería preciso considerar para la reparación y el provecho obtenido por el transgresor como consecuencia del daño a los bienes ambientales.

En el caso de imposibilidad de reparación, el Estado puede reclamar la indemnización pecuniaria. Esto explica el parágrafo del citado artículo 7° que establece: “cuando las actividades de reparación, reposición o restauración no sean posible realizarlas, el monto de la indemnización será invertido directamente en proyectos ecológicos o ambientales de especial interés para la comunidad afectada”.

A la administración corresponde desarrollar una actividad de verificación y de peritaje y, por lo tanto, so pretexto de no conculcar los derechos de los administrados, habrá de dar aplicación a lo dispuesto en los artículos 14 y 15 del Código Contencioso Administrativo sobre citación a terceros y publicidad. De esta manera, se asegura de informar a toda persona que pueda resultar afectada con el pronunciamiento y, por supuesto, deberá informar a la respectiva aseguradora, como quiera que se trata de salvaguardar el principio del debido proceso y el derecho de contradicción de que son titulares las personas que puedan resultar afectadas dentro de tal procedimiento administrativo.

Con relación a dicho pronunciamiento, surge la inquietud de si en virtud de las facultades de policía que le son conferidas a las autoridades ambientales por los artículos 65 y 85 de la Ley 99 de 1993, si dentro de dicho procedimiento podría darse cumplimiento a la labor que sobre constatación del siniestro y determinación de su cuantía le asigna el legislador.

Algunos sostienen que el contexto de la norma permite inferir que lo que debe producir la administración es un dictamen o dicho en otros términos, de lo que se trata es de un peritaje (Código de Procedimiento Civil, artículos 263 y ss.). Estaría la administración sirviendo de medio para proferir un concepto técnico, no podría tratarse de juzgar los hechos y circunstancias que produjeron el deterioro el deterioro ambiental, sino de reproducirlos y constatarlos.

Como ya se expresó, no se trataría de una prueba de carácter sumario, sino que habría de ser controvertida, con observancia de lo dispuesto en el estatuto procedimental civil sobre el dictamen pericial y, dando cabida, por lo tanto, al régimen de objeciones, so pena de dejar en entredicho la legalidad de la prueba.

En ese sentido, no se trataría de la única prueba que habría de ventilarse en un proceso posterior, porque allí habría de examinarse si los hechos son imputables al asegurado y si se trata o no de un daño ambiental puro.

Y se afirma que la labor de la administración es de verificación y constatación de los hechos, porque de lo contrario, la autoridad ambiental podría estar impedida para realizar un pronunciamiento en otro sentido, como quiera que la administración podría estar actuando también como parte interesada, habida cuenta que en unas etapas anteriores otorgo la licencia ambiental, verificó las coberturas de la póliza de seguro y la suficiencia de la suma asegurada y además estaría juzgando sobre el acaecimiento del siniestro y su cuantía.

Los gastos en que se incurra dentro de dicho procedimiento de verificación y constatación deberían ser de cargo de la persona interesada, quien en virtud de la transferencia del riesgo mediante la póliza de seguro, en últimas viene a ser la respectiva aseguradora que confirió el amparo.

9. La prescripción de las acciones derivadas de la póliza

De acuerdo con el artículo 9º de la Ley 491 de 1999: “Los términos de prescripción para las acciones que se derivan del contrato de seguro, contenidos en los artículos 1081 y 1131 del Código de Comercio o las normas que lo sustituyan o lo modifiquen, se hacen extensivas a los seguros ecológicos y se contarán desde el momento en que se tenga conocimiento del daño durante la vigencia de la respectiva póliza”. Esta disposición amerita algunos comentarios.

El tema de la prescripción en el contrato de seguro de responsabilidad civil ha despertado amplios debates en la doctrina a nivel universal. Se ha afirmado que dicho plazo debería empezar a contarse desde el momento mismo en que se entienda ocurrido el siniestro. Y es ahí donde surgen interpretaciones diversas, como son: el momento en que sobreviene el hecho externo imputable al asegurado, el instante en que el tercero damnificado reclama su indemnización o cuando el asegurador satisface al tercero, pues se afirma que en ese instante se materializa el detrimento patrimonial del asegurado y cobra operancia el amparo conferido por la póliza.

En el caso colombiano, al ser consagrada en la Ley 45 de 1990 la acción directa a favor de las víctimas, era necesario regular lo relativo a la exigibilidad de esa obligación condicional respecto de la víctima y por ello el artículo 1131 subrogado

por el artículo 86 de la Ley 45 de 1990 dispuso: “En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial”.

En relación con el cómputo de la prescripción bajo el seguro de responsabilidad civil respecto del asegurado, en sentencia de 18 de mayo de 1994, expediente 4106, magistrado ponente Pedro Lafont Pianetta, la Corte manifestó: “El hecho externo imputable al asegurado es determinante para estimar estructurado y ocurrido el siniestro sin que se requiera actividad o hecho posterior alguno. En cambio, la segunda actividad de confrontación contractual está encaminada teóricamente a establecer la responsabilidad del asegurador frente al asegurado, teniendo en cuenta el contenido del contrato y sus limitaciones convencionales y legales. Pero el tercer hecho, el de la demanda judicial o extrajudicial de la indemnización de la víctima al asegurado, lo toma el citado precepto (artículo 1131 C. de Co.) como hecho mínimo para la exigibilidad de la responsabilidad que puede reclamar el asegurado frente a la ley”.

Lo anterior condujo a la Corte a puntualizar que “en términos inequívocos, que dicha responsabilidad [...] solo podrá hacerse efectiva cuando el damnificado o sus causahabientes demanden judicial o extrajudicialmente la indemnización (artículo 1131 C. de Co.). luego, si solo desde ese instante puede reclamarse la responsabilidad del asegurador por parte del asegurado, mal puede hacerse el cómputo de la prescripción desde época anterior”.

Asimismo, aclaró ese máximo tribunal que: “[...] sin que mediara demanda judicial o extrajudicial, al asegurado le quedaba vedado el camino para reclamar al asegurador una indemnización a título de contrato de seguro, pues a él nadie le había reclamado todavía; y precisamente por ello, ese asegurador podría entonces (artículo 1131 C. de Co., citado), aducir que no le era exigible en cumplimiento de la obligación indemnizatoria derivada del contrato de seguro, pues por ministerio de la ley, la exigibilidad de la misma dependía no solo de la realización de un hecho externo imputable al asegurado y generador para este de responsabilidad civil, además, requería la condición especial de que esta fuera objeto de demanda, ya judicial, ora extrajudicial, criterio este de interpretación que finalmente, coincide con el del nuevo texto citado artículo 1131 del C. de Co., en el cual se establece que en esta especie de seguros, la prescripción frente al asegurado tiene ocurrencia desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial”.

Así, la disposición actualmente vigente diferencia claramente la forma de computar el término de prescripción en el seguro de responsabilidad civil: de una

manera para la víctima y de otra forma para el asegurado, siendo para este último el instante en que recibe la reclamación verbal o escrita de la víctima.

En lo relativo al término de prescripción aplicable respecto de la víctima, en sentencia del 29 de junio de 2007, expediente 110001-31-03-009-1998-04690-01, magistrado ponente Carlos Ignacio Jaramillo, se consideró que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1131 del Código de Comercio, modificado por el artículo 86 de la Ley 45 de 1990, el término de prescripción para la víctima es de cinco años, por cuanto dicha disposición legal supeditó el término de prescripción de la acción de la víctima contra el asegurador, a un criterio objetivo, vale decir, al hecho externo imputable al asegurado, y dejó de lado el conocimiento real o presunto del mismo, criterio subjetivo que gobierna el término de prescripción ordinaria.

En ese pronunciamiento la Corte expuso: “El legislador nacional, al sujetar la prescripción de la acción de la víctima contra el asegurador a la ocurrencia del hecho provocante del daño irrogado, y no al enteramiento por parte de aquella del acaecimiento del mismo, previó que el fenecimiento de dicha acción solo podía producirse por aplicación de la mencionada prescripción extraordinaria, contemplada en el artículo 1081 del Código de Comercio.

[...]

Y es que no puede arribarse a conclusión distinta, para pensar que la prescripción ordinaria también tiene cabida respecto de la acción de que se trata, pues si la disposición en comentario —artículo 1131—, de forma expresa, amén que paladina, consagró que es desde la fecha ‘en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado’ que ‘correrá la prescripción respecto de la víctima’, resulta evidente que eliminó todo factor o tinte subjetivo, del que pudiera partirse para la configuración de esta otra forma de prescripción extintiva y que, por lo mismo, ante tal explicitud de la norma, la única operante, como se dijo, es la extraordinaria

[...]

Contrario de lo anterior, a modo de reiteración, es que si bien el artículo 1131 del Código de Comercio no exceptuó la aplicación del artículo 1081 de la misma obra, que se mantiene como la regla fundante en materia de prescripción extintiva de los derechos y acciones derivados del contrato de seguro o de las normas que lo disciplinan, sí consagró una excepción a ese sistema, la cual es aplicable solamente al seguro de daños —en particular al seguro de responsabilidad civil— y que consiste en que a la acción directa de la víctima contra el asegurador, autorizada expresamente por la Ley 45 de 1990, es aplicable únicamente la prescripción

extraordinaria contemplada en la segunda de las disposiciones aquí mencionadas, estereotipada por ser objetiva; que corre respecto de ‘toda clase de personas’, vale decir, capaces e incapaces, y cuyo término es de cinco años, que se contarán, según el caso, desde la ocurrencia misma del siniestro, o sea, desde la fecha en que acaeció el hecho externo imputable al asegurado —detonante del aludido débito de responsabilidad—”.

Con base en lo anteriormente expuesto, puede colegirse que la víctima podría accionar contra el responsable del daño en un plazo de diez años, contados a partir de la ocurrencia del mismo de acuerdo con lo previsto en la Ley 791 de 2002, o bien podría hacerlo bajo la póliza de seguro contra el asegurado o contra el asegurador en un término de cinco años contados a partir del acaecimiento del hecho dañoso, y por último, el asegurado podría demandar la indemnización a su asegurador en un lapso de dos años contados a partir de la fecha en que la víctima le formule la respectiva petición judicial o extrajudicialmente, con lo cual se pone en evidencia los diferentes términos de prescripción que pueden presentarse y, por consiguiente, la clara incongruencia que existe entre ellos.

Pero como la gran mayoría de seguros de responsabilidad se acogen a la permisión de otorgar la coberturas bajo la modalidad de *claims made*, conforme con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 389 de 1997, el siniestro lo configura la reclamación que formula el afectado en contra del asegurado o de la compañía de seguros en virtud de la ocurrencia de un hecho dañoso, respecto del cual se predica que aquel es civilmente responsable y, por lo tanto, bajo esta nueva modalidad de aseguramiento, que es exclusiva y restrictiva para las coberturas de responsabilidad civil, el siniestro se define como la presentación de la reclamación al asegurador en relación con hechos ocurridos con posterioridad a la fecha de inicio de vigencia de la respectiva póliza o, si así se pacta expresamente, acerca de hechos ocurridos con posterioridad a la fecha retroactiva establecida en la póliza, reclamación que debe efectuarse dentro de la vigencia de la póliza y a lo sumo dentro de los dos años siguientes.

En consecuencia, bajo las coberturas *claims made*, es evidente que el término de prescripción respecto de la víctima empieza a correr desde el momento mismo en que se formula la reclamación y no a partir del hecho externo imputable al asegurado, como lo contempla el artículo 1131 del Código de Comercio, ni del conocimiento del hecho como lo consagró el artículo 9 de la Ley 491 de 1999 en relación con el seguro ecológico.

En materia de prescripción bajo las coberturas *claims made*, Carlos Ignacio Jaramillo manifiesta lo siguiente: “[...] a nuestro juicio este artículo 1131 fue modificado, parcial y tácitamente, por el artículo 4º de la ley 389 de 1997, norma pos-

terior y especial, amén de incompatible, genética funcionalmente, con el sistema prohijado por esta disposición de 1990, predicable del que hemos llamado sistema tradicional, por oposición al extraordinario (*claims made*). De allí que frente a la víctima, en puridad, la prescripción en este novísimo esquema debe comenzar a correr a partir de la reclamación y no del '[...] hecho externo imputable al asegurado', se insiste, porque cuando se estructuró este artículo (1990), el sistema en comentario no tenía aún carta de ciudadanía legal, lo que aconteció más de un lustro después. En tal caso la reclamación, de cara a las llamadas cláusulas *claims made*, sería el punto de partida de la prescripción, tanto para la víctima, como para el asegurado, respecto al asegurador, lo cual, además, tiene un sentido uniformador"²⁷¹.

En tratándose de las denominadas *sunset clauses* o de extensión de términos para reclamar, en virtud de las cuales se entienden materia del amparo los hechos que se produzcan durante la vigencia del mismo, y siempre que la reclamación se presente dentro de un cierto plazo y que en la legislación colombiana no puede ser inferior a dos años, el plazo de prescripción debe comenzar a correr a partir de ese instante en que se surte la reclamación del tercero damnificado (Ley 389 de 1997, artículo 4º), porque el siniestro bajo esa modalidad de amparo (*claims made*) lo constituye dicha reclamación, de acuerdo con la cláusula operativa de la póliza.

Según lo anteriormente expuesto, el artículo 9º de la Ley 491 de 1999, al desechar un criterio puramente fáctico (ocurrencia del hecho) e inclinarse por uno puramente subjetivo (conocimiento del hecho), como consecuencia de lo cual estableció que la prescripción en los seguros ecológicos "[...] se contarán desde el momento en que se tenga conocimiento del daño durante la vigencia de la respectiva póliza",²⁷² resulta contrario a los desarrollos legislativos en cuanto que

271 "Delimitación temporal de la cobertura en el seguro de responsabilidad civil. Riesgo y siniestro: una ecuación interesadamente compleja". *Revista Iberolatinoamericana de Seguros*, no. 35, 2011, p. 206.

272 Esta solución resulta más afortunada que la prevista en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 3 de mayo del 2000, con ponencia del magistrado Nicolás Bechara y que desató la controversia planteada en el proceso ordinario de Maritza Guerrero de Álvarez y Elvira Calderón contra la Aseguradora Grancolombiana de Vida S.A., en el cual una persona que a sabiendas de que sufría una enfermedad grave contrató un seguro sobre su vida. La Corte sentó como criterio de interpretación del artículo 1081 del Código de Comercio que regula la prescripción en el contrato de seguro, que la prescripción ordinaria corre, frente a la reticencia o inexactitud, a partir del momento en que el asegurador conoció o debió conocer la reticencia o inexactitud y que la prescripción extraordinaria respecto de la nulidad relativa del contrato de seguro por inexactitud o reticencia del tomador en la declaración de asegurabilidad, corre contra el asegurador desde la fecha en la cual se perfeccionó el contrato. Este pronunciamiento se aparta de la equidad que debe regular las relaciones entre los contratantes y asesta un duro

marcan instantes diferentes respecto de la reclamación formulada por la víctima y de aquella presentada por el asegurado, como también desatiende la línea prevalente de nuestra jurisprudencia en la última década.

Bibliografía

Alzaga Villamil, Oscar. *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*. Madrid: Ediciones El Foro, 1978.

Cabanillas Sánchez, Antonio. *La reparación de los daños al medio ambiente*. Pamplona: Editorial Aranzadi, s. f.

Cardona González, Álvaro Hernando. “La responsabilidad fiscal derivada por daño ambiental”. En: *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia e Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2000.

Coloma, Germán. *Análisis económico del derecho privado y regulatorio*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina.

golpe al equilibrio financiero del contrato, pues la aplicación de las técnicas de probabilidad se quiebran y, sin duda, esa interpretación obedece a rezagos del positivismo jurídico y a un claro desconocimiento de los principios y valores que gobiernan el ordenamiento y, en últimas, la postura de la Corte al convalidar el contrato después de cinco años de celebrado y aunque el asegurador no hubiera conocido el vicio sino al momento de tener acceso a la historia clínica en los seguros de personas y que *mutatis mutandi*, en los seguros de daños equivaldría al dictamen técnico para dilucidar la causa del evento dañoso que motiva la reclamación, es un desconocimiento de claros principios de equidad, porque no solo rompe el equilibrio, como ya se dijo, sino que tutela la mala fe y desconoce también de plano aquel aforismo que nos legó el Derecho romano: *Nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans* (nadie puede alegar su propia torpeza) y porque al amparo de una disposición del derecho sustantivo (*norma agendi*) se deja sin piso un derecho subjetivo (*facultas agendi*). Si por derecho subjetivo debe entenderse la posibilidad de actuar conforme a lo establecido por las normas jurídicas (Noguera Laborde, Rodrigo. *Elementos de filosofía del derecho*, Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 1977, p. 190) y “[...] tener un derecho subjetivo quiere decir que la norma vincula a una situación o a una conducta de un sujeto el deber de un cierto tipo de comportamiento (de acción o de omisión) en otro u otros sujetos” (Recasens Siches, Luis. *Introducción al estudio del Derecho*, México D.F.: Editorial Porrúa, 1996, p. 145) y atendiendo a la prioridad que hoy se acepta del Derecho subjetivo sobre el objetivo, es claro que para el cómputo de uno y otro término de prescripción en el contrato de seguro, se debe tener en cuenta es el momento mismo del conocimiento del hecho que da base a la acción; de lo contrario, pretextando interpretar la ley o velar por la seguridad jurídica, se estaría socavando el postulado de la buena fe y de paso, la equidad y la justicia como valores supremos del Derecho.

Domínguez Eorres, Carolina. *Revista tutela, acciones populares y de cumplimiento*, tomo V, no 49. Bogotá: Legis, 2004.

Felix Morandi, Juan Carlos. “Seguro de responsabilidad civil”. En: *Revista Iberolatinoamericana de Seguros*, no 8, 1996.

Gherzi, Carlos Alberto. *Modernos conceptos de responsabilidad civil*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1995.

Herminia Campuzano, Tome. *Nociones generales sobre responsabilidad civil*. Oviedo (España): Editorial Forum, 1997.

Jaramillo, Carlos Ignacio. “Delimitación temporal de la cobertura en el seguro de responsabilidad civil. Riesgo y siniestro: una ecuación interesadamente compleja”. En: *Revista Iberolatinoamericana de Seguros*, no. 35, 2011.

Londoño Toro, Beatriz. *Revista Estudios Socio-Jurídicos, no 1*. Bogotá: Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 1999.

López Miro, Horacio. *Probar o sucumbir. Los tres grados del convencimiento judicial y la regla procesal del onus probandi*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1998.

Madriñán R., Ramón. *El Estado Social de Derecho*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997.

Martín Mateo, Ramón. *La calidad de vida como valor Jurídico. Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría* (vol. II: “De los derechos y deberes fundamentales”). Madrid: Civitas, 1991.

Martínez Caballero, Alejandro. “Estado Social de Derecho en la Constitución de 1991”. En: *Hermenéutica jurídica. Homenaje al maestro Darío Echandía*. Bogotá: Universidad del Rosario, 1997.

Narváez Bonnet, Jorge Eduardo. “El concepto de riesgo y el seguro global para entidades financieras”. En: *Revista de Derecho Económico*, año VII, no 15. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

Noguera Laborde, Rodrigo. *Elementos de filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 1977.

Ordoqui Castilla, Gustavo. “Pautas y limitaciones en la evaluación del daño a la persona”. *Revista de Derecho de la Integración y Unificación del Derecho en Europa y América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

Pavelek Zamora, Eduardo. “La cobertura del riesgo medioambiental en las pólizas de responsabilidad civil general”. En: *Revista Iberolatinoamericana de Seguros*, no 11, 1998.

Perales, Carlos De Miguel. *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente* (2ª ed.). Madrid: Civitas, 1997.

Picard y Besson. “Les assurances terrestres en Droit Français”. En: *Le contrat d’Assurance* (tomo I). París: LGDJ, 1975.

Pisciotti Cubillos, Doménico. *Los derechos de tercera generación, los intereses difusos o colectivos y sus medios de protección (acción popular)*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Colección Tesis de Grado, no 8, 2001.

Rodríguez Grez, Pablo. *Responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002 .

Rodríguez, Sandra y Naryan, Alonso. *Mecanismos jurídicos de la protección ambiental*. Santafé de Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997.

Romero, Sandra. “La jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el derecho a la seguridad social en salud en el Estado social de Derecho”. *Revista Tutela, Acciones Populares y de Cumplimiento* (tomo II, no 34). Bogotá: Legis, 2002.

Sáchica, Luis Carlos y Vidal Perdomo, Jaime. *La Constituyente de 1991*. Santafé de Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá: 1991.

Sánchez Calero, Fernando. “La acción directa del tercero damnificado en el seguro de responsabilidad civil”. En: *Memorias del XX Encuentro Nacional de Acoldece*. Medellín: Editora Guadalupe, 1996.

Santos Ballesteros, Jorge. *Régimen general de la responsabilidad de directores y administradores*. Ponencia presentada en el XXI Encuentro Nacional de Acoldece, septiembre de 1998. Editora Guadalupe, 1998.

IX. LA SUSCRIPCIÓN DE PÓLIZAS DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL - ASPECTOS PRÁCTICOS



MARÍA CRISTINA ISAZA POSSE²⁷³

Cuando una persona natural o jurídica toma un seguro con el fin de amparar la responsabilidad civil que pudiere derivarse de los daños que se causen a terceros, resulta de la mayor importancia tomar en consideración algunos aspectos al momento de suscribir dicho seguro. La contratación informada del seguro de responsabilidad civil permite que, dentro de las condiciones que en su momento ofrezca el sector asegurador, en el evento de que el asegurado se encuentre obligado a responder frente a un tercero por un daño causado cuente con el respaldo de la aseguradora para el pago de la indemnización que pudiere resultar a su cargo. Los términos y condiciones establecidas al momento de la suscripción del contrato de seguro determinan el alcance de la cobertura otorgada por la aseguradora y, en últimas, de la protección efectiva con que cuenta el asegurado una vez acaecido un siniestro.

Es frecuente encontrar que, una vez generado el daño a un tercero por el cual deba responderse mediante el pago de una indemnización, el asegurado o el damnifi-

²⁷³ Abogada, especialista y magíster en Derecho de Seguros de la Pontificia Universidad Javeriana, Colombia. Asesora y consultora independiente. Afiliada y miembro de la Junta Directiva de Acoldece (Asociación Colombiana de Derecho de Seguros). Miembro del Centro de Estudios de Derecho de Seguros del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana. Docente de la Especialización en Derecho de Seguros, del Diplomado de Seguros, de la Especialización de Derecho Médico y de la Maestría en Derecho de Seguros de la Universidad Javeriana; de la Especialización en Responsabilidad Civil y del Estado de la Universidad de La Sabana, Colombia; de la Especialización en Seguros de la Universidad Externado de Colombia y de la Especialización en Derecho de Responsabilidad y Seguros de la Universidad del Norte, Colombia. Se han publicado varios de sus estudios. Autora del libro *De la cuantificación del daño - Manual teórico práctico*. Bogotá: Editorial Temis, 2009 (segunda edición: 2011, tercera edición: 2013).

cado encuentren tropiezos al formular la reclamación a la aseguradora, debido a la presencia de cláusulas en el contrato de seguro de responsabilidad civil celebrado que restringen o limitan la protección del patrimonio del asegurado y el resarcimiento de la víctima, finalidades ambas del seguro de responsabilidad civil.

Para contar con la adecuada protección de su patrimonio, el asegurado debe tomar en consideración algunos aspectos importantes al momento de contratar un seguro de responsabilidad civil. Esos aspectos son:

1. Declaración del estado del riesgo - reticencias e inexactitudes

Este aspecto se presenta en la etapa precontractual, en la cual tienen lugar las conversaciones y cruces de información entre las partes: tomador y aseguradora, que finalmente conducen a la formación del consentimiento, presupuesto esencial de todo contrato conforme a lo establecido por el artículo 1502 del Código Civil colombiano. Tratándose del contrato de seguro, resulta preciso señalar que a partir de la expedición de la Ley 389 de 1997 dicho contrato es consensual, es decir, que se perfecciona mediante el acuerdo de voluntades, sin perjuicio de la restricción probatoria consignada en la misma ley.

En esta fase previa al perfeccionamiento del contrato se diligencia el formulario de asegurabilidad o solicitud de seguro. Tratándose del seguro de responsabilidad civil, y de manera especial en los seguros de responsabilidad civil profesional y de responsabilidad de directores y administradores - D&O, en dicho formulario, elaborado por la aseguradora, el tomador es interrogado acerca de su conocimiento de hechos o circunstancias que pudieren dar lugar a una reclamación como consecuencia de su eventual responsabilidad. Entre las diversas preguntas que se formulan, a manera de ejemplo, encontramos:

¿Ha tenido alguna reclamación de responsabilidad civil durante los últimos 5 años? En caso afirmativo, descríbala (s): _____

¿Tiene conocimiento de alguna (s) circunstancia (s) que pudiese (n) comprometer su responsabilidad civil? En caso afirmativo, descríbala (s): _____

Como puede apreciarse de la simple lectura de las preguntas transcritas, el tomador de la póliza debe informar tanto de las reclamaciones que ya hayan sido formuladas al momento de diligenciar el formulario, así como de aquellos hechos o circunstancias conocidas que pudieren llegar a comprometer su responsabilidad más adelante, aunque la reclamación de la víctima no haya sido formulada aún, o no se formule nunca.

Es muy importante consignar de manera expresa la información solicitada de manera completa, tomando en consideración que el artículo 1058 del Código de Comercio prevé consecuencias severas para los casos en que se presenten reticencias o inexactitudes. Habrá reticencia cuando no se contesta, o se contesta a medias; y habrá inexactitud cuando la respuesta dada es contraria a la realidad. La consecuencia legalmente establecida por el artículo 1058 del Código de Comercio para los casos en que el tomador incurre en tales conductas al diligenciar el formulario de solicitud del seguro es la de la nulidad relativa del contrato celebrado.

En cuanto se refiere al mismo tema, en el evento de que la aseguradora no suministre un cuestionario, resulta importante poner de presente lo establecido por el inciso segundo del artículo 1058 del Código de Comercio, conforme al cual: “Si la declaración no se hace con sujeción a un cuestionario determinado, la reticencia o la inexactitud producen igual efecto si el tomador ha encubierto por culpa, hechos o circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo”.

La Corte Suprema de Justicia colombiana se ha pronunciado en repetidas ocasiones sobre este tema, manifestando que el deber del tomador de pronunciarse verazmente frente al cuestionario tiene lugar en la fase previa a la celebración del contrato de seguro y tiene como objetivo garantizar la expresión libre de la voluntad de la aseguradora de consentir en dicho vínculo, de abstenerse de hacerlo, o de contraerlo pero bajo otras condiciones. Es entonces importante tener presente que no importan los motivos que hayan llevado al tomador a comportarse sin fidelidad a la verdad, incurriendo con ello en una deslealtad que genera un desequilibrio económico, cuando se le ha solicitado información que permita a la aseguradora medir el estado del riesgo. Con independencia de cuál haya sido la razón de su comportamiento, intencional o culposa, la consecuencia afecta la formación del contrato de seguro, y la ley establece la posibilidad de invalidarlo desde su misma raíz²⁷⁴.

La omisión del tomador trae como consecuencia la nulidad relativa del contrato, lo que conlleva que en el evento acaecer el siniestro y formularse a la aseguradora la reclamación correspondiente, esta invocará la nulidad relativa para objetar el pago. En caso de reclamación judicial, invocará la nulidad relativa como excepción dentro del proceso. Una vez declarada por el juez la nulidad relativa, esta declaración tiene efectos retroactivos: el contrato nunca fue válido, pues la nulidad afecta el contrato desde el momento mismo de su celebración. Tratándose del contrato de seguro, esto significa que la cobertura nunca existió y que en virtud

274 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, 1º de junio de 2007, Exp. no 66001-3103-004-2004-00179-01, magistrada ponente: Ruth Marina Díaz Rueda.

de lo establecido por el artículo 1059 del Código de Comercio, la aseguradora tendrá derecho a retener a título de sanción la prima pagada por el tomador. En resumen, no habrá cobertura, ni devolución de la prima pagada. De ahí la importancia de suministrar a la aseguradora de manera precisa y completa la información, evitando problemas e inconvenientes innecesarios al momento de formular la correspondiente reclamación.

2. Copia del informe de inspección

Esta diligencia usualmente tiene lugar en la etapa precontractual y hace parte de etapa de formación del consentimiento de las partes. Cuando se ha realizado una inspección del riesgo por parte de la aseguradora, se recomienda al tomador o asegurado solicitar copia del informe rendido por el funcionario que realizó la inspección. Este documento le sirve al asegurado para establecer con exactitud las circunstancias verificadas y conocidas por la aseguradora antes de otorgar la cobertura, tema que reviste singular importancia a la luz de lo establecido por el inciso cuarto del artículo 1058 que dispone: “Las sanciones consagradas en este artículo (la nulidad relativa o la reducción de la prestación asegurada) no se aplican si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración o si ya celebrado el contrato, se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente”.

Acerca del conocimiento de los hechos o circunstancias sobre los que versa la reticencia o inexactitud por parte de la aseguradora, ha dicho la Corte Suprema de Justicia colombiana:

En efecto: la ratio de la anunciada supresión sancionatoria, de suyo excepcional, hunde sus raíces en el hecho inconcuso de sustraer la mencionada secuela cuando el asegurador, previamente a la celebración del contrato, ha conocido –o debido conocer- la existencia de la reticencia o de la inexactitud, bien por intermedio del tomador in potentia, bien a través de las indagaciones, investigaciones o pesquisas adelantadas por el empresario del riesgo, en forma voluntaria (*ex voluntate*) o facultativa, apoyado en expertos.

En cualquiera de los citados supuestos, el asegurador, con anterioridad, tuvo ocasión de ponderar y sopesar el haz informativo reinante, de suerte que si en su condición indiscutida de profesional –con todo lo que ello implica– asintió en forma libre, amén de reflexiva y, por contera, aceptó celebrar el negocio jurídico asegurativo, es porque entendió que no existía un obstáculo insalvable o ninguna dificultad mayúscula llamada a opacar su voluntad o, que de haberla, solo en gracia de discusión, asumía conscientemente las con-

secuencias dimanantes de su decisión, lo que no riñe con un eventual establecimiento de puntuales medidas y cautelas por parte suya.

Y si ello es así, cómo acudir entonces al instituto de la nulidad del seguro pretextando el advenimiento de una anomalía negocial, cuando fue el propio asegurador, quien a posteriori de conocer (real o presuntivamente) el vicio —en sentido lato—, concurrió espontáneamente a emitir su declaración de voluntad, por lo demás favorable al otorgamiento del amparo o cobertura respectiva.

Expresado de otra manera, la compañía aseguradora, bien por acción, bien por omisión, estaría removiendo cualquier vicisitud con potencialidad de nublar su asentimiento, de tal suerte que la protección brindada por la ley mercantil mediante la entronización y disciplina —especialísima y *sui generis*— de los vicios de la voluntad, *ab initio*, perdería su razón de ser, por lo menos en las descritas circunstancias, habida cuenta que, *en estrictez*, no podría enrostrarse la consolidación de un engaño, o la alteración de la realidad factual. Como bien argumentó la Sala en su momento, “[...] si la aseguradora ha conocido la realidad y acepta asumir el riesgo, no ha sufrido engaño” (sentencia del 18 de octubre de 1995).

Así las cosas, si en función de la peculiar mecánica inherente a la formación del consentimiento en el contrato de seguro, connatural a determinados negocios de confianza, el legislador lo que persigue es evitar que la aseguradora sea sorprendida, engañada o timada por su co-contratante, o que aun siéndolo, según sea el caso, este obtenga un beneficio ilícito de ello, es más que consecuente entender que el conocimiento previo radicado en cabeza del virtual afectado, purifica la relación negocial y purga, *in radice*, la sanción legal en cuestión, consistente en la nulidad relativa derivada de la reticencia o inexactitud en la que materialmente incurrió el candidato a tomador, dado que tuvo a su alcance la información adecuada e indicativa para escrutar su querer, por manera que si contrató, debe suponerse que lo hizo en condiciones de razonable equilibrio informático. Situación diferente, aun cuando no en sus efectos —que son simétricos—, es que no lo haya hecho, pudiéndolo efectivamente hacerlo, como de inmediato se acotará²⁷⁵.

275 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 2 de agosto de 2001, magistrado ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, expediente n° 6146.

3. Suficiencia de la suma asegurada

Un punto que reviste especial trascendencia en la suscripción de todo seguro de responsabilidad civil es el relativo a la suma asegurada. Es importante verificar con especial cuidado la suficiencia de dicha suma, dado que el valor de las indemnizaciones por concepto de cualquier responsabilidad civil a cargo del asegurado puede ser elevado, y la responsabilidad de la aseguradora no irá más allá de la suma asegurada pactada. Ello sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 1128 del Código de Comercio, respecto de los gastos del proceso instaurado por el damnificado contra el asegurado o contra la aseguradora. Resulta entonces importante verificar los sub-límites establecidos para los distintos amparos, y los casos en que las coberturas son otorgadas en exceso de otros seguros.

4. Modalidades de cobertura (delimitación temporal del riesgo)

Otro punto que merece especial atención es el relacionado con la modalidad temporal de la cobertura. En términos generales, a partir de la expedición de la Ley 389 de 1997, las pólizas de seguro de responsabilidad civil pueden pactarse en Colombia bajo tres modalidades²⁷⁶: ocurrencia, reclamación y ocurrencia de cola corta (reclamación especial, sistema mixto, Sunset):

- a. **Ocurrencia:** bajo esta modalidad, la aseguradora cubre el valor de la indemnización que tenga que pagar el asegurado como consecuencia de la responsabilidad civil derivada de hechos *ocurridos durante la vigencia del seguro*, sin tomar en consideración el momento en que se presente la reclamación, siempre y cuando dicha reclamación sea presentada dentro de los términos de prescripción establecidos por la ley para la acción de responsabilidad civil correspondiente.
- a. **Reclamación o claims made:** bajo esta modalidad, la aseguradora cubre el valor de la indemnización que tenga que pagar el asegurado como consecuencia de la responsabilidad civil derivada de *reclamaciones presentadas durante la vigencia del seguro*. En esta clase de coberturas se establece, por norma general, una *fecha de retroactividad*. La aseguradora no responderá por las reclamaciones presentadas durante la vigencia del seguro que correspondan a hechos ocurridos antes de la fecha de retroactividad establecida. En esta clase de seguro por reclamación se recomienda consignar expresamente en la póliza que los hechos conocidos y avisados a

276 Código de Comercio, artículos 1127 y 1131; Ley 389 de 1997, artículo 4°.

la aseguradora durante la vigencia del seguro se entienden como reclamaciones y en consecuencia son objeto de cobertura bajo la póliza. Es importante incluir esta nota, debido a que la póliza que se suscriba para la siguiente vigencia excluirá de manera expresa de la responsabilidad derivada de hechos conocidos o avisados por el tomador o el asegurado al momento de celebrar el nuevo contrato. Así, en el evento de que el damnificado formule su reclamación una vez finalizada la vigencia, el asegurado contará con la cobertura de la póliza.

- a. **Ocurrencia de cola corta (reclamación especial, sistema mixto, Sunset):** bajo esta modalidad de cobertura, la aseguradora cubre el valor de la indemnización que tenga que pagar el asegurado como consecuencia de la responsabilidad civil derivada de *hechos ocurridos durante la vigencia del seguro, siempre que la reclamación de la víctima sea formulada al asegurado o a la aseguradora dentro de un periodo establecido en la póliza*, el cual no puede ser inferior a dos años.

Esta modalidad de cobertura ofrece al asegurado un amparo más restringido, especialmente si se trata de responsabilidad civil extracontractual. En Colombia algunas aseguradoras han adoptado esta modalidad para sus pólizas de responsabilidad civil, estableciendo que el plazo dentro del cual la víctima debe presentar la reclamación al asegurado o a la aseguradora es de dos años. En estos eventos el asegurado puede encontrarse desprotegido si la reclamación de responsabilidad civil es válidamente presentada por el damnificado una vez expirado el plazo establecido, tomando en consideración que para que el riesgo se entienda realizado, o lo que es lo mismo, para que se entienda ocurrido el siniestro, se requiere que se cumplan los dos supuestos: i) que el hecho ocurra durante la vigencia, y ii) que la reclamación de la víctima se presente dentro del plazo establecido. Si no se dan las dos circunstancias, no puede hablarse de siniestro, ni existirá cobertura bajo la póliza pactada con esta modalidad de delimitación temporal.

5. Riesgo asegurado (objeto del seguro)

En cuanto se refiere al objeto del seguro, resulta de la mayor importancia tener en cuenta los siguientes aspectos que delimitan el alcance de la cobertura otorgada bajo las pólizas de seguro de responsabilidad civil:

- a. **Responsabilidad contractual y extracontractual:** la responsabilidad que puede resultar a cargo del asegurado puede ser de naturaleza contractual

o extracontractual. Este aspecto reviste especial importancia en los casos en que el seguro se suscribe para amparar la responsabilidad profesional. Tratándose de responsabilidad profesional médica, por ejemplo, la responsabilidad puede surgir como consecuencia de la ejecución de obligaciones que nacen del contrato de prestación de servicios médicos (contractual), o puede surgir como consecuencia de obligaciones establecidas en la ley (extracontractual). Un ejemplo de responsabilidad civil contractual sería el daño causado por el médico tratante a un paciente durante una cirugía, mientras que un ejemplo de responsabilidad civil extracontractual sería el daño sufrido por un visitante como consecuencia del estado deficiente de las escaleras o pasillos dentro del hospital. Teniendo en cuenta que la responsabilidad civil puede tener una u otra fuente, es importante que la cobertura incluya ambos tipos de responsabilidad, especialmente en los casos en que se ampara la responsabilidad profesional. Es usual encontrar que las pólizas establecen de manera expresa la exclusión de la cobertura de la responsabilidad civil contractual, razón por la cual debe dejarse claramente consignado en las condiciones particulares del contrato de seguro que se encuentran amparadas ambas clases de responsabilidad. Puede también dejarse consignado que determinadas personas, con quienes existe un vínculo contractual, se entienden terceros para efectos de la cobertura otorgada bajo la póliza en los casos en que sufran daños derivados de la actividad del asegurado, ajenas a las obligaciones propias del contrato.

- b. Perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales que cause el asegurado:** tanto en el caso de la responsabilidad civil contractual, como de la extracontractual, el principio general establecido en la ley y reiteradamente reconocido por la jurisprudencia,²⁷⁷ es que quien causa un daño a otro por dolo o culpa, está obligado a su reparación plena. La obligación de responder plenamente por los perjuicios causados, se traduce en un deber de pagar una indemnización, obligación a cargo del causante del daño. Los perjuicios que se causen, y que deben ser indemnizados, pueden ser patrimoniales y no patrimoniales o extrapatrimoniales. El *perjuicio patrimonial* tiene dos formas de manifestación: el “daño emergente” y el “lucro cesante”. Además de estos conceptos de daño emergente y lucro cesante,

277 Constitución Política, artículo 250; Ley 446 de 1998, artículo 16; Código Civil, artículos 2341, 1613 y 1614; Código Penal, artículo 97. Sentencias: Corte Constitucional, C-916, 29 de octubre de 2002, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa; Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 18 de septiembre de 2009, Expediente n°0001-3103-005-2005-00406-01, magistrado ponente William Namén Vargas.

que tienen como finalidad cubrir los perjuicios patrimoniales ocasionados por el daño, el causante está obligado a indemnizar los perjuicios *extrapatrimoniales* que hubiere generado. Dentro de esos perjuicios extrapatrimoniales o no patrimoniales se encuentran tanto el daño moral como el denominado “daño a la vida de relación” (perjuicio fisiológico, alteración grave de condiciones de existencia, daño a la salud).

Tomando en consideración que el responsable debe pagar la indemnización del daño patrimonial y del daño extra patrimonial, es importante verificar que la cobertura otorgada incluya todo perjuicio que cause el asegurado y, además, verificar si en el condicionado general, entre las exclusiones de la póliza se encuentra el daño moral o cualquier tipo de perjuicio extra patrimonial, para solicitar a la aseguradora que la exclusión sea levantada en las condiciones particulares.

- c. **Lucro cesante de la víctima:** es muy importante revisar con especial cuidado que entre las exclusiones de la póliza no se encuentre el lucro cesante de la víctima. La indemnización del lucro cesante comprende todo ingreso dejado de recibir con ocasión del daño causado, incluye la totalidad de los ingresos dejados de percibir por la víctima durante el periodo indemnizable. A manera de ejemplo, en casos de muerte o de incapacidad permanente, el período indemnizable será toda la vida probable de la víctima. El valor a pagar por este concepto hace parte de la indemnización que debe pagar el asegurado y, por regla general, es un componente con un valor considerablemente alto frente a los demás conceptos que integran la indemnización. El lucro cesante de la víctima hace parte del daño emergente del asegurado, en consecuencia, es importante contar con una cobertura que lo incluya. En el evento de que se encuentre la exclusión expresa, debe solicitarse a la aseguradora levantarla en las condiciones particulares. Asimismo, es importante revisar que no se establezcan sub-límites que restrinjan la cobertura del lucro cesante.
- d. **Exigencia de que el hecho generador del daño sea accidental, súbito e imprevisto:** es frecuente que las pólizas de seguro de responsabilidad civil limiten la cobertura otorgada a los daños que resulten de hechos accidentales, súbitos e imprevistos. A este respecto procede poner de presente lo improcedente de la exigencia, por tratarse de un seguro que ampara la responsabilidad civil del asegurado, que implica siempre una conducta o un hecho culposos.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de la Sala Civil, del 18 de diciembre de 2012 (Exp. 76001-31-03-009-2006-00094-01), con ponencia del doctor Ariel

Salazar Ramírez, reiteró que la responsabilidad civil exige imputación por dolo o culpa. En sentencia del 21 de enero de 2013 (Exp:1101-31-03-026-2002-00358-01), con ponencia del doctor Fernando Giraldo Gutiérrez, la misma Corte dijo que la responsabilidad civil exige conducta reprochable a título de dolo o culpa.

En sentencia del 8 de agosto de 2013 (Exp. 11001-3103-003-2001-01402-01), magistrada ponente Ruth Marina Díaz Rueda, la Corte Suprema de Justicia se pronunció de la siguiente manera: “Para la prosperidad de pretensiones derivadas de esa especie de ‘responsabilidad civil’, la Sala ha iterado, entre otros, en el fallo sustitutivo de 16 de septiembre de 2011, exp.2005-00058, que para ‘[...] despachar favorablemente una pretensión de la mencionada naturaleza, en línea de principio, deben encontrarse acreditados en el proceso los siguientes elementos: una conducta humana, positiva o negativa, por regla general antijurídica; un daño o perjuicio, esto es, un detrimento, menoscabo o deterioro, que afecte bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con los bienes de su personalidad, o con su esfera espiritual o afectiva; una relación de causalidad entre el daño sufrido por la víctima y la conducta de aquel a quien se imputa su producción o generación; y, finalmente, un factor o criterio de atribución de la responsabilidad, por regla general de carácter subjetivo (dolo o culpa) y excepcionalmente de naturaleza objetiva (v.gr. riesgo)”.

- a. **Exigencia de sentencia judicial ejecutoriada:** no es procedente que las aseguradoras incluyan la exigencia de sentencia ejecutoriada como condición indispensable para que se haga el pago de la indemnización. La ley y la jurisprudencia²⁷⁸ han sido claras al afirmar que para que se entienda ocurrido el siniestro y, en consecuencia, surja la obligación de la aseguradora de pagar la indemnización, basta la reclamación judicial o extrajudicial de la víctima al asegurado.

6. Predios asegurados

En lo que toca con el aspecto de los predios asegurados, resulta de importancia incluir todos los lugares o predios en los que el asegurado desarrolla su actividad, con el fin de contar con una cobertura correctamente delimitada en el aspecto

278 Código de Comercio, artículo 1131. Jurisprudencia (entre otras): laudo arbitral Beneficencia del Valle vs. La Previsora, 5 de marzo de 2009, árbitros: Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo y José Fernando Torres. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 14 de julio de 2009, expediente 54001 31 03 2000 00235 01, magistrado ponente Pedro Octavio Munar Cadena. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 2 de febrero de 2001, expediente 5670, magistrado ponente Jaime Arrubla Paucar.

geográfico. Para dotar de mayor seguridad al asegurado, puede incluirse dentro de las condiciones particulares la cobertura automática para nuevos predios. Mediante este amparo, la aseguradora ampara la responsabilidad por daños causados en nuevos predios de manera automática, y se otorga al asegurado un plazo dentro del cual debe reportarlo a la aseguradora, para incluirlo de manera expresa dentro de la cobertura. Es importante señalar que si el plazo transcurre sin que se hiciera el reporte correspondiente, la cobertura cesa y el asegurado se encontrará desprovisto de la protección del seguro.

7. Delimitación objetiva del riesgo

En lo que se refiere a la delimitación objetiva del riesgo y en relación con el seguro de responsabilidad civil profesional, es prudente verificar que la profesión y su ejercicio gocen de tutela del Estado al momento de celebrar el contrato, teniendo en cuenta que el artículo 1129 del Código de Comercio sanciona con nulidad absoluta el contrato de seguro en los casos en que la profesión o su ejercicio no cuenten con la tutela del Estado. La misma sanción se establece en los casos en que el asegurado no sea legalmente hábil para ejercer la profesión al momento de celebrar el contrato. En el evento de que durante la vigencia del seguro se presente la pérdida de la habilitación legal del asegurado para ejercer la profesión, conforme a lo establecido por el artículo 1130 del Código de Comercio, el contrato terminará de manera automática.

Tratándose del seguro de responsabilidad civil de entidades prestadoras de servicios, especialmente en el campo de la salud, resulta asimismo importante incluir de manera expresa la cobertura para daños causados por profesionales independientes, no adscritos o no vinculados laboralmente a la entidad asegurada, teniendo en cuenta que en la mayoría de los clausulados generales de las pólizas de responsabilidad profesional se excluyen los daños causados por profesionales o personal no adscrito o vinculado laboralmente con el asegurado. De igual manera, en esta clase de seguros debe incluirse la cobertura para daños causados por estudiantes en práctica y estudiantes de especializaciones, si los hubiere.

8. Garantías

El inciso tercero del artículo 1061 del Código de Comercio establece que la garantía, sea o no sustancial respecto del riesgo, deberá ser cumplida de manera estricta, esto es, en forma literal. En caso contrario, el contrato de seguro será anulable. Cuando la garantía se refiere a un hecho posterior a la celebración del contrato, como es por ejemplo el caso del contrato de mantenimiento de equipos,

en caso de inobservancia, la aseguradora puede dar por terminado el contrato desde el momento de la infracción. Lo anterior trae como consecuencia que, en el evento de presentarse un siniestro con posterioridad al incumplimiento de lo pactado en las cláusulas de garantía, el asegurado no contaría con la cobertura del seguro.

Las garantías son declaraciones de situaciones de hecho o compromisos que deben ser atendidos durante toda la vigencia de la póliza. Por ello, y por las consecuencias desfavorables que su inobservancia genera, merecen especial atención en cuanto a su cumplimiento. En las pólizas de responsabilidad civil profesional es usual encontrar garantías tales como: realizar el mantenimiento de equipos por parte del proveedor o personal especializado, observar requisitos legales, administrativos y de seguridad (licencias, permisos, etc.), así como las prescripciones y reglamentos propios de la actividad desarrollada por el asegurado.

9. Cláusula compromisoria o de arbitramento

Resulta necesario señalar las dificultades de orden práctico que pueden presentarse para el asegurado al incluir la cláusula compromisoria en los contratos de seguro de responsabilidad civil. El mecanismo usual cuando se presentan reclamaciones judiciales al asegurado que tienen origen en la responsabilidad civil, es el siguiente: una vez que el asegurado ha sido demandado por el damnificado, llama en garantía a la aseguradora para que en el evento de resultar condenado en el proceso, responda frente al damnificado conforme al contrato de seguro celebrado. En este supuesto, de haberse pactado la cláusula en comento, el asegurador podría oponerse al llamamiento en garantía alegando la falta de competencia del juez para conocer del asunto. No obstante lo discutible que pudiera resultar la validez de la inclusión de la cláusula en este tipo de seguro, de presentarse el caso de que el juez no acepte el llamamiento, el asegurado se vería en la necesidad de solicitar la convocatoria del tribunal de arbitramento, pidiendo la suspensión del proceso arbitral por prejudicialidad, con el fin de interrumpir los términos de prescripción de su acción contra el asegurador que comienzan a correr con la reclamación judicial o extrajudicial del damnificado, conforme a lo dispuesto por el artículo 1131 del Código de Comercio.

Por lo anteriormente expuesto, la recomendación más sensata parece ser la de no incluir la cláusula compromisoria o de arbitramento en la póliza de responsabilidad civil o, de hacerlo, solicitar la renuncia expresa de la aseguradora a invocarla en el evento de ser llamada en garantía dentro del proceso ordinario que el damnificado instaure contra el asegurado.

10. Deducibles

Es frecuente encontrar que en las pólizas de responsabilidad civil se establezcan deducibles que corresponden a la cobertura del seguro individual de las personas naturales o jurídicas que prestan sus servicios en la entidad. Ejemplo: se exige a los profesionales adscritos o autorizados contar con una póliza de responsabilidad civil profesional con una suma asegurada de \$50'000.000 y se establece como deducible mínimo para cualquier reclamo los \$50'000.000.

De igual manera, en la cobertura otorgada para responsabilidad civil de contratistas y subcontratistas se exige con frecuencia que el contratista o subcontratista cuente con una póliza de responsabilidad civil propia e independiente, en exceso de la cual cubre la póliza suscrita por el asegurado. En la práctica esto significa que en el evento de presentarse un siniestro cuyo valor exceda de los mínimos establecidos, la entidad solamente contará con cobertura para la cantidad que exceda de los límites pactados.

En consecuencia, es importante revisar los deducibles establecidos y verificar que se ajusten a la realidad de la actividad asegurado en cada caso.

11. Exclusiones y demás condiciones

Cada asegurado debe analizar de manera cuidadosa los riesgos a los que se encuentra expuesto de acuerdo con la actividad que desarrolla. Esto con el fin de solicitar a la aseguradora al momento de contratar sus pólizas de responsabilidad civil, las modificaciones y ajustes que resulten pertinentes, evitando percances en el evento de verse obligado a responder frente a terceros sin contar con el amparo adecuado.

En el caso de pólizas de responsabilidad civil profesional, de pólizas de seguro de responsabilidad para directores y administradores, o pólizas de naturaleza compleja, es aconsejable contar con la asesoría de un profesional experto en el tema de seguros al momento de la suscripción para evitar desagradables sorpresas una vez ocurrido el siniestro.

X. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y VALORACIÓN DEL DAÑO²⁷⁹



MARÍA CRISTINA ISAZA POSSE²⁸⁰

Para iniciar, es necesario señalar la íntima relación existente entre el tema del seguro de responsabilidad civil, el régimen de la responsabilidad civil y la valoración del daño.

Resulta pertinente aclarar que los criterios que se exponen aquí están tomados en su totalidad de las decisiones jurisprudenciales de las altas cortes colombianas: Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Corte Constitucional.

279 El presente ensayo recopila la conferencia dictada por la doctora María Cristina Isaza en el primer Seminario Internacional sobre el Seguro de Responsabilidad Civil, celebrado conjuntamente entre la Especialización de Seguros y Seguridad Social de la Universidad de La Sabana, Colombia y la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros (Acoldece) el 25 de octubre de 2014.

280 Abogada, especialista y magíster en Derecho de Seguros de la Pontificia Universidad Javeriana, asesora y consultora independiente. Afiliada y miembro de la Junta Directiva de Acoldece (Asociación Colombiana de Derecho de Seguros). Miembro del Centro de Estudios de Derecho de Seguros del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana, Colombia, docente de la Especialización en Derecho de Seguros, del Diplomado de Seguros, de la Especialización de Derecho Médico y de la Maestría en Derecho de Seguros de la Universidad Javeriana; de la Especialización en Responsabilidad Civil y del Estado de la Universidad de La Sabana, Colombia; de la Especialización en Seguros de la Universidad Externado de Colombia y de la Especialización en Derecho de Responsabilidad y Seguros de la Universidad del Norte. Se han publicado varios de sus estudios. Autora del libro *De la cuantificación del daño - Manual teórico práctico*. Bogotá: Editorial Temis, 2009 (segunda edición: 2011, tercera edición: 2013).

1. Consideraciones previas

Podría pensarse que lo tocante a la responsabilidad civil y la valoración del daño son asuntos de escaso interés para el sector asegurador. Sin embargo, muy por el contrario, como veremos, son aspectos de inmensa trascendencia cuando del seguro de responsabilidad civil se trata.

El artículo 1077 del Código de Comercio, que se refiere a los principios comunes a los seguros terrestres, dispone:

“Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso. El asegurador deberá demostrar los hechos excluyentes de su responsabilidad”.

Tratándose del seguro de responsabilidad civil, en términos generales, el siniestro o realización del riesgo previsto en el contrato de seguro será el surgimiento de un débito en el patrimonio del asegurado, derivado de una responsabilidad que le sea imputable. Es decir, el siniestro será la existencia de una responsabilidad en cabeza del asegurado como consecuencia de un daño o perjuicio causado, por el cual deba responder. Debe, en consecuencia, existir responsabilidad civil para que se entienda ocurrido el siniestro y se torne exigible la obligación condicional de la aseguradora, sin perjuicio de lo relacionado con los costos del proceso a los que se refiere el artículo 1128 del Código de Comercio, a los cuales no vamos a referirnos.

En cuanto se refiere a la cuantía de la pérdida, esta consistirá en el valor de la indemnización a cuyo pago a la víctima estará obligado el asegurado responsable.

De lo anterior puede deducirse con facilidad la relación estrecha que existe entre el seguro de responsabilidad civil y la indemnización a cargo del responsable por un daño causado. Sin valorar o cuantificar adecuadamente el daño, resulta imposible determinar el alcance del riesgo al que se encuentra expuesto el tomador del seguro, el valor de la indemnización a la que tendría derecho la víctima y, en el evento de ocurrir un siniestro, establecer el valor de la pérdida para formular la correspondiente reclamación a la aseguradora.

Por otro lado, no obstante que la aseguradora solo responde hasta la suma asegurada estipulada, debe contar con los elementos suficientes para cuantificar las pérdidas, de manera que las reservas constituidas sean adecuadas para pagar posteriormente las indemnizaciones a su cargo por los siniestros.

2. La valoración del daño

En Colombia, tanto la ley como la jurisprudencia reconocen y aplican un régimen fundado en el principio de reparación integral o indemnización plena de perjuicios. El causante del daño está obligado a indemnizar *todos* los perjuicios causados que se encuentren debidamente acreditados.

Entre las múltiples decisiones jurisprudenciales que dan cuenta de la aplicación de este principio se encuentran:

- Corte Constitucional, sentencia C-916, 29 de octubre de 2002, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa. Resuelve la demanda de inexequibilidad del artículo 97 del Código Penal que establece un límite de 1.000 SMMLV a la indemnización de los perjuicios derivados del delito.
- Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, 13 de abril de 2011. Radicación n° 34145, magistrado ponente Sigifredo Espinosa Pérez. Aclara que el límite de 1000 SMMLV al que se refiere el artículo 97 del Código Penal no es la indemnización a la que tiene derecho cada reclamante, sino el total de la indemnización por concepto extra patrimonial, que se reparte entre todos los reclamantes.
- Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 18 de septiembre de 2009, expediente n°0001-3103-005-2005-00406-01, magistrado ponente William Namen Vargas. Se refiere al daño moral y reitera el principio de reparación integral.
- Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 17 de noviembre del 2011, expediente n°11001-3103-018-1999-00533-01, magistrado ponente William Namen Vargas. Procede la reparación de todo el daño, pero solamente el daño.

En cuanto se refiere al aspecto normativo, tenemos:

- Artículo 250, numeral 1, Constitución Política: se limita a reconocer que las víctimas y perjudicados tienen derecho a la reparación, mediante “la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito”:
“Por lo anterior, el legislador, al definir el alcance de la ‘reparación integral’ puede determinar cuáles daños deben ser tenidos en cuenta”.
- Artículo 16 de la Ley 446 de 1998:
“Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de la justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá a los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

- El artículo 2341 del Código Civil: se refiere a la responsabilidad civil extracontractual y establece que todo el que causa un daño por su delito o culpa está obligado a su reparación.
- Artículo 1613 del Código Civil (RC Contractual): daño emergente y lucro cesante.
- Artículo 1614 del Código de Comercio: “Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplirla imperfectamente, o retardado su cumplimiento”.
- La Ley 95 de 1936 (Código Penal) establecía:
 - “Artículo 93. – El respectivo agente del ministerio público deberá cooperar con los interesados en todas las diligencias tendientes a fijar y obtener la indemnización a que diere lugar la infracción, o intervenir por sí solo en el caso de que éstos se abstengan de hacerlo”.
 - “Artículo 94. – Si el delito no hubiere causado daño que pueda evaluarse pecuniariamente, podrá el juez no obstante imponer la obligación de pagar una suma hasta de mil pesos a favor del tesoro nacional”.
 - “Artículo 95. – Cuando no fuere fácil o posible evaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos”.

3. La indemnización

Sin perjuicio de las medidas de reparación no pecuniaria a las que haya lugar, la reparación de los perjuicios causados por el responsable se hace mediante el pago de una indemnización a la víctima. Esta indemnización está integrada por dos elementos: uno que corresponde a la reparación de los perjuicios de orden patrimonial y el otro que corresponde a la reparación de los perjuicios de naturaleza extra patrimonial.

4. Los perjuicios patrimoniales

El perjuicio patrimonial comprende dos aspectos: el “daño emergente” y el “lucro cesante”.

Se entiende por “daño emergente” el daño o la pérdida realmente sufrida, lo que efectivamente sale o saldrá del patrimonio de la víctima o del reclamante con

ocasión de la producción del daño. El daño emergente puede ser “pasado” y/o “futuro”.

La determinación del monto a indemnizar por concepto de daño emergente no reviste mayor complejidad, por cuanto se toman las facturas de los gastos efectuados y las cotizaciones de los gastos por efectuar y se aplican las fórmulas matemáticas correspondientes aplicando un interés del 6% efectivo anual.

El “lucro cesante” es la ganancia o utilidad dejada de percibir con ocasión de la producción del daño, que se mide por lo que se hubiese recibido en caso de no haberse producido la circunstancia que causó el daño. Al igual que el daño emergente, el lucro cesante puede ser “pasado” y/o “futuro”.

La determinación del monto a indemnizar por concepto de lucro cesante requiere establecer varios elementos antes de aplicar las fórmulas matemáticas para su cálculo.

Los factores que intervienen en la determinación del lucro cesante son los siguientes:

- *El periodo indemnizable*

Para establecer el periodo indemnizable deben tomarse en consideración varios aspectos:

- Duración de la incapacidad.
- Edad de la víctima y de los reclamantes.
- Sexo o género de la víctima y de los reclamantes.
- Condición de la víctima y de los reclamantes (válidos o inválidos).
- Período de dependencia económica: varía dependiendo si se trata de:
 - Cónyuge o compañero(a).
 - Hijos.
 - Padre o madre.
 - Hermanos.
 - Otros.

- *Género o sexo de la víctima y de los reclamantes*

Las tablas de mortalidad o de vida probable son diferentes, dependiendo de si se trata de hombres o mujeres. Debe tomarse la información de la tabla que corresponda.

- *Condición de la víctima y de los reclamantes*

Las tablas de mortalidad o de vida probable son diferentes, dependiendo de si se trata de hombres o mujeres válidas o inválidas. Debe tomarse la información de la tabla que corresponda. La expectativa de vida de las personas inválidas es más corta.

- *Ingresos de la víctima*

El ingreso de la víctima es factor determinante para el cálculo del lucro cesante²⁸¹.

Si la víctima fuere un asalariado vinculado mediante contrato de trabajo, se toma el ingreso básico (su salario) y se adiciona un porcentaje adicional (25%) correspondiente al factor prestacional (salario integral: no).

En el evento de que la víctima fallezca, al ingreso total se le descuenta el porcentaje correspondiente a los gastos personales. Estos porcentajes son definidos por el juez. Hoy la jurisprudencia considera que ese porcentaje es del 25%.

Pensión de invalidez o muerte: en los casos en que la víctima ya estaba recibiendo la pensión de invalidez o vejez, este valor no se toma como parte del ingreso base para efectuar la liquidación de la indemnización a cargo del responsable. En el evento de que, como consecuencia del daño se empiece a recibir la pensión de invalidez o muerte, la jurisprudencia ha sostenido que este ingreso tiene un origen laboral y, en consecuencia, no puede ser descontado de la indemnización a cuyo pago está obligado el responsable.

En los eventos en que no se encuentre probado el ingreso, o este sea inferior al salario mínimo vigente a la fecha de liquidación, se hace el cálculo tomando como base el salario mínimo vigente en la fecha del cálculo.

De manera excepcional, las altas cortes han acudido a criterios de equidad para determinar el valor del ingreso en casos en los que no ha resultado posible su determinación²⁸².

281 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 21 de octubre de 2013, expediente 110013103030322009-00392-01, magistrado ponente Fernando Giraldo Gutiérrez.

282 Ver sentencia de la Corte Suprema de Justicia, 20 de enero de 2009, expediente 00215-01, magistrado ponente Pedro Octavio Munar Cadena.

5. Indemnización patrimonial en casos de muerte de menores de edad

La regla general empleada por la jurisprudencia en los casos de muerte de menores de edad ha sido la de no reconocer indemnización por concepto patrimonial. En el Consejo de Estado se encuentran providencias en las que se reconoce indemnización por este concepto. Encontramos las siguientes:

- Consejo de Estado en Colombia: aprobación conciliación, crimen lesa humanidad. Auto Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 22 de febrero de 2007, expediente 26.036, consejero ponente Ramiro Saavedra Becerra.
- Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, 19 de noviembre de 2012, radicación: 05001-23-31-000-1996-02223-01(23.343), magistrado ponente Enrique Gil Botero. Reconoce indemnización patrimonial por lucro cesante con ocasión de la muerte de un menor. Desde que el menor hubiera cumplido 18 años, hasta llegar a los 25 años.

6. Los perjuicios extrapatrimoniales

Además de estos dos conceptos de daño emergente y lucro cesante que tienen como finalidad cubrir los perjuicios patrimoniales ocasionados, el responsable está obligado a indemnizar los perjuicios no patrimoniales que hubiere generado. Dentro de los perjuicios extrapatrimoniales encontramos los perjuicios morales propiamente dichos, el denominado “daño a la vida de relación” y el “daño a los derechos o bienes constitucionalmente tutelados”.

7. El daño moral

El *perjuicio moral* es un daño extrapatrimonial que tiene lugar en el ámbito particular de la personalidad humana, en cuanto toca sentimientos íntimos tales como la pesadumbre, la aflicción, la soledad, la sensación de abandono o impotencia que el evento dañoso le ocasiona a quien lo padece. Se refiere a la afectación de los sentimientos íntimos de la víctima o los sentimientos provenientes del dolor físico producido por una lesión.

7.1. Perjuicio moral con ocasión de pérdida o daño de cosas

En Colombia, la tesis general adoptada por la jurisprudencia fue la de no conceder indemnización por daño moral con ocasión de la pérdida de cosas. El Consejo de Estado, en sentencia del 5 de diciembre de 2006, en la que se resolvió el caso

de la retención indebida de un vehículo por parte de las autoridades. No obstante, no condenó por este concepto, se pronunció admitiendo la posibilidad de que se indemnizara el daño moral por la pérdida de cosas.

Se señalan las siguientes sentencias en las que se ha concedido indemnización del daño moral derivado de la pérdida de las cosas:

- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de diciembre de 2006, expediente 16.347, consejero ponente Ruth Stella Correa Palacio.
- Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, 23 de mayo de 2012, radicación: 05001-23-24-000-1993-01039-01(21269), consejero ponente Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, 12 de julio de 2014, radicación: 05001-23-31-000-1996-01478-01(31.363), consejero ponente Enrique Gil Botero.

7.2. Perjuicio moral con ocasión del daño a las personas

La posición adoptada por la jurisprudencia, tanto en lo civil como en lo contencioso administrativo, es la de presumir el daño moral de los allegados cuando se trata de daño a las personas.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 11 de mayo de 1976, dijo en cuanto hace referencia al daño moral con ocasión de los daños sufridos por las personas:

Por el aspecto de los perjuicios morales es obvio que la muerte o la invalidez accidentales de una persona pueden herir los sentimientos de afección de muchas otras y causarles sufrimientos más o menos intensos y profundos. En principio, todos estos ofendidos estarían legitimados por el daño que cada uno de ellos recibe para demandar la reparación correspondiente, pero [...] la doctrina y la jurisprudencia *han considerado necesario reservar ese derecho a aquellas personas que por sus estrechas vinculaciones de familia con la víctima del accidente, se hallan en situación que por lo regular permite presumir con la certeza que requiere todo daño resarcible, la intensa aflicción que les causa la pérdida del cónyuge o de un pariente próximo*. Obvio es que, derivándose fundamentalmente este derecho de las relaciones de familia, el demandante del resarcimiento de daños morales solo ha de legitimarse en causa mediante la demostración de tales relaciones con las respectivas partidas del estado civil. (El énfasis es nuestro)

En cuanto se refiere a la cuantía de la indemnización por el daño moral, resulta necesario precisar la diferencia que se encuentra dependiendo de la jurisdicción de la que se trate.

En materia civil, la Corte Suprema de Justicia ha fijado el criterio aplicable con respecto a la cuantía máxima de la indemnización del daño moral por reclamante, mediante las siguientes decisiones:

- 5 de mayo de 1999: señala en diez millones de pesos (\$10.000.000.00) la cantidad máxima que se ofrecía como justa para paliar en alguna forma el dolor sufrido.
- 7 de septiembre de 2001: CSJ condenó al pago de quince millones de pesos (\$15'000.000) por perjuicios morales. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 7 de septiembre de 2001, expediente 6171, magistrado ponente Silvio Fernando Trejos Bueno.
- 30 de junio de 2005: reconoce a una hija una indemnización por concepto de perjuicio moral sufrido con ocasión de la muerte de la madre, de \$20'000.000. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de junio de 2005, expediente 68001-3103-005-1998-00650.01, magistrado ponente Jaime Alberto Arrubla Paucar.
- 20 de enero de 2009: se reconoce indemnización por perjuicio moral de \$40'000.000. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, expediente 170013103005-1993-00215-01, magistrado ponente Pedro Octavio Munar Cadena.
- 17 de noviembre de 2011: se reconoce indemnización por perjuicio moral de \$53'000.000. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, expediente 11001-3103-018-1999-00533-01, magistrado ponente William Namén Vargas.
- 9 de julio de 2012: reconoce indemnización por perjuicio moral de \$55'000.000. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, expediente 11001-3103-006-2002-00101-01, magistrado ponente Ariel Salazar Ramírez.

En materia contenciosa administrativa: el Consejo de Estado en decisión del 28 de agosto de 2014²⁸³ estableció los siguientes criterios en lo tocante con la cuantía de la indemnización del daño moral derivado de la muerte, lesiones personales y privación injustificada de la libertad.

283 Consejo de Estado, Sección Tercera, documento final aprobado mediante acta del 28 de agosto de 2014. Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales. Fija criterios para la cuantificación de los perjuicios extrapatrimoniales.

Reparación del daño moral en caso de muerte regla general					
	Nivel 1	Nivel 2	Nivel 3	Nivel 4	Nivel 5
	Relaciones afectivas conyugales y paterno filiales	Relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

Reparación del daño moral en caso de lesiones					
	Nivel 1	Nivel 2	Nivel 3	Nivel 4	Nivel 5
Gravedad de la lesión	"Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales"	Relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6

Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

	Nivel 1	Nivel 2	Nivel 3	Nivel 4	Nivel 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	Víctima directa, cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en el 1º de consanguinidad	Parientes en el 2º de consanguinidad	Parientes en el 3º de consanguinidad	Parientes en el 4º de consanguinidad	Terceros damnificados
Término de privación innjusta en meses		50% del porcentaje de la víctima directa	35% del porcentaje de la víctima directa	25% del porcentaje de la víctima directa	15% del porcentaje de la víctima directa
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Superior a 18 mese	100	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	45	31,5	22,5	13,5
Superior a 9 e inferior a 12	80	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9	70	35	24,5	17,5	10,5
Superior a 3 e inferior a 6	50	25	17,5	12,5	7,5
Superior a 1 e inferior a 3	35	17,5	12,25	8,75	5,25
Igual e inferior a 1	12	7,5	5,25	3,75	2,25

8. En materia penal

Conforme a lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia que resolvió la exequibilidad del artículo 97 del Nuevo Código Penal, Ley 599 de 2000, el tope de 1000 SMMLV establecido por la norma se aplica únicamente en cuanto se refiere a toda clase de perjuicio extrapatrimonial.

En sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, 13 de abril de 2011, radicación 34145, magistrado ponente Sigifredo Espinosa Pérez, se determina que este valor se refiere a toda clase de perjuicio extrapatrimonial y es el valor a reparar entre todos los reclamantes.

9. El daño a la vida de relación - daño a la salud

Dentro del concepto de daño extrapatrimonial se encuentra incluido, además del daño moral, el inicialmente llamado “daño fisiológico”, hoy conocido como “daño a la vida de relación”. Este consiste en la pérdida de oportunidad para gozar de la vida, en verse privado de vivir en las mismas condiciones que sus congéneres, pérdida de la posibilidad de realizar actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia. Ha dicho la jurisprudencia que este es diferente del perjuicio moral, por cuanto “se trata, en realidad, de un daño extrapatrimonial a la vida exterior; aquél que afecta directamente la vida interior sería siempre un daño moral”²⁸⁴. En el mismo sentido, en otra providencia dijo el Consejo de Estado que se trata de “un perjuicio extrapatrimonial que tiene una entidad propia, lo cual no permite confundirlo con el daño moral, (*pretium doloris* o *Schmerzgeld*) o precio del dolor, especie también del daño extrapatrimonial, ni con el daño material (daño emergente y lucro cesante, artículo 1613 C.C.)”²⁸⁵.

En septiembre de 2011, el Consejo de Estado fijó el alcance del concepto de “daño a la salud”, recogiendo las denominaciones “daño a la vida de relación” y “alteración grave de las condiciones de existencia”:

Se reconoce de este modo una valoración del daño a la persona estructurado sobre la idea del daño corporal, sin tener en cuenta categorías abiertas que distorsionen el modelo de reparación integral. Es decir, cuando la víctima sufra un daño a la integridad psicofísica solo podrá reclamar los daños ma-

284 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 19 de julio de 2000, consejero ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez, expediente 11842.

285 Consejo de Estado, sentencia del 25 de septiembre de 1997, expediente 10421.

teriales que se generen de esa situación y que estén probados, los perjuicios morales de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este derecho constitucional.

Lo anterior, refuerza aún más la necesidad de readoptar la noción de daño a la salud, fisiológico o biológico, como lo hace ahora la Sala, pero con su contenido y alcance primigenio, esto es, referido a la afectación o limitación a la integridad psicofísica de la persona, como quiera que al haberlo subsumido en unas categorías o denominaciones que sirven para identificar perjuicios autónomos y que han sido reconocidos en diferentes latitudes, como por ejemplo la alteración a las condiciones de existencia (v.gr. Francia), se modificó su propósito que era delimitar un daño común (lesión a la integridad corporal) que pudiera ser tasado, en mayor o menor medida, a partir de parámetros objetivos y equitativos, con apego irrestricto a los principios constitucionales de dignidad humana e igualdad²⁸⁶.

En otros términos, un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia —antes denominado daño a la vida de relación— precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud²⁸⁷.

En cuanto se refiere a la cuantía de la indemnización por el daño a la vida de relación y daño a la salud, resulta necesario precisar también la diferencia que se encuentra dependiendo de la jurisdicción de la que se trate.

10. En materia civil

La Corte Suprema de Justicia ha fijado los criterios aplicables a la cuantía de la indemnización del daño a la vida de relación mediante las siguientes providencias:

286 “El daño subjetivo o daño a la persona es aquél cuyos efectos recaen en el ser humano, considerado en sí mismo, en cuanto sujeto de derecho, desde la concepción hasta el final de la vida. Por la complejidad del ser humano, los daños pueden efectuar alguna o algunas de sus múltiples manifestaciones o ‘maneras de ser’” (Fernández Sessarego, Carlos. “El daño a la persona”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Lima, pp. 71 y ss.).

287 Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 14 de septiembre de 2011, expediente 19031, consejero ponente Enrique Gil Botero.

- Sentencia, Sala Civil, 13 de mayo de 2008, magistrado ponente Cesar Julio Valencia Copete, \$90'000.000.
- Sentencia, Sala Civil, 20 de enero del 2009, magistrado ponente Pedro Octavio Munar Cadena, \$90.000.000.
- Sentencia, Sala Civil, 18 de diciembre de 2012, expediente 05266-31-03-001-2004-00172-01, magistrado ponente Ariel Salazar Ramírez. En la aclaración del voto del magistrado Arturo Solarte Rodríguez se sostiene que la Corte Suprema de Justicia no tiene en cuenta el concepto de daño a la salud. Sigue utilizando el concepto de alteración de condiciones de existencia o daño a la vida de relación.
- Sentencia, Sala Civil, 9 de diciembre de 2013, magistrado ponente Ariel Salazar Ramírez, pasa de \$90.000.000 a \$140.000.000

En materia contenciosa administrativa: el Consejo de Estado en decisión del 28 de agosto de 2014288 estableció los siguientes criterios en lo tocante con la cuantía de la indemnización del daño a la salud:

Reparación del daño a la salud	
Regla general	
Gravedad de la lesión	Víctima directa
	SMLMV
Igual o superior al 50%	100
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10

288 Consejo de Estado, Sección Tercera. Documento final aprobado mediante acta del 28 de agosto de 2014. Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales. Fija criterios para la cuantificación de los perjuicios extrapatrimoniales.

Reparación del daño a la salud	
Concepto	Cuantía máxima
Regla general	100 S.M.L.M.V.
Regla de excepción	400 S.M.L.M.V.

11. Afectación o vulneración a otros bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados

Mediante sentencia del Consejo de Estado del 2 de febrero de 2014, se condenó por daño extrapatrimonial derivado de afectación de derechos constitucionales por falla en el servicio (muerte de la madre y el bebé), como un concepto de daño inmaterial *distinto del daño moral y del daño a la salud*. Dice la sentencia:

[...] y, por último, será oportuno que se analice la posibilidad por parte de esta Corporación —siempre que los supuestos de cada caso lo permitan— de que se reparen los demás bienes, derechos o intereses jurídicos de la víctima directa o de los perjudicados que logren acreditar efectivamente que padecieron ese daño autónomo e independiente, sin que quede cobijado por la tipología antes delimitada (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor, a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros).

El criterio fijado por el Consejo de Estado en la decisión del 28 de agosto de 2014 en cuanto a la cuantía de la indemnización por este concepto, se encuentra en el siguiente cuadro:

En caso de violaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, cuya reparación integral, a consideración del juez, no sea suficiente, pertinente, oportuna o posible con medidas de reparación no pecunarias satisfactorias.	Hasta 100 SMLMV	En casos excepcionales se indemnizará hasta el monto señalado en este ítem, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Este <i>quántum</i> deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y la naturaleza del bien o derecho afectado.

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia²⁸⁹ profirió una decisión en la que se condenó al pago de indemnización de perjuicio extrapatrimonial por valor de \$20'000.000 para cada reclamante por este mismo concepto. Dice la sentencia:

De ahí que el daño no patrimonial se puede presentar de varias maneras, a saber: i) mediante la lesión a un sentimiento interior y, por ende, subjetivo (daño moral); ii) como privación objetiva de la facultad de realizar actividades cotidianas tales como practicar deportes, escuchar música, asistir a espectáculos, viajar, leer, departir con los amigos o la familia, disfrutar el paisaje, tener relaciones íntimas, etc., (daño a la vida de relación); o, iii) como vulneración a los derechos humanos fundamentales como el buen nombre, la propia imagen, la libertad, la privacidad y la dignidad, que gozan de especial protección constitucional.

Las dos primeras formas de perjuicio han sido amplia y suficientemente desarrolladas por esta Corte. El menoscabo a los bienes jurídicos personalísimos de relevancia constitucional, en cambio, aunque se ha enunciado tangencialmente por la jurisprudencia, no ha sido materia de profundización, dado que hasta ahora no se había planteado ese asunto en sede de casación.

De suerte que es esta la oportunidad propicia para retomar la línea trazada por la jurisprudencia de la Sala y, especialmente, por las sentencias de 13 de mayo de 2008 (Exp. 1997-09327-01) y de 18 de septiembre de 2009 (Exp. 2005-00406-01), con relación al tema del resarcimiento de las diversas subclases de perjuicios que constituyen el daño a la persona o extra patrimonial; y, en concreto, respecto de la protección en materia civil de los bienes jurídicos de especial relevancia constitucional.

Resumiendo en un cuadro los criterios sugeridos por las diferentes jurisdicciones en lo tocante a la cuantía de la indemnización de los perjuicios de naturaleza extrapatrimonial, encontramos lo siguiente:

289 Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 5 de agosto de 2014, SC10297-2014, radicación: 11001-3103-003-2003-00660-01, magistrado ponente Ariel Salazar Ramírez. \$20'000.000 por reclamante.

	Civil	Contencioso Administrativo	Penal
Daño moral	\$55'000.000 (por reclamante)	100 SMMLV por reclamante Regla general Casos especiales	1.000 SMMLV Todos reclamantes Todo concepto extrapatrimonial
Daño la vida de relación Daño a la salud	\$140'000.000 (por reclamante)	100 SMMLV por reclamante 400 SMMLV por reclamante	1.000 SMMLV Todos reclamantes Todo concepto extrapatrimonial
Daños a derechos o bienes constitucionalmente protegidos	\$20'000.000 (por reclamante)	100 SMMLV Todos los reclamantes	

Bibliografía

Fernández Sessarego, Carlos. “El daño a la persona”. En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Lima.

XI. EL SEGURO DE TRANSPORTES



RAFAEL ALBERTO ARIZA VESGA²⁹⁰

1. La actividad transportadora

1.1. Marco general

La actividad dedicada al transporte de bienes o personas ha contado y contará con una importancia fundamental dentro del avance de la humanidad. Desde las más antiguas civilizaciones, tales como la babilónica, fenicia, griega y romana, pasando por las ciudades europeas del siglo XIV, hasta la más moderna industria del transporte, su influjo y avance resultan definitivos. No dudamos en indicar que el desarrollo del mundo moderno ha ido de la mano del avance del transporte. El flujo de bienes, personas y servicios que conocemos actualmente, solo es posible a través de la utilización de diferentes modalidades de transporte que hacen posible su intercambio económico y cultural en una sociedad cada vez más globalizada. El orden económico mundial se sustenta en los acuerdos y tratados comerciales que permiten el libre intercambio de bienes y servicios, cuya realidad práctica se

²⁹⁰ Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en Derecho de Seguros de la Universidad Javeriana, Colombia, magíster en Responsabilidad Civil y del Estado Contractual y Extracontractual de la Universidad Externado de Colombia. Abogado litigante y asesor empresarial, con experiencia en Derecho comercial y particularmente en Derecho de seguros. Fue director jurídico de ARP y de Seguros Generales en Liberty Seguros S.A. Gerente nacional jurídico de Allianz Seguros S.A., actualmente es socio director de la firma Ariza & Gómez Abogados SAS. Profesor de Seguros de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional, Colombia, profesor invitado de la Especialización en Seguros y Seguridad Social de la Universidad de La Sabana. Correo electrónico: Rafaelariza70@hotmail.com.

encuentra atada a la mayor eficiencia del transporte que hace posible encontrar en nuestros mercados productos fabricados en cualquier parte del mundo.

El transporte se entiende, de manera general, como el traslado de personas y de bienes de un espacio físico a otro, con la intervención de un profesional en esta materia (el transportador), a través de tres medios fundamentales: terrestre, aéreo y acuático. Como es natural, el transporte terrestre comprende el movimiento de carga y pasajeros a través de vehículos de toda clase, incluido el ferroviario realizado con locomotoras. El transporte aéreo comprende el uso del espacio aéreo de aviones de toda clase, mientras que el transporte acuático implica el transporte por mar, ríos y lagos.

Los datos estadísticos a nivel mundial revelan por sí solos la importancia de la actividad: en lo que tiene que ver con el transporte marítimo, el informe *Review of Maritime Transport 2013*, de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo (UNCTAD, en su sigla en inglés), señala que durante el citado año se movilizaron 9200 millones de toneladas vía marítima, por lo que con completa razón señala que “El transporte marítimo es la columna vertebral del comercio internacional y la economía mundial. Alrededor del 80% del comercio mundial, en volumen, y más del 70%, en valor, se transporta por mar y transita por puertos de todo el mundo”²⁹¹. Por su parte, en materia de transporte aéreo de carga, el Banco Mundial registra que durante 2013 se transportaron 175.581 toneladas a nivel mundial²⁹². ¿Qué decir del transporte de pasajeros, actividad en la que estadísticas del mismo Banco Mundial reflejan la movilización —solo por vía aérea— de más de 3023 millones de pasajeros en el año 2013 a nivel mundial?²⁹³

Como es natural, esta actividad se encuentra sometida a innumerables riesgos que deben enfrentar día a día los transportadores, sin importar el medio o modalidad a través del cual se desarrolle. Tales riesgos en el transporte de bienes y mercancías pasan por la pérdida total o parcial de los mismos a raíz de hechos de la naturaleza (tsunamis, tempestades, entre otros) o del hombre (hurto, inadecuado embalaje, entre otros), mientras que en materia de transporte de pasajeros, estos se encuentran expuestos a la responsabilidad civil que pueda generarse por la muerte, lesión o afectación de las personas transportadas derivada, igualmente, de hechos de la naturaleza o del hombre.

291 Ver: <http://unctad.org/es/paginas/PressRelease.aspx?OriginalVersionID=166>.

292 Ver: <http://datos.bancomundial.org/indicador/IS.AIR.GOOD.MT.K1>.

293 Ver: <http://datos.bancomundial.org/indicador/IS.AIR.PSGR/countries?display=default>.

Pese a los esfuerzos de los profesionales del transporte por prevenir tales riesgos, a través del desarrollo de mejores herramientas para la predicción climática, mejores prácticas de embalaje, logística, mantenimiento, capacitación, seguridad y otras asociadas a la aplicación de nuevas tecnologías, los riesgos siguen presentándose. A la atención patrimonial de tales vicisitudes se encuentra dirigido el seguro de transportes, al cual dedicaremos el presente trabajo, a través del cual nos proponemos mostrar sus notas esenciales, con especial relación al destinado al transporte terrestre.

1.2. El contrato de transporte

Pese a no ser el objeto del presente escrito desarrollar en detalle los aspectos relacionados con el contrato de transporte, su referencia resulta obligatoria, como quiera que es dicho negocio jurídico el que determina el marco de acción del seguro dedicado a brindar protección económica frente a los riesgos que lo rodean.

Con esa precisión, debe anotarse que el transporte —siguiendo las voces del artículo 981 de nuestro estatuto mercantil modificado por el artículo D.E. 01 de 1990— determina que corresponde a “un contrato por medio del cual una de las partes se obliga para con la otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y a entregar estas al destinatario”. Dicha definición permite identificar, de un lado, la existencia de al menos dos partes en su configuración, esto es, el transportador de un lado, profesional encargado de la realización de la actividad de transporte, bien de cosas o bien de personas, y el remitente o pasajero, del otro lado, esto es, quien envía una cosa a algún destino o se transporta, respectivamente.

El título IV del libro IV del Código de Comercio regula en su capítulo I las “disposiciones generales” aplicables al contrato de transporte. Estas disposiciones generales determinan el marco fundamental de referencia de este contrato, tal como lo determina el artículo 999 del Código de Comercio, al establecer:

El Gobierno reglamentará las disposiciones de este título, las que se aplicarán al transporte cualquiera que sea el medio empleado para realizarlo, sin perjuicio de normas contenidas en disposiciones especiales.

Es así como los artículos 981 y siguientes de nuestro estatuto comercial determinan los aspectos fundamentales del contrato, tales como sus partes, características, obligaciones, acciones y régimen de prescripción.

En relación con dicho marco general del contrato de transporte, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia²⁹⁴ ha tenido oportunidad de destacar sus aspectos fundamentales, a propósito de una situación asociada a un seguro de transporte terrestre de mercancías, en los siguientes términos:

El contrato de transporte es aquel negocio jurídico ajustado entre el remitente, ya sea que obre por cuenta propia o ajena (artículo 1008, C. de Co.), y el transportador, por virtud del cual este se obliga para con el primero, a cambio de un precio, "a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y a entregar estas al destinatario" (artículo 981, ib.), en el "estado en que las reciba, las cuales se presumen en buen estado, salvo constancia en contrario" (artículo 982, inciso. 1º, ib.).

De conformidad con el inciso 2º del citado artículo 981 del estatuto mercantil, el contrato de transporte es consensual o de forma libre, como quiera que "se perfecciona por el solo acuerdo de las partes y se prueba conforme a las reglas generales".

En torno de la naturaleza de los deberes de prestación que surgen de tal contrato, jurisprudencia y doctrina, al unísono, tienen decantado que la obligación del transportador es de resultado, pues como se dejó observado y lo imponen expresamente para el transporte de cosas, que es el relacionado con este asunto, el ya citado numeral 1º del artículo 982 del Código de Comercio y el artículo 1008 de la misma obra, corresponde a él, también llamado porteador o acarreador, recibirlas, conducir las en la forma y término convenidos o, a falta de estipulación, "conforme a los horarios, itinerarios y demás normas contenidas en los reglamentos oficiales, en un término prudencial y por una vía razonablemente directa", y entregarlas al destinatario en el mismo estado en que las recibió, que se presume satisfactorio, salvo observación en contrario. Y no obstante los diversos planteamientos que puedan existir en relación con la distinción entre las obligaciones de medio y de resultado, y, particularmente, sobre los efectos sustanciales y procesales que en relación con dicha clasificación se establecen, no existe mayor dificultad en aceptar que en las obligaciones de resultado, el contenido de la obligación y, por ende, lo que conduce a la satisfacción del interés del acreedor, se concreta en un logro específico, en la obtención de la finalidad prevista, en fin, en una determinada y buscada modificación o alteración de la realidad existente con anterioridad al nacimiento de la relación obligatoria.

294 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, magistrado ponente Arturo Solarte Rodríguez, sentencia del 16 de diciembre de 2010, referencia 05001-3103-010-2000-00012-01.

En particular, en relación con el contrato de transporte, por esta Corporación se ha dicho que “la del transportador es una obligación de resultado, en la medida en que para cumplirla no le basta simplemente con poner toda su diligencia y cuidado en la conducción de las personas o las cosas, pues con arreglo a dicha preceptiva menester es que la realice en perfectas condiciones, de forma tal que solamente podría eximirse de ello demostrando la concurrencia de alguno de los acontecimientos que dependen de lo que se ha denominado una “causa extraña”, vale decir, aquellos en que, como sucede con el caso fortuito o la fuerza mayor, entre el hecho y el daño se ha roto el nexo causal, indispensable para la configuración de la responsabilidad, lo cual implica naturalmente que se adoptaron “todas las medidas razonables” de un acarreador profesional para evitar el daño o su agravación (Cas. Civ., sentencia de 1º de junio de 2005, expediente nº 1999-00666-01).

Es en armonía, precisamente, con esa especial característica del contrato de transporte, que el artículo 1030 del estatuto de los comerciantes, en relación con el transporte de cosas, consagra que “[e]l transportador responderá de la pérdida total o parcial de la cosa transportada, de su avería y del retardo en la entrega, desde el momento en que la recibe o ha debido hacerse cargo de ella. Esta responsabilidad solo cesará cuando la cosa sea entregada al destinatario o a la persona designada para recibirla, en el sitio convenido y conforme lo determina este código” (se subraya).

Lo anterior no quiere significar, obviamente, que el transportador carezca de medios de defensa que le permitan eximirse de reparar el perjuicio cuya causación se le imputa. Para el efecto, el artículo 992 del Código de Comercio, norma cuyo quebranto fue el que se denunció en el cargo auscultado, dispone que “[e]l transportador solo podrá exonerarse, total o parcialmente, de su responsabilidad por la inejecución o por la ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones, *si prueba que la causa del daño le fue extraña o que en su caso, se debió a vicio propio o inherente de la cosa transportada y, además, que adoptó todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación*” (el énfasis es nuestro).

Respecto de dichas notas fundamentales sintetizadas por la Corte, resulta necesario precisar aspectos específicos referidos a algunas modalidades de transporte, así:

- a. En materia de transporte marítimo, el artículo 1578 de nuestro Código de Comercio determina su solemnidad *ad probationem*, al establecer que este “se probará por escrito, salvo que se trate de transporte de embarcaciones menores, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el reglamento”.

- b. En materia de transporte aéreo, el artículo 1878 del Código de Comercio exige que “Las cláusulas del contrato de transporte celebrado con empresarios públicos deberán hacerse conocer de los pasajeros en el billete o boleto de pasaje en los documentos de transporte que se entreguen a estos o en un lugar de las oficinas de aquellos en donde sean leídas fácilmente”.

2. El seguro de transporte

2.1. Breve referencia histórica

La búsqueda de protección frente a los riesgos asociados a la actividad de transporte se remonta en sus orígenes al propio surgimiento de este fenómeno económico y su desenvolvimiento comercial, particularmente en el contexto marítimo. Sin embargo, su configuración a través de la institución propiamente del seguro solo tiene lugar en el siglo XIV de nuestra era. En efecto, como lo señala Donati:

Si los documentos de la primera mitad del siglo XIV (Estatutos de Calimala, 1.301. Breve Portus Kallaritani establecido en Pisa, 1.318; los libros de comercio de Francisco del Bene, 1318; documentos de Grossetta, 1329) dan lugar a dudas, el más antiguo contrato de seguros que nos ha llegado aparece en 1347. [...]

Aparece primeramente el seguro marítimo y prevalece por mucho tiempo; entre los seguros terrestres llevan una vida lánguida los seguros de transportes y el seguro de vida – primeramente limitado al de las mujeres embarazadas y luego aniquilado por la cizaña de la apuesta – mientras que se desarrollan los reaseguros.

[...]

Se puede afirmar que la historia de los seguros de transporte es la historia de los seguros marítimos y constituyen el capítulo más importante de la historia del seguro [...] ²⁹⁵

²⁹⁵ Donati, Antígono. *Los seguros privados, manual de Derecho*. Barcelona: Bosch, 1960, pp. 19, 20 y 323. Igualmente, sobre el origen del seguro de transporte, Concha et al., señalan: “Sin embargo es hasta el siglo XIII que se crea específicamente el seguro marítimo mediante la aplicación del sistema de pago por daño. A partir de 1369 la práctica se hizo más común como consecuencia del aumento del comercio trasnacional y por ende de la navegación. De hecho, el registro histórico de una póliza de seguro data del año 1347, en el cual se aseguraba un buque que viajaría desde Génova hasta Mallorca. Durante 1668 se fundó la primera compañía de seguros marítimos en París (Francia) y se empezó la reglamentación del negocio mediante disposiciones legales sobre su constitución y obligaciones. A esta compañía la siguió la creación de las empresas de transporte marítimo ‘London Assurance’ y ‘Royal Exchange Assurance’, las cuales por decreto

En el contexto colombiano, el seguro de transporte nos llega a través de la legislación española impuesta a través de la regulación aplicable a los entonces territorios conquistados y colonizados (dadas por la Casa de Contratación de Sevilla) y posteriormente por las Ordenanzas de Bilbao de 1737, que solo fueron modificadas hasta la expedición del Código Comercio de 1853, siguiendo en todo caso los lineamientos fundamentales de la legislación española en esa materia.

2.2. Noción y características

Consideramos posible definir el seguro de transporte como aquel ramo de seguro por medio del cual el asegurador asume la obligación de amparar las cosas (tanto las transportadas como los medios utilizados para ello, según se pacte en el contrato) o las personas aseguradas contra los riesgos a los cuales están expuestas durante su traslado de un lugar a otro²⁹⁶.

Lo identificamos como un “ramo de seguro”, en la medida en que en el interior del mismo se encuentra toda una gama de productos de seguro dirigidos a amparar los riesgos del transporte que se agrupan bajo esta categoría²⁹⁷.

2.3. Clasificación

Dentro de la clasificación de los seguros existente en el contexto colombiano (artículo 1082 del Código de Comercio), el seguro de transporte encuadra en los denominados seguros de daños y, dentro de estos, en los de carácter real por antonomasia, en la medida en que está fundamentalmente orientado a la protección de los bienes o cosas transportados. Sin perjuicio de lo anterior, no podemos desconocer la posibilidad de que puedan concurrir diversos intereses asegurados dentro del mismo (p. ej. el interés del propietario de la mercancía

real estuvieron protegidas contra la competencia corporativa durante sus primeros cien años de operaciones.

Con la creación del famoso café Lloyd's en 1769, donde se tenía control del registro sobre la entrada y salida de buques, el seguro de transporte marítimo adquirió mayor importancia y sofisticación” (Concha, Ángela et al. “El seguro de transporte de carga”. En: *Fasecolda* 35 años. Bogotá D.C., 2011, pp. 310 y 311).

296 Para Donati, el seguro de transporte es “aquel que cubre las cosas aseguradas contra los riesgos que recaigan sobre ellas durante su traslado (por causa o en ocasión) —fase de movimiento o de depósito— de un lugar a otro, tanto con referencia a las cosas (mercancías, pasajeros) transportadas, como a las destinadas a efectuar el transporte (medios, cuerpos)” (Donati, Antígono. *Los seguros privados...*, cit., pp. 324 y 325).

297 Sobre la existencia del ramo de seguro de transporte puede consultarse la parte II, título IV, capítulo II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica) de la Superintendencia Financiera de Colombia.

en paralelo con el interés del transportador en proteger la responsabilidad que pueda resultar a su cargo). En tales eventos, pueden coexistir bajo la protección del seguro de transporte intereses de tipo patrimonial, pero no por ello se desvirtuará su carácter típicamente real. En efecto, cuando quiera que se estén amparando intereses de naturaleza patrimonial, como ocurre cuando se protege la responsabilidad del transportador en el ejemplo propuesto, en tal circunstancia aplicarán las reglas del seguro de responsabilidad y no las del de transporte. En tal sentido, coincidimos con Donati (y en ello, por ende, nos distanciamos parcialmente de la posición de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia),²⁹⁸ que al referirse a algunas tipologías de seguros de accidentes y responsabilidad exigidos para la época en Italia en materia de navegación aérea, afirma que “Todos estos casos, desde un riguroso punto de vista sistemático, se apartan del típico seguro de transporte, mientras que, en realidad, se tratan de un seguro de accidente, en el primer caso, un seguro de responsabilidad civil, en el segundo y tercero, y un seguro directo de los intereses del tercero dañado (aunque adoptando la terminología legal, continuaremos llamándolo seguro de responsabilidad Civil), en el último”²⁹⁹.

298 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, magistrado ponente Carlos Ignacio Jaramillo, sentencia del 30 de septiembre de 2002, Rad. 4799.

299 Sobre este tema igualmente se pronunció la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en la citada sentencia del 30 de septiembre de 2002, donde esta alta corporación señaló: “De antiguo, desde una perspectiva teleológica, el seguro de transporte, *per se*, se ha caracterizado por brindar u otorgar cobertura, muy especialmente, en punto tocante con la cosa transportada (dimensión real o *ex re*), lo que explica que, en algunos círculos, también se le identifique a este negocio jurídico como ‘seguro de mercancías’ —o mercaderías—, en prueba adamantina de su típico rol ontológico: ‘seguro de la cosa material transportada’, o ‘seguro de facultades’ (1), sin perjuicio, ciertamente, de la pervivencia de sendos amparos enderezados a paliar la materialización de numerosos riesgos susceptibles de afectar múltiples intereses, v.gr. el medio de transporte seleccionado; los fletes, etc. (riesgos inherentes al transporte).

En este orden de ideas, importa memorar que, de vieja data —dado que el seguro irrumpió en el marco de la renovada edad media específicamente el marítimo, el que luego le dio paso al terrestre, v.gr. al seguro de transporte, el que despunta con fisonomía propia en las legislaciones del siglo XIX—, se ha estimado que este seguro en sí mismo considerado, es un prototípico seguro de daños —o de cosas—, in concreto, real, al tenor de la división existente —en Colombia— entre seguros: reales y patrimoniales, *expressis verbis*, de stirpe normativa (C. de Co., artículo 1082). De allí que ‘...la limitación a los daños materiales —o reales, se agrega— excluye no solo la indemnización de los perjuicios, daños indirectos y demás supuestos de lucro cesante, sino también los daños corporales y personales, así como la responsabilidad civil’ (2).

No en balde, de marras, se le ha tildado como un seguro que propende, por antonomasia, por el cubrimiento de ‘riesgos de movimiento’, expresión que encuentra su carta de ciudadanía en el prurito de acentuar el precitado carácter real, frente al patrimonial, *stricto sensu*, connatural a seguros como el de responsabilidad civil —en línea de principio—, y al reaseguro, entre otros, tanto más cuanto que una de las notas que estereotipan a este tipo asegurativo, es el denominado principio de universalidad de los riesgos, enunciado que confirma el espectro —tan

El seguro de transporte bien puede clasificarse de acuerdo con el ambiente natural en que se desenvuelve el transporte, taxonomía que es utilizada por nuestro Código de Comercio, así:

- **Seguro de transporte terrestre:** destinado a amparar los riesgos vinculados a la actividad de transporte que se desarrolla por carretera, ferroviario o cualquier otro medio terrestre, al que se aplican las reglas del título V del libro IV del Código de Comercio. A esta clase de seguro le aplica, “en lo no previsto” en este título y en particular en la sección III del capítulo II del mismo, las reglas del seguro marítimo (artículo 1126 del Código de Comercio).
- **Seguro de transporte aéreo:** destinado, como su nombre lo indica, a amparar los riesgos vinculados a la actividad de transporte que se desarrolla con la utilización de aeronaves. A esta clase de seguro de transporte le resultan aplicables las normas del seguro marítimo “en cuanto sean pertinentes” (artículo 1903 del Código de Comercio). Sin embargo, cuenta con una regulación especial en materia de carga y pasajeros, dependiente de su categorización como nacional o internacional, de acuerdo con convenios y tratados públicos. Resulta pertinente referir la existencia en materia de transporte aéreo internacional de diferentes convenciones internacionales que infortunadamente aún no permiten unificar el régimen de responsabilidad del transportador aéreo. En nuestro contexto destacan la Convención de Varsovia de 1929, el Protocolo de la Haya de 1955, la Convención de Montreal de 1999 y el Protocolo de Montreal n° IV, ratificado en el año 2003.
- **Seguro de transporte marítimo:** destinado a amparar los riesgos vinculados a la actividad de transporte que se desarrolla por medios marítimo (que también se aplica al medio fluvial) al que se dedica el capítulo I del título XIII del libro IV del Código de Comercio. El artículo 1765 del Código de

dilatado— de la cobertura otorgada por el asegurador, llamada a brindar protección de cara a los riesgos propios de la operación del transporte, en Colombia, ahijado por el artículo 1120 del estatuto comercial, a cuyo tenor: ‘El seguro de transporte comprenderá todos los riesgos inherentes al transporte’, salvo los ‘...expresamente excluidos del amparo’.

Sin embargo, no puede desconocerse que si bien el referido carácter real ha estado presente a lo largo de la historia del seguro de transporte, tampoco es menos cierto que en los últimos lustros, en algunas latitudes, se ha ensanchado —puntualmente— el norte del seguro en cita, conforme lo revela un sector de la dogmática especializada, a la que no ha sido extraña, por lo demás, una que otra legislación —en particular—, *ad exemplum*, Colombia, como a espacio se resaltará más adelante, en clara muestra del viraje materializado en punto tocante a este seguro, en los albores de la década precedente”.

Comercio determina la aplicación de las normas del seguro de transporte terrestre al seguro marítimo “en lo no previsto” en sus normas especiales. Vale la pena memorar, pese a no ser el objetivo de este estudio, la existencia del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo, suscrito el 23 de septiembre de 2009 y conocido como las Reglas de Rotterdam, destinadas a brindar mayor uniformidad a las reglas en materia de comercio internacional marítimo de mercancías. Sin embargo, a la fecha, Colombia no es parte de dicha convención ni la ha incorporado al Derecho interno.

- Se puede enlistar finalmente un seguro de transporte mixto, que implica la realización de la actividad transportadora a través de diferentes ambientes, no obstante lo cual estimamos que brinda poca utilidad.

Existen otras clasificaciones del seguro de transporte a nivel doctrinal, de las cuales solo destacamos, por su relevancia, la que distingue entre seguro de transporte de mercancías y seguro de transporte de pasajeros que, como sus categorías lo indican, está dada en función del objeto transportado.

2.4. Seguro universal o todo riesgo

El seguro de transporte ha sido considerado tradicionalmente como un contrato “todo riesgo” o de cobertura universal de los riesgos propios del transporte y a ello no es extraña la legislación nacional.

En efecto, el artículo 1120 de nuestro estatuto mercantil establece:

Artículo 1120. El seguro de transporte comprenderá todos los riesgos inherentes al transporte. Pero el asegurador no está obligado a responder por los deterioros causados por el simple transcurso del tiempo, ni por los riesgos expresamente excluidos del amparo.

De esta manera, la contratación del seguro de transporte determina que para el asegurado se entiendan amparados todos los riesgos inherentes y propios del transporte del bien, cosa o persona transportada, salvo los deterioros causados por el simple transcurso del tiempo (riesgo cierto) o los expresamente excluidos del amparo a través de las condiciones particulares y generales del seguro.

Lo anterior determina la necesidad para el asegurador de establecer cláusulas de exclusión expresas, claras, precisas y respetuosas de las normas de protección al consumidor, si es que desea no ampararlas o cubrirlas bajo el contrato de seguro de transporte en el que funja como parte. De no estar frente a una de tales circunstancias excluidas, la regla será la cobertura del riesgo.

Sobre este particular, ha tenido oportunidad de pronunciarse la Sala Civil de nuestra Corte Suprema de Justicia en decisión del pasado 31 de enero de 2007 donde expresó:

2. Se ha señalado, por la doctrina especializada sobre la materia, a la par que por la jurisprudencia, incluida la patria, *que el seguro de transporte es universal, rectamente entendido, por cuanto los riesgos que asume el asegurador durante el desplazamiento de la mercancía por mar, tierra o aire, son variados y de diversa índole, v.gr. naufragio, hurto, volcamiento, etc., y que tal clase de seguro “propende, por antonomasia, por el cubrimiento de ‘riesgos de movimiento’, expresión que encuentra su carta de ciudadanía en el prurito de acentuar el precitado carácter real, frente al patrimonial, stricto sensu, connatural a seguros como el de responsabilidad civil —en línea de principio—, y al reaseguro, entre otros, tanto más cuanto que uno de las notas que estereotipan a este tipo aseguraticio, es el denominado principio de universalidad de los riesgos, enunciado que confirma el espectro —tan dilatado— de la cobertura otorgada por el asegurador, llamada a brindar protección de cara a los riesgos propios de la operación del transporte.* (cas. civ. 30 de septiembre de 2002, Exp. 4799)

Este principio de la universalidad que informa al seguro de transporte, entre otros más, justifica las precisas diferencias que, en lo pertinente, existen con las demás clases de seguros. Así, por vía de ejemplo, en lo tocante con la delimitación del riesgo, mientras el artículo 1056 del Código de Comercio permite que el asegurador, a su arbitrio, asuma “todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado”, el artículo 1120 ib. *preceptúa que el seguro de transporte “comprende todos los riesgos inherentes al transporte, salvo el deterioro por el simple transcurso del tiempo y los riesgos expresamente excluidos” (se subraya), luego, en este último negocio aseguraticio, el asegurador es responsable cuando la pérdida sea ocasionada por uno de los “riesgos inherentes al transporte”, salvo que el riesgo se encuentre expresa e inequívocamente excluido por las partes.* (el énfasis es nuestro).

Sobre el particular, esta Sala, en cas. civ. de 19 de noviembre de 2001, Exp. 5978), puntualizó que “aun cuando es cierto que del cabal discernimiento del artículo 1056 del Código de Comercio puede inferirse que la cobertura de riesgos estipulados, principio en virtud del cual la aseguradora tan solo asume aquellos que específicamente se indiquen en la póliza pertinente, es la regla general en materia de seguros, *no es menos cierto que tratándose del seguro de transporte prevalece el principio de la universalidad de los riesgos que consiste en que la póliza ampara todos los riesgos inherentes al transporte, salvo aquellas excepciones previstas en la*

*ley o que convencionalmente pacten las partes, pues no otra cosa puede deducirse de lo mandado por el artículo 1120*³⁰⁰ (Las cursivas son nuestras).

El seguro de transporte, como todo contrato de seguro, debe contar con los elementos esenciales previstos en el artículo 1045 del Código de Comercio, esto es, interés asegurable, riesgo asegurable, prima y obligación condicional del asegurador, so pena de su ineficacia.

Consideramos metodológicamente útil para el desarrollo del presunto estudio, dirigido al desarrollo de sus notas esenciales, seguir tales elementos para encontrar aquello que lo distingue de otros ramos de seguro.

2.5. El interés asegurable en el seguro de transporte

Doctrinalmente se ha identificado el interés asegurable en los seguros de daños como la relación o vínculo jurídico-patrimonial que puede resultar afectado como consecuencia de la irrupción del riesgo. El legislador patrio, en línea con esa concepción, a través del artículo 1083 del Código de Comercio dispone que: “Tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo. Es asegurable todo interés que, además de lícito, sea susceptible de estimación en dinero”.

De esta forma, así como es amplia la variedad de relaciones jurídico-patrimoniales que pueden existir en relación con los bienes o cosas (derivadas del derecho de propiedad, de posesión, tenencia, usufructo, arrendamiento, etc.), igualmente resultan múltiples los intereses asegurables que pueden obtener la cobertura del seguro de transporte, en la medida en que puedan resultar directa o indirectamente afectados por la realización del riesgo.

En tratándose del seguro de transporte, son identificables de manera general dos tipos de intereses que se benefician de su efecto protector:

1. El interés económico-patrimonial (de uso, goce, disfrute o de garantía), sobre el bien o la cosa transportada. Ello puede darse en los casos del propietario, el usufructuario, el guardián, el poseedor, entre otros, del bien o la cosa transportada o incluso, si así se acuerda, sobre el medio de transporte utilizado (la nave, el avión, el camión, entre otros).

300 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de enero de 2007, magistrado ponente Carlos Ignacio Jaramillo, expediente no 2000- 5492-01.

2. El interés dirigido a amparar el debido de responsabilidad, en la medida en que se busque amparar la responsabilidad que pueda surgir para las personas que tengan a su cargo la obligación de conservación (transportador, propietario del medio de transporte, comisionista de transporte, agencia de transporte, entre otros) con ocasión de la pérdida o avería, total o parcial, de los bienes, cosas o pasajeros transportados.

Frente a lo anterior, resulta de particular utilidad y pertinencia traer a colación lo señalado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en decisión del 30 de septiembre de 2002, donde esta alta corporación tuvo oportunidad de estudiar lo relativo a la coexistencia de estos dos intereses en el interior del seguro de transporte, con particular énfasis en el cambio introducido por el Decreto 01 de 1990 al texto del artículo 1124 del Código de Comercio, así:

Por ello es por lo que en el campo específico del seguro de transportes, no puede atribuírsele al dueño de las mercancías transportadas la titularidad exclusiva —y excluyente— del interés asegurable, como quiera que otros sujetos, por igual, separada o conjuntamente, bien pueden investirlo.

Así sucede, sin más preámbulos, con el propio transportador que, por ley, se obliga a “[...] conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y a entregar estas al destinatario” (C. de Co., artículo 981).

Ello explica que el artículo 1124 del Código de Comercio, reafirmando el señalado aserto, disponga que, “Podrán contratar el seguro de transporte no solo el propietario de la mercancía, sino también todos aquellos que tengan responsabilidad en su conservación, tales como el comisionista o la empresa de transporte”.

[...]

Así las cosas, no resulta de recibo en el derecho colombiano, por lo menos en la hora de ahora, afirmar que el seguro de transporte posee una estructura unívoca y, por tanto excluyente, que riñe con la asignada al seguro de responsabilidad civil, a pretexto de la naturaleza diversa que, en el pasado, o sea con anterioridad a la reforma del año mil novecientos noventa, ambos tipos asegurativos ostentaban: real y patrimonial, respectivamente.

[...]

Expresado en forma más sucinta, se advierte que de cara a la nueva preceptiva imperante, el transportador puede trasladar —figuradamente— riesgos aje-

nos, con miras a proteger intereses de otro u otros (seguro por cuenta ajena), o también riesgos propios, exclusivamente, emergentes del negocio jurídico celebrado entre las partes contratantes.

[...]

Varios, pues, son los sujetos que, *ope legis*, invisten —en la actualidad— un diáfano interés asegurable en el seguro de transporte, suficiente para que, una vez celebrado el negocio jurídico respectivo, se torne asegurado (transición jurídica del interés).

El primero, el propietario de la mercancía, que por ser titular del derecho de dominio (vinculación “*ex re*”), indiscutiblemente está legitimado para contratar un seguro que le permita reclamar de su asegurador, según las circunstancias, la indemnización derivada de la pérdida o deterioro de las mismas, *lato sensu*, opción de suyo frecuente en la praxis (seguro de transporte, *stricto sensu*, o en estado de acentuada pureza).

Y los restantes que, sin tener una relación de dominio frente a la cosa, en todo caso tengan alguna responsabilidad negocial en su preservación (*ex contractu*), por vía de ejemplo el comisionista y la empresa de transporte, quienes a la luz de las normas que regulan el tópico en comento, tienen un definido interés asegurable, en razón de que su “[...] patrimonio puede resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo”, como lo asevera, en una fórmula amplia, amén de conceptual, el artículo 1083 del estatuto comercial, el que de igual modo explícita que es asegurable “[...] todo interés que, además de lícito, sea susceptible de estimación en dinero”, conforme ya se anotó.

Dicha pluralidad de intereses asegurables que, “*in potentia*”, pueden inscribirse en el marco de un seguro de transporte, hoy de insoslayable rango legal (C. de Co., artículo 1124), es la que permite entender que un seguro, inveteradamente considerado por la *communis opinio* como real —en puridad—, puede albergar uno de responsabilidad civil, en el que obviamente no estará asegurada la cosa, sino la responsabilidad del transportador —o la del comisionista—, de forma tal que en esta última hipótesis la obligación del asegurador se traducirá en “[...] indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley” (artículo 1127), o sea la emanada del contrato de transporte (C. de Co., artículo 981 y ss.).

Es por ello por lo que las secciones III y IV del capítulo II del título V del libro cuarto del Código de Comercio, destinadas, en su orden, a disciplinar los seguros de transporte y responsabilidad, hoy no pueden considerarse como —plenamente— autónomas y, por contera, dueñas de autogobierno, habida cuenta que serán las normas del seguro de responsabilidad, en efecto, las llamadas a gobernar precisos aspectos del seguro de transporte, cuando este, sin hesitación alguna, propenda por cobijar el interés del “[...]comisionista o de la empresa de transporte”, a través del aseguramiento de la “[...] responsabilidad por el transporte de la mercancía” (C. de Co., artículo 1124). Lo propio acontecerá, por su parte, cuando el interés asegurado, privativamente, recaiga sobre la mercancía y no sobre la referida responsabilidad, por manera que en este supuesto el seguro de transporte conservará su teleología originaria —a fuer que histórica—, así como su plexo normativo particular: artículos 1117 a 1126, inclusive.

En síntesis, a raíz de la reforma legislativa patrocinada por el Decreto 01 de 1990, artículo 46 (C. de Co., artículo 1124), en Colombia, hoy es enteramente posible, a la vez que lícito, asegurar a través de una póliza de seguro de transporte (C. de Co., arts. 1117, y ss.), ora la mercancía —propiamente dicha— (1), ora la responsabilidad del transportador derivada del transporte de aquella (2), en la inteligencia, claro está, de que así se estipule; establezca; fije o determine —de alguna forma fidedigna— por los extremos de la relación asegurativa, vale decir por el tomador y por el asegurador, en un todo de acuerdo, desde luego, con los términos de las condiciones generales y particulares (entramado negocial), objeto de forzoso escrutinio, in extenso³⁰¹.

Destacamos de este pronunciamiento que, en efecto, para que se entienda amparada dentro de un seguro de transportes la responsabilidad de los obligados a la conservación del bien o cosa transportada, ello debe quedar diáfana y expresamente pactado en el contrato de seguro respectivo, tal como lo exige el artículo

301 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, magistrado ponente Carlos Ignacio Jaramillo, sentencia del 30 de septiembre de 2002, Rad. 4799. En el mismo sentido, Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. *Derecho de seguros* (tomo IV). Bogotá: Temis, 2013, pp. 598-603. En relación con el texto del artículo 1124 del Código de Comercio, así como la modificación realizada por el Decreto 1 de 1990 al artículo 994 de dicho código, coincidimos con la opinión expresada por el profesor Andrés Ordóñez quien afirma: “Normas estas que revelan alguna preocupación por el tema del interés asegurable, pero que evidentemente no resultan acertadas con el marco visto anteriormente, ya que el primero insiste en la idea de un seguro de transporte por cuenta propia del transportador y el segundo confunde, hablando de responsabilidad civil, el concepto de interés con el concepto de riesgo” (Ordóñez Ordóñez, Andrés E. *Estudios de seguros*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 83).

1124 del Código de Comercio al indicar “expresando en la póliza si el interés asegurado es la mercancía o la responsabilidad por el transporte de la mercancía”.

En armonía con lo anterior, consideramos que la disposición del artículo 1042 del Código de Comercio conforme a la cual “*Salvo estipulación en contrario*, el seguro por cuenta valdrá como seguro a favor del tomador hasta concurrencia del interés que tenga en el contrato y, en lo demás, con la misma limitación, como estipulación en provecho de tercero” (el énfasis es nuestro), debe mirarse con reserva en materia de seguro de transporte, al existir disposición especial y posterior dentro del mismo estatuto comercial que exige que quede expresado de manera fidedigna en la póliza de seguro de transportes si el interés que se ampara es el relativo a la relación jurídico-patrimonial frente a la mercancía transportada o el de la responsabilidad del transportador o demás responsables de la actividad de transporte. En consecuencia, no es posible entender sin más que aquel seguro de transportes celebrado por el transportador por cuenta del remitente de las mercancías incorpora igualmente la protección frente a la responsabilidad que pueda surgir para el primero, pues para llegar a tal conclusión ello debe constar en forma expresa y fidedigna dentro del contrato celebrado³⁰².

No cabe duda de que el interés asegurado como elemento esencial del contrato de seguro de transportes debe estar presente al momento de la contratación en cabeza de quien funge como asegurado dentro de este. Sin embargo, el hecho de que el seguro de transportes recaiga en un gran número de casos sobre bienes o cosas que se encuentran en movimiento, por la misma realización de su transporte de un lugar a otro, determina que la exigencia de permanencia del interés asegurado en la misma persona durante todo el decurso de la vigencia negocial deba ser mirada con flexibilidad.³⁰³ Es así como el seguro de transporte admite la

302 Legislaciones como la española en materia de seguro de transporte terrestre de mercancías, igualmente exigen que se exprese o precise en el contrato el “concepto” o interés que se protege, esto es, si se ampara la propiedad u otro derecho patrimonial sobre la mercancía o el medio de transporte, o si se obtiene cobertura respecto de la responsabilidad asociada a la conservación de las mercancías. Es así como el artículo 56 de la Ley de Contrato de Seguro 50 de 1980 con sus posteriores modificaciones indica: “Podrán contratar este seguro no solo el propietario del vehículo o de las mercancías transportadas, sino también el comisionista de transporte y las agencias de transporte, así como todos los que tengan interés en la conservación de las mercancías, *expresando en la póliza el concepto en que se contrata el seguro*” (el énfasis es nuestro).

303 En este sentido, cabe mencionar que en el contrato de transporte marítimo internacional “[...] ninguna persona puede convertirse en parte de un contrato de seguro marítimo y ningún seguro marítimo es válido a menos que el asegurado tenga un interés asegurable en la cosa *al momento del siniestro*. Así lo establece la cláusula 11, apartado 1, del Instituto de Aseguradores de Londres, inspirada en la ley inglesa de seguro marítimo de 1906, en los siguientes términos: “Insurable Interest Clause:

emisión de pólizas o certificados de seguro al portador o a la orden que pueden ser negociadas o cedidas a través de la sola entrega o el endoso, sin necesidad de contar con la aquiescencia previa del asegurador³⁰⁴. Ello, desde luego, permite la adaptación del seguro al tráfico comercial ágil y eficiente que exige la actividad de transporte de bienes y mercancías, sin que el mismo se convierta en una barrera para su desarrollo.

En línea con esta misma orientación dirigida a la flexibilidad que exige la actividad transportadora por su propia práctica a la institución aseguradora, se encuentra la posibilidad de contar en el marco del seguro de transporte con pólizas en las que no se encuentre determinado desde el inicio la identificación y la cuantía los bienes a asegurar. En efecto, en materia de seguro de transporte, encontramos no solo pólizas “específicas”, esto es, en las cuales el interés asegurado se encuentra determinado e identificado desde el inicio de la relación aseguraticia, sino también las denominadas automáticas³⁰⁵, y las flotantes o de abono, en las cuales el interés se determina, individualiza o identifica en forma posterior a través de las denominadas “declaraciones de abono” a cargo del asegurado, que dan lugar a la expedición de los “certificados de seguro” donde se especifican y valoran las mercancías o bienes asegurados, así como se establece la prima definitiva a favor del asegurador.

Como lo expresa el profesor Tirado Suárez en el marco del contexto español: “Para deslindar el contorno interpretativo del precepto es necesario aludir finalmente, a la fungibilidad de las mercancías aseguradas, por el empleo de

11.1 In order to recover under this insurance the Assured must have an insurable interest in the subject-matter insured at the time of the loss”.

Según lo anterior, el interés debe estar presente *al momento del siniestro, no siendo necesario que el asegurado lo tenga al tiempo en que contrató el seguro*. Por lo tanto, una vez ocurrido el siniestro recaerá sobre el asegurado la carga de la prueba de la existencia del interés asegurable” (Rincón, Juliana Cristina. *El contrato de seguro marítimo en el comercio internacional*. Recuperado de

http://sitios.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/rev_jud_89/08%20EL%20CONTRATO%20DE%20SEGURO%20MAR%CDTIMO.htm.

304 El inciso final del artículo 1117 del Código de Comercio establece: “El certificado de seguro de transporte puede ser nominativo, a la orden o al portador. La cesión de los certificados nominativos puede hacerse aun sin el consentimiento del asegurador, a menos que se estipule lo contrario”.

305 Como lo señala el maestro J. E. Ossa: “en el seguro general o automático [...] Se estatuye cuándo empieza, pero no cuándo termina [...] el seguro automático no es más que el conjunto de condiciones generales o particulares con sujeción a las cuales han de operar los seguros específicos que acceden a él [...] Surge entonces, el concepto de trayecto asegurado, que es lo que conforma la vigencia del seguro de transporte” (*Tratado elemental del seguro*. Bogotá: Lerner, 1963, p. 468).

pólizas flotantes de manera que *la relación económica del interés en el seguro de transporte se desvanece*, no solamente en cuanto a su titular [...] sino también en cuanto a su objetivo, ya que, dentro de un límite máximo de valor, con independencia del número de viajes efectuados, durante el periodo de vigencia de la cobertura, quedan aseguradas *a priori* un conjunto de mercancías transportadas, aunque posteriormente se producirá la regularización de la prima definitiva a pagar a partir de las declaraciones de abono efectuadas” (el énfasis es nuestro)³⁰⁶.

En el contexto patrio, la sentencia del 30 de septiembre de 2002 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (Exp. 4799) destaca igualmente el papel de las declaraciones de abono dentro del desarrollo específico del seguro automático de transportes, al indicar: “No sobra recordar que la ‘automaticidad’ del seguro de transporte surgió de la vívida necesidad de simplificar —operativamente— la contratación con miras a celebrar un contrato ‘[...] que cubriese anticipada y preventivamente hasta el límite de una suma fijada, los riesgos que corran todas las mercancías que el asegurado reciba o expida [...]’ de suerte que en virtud del aludido negocio jurídico —el que unitariamente existe desde el mismo momento de su celebración—, el asegurador amparará, hasta el límite —máximo— de una suma previamente acordada en el contrato, *in futurum*, los riesgos de pérdida o daño material de las mercancías transportadas (que le sean reportadas en desarrollo de la declaración de alimento), obligándose el asegurado a declarar periódicamente —*ex post*—, los despachos que realice, o aspire a realizar”³⁰⁷.

2.6. El riesgo asegurable

Como se señaló en el numeral 2.2.2. de este mismo estudio, el seguro de transporte ha sido identificado como un seguro “todo riesgo”, en la medida en que brinda cobertura universal de los riesgos propios del transporte, exceptuando —desde luego— aquello que no constituye riesgo (hechos ciertos o imposibles), los riesgos inasegurables (artículo 1055 del Código de Comercio) y lo expresamente excluido en el contrato. Dentro de los hechos ciertos, el artículo 1120 del Código de Comercio se refiere expresamente a los “los deterioros causados por el simple transcurso del tiempo”, los cuales no encuentran cobertura en este tipo de seguro.

306 Tirado Suárez, Francisco Javier. “Dentro de Ley de Contrato de Seguro”, *Comentarios a la Ley 50/1980 de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, director Fernando Sánchez Calero (4ª ed.), Editorial Aranzadi, 2010, pp. 1243 y 1244.

307 Citado por Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. *Derecho de seguros*, cit., p. 611.

Conforme el artículo 1054 del Código de Comercio, no constituye riesgo “la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento”. No obstante lo anterior, vale la pena anotar que nuestra legislación mercantil conserva a través del artículo 1706 del Código de Comercio la posibilidad de amparar en el marco del seguro marítimo el denominado “riesgo putativo”, figura histórica (de nula o residual aplicación práctica actual) dentro de esta modalidad aseguraticia, que justamente constituye excepción a tal precepto³⁰⁸.

Al indicar nuestra legislación que están cubiertos todos los riesgos inherentes al transporte, se entiende que encontrarán amparo en el mismo el incendio, el rayo o explosión, caídas accidentales en la vía de bultos, mojaduras, oxidación, robo, gastos de salvamento, entre otros, asociados a vicisitudes que pueden presentarse durante el trayecto o tiempo asegurado, así como eventos accidentales asociados al medio de transporte tales como:

- a. En transporte terrestre: caída del vehículo a barrancos, precipicios, colisión o choque del vehículo, vuelco o descarrilamiento, lluvias, avalanchas, aludes, desprendimiento de tierra o rocas, rotura de puentes, derrumbes, hundimiento súbito de la vía, entre otros.
- b. En transporte marítimo: pérdida total de la embarcación, avería gruesa, avería particular, naufragio, varada o embarrancada, hundimiento, colisión o abordaje, entre otros. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 1705 del Código de Comercio al referirse al riesgo marítimo incluye tanto los relacionados con el medio de transporte como los de etiología distinta: “Se entenderá por riesgos marítimos los que sean propios de la navegación marítima o incidentales a ella tales como tempestad, naufragio, encallamiento, abordaje, explosión, incendio, saqueo, piratería, guerra, captura, embargo, detención por orden de gobiernos o autoridades, echazón, baratería u otros de igual naturaleza o que hayan sido objeto de mención específica en el contrato de seguro”.
- c. En transporte aéreo: caída de aviones, colisión, accidentes en tierra al despegar o aterrizar, entre otros.

308 “artículo 1706. Validez de seguro marítimo sobre riesgo putativo. Será válido el seguro marítimo sobre el riesgo putativo, esto es, el que solo existe en la conciencia del tomador o del asegurado y del asegurador, bien sea porque ya haya ocurrido el siniestro o bien porque ya se haya registrado el feliz arribo de la nave en el momento de celebrarse el contrato.

Probada la mala fe del tomador o del asegurado, el asegurador tendrá derecho a la totalidad de la prima. Probada la mala fe del asegurador, deberá devolver doblado el importe de ella”.

Especial mención merece el artículo 1121 del Código de Comercio, que establece igualmente cobertura, no respecto de las conductas dolosas o culposas graves del asegurado responsable como tal de la conservación de los efectos asegurados, sino las de sus dependientes. En efecto, el referido artículo señala: “El asegurador responderá de los daños causados por culpa o dolo de los encargados de la recepción, transporte o entrega de los efectos asegurados, sin perjuicio de la subrogación a que tiene derecho de conformidad con el artículo 1096”. Esta disposición guarda armonía con la tesis admitida mayoritariamente en la doctrina nacional, que es favorable a la posibilidad de considerar como riesgos asegurables el dolo y la culpa grave de los dependientes del asegurado en la medida en que hacen parte de la denominada responsabilidad “indirecta” del asegurado³⁰⁹.

Como en cualquier otra tipología de seguro, resulta posible para el asegurador —dentro del marco previsto en el artículo 1056 del Código de Comercio— delimitar el riesgo a través de exclusiones convencionales, las cuales pueden versar respecto del origen o causa del riesgo o bien respecto de las consecuencias del mismo. En este sentido, son exclusiones habituales en el seguro de transporte, entre otras, las siguientes:

- Guerra internacional, guerra civil, rebelión, insurrección, acto hostil de un poder beligerante o contra dicho poder, aprehensión proveniente de los anteriores riesgos, minas, torpedos, bombas u otros artefactos de guerra abandonados.
- Huelga, suspensión de hechos de labores, suspensión de trabajo por el cierre patronal, disturbios de trabajo, asonada, motín, conmoción civil o popular, apoderamiento o desvío de naves o aeronaves y actos terroristas y de movimientos subversivos.
- Toma de muestras por autoridad competente, comiso, embargo y secuestro, retención, aprehensión o, en general, acto de autoridad sobre las mercancías o sobre el medio de transporte.
- Insuficiencia o inapropiado embalaje.
- Vicio propio, combustión espontánea, mermas, evaporaciones o filtraciones que no se originen en rotura o daño del empaque.
- Variaciones naturales climatológicas y los deterioros causados por el simple transcurso del tiempo.
- Roedores, comején, gorgojo, polilla u otras plagas.
- Reacción o radiación nuclear o contaminación radioactiva.
- Errores o faltas en el despacho o daños por haberse despachado los bienes en mal estado.
- Demoras o pérdidas de mercado.
- Falta de idoneidad de la aeronave.

309 Sobre este particular, Ossa G. J., Efrén. *Teoría general del seguro*, El contrato. Bogotá: Temis, 1991, pp. 104 y 105.

Es igualmente importante destacar en relación con el riesgo lo relativo a su duración material, la cual no es necesario indicar o precisar en el contrato de transporte terrestre en el contexto colombiano, en la medida en que conforme las voces del artículo 1125 de nuestro estatuto comercial, ello se encuentra exceptuado, reemplazándolo por el denominado “trayecto asegurado” como referente temporal. Sobre este particular tuvo oportunidad de señalar la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia³¹⁰:

3. De igual forma, ello es medular, de cara al asunto sometido al escrutinio de la Corte, aflora una cardinal diferencia en lo concerniente a la vigencia del contrato, pues el artículo 1125 expresa que “No serán aplicables al seguro de transporte el ordinal 6° del artículo 1047, ni los artículos 1070, 1071 y 1107” (se subraya), lo que hace patente que *en el seguro de transporte terrestre no es obligatorio o forzoso determinar las fechas y horas de iniciación y culminación del amparo, justamente, por la singular arquitectura, naturaleza y características propias de esta clase de seguros, dueños de unos rasgos y atributos muy particulares* (el énfasis es nuestro). De allí que por voluntad del legislador, inicialmente, sean refractarios a la aplicación de la norma general prevista para los demás seguros, en concreto lo que atañe al contenido del ordinal 6° del supraindicado artículo 1047.

Dicho de otra manera, aunque lo normal, lo frecuente u ordinario, es que en la póliza se fije de manera precisa las fechas de iniciación y de finalización de la responsabilidad —*in potentia*— del asegurador, en el seguro de transporte terrestre, merced a su estructura, a la teleología que lo inspira y a la mecánica que le es inherente, como se anotó, *la ley, ab initio, acudió a un sistema diverso para el establecimiento de su vigencia, consistente en la figura del “trayecto asegurado”, de tal suerte que el tempus negocial, en sí mismo considerado, por regla, no está determinado por la voluntas interpartes, esto es en consideración a circunstancias de índole subjetiva, sino muy por el contrario, en atención a un hecho extrínseco, a fuer que objetivo: el referido trayecto asegurado, nervio del seguro en comento, muy en consonancia con el significado y alcance de las denominadas pólizas de “viaje”, por oposición a las llamadas pólizas “de tiempo”, tan socorridas en el marco del seguro marítimo*”.

Pese a esta circunstancia de particular operancia en el seguro de transporte terrestre en nuestro contexto, resulta relevante señalar que ello no descarta, en nues-

310 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 31 de enero de 2007, magistrado ponente Carlos Ignacio Jaramillo, expediente 2000- 5492-01. En el mismo sentido, sentencia de 19 de noviembre de 2001, expediente 5878.

tra opinión, que la duración material (por oposición a la formal) del seguro que nos ocupa bien pueda ser determinada “por viaje” o “por tiempo determinado”, máxime en tratándose del seguro de transporte marítimo donde el legislador lo habilita en forma expresa³¹¹.

El seguro por viaje o de viaje “se caracteriza por la vinculación de la cobertura aseguradora al hecho físico del viaje o transporte material de las cosas aseguradas. Esta duración material tiene como presupuesto la perfección del contrato de seguro, ya que si este momento cronológico ocurre una vez iniciado el viaje las partes deberán decidir el momento inicial de los efectos del seguro, ya que el final coincidirá con el viaje”³¹². Conforme el artículo 1711 del estatuto mercantil este tipo de seguro inicia efectos, salvo estipulación en contrario:

- 1) *En el seguro sobre la nave, desde el momento en que se inicia el embarque de las mercancías o, en defecto de carga, desde el momento en que sale del puerto de partida hasta el momento en que quede fondeada o atracada en el puerto de destino, o a la terminación del descargue, en cuanto este ocurra a más tardar dentro de los diez días siguientes a la llegada de la nave, si hay lugar a desembarque de mercancías.*
- 2) *En el seguro sobre mercancías, desde el momento en que estas quedan a cargo del transportador marítimo en el lugar de origen hasta el momento en que son puestas a disposición de su destinatario o consignatario en el lugar de destino. (El énfasis es nuestro).*

Por su parte, en las pólizas de seguro de transporte por tiempo determinado, la duración de la cobertura (día y hora de inicio y finalización) estará dada según lo acordado por las partes a través de condición particular o en defecto de ello por lo definido en la Ley (artículo 1057 y 1712 del Código de Comercio). Se destaca que conforme el artículo 1712 del Código de Comercio, en el seguro marítimo, a pesar de que el seguro sea de tiempo determinado, el mismo se entiende prorrogado legalmente —si es que fenece el tiempo previsto en el curso del viaje— hasta que la nave haya quedado fondeada o atracada en el puerto de destino, generando el cobro de prima adicional a favor del asegurador por dicho periodo.³¹³

311 Código de Comercio, artículo 1710: “Definición de póliza de viaje -póliza de tiempo. Se llamará póliza de viaje la que se emite para asegurar el objeto durante el trayecto determinado. Se llamará póliza de tiempo la que se extiende para asegurar el objeto durante un lapso determinado”.

312 Tirado Suárez, Francisco Javier. “Dentro de Ley de Contrato de Seguro”, cit., pp. 1274 y 1275.

313 Código de Comercio, artículo 1712: “La póliza de tiempo sobre la nave se entenderá prorrogada hasta el momento en que haya quedado fondeada o atracada en el puerto de destino, si la expira-

No puede perderse de vista, en todo caso, que con independencia de la duración material definida, es posible incorporar a voluntad de las partes, la cobertura respecto de la permanencia de los bienes asegurados en los lugares iniciales o finales del trayecto asegurado (artículo 1118 del Código de Comercio).

2.7. La prima de seguro

En relación con este elemento esencial, debemos anotar que las normas y principios generales del contrato de seguro le son mayoritariamente aplicables a la modalidad de transporte, en cuanto tiene que ver con: a) que la prima sea determinada o determinable, b) que la prima en su modalidad comercial esté integrada por la prima pura de riesgo, más el denominado “recargo” o *expense rate* relacionado con los costos de promoción, colocación, administración y tributación, así como al componente de utilidad para el asegurador, c) que la mora en el pago de la prima determina la terminación automática del contrato de seguro (artículo 1068 del Código de Comercio), d) que el plazo y lugar para el pago de la prima serán, si no existe disposición imperativa, los definidos convencionalmente por los contratantes o en ausencia de ello aplicarán las normas supletivas de la voluntad (artículos 1066 y 1067 del Código de Comercio), entre otros aspectos.

Sin embargo, un aspecto sustancialmente distinto a la generalidad de los contratos de seguro tiene lugar en este ramo, el cual tiene que ver con la indivisibilidad de la prima, esto es, que la prima se entiende devengada en su totalidad por el asegurador dentro del seguro de transportes desde el momento mismo en que empiezan a correr los riesgos por su cuenta.

Esta nota distintiva, susceptible de acuerdo en contrario por los contratantes, tiene sustento en lo determinado por los artículos 1070 y 1119 del Código de Comercio, de tal forma que ante la hipotética terminación anticipada del contrato de seguro de transporte, el asegurador no se encuentra obligado a realizar devolución de la denominada “prima no devengada” como ocurre en otras modalidades de seguro.

La explicación de esta solución para el seguro de transporte tiene asidero en importantes razones de índole técnico-económica. En efecto, en el seguro de transporte la estimación de la prima no está dada en función de un periodo temporal específico, sino que está asociada a la duración del “trayecto asegurado”, la cual es por esencia variable y se encuentra sujeta a diferentes vicisitudes que pueden

ción del seguro se produjere en el curso del viaje. La prórroga dará derecho al asegurador a una prima adicional, que se computará de acuerdo con la tasa original y en proporción al término de duración de la prórroga”.

acontecer entre el momento en que el transportador recibe o se hace cargo de los bienes o mercancías y el momento en que se realiza la entrega al destinatario (v.gr. con ocasión de permanencias en diferentes sitios, estancias prolongadas más allá de lo previsto, entre otros casos).

Al respecto, el maestro J. Efrén Ossa, señala que en el seguro de transportes:

[...], la tasa se calcula y la prima se determina ya no en función de la duración temporal del seguro, sino en función del trayecto asegurado, habida cuenta, claro está, del medio de transporte (terrestre, fluvial, marítimo o aéreo). Y en que, por lo mismo, no es fácil ni práctico introducir el principio de proporcionalidad. La sola distancia no puede considerarse como factor determinante, porque se dan lugares de permanencia en el curso del viaje. La duración es variable y depende de factores externos a las personas directa o indirectamente involucradas en el seguro. He ahí el fundamento del artículo 1119 conforme a cuyo texto “el asegurador” gana irrevocablemente la prima desde el momento en que los riesgos comiencen a correr por su cuenta”, que no equivale a otra cosa que a la irrevocabilidad del contrato (id., artículo 1125). Se trata, desde luego, de una norma supletiva y susceptible, como tal, de ser modificada por la convención en un sentido o en otro³¹⁴.

2.8. La obligación condicional del asegurador

En relación con este elemento esencial (recordando que para un sector de la doctrina no lo es, sino que correspondería sencillamente a una consecuencia de la realización del riesgo asegurado), merecen especial atención —en nuestra opinión— los siguientes aspectos en relación con el seguro de transporte:

1. En primer lugar, la aplicación de la regla establecida en el artículo 1122 para el seguro terrestre de mercancías, conforme al cual:

En la suma asegurada se entenderá incluido, además del costo de las mercancías aseguradas, en el lugar de destino, el lucro cesante si así se hubiere convenido.

En los seguros relativos al transporte terrestre, si este lo realiza un tercero, salvo pacto en contrario, la indemnización por concepto de daño emergente a cargo del asegurador tendrá como límite máximo el valor declarado por el

314 Ossa G. J., Efrén. *Teoría general del seguro...*, cit., pp. 391 y 392.

remitente según el inciso tercero del artículo 1010, o en su defecto, el valor determinado conforme al inciso sexto del artículo 1031 de este Código.

De esta manera, el valor declarado por el remitente en el contrato de transporte terrestre de mercancía determina a su vez el límite máximo a indemnizar dentro del contrato de seguro o, en defecto de tal declaración, se deberán aplicar las reglas que en materia de indemnización dentro del contrato de transporte impone el artículo 1031 del Código de Comercio que dispone:

Artículo 1031. Valor de la indemnización. Artículo subrogado por el artículo 39 del Decreto extraordinario 01 de enero 2 de 1990. En caso de pérdida total de la cosa transportada, el monto de la indemnización a cargo del transportador será igual al valor declarado por el remitente para la carga afectada.

Si la pérdida fuere parcial, el monto de la indemnización se determinará de acuerdo con la proporción que la mercancía perdida represente frente al total del despacho.

No obstante, y por estipulación expresada en la carta de porte conocimiento o póliza de embarque o remesa terrestre de carga, las partes podrán pactar un límite indemnizable, que en ningún caso podrá ser inferior al setenta y cinco por ciento (75%) del valor declarado.

En eventos de pérdida total y pérdida parcial por concepto de lucro cesante el transportador pagará adicionalmente un veinticinco por ciento (25%) del valor de la indemnización determinada conforme a los incisos anteriores. Si la pérdida o avería es ocasionada por dolo o culpa grave del transportador este estará obligado a la indemnización plena sin que valga estipulación en contrario o renuncia.

En el evento de que el remitente no suministre el valor de las mercancías a más tardar al momento de la entrega, o declare un mayor valor al indicado en el inciso tercero el artículo 1010, el transportador solo estará obligado a pagar el ochenta por ciento (80%) del valor probado que tuviere la cosa perdida en el lugar y fecha previstos para la entrega el destinatario. En el evento contemplado en este inciso no habrá lugar a reconocimiento de lucro cesante.

Las cláusulas contrarias a lo dispuesto en los incisos anteriores no producirán efectos. Para el evento de retardo en la entrega, las partes podrán, de común acuerdo, fijar un límite de indemnización a cargo del transportador. A falta de estipulación en este sentido, la indemnización por dicho evento será la que se establezca judicialmente.

En consecuencia, resulta indudable la correlación entre el contrato de transporte celebrado y el seguro que brinda protección frente a los riesgos derivados de este, conservando en todo caso cada uno su carácter principal.

No puede perderse de vista que existen normas específicas sobre responsabilidad del transportador tanto en el transporte marítimo como en el aéreo, las cuales deben ser tenidas en cuenta de acuerdo con la modalidad de transporte resectiva. Así por ejemplo, la responsabilidad del transportador marítimo de mercancías se encuentra preferentemente regulada por los artículos 1643 y 1644 del Código de Comercio y no por el citado artículo 1031 del Código de Comercio, tal como tuvo oportunidad de establecerlo la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en decisión de 8 de septiembre de 2011.³¹⁵

2. Por otro lado, el artículo 1123 del Código de Comercio prohíbe, supliendo la voluntad de los contratantes, acudir a la institución del “abandono” del bien u objeto afectado o averiado a raíz de los riesgos del transporte terrestre, con el objeto de “exigir del asegurador el importe total de la suma asegurada haciéndole transmisión de todos sus derechos sobre la cosa objeto del interés asegurado”.³¹⁶ En efecto, el artículo 1123, en armonía con lo establecido en el artículo 1112 del mismo estatuto, establece: “Prohibición de hacer dejación total o parcial. El asegurado no podrá hacer dejación total o parcial de los objetos averiados, a favor del asegurador, salvo estipulación en contrario”. En todo caso, como lo señala la norma, es posible que los contratantes puedan habilitar por acuerdo entre ellos, este sistema de reclamación en el seguro terrestre de mercancías.

Por el contrario, en materia de seguro de transporte marítimo es admitida la figura del “abandono” (artículo 1737 del Código de Comercio), salvo convención en contrario.³¹⁷

315 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 8 de septiembre de 2011, referencia 11001-3103-026-2000-04366-01, magistrado ponente William Namen Vargas.

316 Uría, R. *El seguro marítimo*. Barcelona: Bosch, p. 171 (citado por Ossa G. J., Efrén. *Teoría general del seguro...*, cit., p. 461).

317 “En el seguro marítimo, en cambio, en defecto de convención en contrario ‘en caso de pérdida total constructiva o asimilada, el asegurado podrá considerarla como parcial o como total real o efectiva, abandonando en este caso el objeto asegurado a favor del asegurador’ (artículo 1737). Como sistema —el más simple— de regulación de la indemnización en esta clase de seguros, la declaración de abandono, una vez aceptada, expresa o tácitamente (artículo 1742), significa que ‘el asegurador reconoce su responsabilidad por pérdida total’ (artículo 1743) y produce el efecto de subrogarlo ‘en los derechos y obligaciones del asegurado sobre los restos o remanentes del objeto asegurado y de sus accesorios’ de los cuales ‘podrá tomar posesión’ (artículo 1745)” (Ossa G. J., Efrén. *Teoría general del seguro...*, cit., pp. 461 y 462).

3. Conclusiones

A través del presente estudio hemos pretendido vislumbrar, en lo sustancial, los aspectos fundamentales que caracterizan al seguro de transporte y que lo distinguen de otras modalidades de seguro en nuestro contexto. Así, nuestro propósito ha sido el de desarrollar las “notas esenciales” de este ramo de seguro, con el objetivo —que esperamos haya sido alcanzado— de ilustrar sobre sus aspectos más salientes.

De esta manera, el estudio aquí presentado, ha pretendido esbozar la riqueza jurídica de esta tipología de seguro y la incidencia cardinal que tiene para el mismo el desarrollo de la actividad transportadora como tal, la cual día a día presenta nuevos desafíos, a los cuales el efecto protector del seguro debe procurar atender.

Sin lugar a dudas, el seguro de transporte permite que crecientes riesgos a los cuales están expuestos los bienes, las cosas y las personas sean amparados a través de este mecanismo bienhechor, haciendo viable en la práctica el desarrollo de la actividad transportadora por vía terrestre, aérea o marítima. Dependiendo del medio en el que se desarrolla el transporte, existen diferentes particularidades, pese a lo cual se conservan aspectos centrales que constituyen su estructura.

Bibliografía

Concha, Ángela et al. “El seguro de transporte de carga”. En: *Fasecolda 35 años*. Bogotá: autor, 2011.

Donati, Antígono. *Los seguros privados, manual de Derecho*. Barcelona: Bosch, 1960.

Ordóñez Ordóñez, Andrés E. *Estudios de seguros*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

Ossa, J. E. *Tratado elemental del seguro*. Bogotá: Lerner, 1963.

Ossa, J. E. *Teoría general del seguro*. Bogotá: Temis, 1991.

Rincón, Juliana Cristina. *El contrato de seguro marítimo en el comercio internacional*. Recuperado de http://sitios.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/rev_jud_89/08%20EL%20CONTRATO%20DE%20SEGURO%20MAR%20CDTIMO.htm.

Tirado Suárez, Francisco Javier. “Dentro de Ley de Contrato de Seguro”. En: *Comentarios a la Ley 50/1980 de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, director Fernando Sánchez Calero (4ª ed.). Editorial Aranzadi, 2010.

XII. EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS ESTATALES



LUIS FELIPE ESTRADA³¹⁸

1. Introducción

Aun cuando el debate en torno a la tipología del denominado seguro de cumplimiento —en el sentido de considerarlo como una fianza³¹⁹ o como un auténtico contrato de seguro— ha sido álgido en el medio académico local, lo cierto es que con la expedición del Decreto-Ley 410 de 1971 o Código de Comercio —en el que se hace expresa referencia a él³²⁰— y, en especial, con la posterior reproducción del artículo 2º de la Ley 225 de 1938 en el artículo 203 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), de alguna manera se inclinó la balanza a favor de aquellos que lo han considerado un verdadero seguro, en contraposición a las respetables posiciones que lo han catalogado como una fianza, tal como está regulado en el Código Civil colombiano³²¹, tesis aquélla que también ha adoptado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia

318 Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana (Medellín), especialista en Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá) y candidato a magíster en Derecho de Seguros de la misma universidad.

319 Entendida esta como una obligación accesorio en los términos en que la regula el artículo 2361 del Código Civil colombiano.

320 En concreto, en el artículo 1099.

321 Entre ellos ver: Botero Morales, Bernardo. “El seguro y la fianza. Naturaleza jurídica de las garantías de cumplimiento”. En: Zornoza Prieto, Hilda Esperanza (coordinadora). *Escritos sobre riesgos y seguros*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 445 y ss. Es preciso indicar, sin embargo, que Botero posteriormente abandonó esa tesis, para aceptar que estamos en presencia de un seguro.

del 2 de mayo de 2002 (Exp. 6785) en la que de manera expresa sostuvo que se trata de un verdadero seguro³²².

Esa conclusión —que a primera vista parece sencilla— ha generado importantes debates académicos, los que por obvias razones se han proyectado en los estrados judiciales y han generado, en este campo, una indeseable inseguridad jurídica respecto de en un instrumento que por su importancia, demanda una regulación concreta.

En efecto, la particular forma en que el contrato de seguro de cumplimiento es celebrado en nuestro medio, ha llevado a la jurisprudencia y a la doctrina a concluir que, por lo menos, una decena de los artículos que en el Código de Comercio colombiano regulan ese contrato, resultan de dudosa aplicación o, incluso, definitivamente riñen con su naturaleza misma de garantía. Entre ellos encontramos los artículos 1044, 1054, 1055, 1058, 1060, 1068, 1071, 1088, 1089, 1102 y 1103.

Pero más allá del número de artículos que la doctrina y la jurisprudencia han estimado como inaplicables al seguro de cumplimiento, importa resaltar que aquellos sobre los cuales se ha suscitado la controversia son de una marcada relevancia dentro del régimen general del contrato de seguro, lo que conduciría definitivamente a abortar cualquier pretensión de determinar el régimen legal del seguro de cumplimiento y, así, apoyar la tesis que lo considera una fianza.

Sin embargo, como la realidad muchas veces desborda el contenido de las normas a través de las cuales se ha pretendido regular una situación concreta, las garantías de cumplimiento se comercializan a diario en cantidades abismales, expedidas por compañías de seguros y bajo la figura de una póliza de seguro, lo que definitivamente obliga a la doctrina y a la jurisprudencia a analizar esta particular institución jurídica a la luz de la normatividad general que rige el contrato de seguro y, además, impone estudiar las incidencias que sobre este contrato de seguro tiene la normatividad que rige la contratación pública en nuestro medio, pues a no dudarlo tiene un marcado efecto sobre el seguro en mención en temas tan relevantes como la reclamación.

322 Se sostiene en dicha providencia: “Enfatízase sí que se trata en verdad de un seguro, en el que un acreedor persigue ponerse a cubierto del agravio patrimonial que le generaría el incumplimiento del deudor, trasladando a la aseguradora ese riesgo, quien, precisamente lo asume con el indiscutible carácter de obligación propia, exigiendo a cambio el pago de una prima. Carácter asegurativo que ha venido reiterando la Sala según se ve, entre otras, en las sentencias de 22 de julio de 1999 (expediente 5065), 24 de mayo de 2000 (expediente 5439) y 2 de febrero de 2001 (expediente 5670)”.

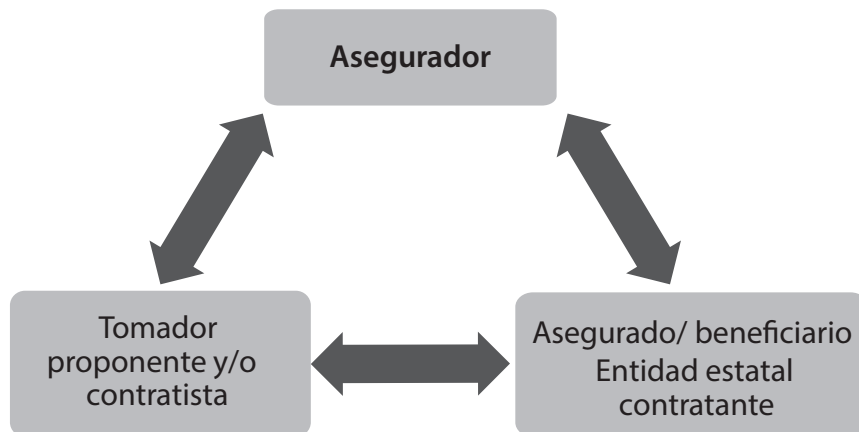
Desde esa perspectiva, con este trabajo pretendemos hacer un análisis general del seguro de cumplimiento de contratos estatales, objeto para el cual será necesario evaluar: 1) su naturaleza jurídica, 2) la regulación que sobre el mismo se ha expedido, con el fin de determinar los alcances de sus coberturas y algunas notas particulares que escapen al régimen general de los seguros, 3) las especiales formas en la que se produce la reclamación, 4) las vicisitudes que desde el punto de vista procesal se presentan cuandoquiera que existen conflictos derivados de dicho seguro y 5) la posibilidad de hacer efectivo el seguro a través del proceso de responsabilidad fiscal.

2. La naturaleza jurídica del seguro de cumplimiento de contratos estatales

Para iniciar nuestro análisis resulta indispensable determinar cuál es la naturaleza jurídica de ese contrato, esto es, si es un contrato de naturaleza privada o si es un *contrato estatal* en los términos que lo establece la misma Ley 80 de 1993 en su artículo 32, definición que, entre otras cosas, permitirá esclarecer cuál es su régimen jurídico y la jurisdicción que tiene competencia para conocer las controversias que se susciten con ocasión de la celebración y ejecución del mismo.

Las inquietudes sobre su naturaleza jurídica surgen por la particular forma en que el seguro de cumplimiento es celebrado en nuestro medio, en tanto quienes fungen como partes del mismo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1037 del Código de Comercio, son el particular (proponente o contratista) y la aseguradora, es decir, dos sujetos de derecho privado, lo que *ab initio* impediría considerarlo como un contrato estatal, en tanto el mencionado artículo 32 de la Ley 80 de 1993 precisamente adoptó un criterio orgánico o subjetivo para definir el concepto de *contrato estatal*.

De manera esquemática podríamos resumir el tema así:



Nótese que el hecho de que el tomador sea el contratista o proponente, no significa que le traslade a la compañía aseguradora un riesgo propio, pues en realidad lo que hace es asegurar el patrimonio de la entidad contratante cuandoquiera que este se vea afectado por incumplimientos de la propuesta o del contrato estatal. En otros términos, podríamos considerar que el seguro de cumplimiento es un seguro por cuenta en los términos que lo señala el artículo 1039 del Código de Comercio.

No obstante lo anterior, el hecho de que la entidad estatal adquiera la calidad de asegurado en la póliza de cumplimiento, ha suscitado varias discusiones doctrinarias y jurisprudenciales en lo que a la naturaleza del seguro de cumplimiento respecta, las cuales vale la pena resumir así:

- a. En sentencia del 23 de noviembre de 1977 (juicios acumulados 1427 y 1428) la Sección Tercera del Consejo de Estado sostuvo que el contrato de seguro de cumplimiento era accesorio al contrato administrativo principal y por tal hecho compartía su naturaleza y, además, sostuvo que esa naturaleza administrativa se imponía al entrever los fines del seguro, los riesgos que se pretendía amparar, así como la forma y contenido del clausulado de la póliza, el cual era prefijado por la Contraloría General de la República:
“El contrato de seguros que se controvierte en este proceso, aunque aparentemente celebrado entre dos particulares, Colseguros S. A. y Vías, Canales y Puertos Ltda., por acceder a un contrato administrativo de construcción de obras (accessorius sequitur principale) y constituir precisamente el afianzamiento o aseguramiento del cumplimiento de dicho

contrato principal, constituye a la Administración INCORA, en beneficiario de dicho contrato de seguros, somete su vigencia y eficacia a su aceptación, la que, por lo demás, condiciona la vigencia del contrato principal y convierte por otra parte, a Colseguros, por la naturaleza del riesgo asegurado, en parte del contrato principal, como solidaria con el contratista en cuanto a la obligación de cumplimiento.

Así, pues, el asegurador no sólo no es extraño al contrato principal, sino que es parte obligada en el mismo, conjunta y solidariamente con la firma contratista, y la Administración, INCORA, en este caso, no es extraña al contrato accesorio de seguros, del cual es beneficiario y cuya aceptación condiciona la vigencia del seguro e impone, inclusive, la forma y contenido de dicho contrato, como que la póliza respectiva tiene que sujetarse al modelo señalado por la Contraloría General de la República.

Así, pues, el contrato accesorio, goza de la naturaleza del contrato principal y aunque, por su naturaleza de derecho privado, por sus fines, los riesgos asegurados y la forma y contenido reglados por el Estado devanen en contrato administrativo de seguros y, por lo mismo, cualquier controversia relativa a dicho contrato, en que sea parte la Administración, compete a la jurisdicción contencioso-administrativa sin perjuicio de que la jurisdicción ordinaria conozca de los litigios que se presenten, originados en el mismo convenio, pero exclusivamente entre asegurados y contratista.”

- b. En igual sentido se pronunció el fallo de 15 de marzo de 1979 (Expedientes acumulados números 1731, 1733 y 1986. Actores: Pavimentaciones Asfálticas y Aseguradora Colseguros S. A.):
“La demanda habla de que el contrato de seguros está impugnado, por nulidad ante los Jueces civiles, sin que se explique como puede discutirse ante la justicia ordinaria la validez de un contrato administrativo de seguros, celebrado por procedimientos de Derecho Público, con modelo señalado por acto administrativo, con cláusulas unilateralmente impuestas y como accesorio de un contrato administrativo de obra [...]”.
- c. Ya en vigencia del Decreto-Ley 222 de 1983, la discusión se zanjó principalmente con base en el artículo 70, el cual disponía que “los respectivos contratos de garantía forman parte integrante del aquel que se garantiza”, pero el Consejo de Estado expuso argumentos adicionales para reforzar esa tesis, en especial, en el auto de 9 de marzo de 1988 (expediente 4913), magistrado ponente Antonio José de Irisarri Restrepo, así:
“En cuanto concierne al contrato de seguro que garantiza el cumplimiento de uno administrativo, para esta Sala también es administrativo, aunque no aparezca en la enumeración del artículo 16 precitado, porque así lo dijo la ley, según se deduce de las siguientes razones:

1. Porque expresamente el artículo 70 del mencionado estatuto contractual, dispuso que los contratos de garantía forman parte integrante de aquél que garantizan, lo que significa que el contrato administrativo y el de seguro otorgado para garantizar su cumplimiento forman un mismo cuerpo jurídico, inescindible como tal porque se violaría la norma que se acaba de mencionar, y el principio de lógica conforme al cual “la causa de la causa es causa de lo causado”. De donde fluye que de un mismo todo jurídico sólo se puede predicar una sola naturaleza administrativa, como lo ordenó la ley y resulta inadmisibles por tanto, la interpretación contraria, es decir la que pretende que sea factible afirmar que el contrato administrativo y el de seguro que - por mandato del legislador se le ha incorporado, tienen dos naturalezas legales diferentes que podrían resultar eventualmente contradictorias.
2. Porque los contratos de seguro deben mirarse con la misma postura conceptual con la que se ha diseñado el régimen especial de los contratos administrativos que garantizan, ya que su integración legal tiene como finalidad la de servir a unos mismos intereses generales.
3. Porque el estatuto de los contratos administrativos también reguló a los contratos de seguro que los garantizan, en cuanto el legislador consideró necesario, para darles un carácter especial, no de derecho privado, sino público, según se deduce del examen contextual de los artículos 37, 481 601 677 687 69 y 70 del Decreto 222 de 1983, normas de obligatorio cumplimiento para la administración y para los particulares, quienes no pueden negociar sobre tales aspectos para eludir lo dispuesto en tales mandatos.
4. Porque los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales, tan definitorios de la contratación pública, gravitan permanentemente alrededor de los mencionados contratos de seguro, en razón de la incorporación ordenada en el precitado artículo 70 y además por lo ordenado en el artículo 60 de la misma reglamentación legal.
5. Porque la interpretación sistemática del Decreto 222 de 1983, lleva a la conclusión de que la única naturaleza que se conforma con la estructura legal de los citados contratos de seguro, es la de que son administrativos. En efecto:
 - a) En esos contratos de seguro no existe, en rigor jurídico, el fenómeno de la objeción del asegurador contra la reclamación del asegurado, pues prima sobre aquél la regulación legal conocida como la vía gubernativa, institución eminentemente administrativa, como que se trata de una “decisión previa”, revestida de los privilegios de la ejecutoriedad y de la ejecución oficiosa;

- b) Frente a los riesgos del contrato administrativo, amparados por el de seguro que se le incorpora, el siniestro se configura legalmente mediante un acto administrativo que declare su ocurrencia; el solo aspecto fáctico no es suficiente para su estructuración;
- c) El riesgo asegurable lo fija unilateralmente la administración y no es el que voluntariamente quiera amparar el tomador (arts. 48 y 67 del Decreto 222 de 1983);
- d) El plazo del amparo no depende de la libre voluntad del tomador (arts. 48 y 69 del Decreto 222 de 1983);
- e) Se contrata por una cuantía que la administración impone unilateralmente, sobre la que el contratista tampoco puede negociar (arts. 48 y 69 *ibídem*);
- f) Diversas cláusulas de la póliza son impuestas por la administración, sin que el tomador tenga opción de variarlas, ni discutir las (artículo 48 y 70, inciso final cae] Decreto 222 de 1983);
- g) El tomador celebra el contrato de seguro obligatorio, pues el contratista no tiene la opción de negociar con la administración si lo celebra o no (arts. 48, 601 67 y 68 del Decreto 222 de 1983);
- h) Ante el silencio de la administración y del contratista, por mandato legal se consideran incorporadas al contrato principal las cláusulas que obligan al contratista a constituir las garantías respectivas (artículo 68 del Decreto 222 de 1983);
- i) La finalidad de la celebración del contrato de seguro es garantizar las prestaciones del contratista, que emanan de un contrato administrativo, por lo que uno y otro apuntan a un mismo propósito administrativo.

En consecuencia, el contrato de seguro otorgado para garantizar un contrato administrativo, tiene el mismo carácter jurídico de este, de donde se deduce que las controversias que se originen en él son de competencia de la jurisdicción contencioso - administrativa.”

- d. Una vez entró en vigencia la Ley 80 de 1993, en cuyo texto no se reprodujo la disposición contenida del artículo 70 del Decreto-Ley 222 de 1983, en el sentido de considerar el contrato de seguro accesorio al contrato administrativo cuyo cumplimiento garantiza, la Sección Tercera del Consejo de Estado volvió a indagar sobre la naturaleza jurídica del seguro de cumplimiento en el auto del 20 de noviembre de 2003 (Exp. 19929, magistrado ponente Ramiro Saavedra Becerra), en el que se reiteró el carácter de accesorio del contrato, usando como fundamento para ello, principalmente, el artículo 1499 del Código Civil:

“Bajo este orden de ideas, independientemente de que la Ley 80 de 1993, guarde silencio frente al contrato de seguro, como no ocurría en la legislación anterior y que dicha figura se someta fundamentalmente a las reglas de derecho privado; también lo es que su fin último es garantizar el cumplimiento de un contrato principal celebrado entre una entidad pública y un particular y, desde este punto de vista no hay duda que sigue la suerte del contrato garantizado”.

[...]

“La cláusula de garantía incorporada en los contratos estatales es de orden público y le confiere al contrato de seguro un elemento diferencial de aquellos contratos suscritos en interés particular, pues constituye un mecanismo de protección del fin pretendido por la contratación estatal como es la satisfacción del interés general, fin que tiene como una de sus facetas la protección del patrimonio público.

[...]

Además, resulta claro que el contrato de seguro tiene su origen en el contrato estatal y se encuentra sustancialmente unido a la suerte de este, goza de las mismas características del contrato accesorio al que garantiza, de tal manera que encaja dentro de la previsión contenida en el artículo 1499 del Código Civil, “el contrato es accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella”.

De este modo, el contrato de seguro no puede valorarse separadamente de aquel cuya ejecución garantiza, ni es válido predicar del mismo su plena autonomía para someter la ejecución a la jurisdicción ordinaria, ya que se rompería la continencia de la causa y se desconocería la circunstancia que da origen a la ejecución de la póliza de seguro, que no es otra cosa que el incumplimiento del contrato estatal por parte del contratista.”

- e. Finalmente, encontramos el auto del 30 de enero de 2008 (Exp. 32867, magistrado ponente Mauricio Fajardo Gómez), en el cual la Sección Tercera del Consejo de Estado, además de citar los apartes jurisprudenciales arriba transcritos y con el fin de exponer más argumentos tendientes a sustentar la naturaleza estatal del seguro de cumplimiento a favor de entidades públicas, indicó que la entidad estatal contratante sí es parte del contrato de seguro de cumplimiento —en calidad de tomador—, en tanto a su juicio el proponente o contratista cuando toma la póliza de seguro lo hace en virtud de la institución jurídica de la estipulación a favor de un tercero, institución regulada de manera general en el artículo 1506 del Código Civil y de manera particular, en el caso del contrato de seguro,

en el artículo 1038 del Código de Comercio. La Corporación se expresó sobre este asunto en los siguientes términos:

Para la Sala resulta válido sostener que en los contratos de seguros que se celebran con el fin de garantizar el cumplimiento de contratos estatales, las entidades contratantes sí toman parte.

El anterior aserto se explica con toda naturalidad en cuanto la relación contractual en estudio se examine a la luz de la institución de la estipulación a favor de otro, en virtud de la cual la ley autoriza a cualquier persona para que convenga a favor de un tercero, sin contar con derecho alguno para representarlo, en el entendido de que sólo ese tercero podrá exigir lo estipulado una vez acepte, de manera expresa o tácita, la respectiva convención.

Después de examinar el alcance de la norma legal que en el derecho común regula, de manera general, la institución de la estipulación a favor de un tercero, contenida en el artículo 1506³²³ del Código Civil, se evidencia que la aceptación que el tercero manifiesta respecto de la estipulación que se ha efectuado a su favor genera efectos retroactivos al momento de la celebración de la convención entre estipulante y prometiente, al tiempo que determina el surgimiento de una relación contractual entre el beneficiario y el prometiente, en virtud de la cual, precisamente, aquél en condición de acreedor podrá exigirle al prometiente el cumplimiento de su obligación.

Y se entiende con facilidad que la obligación que el prometiente asume para con el beneficiario y que sólo este puede exigirle, también encuentra sustrato en la relación contractual que se concluye entre dichos prometiente y beneficiario, como quiera que la manifestación de voluntad que realiza tal prometiente en acuerdo con el estipulante, en el sentido de obligarse a favor del beneficiario, encuentra como respuesta la aceptación incondicional de este; ¿Y qué tipo de relación jurídica existe acaso entre dos partes, cuando las mismas concluyen un acuerdo de voluntades que genera obligaciones, si no es una relación de índole contractual?

[...]

323 Así reza el artículo 1506 del Código Civil: “Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero solo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él.

Constituyen aceptación tácita los actos que solo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato”.

Si bien resulta cierto que la figura de la estipulación a favor de un tercero, a partir de su regulación general, aporta elementos trascendentes para dilucidar la problemática relacionada con la naturaleza jurídica de los contratos de seguro de cumplimiento de contratos estatales, no es menos cierto que ante la existencia de una norma legal especial que consagra y disciplina esa misma institución para el caso del contrato de seguro, se impone la aplicación preferente de dicha disposición especial a cuyo amparo deberá adelantarse el estudio de la materia en cuestión.

Esa regla especial, para los contratos de seguros, se encuentra contenida en el artículo 1038 del Código de Comercio, a cuyo tenor:

“Artículo 1038.- Si el tomador estipula el seguro en nombre de un tercero sin poder para representarlo, el asegurado puede ratificar el contrato aún después de ocurrido el siniestro. El tomador está obligado personalmente a cumplir las obligaciones derivadas del contrato, hasta el momento en que el asegurador haya tenido la noticia de la ratificación o del rechazo de dicho contrato por el asegurado.

Desde el momento en que el asegurador haya recibido la noticia de rechazo, cesarán los riesgos a su cargo y el tomador quedará liberado de sus obligaciones, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1119³²⁴. Para la Sala, la hipótesis fáctica prevista en la norma legal que acaba de transcribirse es, precisamente, la que se configura en el caso de los contratos de seguro que se vienen mencionando, como quiera que el contratista particular, sin contar con poder alguno o con facultad para representar y menos para vincular u obligar a la entidad estatal contratante, procede a estipular, junto con la compañía aseguradora, los términos del contrato de seguro de cumplimiento a favor de la aludida entidad estatal contratante a la cual le corresponde la condición de asegurada.”

A nuestro juicio, esa posición carece de algún sustento válido, pues es claro que el proponente o contratista no concurre a celebrar el contrato de seguro en nombre de la entidad pública, pero “sin poder” para representarla, como lo señala el artículo 1038 del Código de Comercio, sino que lo hace en nombre propio y en cumplimiento de una obligación legal y contractual, con el fin de proteger al patri-

324 El artículo 1119 del Código de Comercio dispone: “El asegurador ganará irrevocablemente la prima desde el momento en que los riesgos comiencen a correr por su cuenta”.

monio público de los efectos nocivos que su eventual incumplimiento le puedan causar y, además, con el fin de cumplir uno de los requisitos necesarios para iniciar la ejecución del contrato, de conformidad con lo señalado en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993. Asimismo, el contratista o proponente conserva la calidad de tomador a lo largo de toda la relación contractual, pues el hecho de que la entidad asegurada acepte los términos de la garantía de cumplimiento mediante un acto administrativo no la convierte en tomadora de la póliza, ni le impone a ella las obligaciones propias del tomador, como la de pagar la prima.

Esa conclusión, esta sirvió al Consejo de Estado para conservar la competencia respecto de las controversias suscitadas en relación con las pólizas de cumplimiento a favor de entidades estatales, pero además del tema eminentemente procesal, considerar el contrato de seguro de cumplimiento como un contrato estatal, generaría interrogantes tan válidos como, por ejemplo, los siguientes: ¿cuál sería el procedimiento de selección que se debería adelantar para la celebración del contrato?, ¿se le aplica el régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicable a todos los contratos estatales o incluso a aquellos celebrados por entidades (públicas, mixta o privadas) que sin estar sujetas al Estatuto General de Contratación Pública, ejecutan recursos públicos?

He allí una serie de interrogantes de una marcada relevancia, que la jurisprudencia está en mora de resolver, si de mantener esa posición se trata, pues a nuestro juicio la celebración del seguro de cumplimiento tal como se da en nuestro medio se acerca más a la figura contemplada en el artículo 1039 del Código de Comercio que a la contemplada en el 1038, manteniendo así una naturaleza privada, calificación que poco importa para efectos de la jurisdicción competente, pues cuandoquiera que se presente un conflicto derivado de la misma y en él haya de participar la entidad asegurada —a nuestro juicio esto siempre ocurrirá—, la jurisdicción competente para conocer el litigio será la contencioso administrativa.

3. Las coberturas y notas particulares del seguro de cumplimiento de contratos estatales

En este punto revisamos los riesgos asegurados, vigencias y valores asegurados de cada uno de los amparos que componen la póliza de cumplimiento, ya que en este tipo de contratos la libertad de configuración contractual tanto de las aseguradoras como del contratista o proponente es mínima, pues que el legislador, precisamente previendo que a través de este tipo de pólizas se protege el patrimonio público, decidió que las coberturas, vigencias y valores asegurados, entre otros importantes aspectos, debían ser prefijados vía reglamentación, en este caso, el

presidente en virtud de la facultad reglamentaria (numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política).

El tema de las garantías en la contratación pública inicialmente fue regulado a través del numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, el cual disponía:

19. El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. Igualmente, los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias.

La garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, tratándose de pólizas, no expirará por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, interadministrativos y en los de seguros.

Ese numeral fue reglamentado en los artículos 16 a 19 del Decreto 679 de 1994, en cuyo texto se establecieron los valores asegurados, los riesgos objeto de cobertura y la vigencia de los amparos. El mismo fue objeto de modificaciones a través de los Decretos 2790 de 2002 y 280 de 2002, los cuales tuvieron por fin establecer las condiciones en las cuales se podía obtener garantías por términos inferiores a los de los contratos de concesión, en atención a las dificultades que se presentan en el mercado reasegurador —aún hoy— para obtener las mismas por términos superiores a cinco años y, además, se abrió la posibilidad de que en los mismos contratos de concesión y en los de obra, el cumplimiento del objeto contractual se desarrollara por etapas subsiguientes y diferenciadas que generen obligaciones distintas en su contenido y tiempo de ejecución, de tal manera que el concesionario o el contratista de obra pudiesen otorgar garantías independientes por cada etapa del contrato, precisamente con el fin de superar el inconveniente ya descrito.

Posteriormente, se expidió la Ley 1150 de 2007, la cual además de derogar de manera expresa el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, reguló en su artículo 7º la garantía de cumplimiento de los contratos estatales, en los siguientes términos:

De las garantías en la contratación. Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento [...].

Nótese que el legislador dejó en manos del Gobierno Nacional establecer mediante la correspondiente reglamentación las condiciones generales que deben contener las pólizas de cumplimiento, los amparos y su cuantía, la cual se ha adoptado a través de los siguientes decretos reglamentarios:

- Decreto 4828 de 2008.
- Decreto 734 de 2012.
- Decreto 1510 de 2013.
- Decreto 1082 de 2015 (actualmente vigente y en el cual simplemente se compilieron las disposiciones contenidas, entre otros decretos alusivos al Sector de Planeación Nacional, en el Decreto 1510 de 2013).

En lo que sigue analizamos la reglamentación vigente, haciendo unos comentarios o reflexiones generales sobre cada uno de los amparos.

3.1. La garantía de seriedad de la oferta

Cuando las entidades estatales inician procedimientos de selección se ven sometidas a ciertos riesgos durante la denominada etapa precontractual, es decir, durante la etapa de selección del contratista y, por tanto, el reglamento ha establecido cuáles de esos riesgos deben ser amparados.

Ítem	Decreto 1082/15
Riesgos asegurados	- La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del proponente seleccionado. - La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el término previsto en los pliegos para la adjudicación del contrato se prorrogue, o cuando el término previsto para la suscripción del contrato se prorrogue, siempre y cuando esas prórrogas no excedan un término de tres meses. - La falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado de la garantía de cumplimiento exigida por la entidad para amparar el incumplimiento de las obligaciones del contrato. - El retiro de la oferta después de vencido el término fijado para la presentación de las propuestas.
Valor asegurado	- El valor de la garantía será igual al 10% del valor de la oferta. - El valor de la garantía de seriedad de la oferta que presenten los proponentes en el proceso de contratación de un acuerdo marco de precio debe ser de 1000 SMMLV. - El valor de la garantía de seriedad de la oferta que presenten los proponentes en la <i>subasta inversa</i> y en el <i>concurso de méritos</i> debe ser equivalente al 10% del presupuesto oficial estimado del proceso de contratación.
Vigencia	Se extenderá desde el momento de la presentación de la oferta hasta la aprobación de la garantía que ampara los riesgos propios de la etapa contractual.

Resulta pertinente hacer varios comentarios en relación con la garantía de seriedad de las ofertas, la cual, como ya se vio, tiene por objeto amparar los riesgos propios de la etapa precontractual:

- a) La garantía se hace efectiva a título de sanción. Según dispone el artículo 2.2.1.2.3.2.8 del Decreto 1082 de 2015, la garantía de seriedad de la oferta cubre la sanción derivada del incumplimiento del ofrecimiento. Es decir, la entidad pública no tiene que demostrar la causación de perjuicios para

hacer efectiva la respectiva garantía, para lo cual basta con que demuestre la ocurrencia de alguno de los riesgos arriba señalados. Lo anterior constituye una excepción al principio indemnizatorio, el cual rige en materia de seguros de daños —artículo 1088 del Código de Comercio—. Como se sabe, este principio establece que los seguros de daños son meramente indemnizatorios y nunca podrán constituir fuente de enriquecimiento para el asegurado.

Ahora, es cierto que la ocurrencia de alguno de los riesgos amparados en la póliza de seriedad de la oferta pueden generarle perjuicios a la entidad, pero no queda claro por qué la garantía se hace efectiva a título de sanción en todos los casos, cuando el único supuesto en que la Ley contempla esa consecuencia es en el evento en que el proponente adjudicatario no suscribe el contrato (numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993).

- b) ¿El riesgo del retiro de la oferta tiene aplicación práctica? También se ha discutido si el riesgo del retiro de la oferta tiene alguna incidencia práctica, en tanto la jurisprudencia y la doctrina han debatido si efectivamente los oferentes tienen la posibilidad de retractarse de los ofrecimientos hechos a las entidades públicas y cuáles son las consecuencias de dicho retracto.

Para efectos de dilucidar este punto vale la pena que revisemos varias normas:

El artículo 846 del Código de Comercio que dice:

Artículo. 846. La propuesta será irrevocable. De consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario.

La propuesta conserva su fuerza obligatoria aunque el proponente muera o llegue a ser incapaz en el tiempo medio entre la expedición de la oferta y su aceptación, salvo que de la naturaleza de la oferta o de la voluntad del proponente se deduzca la intención contraria.

A su turno, el numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 dispone:

Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía.

En este evento, la entidad estatal mediante acto administrativo debidamente motivado, podrá adjudicar el contrato, dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad.

En concepto del 30 de marzo de 2006 (magistrado ponente Enrique José Arboleda Perdomo), la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado sostuvo que el retiro de la oferta o retracto es ineficaz, en tratándose de ofrecimientos hechos a entidades estatales, pues según lo dispone el numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, la entidad pública se hace acreedora, a título de sanción, del valor del depósito o garantía en el supuesto en que el contratista seleccionado no suscriba el contrato, lo que llevó a la Sala a concluir que en el caso de ofrecimientos hechos a las entidades públicas, no se da aplicación al artículo 846 del Código de Comercio, el que contempla que el retiro de la oferta genera indemnización de perjuicios, pues existiendo una regulación especial en la Ley 80, esta prevalece. Veamos lo que se sostuvo en ese concepto:

El licitador debe garantizar la seriedad de los ofrecimientos hechos, en los términos legales antes transcritos, locución que significa que su oferta es irrevocable, pues es seria o en firme. De aquí surge la pregunta acerca del efecto jurídico en caso de que el oferente se retracte: ¿es el contemplado por el artículo 846 del código de comercio antes esbozado, o existe otro diferente, propio del derecho público?

Encuentra la Sala que la respuesta se halla en el numeral 12 del artículo 30 transcrito antes, el cual dispone que si el adjudicatario no suscribe el contrato, (o no lo legaliza), la administración se quedará con el valor de la garantía o depósito constituidos para garantizar la seriedad de la oferta, dando a entender, que *la única situación* en la que el ente licitante se queda con la garantía es la no suscripción del contrato. De esta norma se desprende que *el legislador colombiano modificó la regla sobre la irrevocabilidad de la oferta del código de comercio*, puesto que en este estatuto, el retracto conlleva la indemnización de perjuicios. En la Ley 80 de 1993, si un licitador manifiesta a la administración que retira o modifica la oferta esta expresión de voluntad no produce ningún efecto, y por lo mismo no surge para la administración el derecho al cobro de una indemnización de perjuicios, debiendo hacer caso omiso de este pronunciamiento, y evaluar la oferta. Si esta resulta ganadora se le adjudica el contrato, y si el licitador no lo suscribe, entonces se hará acreedor de la sanción de pérdida de la garantía y la inhabilidad correspondiente.

Como se aprecia en el aparte citado, el Consejo de Estado concluye que si un proponente manifiesta retracto de su oferta, este no tiene efecto alguno y la entidad

deberá calificar todas las propuestas —inclusive aquella respecto de la que se manifestó retracto— y deberá adjudicar el contrato. Si llegase a resultar adjudicatario el proponente que manifestó retracto, al ser este ineficaz, el proponente deberá suscribir el mismo y de no hacerlo, la entidad puede hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta a título de sanción.

No obstante, también existe otra posición, según la cual el artículo 846 del Código de Comercio es plenamente aplicable y, por tanto, el retracto genera automáticamente el derecho de la entidad de hacer efectiva la póliza.

- c) La posibilidad de subsanar el requisito de adjuntar a la propuesta la garantía de seriedad de la oferta y/o corregir errores que contenga la misma. Mucho se ha discutido en la práctica si es procedente que el proponente que por cualquier motivo omita incluir dentro de su propuesta la póliza de seriedad de su ofrecimiento, o la presente con errores, subsane esa falencia con posterioridad al vencimiento del plazo para formular las propuestas.

En la mayoría de las ocasiones las entidades públicas, a través del pliego de condiciones, regulan la situación erigiendo el supuesto como una causal de rechazo de la oferta, lo que implica considerar el requisito de la póliza como un requisito no subsanable.

Sin embargo, con fundamento en lo dispuesto en el párrafo 1º del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, la discusión se reabrió, pues dicha disposición introdujo —en buena hora!— la siguiente regla:

La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

Así, con base en esta regla, la Agencia Nacional de Contratación Pública —Colombia Compra Eficiente—, mediante Circular Externa n° 13, del 13 de junio de 2014, conceptuó que es procedente subsanar el requisito de presentación de la garantía de seriedad de la oferta e incluso es procedente corregir los errores contenidos en ella hasta antes de la adjudicación del contrato respectivo.

Esa posición, que en principio parece totalmente razonable y justa, no deja de generar algunas inquietudes desde el punto de vista de los requisitos esenciales de existencia del contrato de seguro.

En efecto, el artículo 1045 del Código de Comercio señala que son cuatro los elementos esenciales del contrato de seguro, a saber: el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o precio y la obligación condicional del asegurador. En lo que al riesgo se refiere, el artículo 1054 del mismo código los define como aquel “suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento”.

A partir de esa definición, algunos han considerado que no es procedente reputar como subsanable el requisito de aportar la póliza de seriedad con posterioridad a la presentación de la oferta por parte del proponente-garantizado, en tanto la vigencia de la póliza —según dispone el artículo 2.2.1.2.3.1.9. del Decreto 1082 de 2015—, necesariamente debe iniciar el día en que se presenta la propuesta, motivo por el cual si se expide la mencionada póliza con posterioridad a ese momento, su vigencia debe ser “retroactiva”, lo que implica que al momento de la expedición faltaría uno de los requisitos esenciales del contrato de seguro, como lo es el riesgo-hecho futuro e incierto.

Por otra parte, el doctrinante Suárez Beltrán considera que al amparo de lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 1150 de 2007, “se colige que para que resulte válida la presentación de la oferta, resulta obligatorio presentar la garantía de seriedad del ofrecimiento que se vaya a realizar. Así dicha presentación se erige como una *conditio sine qua non* respecto de la validez de la presentación de la propuesta, sin la cual el proponente no podrá participar en el proceso”³²⁵.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado en concepto del 6 de noviembre de 2008, radicado 11001-03-06-000-2008-00079-00 (1927), magistrado ponente William Zambrano Cetina, sostuvo:

La ley no permite la presentación de ofertas sin la póliza que garantice su cumplimiento, pues es clara la decisión del legislador de que la misma consti-

325 Suárez Beltrán, Gonzalo. *Estudio de derecho contractual público*. Bogotá: Legis Editores, Pontificia Universidad Javeriana, 2014, p. 66.

tuya un requisito indispensable y no puramente formal ni voluntario, habida cuenta de los costos en tiempo y en recursos para la Administración —por ende para el interés general que ella representa— y para los demás participantes, si el proceso de contratación resulta fallido por el incumplimiento de personas que no tendrían un interés real en contratar y no asumirían mayores consecuencias al retirar sus ofrecimientos.

Otra parte de la doctrina considera que es perfectamente válida la expedición de esa póliza, en tanto si se miran con detenimiento los riesgos asegurados en la garantía de seriedad, éstos necesariamente tendrán ocurrencia en fecha posterior a la de presentación de la garantía, motivo por el cual aun cuando se expida con vigencia retroactiva, es claro que el elemento *riesgo asegurable* perdura al momento de expedición, pues sólo en el futuro el proponente podrá retirar su oferta, incumplir su obligación de suscribir el contrato, omitir otorgar la garantía de cumplimiento en caso de resultar adjudicatario o, en fin, omitir ampliar su vigencia cuandoquiera que el plazo de adjudicación o de celebración del contrato se amplíe.

3.2. La garantía única de cumplimiento

No es obligatoria la garantía única de cumplimiento en los contratos de:

- Empréstito.
- Seguros.
- Interadministrativos.
- Contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía para la entidad (mínima cuantía).
- Riesgos derivados del incumplimiento de obligaciones contractuales (amparos).

3.2.1. Buen manejo y correcta inversión del anticipo

El amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo cubre a la entidad estatal contratante de los perjuicios sufridos con ocasión de: 1) la no inversión, 2) el uso indebido y/o 3) la apropiación indebida que el contratista garantizado haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado en calidad de anticipo para la ejecución del contrato. Cuando se trate de bienes entregados como anticipo, estos deberán tasarse en dinero en el contrato.

Valor asegurado: el valor de esta garantía deberá ser equivalente al ciento por 100% del monto que el contratista reciba a título de anticipo, en dinero o en especie, para la ejecución del contrato.

Vigencia del amparo: su vigencia se extenderá hasta la liquidación del contrato o hasta la amortización del anticipo.

Es muy importante tener en cuenta que si bien el Decreto 1082 de 2015 incluyó la amortización como un criterio para determinar la vigencia del amparo, no la incluyó como un riesgo asegurado. Entonces, la entidad estatal podrá establecer que la vigencia del amparo esté atada a la fecha en la que se prevé amortizar el anticipo, pero no resultaría viable —como se ha observado en algunas ocasiones— que por el hecho de no estar amortizado en su totalidad a esa fecha, se disponga a hacer efectivo el amparo. En otros términos, la amortización no es un riesgo asegurable bajo el amparo de anticipo.

Ahora, también conviene resaltar que en los contratos de *obra, concesión, salud, o los que se realicen por licitación pública*, de conformidad con lo señalado en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, el contratista deberá constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente, salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía. El hecho de que los recursos sean administrados a través de una fiducia mercantil —en estricto sentido se trata de una fiducia mercantil de administración y pagos—, si bien contribuye a que haya un control adicional en la inversión de los recursos, no garantiza que indefectiblemente se van a usar de manera correcta, teniendo lugar uno de los riesgos asegurados, por manera que sigue siendo necesario que los riesgos de la falta de inversión, el uso indebido o la apropiación indebida se aseguren a través del amparo de anticipo.

Otro aspecto que es necesario tener en cuenta es que en los casos de la no inversión o el uso indebido, el perjuicio de la entidad no necesariamente corresponde al monto del dinero no invertido o al usado en forma indebida, como a primera vista parecería. En efecto, si por ejemplo el contratista no invirtió en el tiempo indicado el anticipo que estaba destinado para comprar cemento, y al momento en que lo hizo este tenía un precio mayor, el perjuicio de la entidad sería ese —el mayor valor— y no el monto de lo no invertido. Igual consideración cabría hacer en el caso del uso indebido del anticipo, pues se pueden presentar casos en donde a pesar de que el contratista hizo uso indebido del anticipo, si finalmente se demuestra que con posterioridad terminó invirtiendo su valor en el objeto del contrato, no existirá perjuicio para la entidad. Recuérdese que sobre el tema del uso indebido de recursos públicos, la Corte Constitucional, en la sentencia C-340-07 sostuvo que el uso indebido de bienes o recursos públicos *per se*, no genera ningún tipo de responsabilidad fiscal, pues es necesario establecer si ese uso indebido efectivamente causó un detrimento en el erario, consideraciones

que *mutatis mutandis* cabría hacer para efectos del amparo de anticipo en tratándose de contratos estatales.

3.2.2. Devolución del pago anticipado

El amparo de devolución de pago anticipado cubre a la entidad estatal contratante de los perjuicios sufridos por la *no devolución total o parcial*, por parte del contratista, de los dineros que le fueron entregados a título de pago anticipado, cuando a ello hubiere lugar.

Valor asegurado: el valor de esta garantía deberá ser equivalente al 100% del monto que el contratista reciba a título de pago anticipado, en dinero o en especie.

Vigencia del amparo: su vigencia se extenderá hasta la liquidación del contrato o hasta que la entidad estatal verifique el cumplimiento de todas las actividades o la entrega de todos los bienes o servicios asociados al pago anticipado, de acuerdo con lo que determine la entidad estatal.

Sobre la naturaleza jurídica de las figuras de anticipo y pago anticipado, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Tercera, expresó en la sentencia 13436, del 22 de junio de 2001, lo siguiente:

[...] La diferencia que la doctrina encuentra entre anticipo y pago anticipado, consiste en que el primero corresponde al primer pago de los contratos de ejecución sucesiva que habrá de destinarse al cubrimiento de los costos iniciales, mientras que el segundo es la retribución parcial que el contratista recibe en los contratos de ejecución instantánea. Lo más importante es que los valores que el contratista recibe como anticipo, los va amortizando en la proporción que vaya ejecutando el contrato de ahí que se diga que los recibió en calidad de préstamo; en cambio en el pago anticipado no hay reintegro del mismo porque el contratista es dueño de la suma que le ha sido entregada.

En la práctica contractual administrativa con fundamento en la ley, lo usual es que la entidad pública contratante le entregue al contratista un porcentaje del valor del contrato, a título de anticipo, el cual habrá de destinarse al cubrimiento de los costos mídales en que debe Incurrir el contratista para la iniciación de la ejecución del objeto contratado. De ahí que se sostenga que es la forma de facilitarle al contratista la financiación de los bienes servicios u obras que se fe han encargado con ocasión de la celebración del contrato. Se convierte así este pago en un factor económico determinante para impulsar la ejecución del contrato.

Ya la Sala en sentencia del 13 de septiembre de 1999 (Exp. N° 10.607) en relación con el anticipo expresó: “[...] no puede perderse de vista que los dineros que se le entregan al contratista por dicho concepto son oficiales o públicos. El pago de dicha suma lo era y lo sigue siendo un adelanto del precio que aún no se ha causado, que la entidad pública contratante hace al contratista para que a la iniciación de los trabajos disponga de unos fondos que le permitan proveerse de materiales y atender los primeros gastos del contrato, tales como los salarios de los trabajadores que disponga para la obra. No es otra la razón por la cual adicionalmente se exige que sea garantizada, que se presente un plan para su utilización y que se amortice durante la ejecución del contrato en cada acta parcial de cobro”.

En estas condiciones, si el anticipo se entrega al contratista antes o simultáneamente con la iniciación del contrato, esto es, cuando aún el contratista no ha prestado el servicio, ejecutado la obra o entregado los bienes y precisamente espera dicha suma para iniciarlo y la fecha de ese pago marca la pauta para el cómputo del término del contrato, el pago de la suma de dinero que las partes convengan a ese título se hace en calidad de préstamo.

Esto significa que las sumas entregadas como anticipo son de la entidad pública y esa es la razón por la cual se solicita al contratista que garantice su inversión y manejo y se amortice con los pagos posteriores que se facturen durante la ejecución del contralor.

3.2.3. Cumplimiento

El amparo de cumplimiento del contrato cubrirá a la entidad estatal contratante de los *perjuicios* derivados de las siguientes situaciones:

- a) El incumplimiento *total o parcial* del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista.
- b) El cumplimiento *tardío o defectuoso* del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista.
- c) Los daños *imputables al contratista por entregas parciales de la obra*, cuando el contrato *no prevé* entregas parciales.
- d) El pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.

Valor asegurado: el valor de esta garantía debe ser de por lo menos el 10% del valor del contrato, a menos que el valor del contrato sea superior a 1.000.000 de SMMLV, caso en el cual la entidad estatal aplicará las siguientes reglas:

1. Si el valor del contrato es superior a 1.000.000 de SMMLV y hasta 5.000.000 de SMMLV, la entidad estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el 2,5% del valor del contrato.
2. Si el valor del contrato es superior a 5.000.000 de SMMLV y hasta 10.000.000 de SMMLV, la entidad estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el 1% del valor del contrato.
3. Si el valor del contrato es superior a 10.000.000 de SMMLV, la entidad estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el 0,5% del valor del contrato.
4. Colombia Compra Eficiente debe determinar el valor de la garantía única de cumplimiento del acuerdo marco de precios³²⁶, de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en este.

Vigencia del amparo: como mínimo hasta la liquidación del contrato.

Es preocupante que se diga que la vigencia del amparo será “mínimo” hasta la liquidación del contrato, pues ello llevaría a pensar que hay supuestos en los que la garantía puede estar vigente más allá de la liquidación, lo que no tiene sentido.

3.2.4. Pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales

Este amparo debe cubrir a la entidad estatal de los perjuicios ocasionados por el *incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista derivadas de la contratación del personal utilizado en el territorio nacional para la ejecución del contrato amparado*.

Valor asegurado: el valor de esta garantía no podrá ser inferior al 5% del valor total del contrato.

Vigencia del amparo: deberá extenderse por el plazo del contrato y tres años más.

En el amparo de salarios y prestaciones sociales es importante tener en cuenta que el hecho que da base a que la garantía se haga efectiva, es la reclamación que hagan los trabajadores del contratista a la entidad contratante para que sea esta la

³²⁶ El acuerdo marco de precios es una modalidad de contratación que introdujo el Decreto 1510 de 2013, definida en su artículo 3º así: “Acuerdo Marco de Precios es el contrato celebrado entre uno o más proveedores y Colombia Compra Eficiente, o quien haga sus veces, para la provisión a las Entidades Estatales de Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes, en la forma, plazo y condiciones establecidas en este”. Este artículo quedó compilado en el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

que les cancele los salarios, haciendo uso de la solidaridad consagrada en numeral 1 del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual dispone:

1. Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, *a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio*, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.
2. El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.

La frase “*a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio*”, no deja de generar ciertas dudas, ya que el concepto parece estar enfocado exclusivamente a actividades comerciales ejercidas por privados y no a las entidades públicas.

3.2.5. Estabilidad y calidad de la obra

Este amparo cubre a la entidad estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción.

Valor asegurado: la entidad estatal debe determinar el valor de esta garantía en los pliegos de condiciones de la contratación, de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato.

Vigencia del amparo: esta garantía debe estar vigente por un término no inferior a cinco años, contados a partir de la fecha en la cual la entidad estatal recibe a satisfacción la obra.

La entidad estatal puede aceptar que esta garantía tenga una vigencia inferior a cinco años, con previa justificación técnica de un experto en la materia objeto del contrato.

En los casos de fallas en la estabilidad de las obras, el presupuesto para que se active el amparo se funda en que la entidad tenga las pruebas que permitan concluir que las fallas son imputables al contratista, es decir, no en todos los casos donde se presenten fallas en la estabilidad de una obra es procedente concluir que hay responsabilidad del contratista, y por ende cobertura del amparo respectivo, el cual, valga la pena aclarar, cubre los perjuicios que ello le cause a la entidad.

En muchas ocasiones, las entidades públicas, sin fórmula de juicio, intentan hacer efectivos los amparos de estabilidad sin contar con las pruebas de orden técnico que permitan concluir que las fallas en la estabilidad de una obra son imputables al contratista y/o sin contar con la prueba de los perjuicios que ello les causó, presupuestos indispensables para el pago del siniestro a la luz del artículo 1077 del Código de Comercio.

3.2.6. Calidad y correcto funcionamiento de los bienes suministrados

Este amparo debe cubrir la calidad y el correcto funcionamiento de los bienes que recibe la entidad estatal en cumplimiento de un contrato.

Valor asegurado y vigencia del amparo: la entidad estatal debe determinar el valor y el plazo de la garantía, de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza, las obligaciones contenidas en el contrato, la garantía mínima presunta y los vicios ocultos.

3.2.7. Calidad del servicio

Este amparo cubre a la entidad estatal por los perjuicios derivados de la deficiente calidad del servicio prestado.

Valor asegurado: el valor de esta garantía se determinará en cada caso de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en cada contrato.

Vigencia del amparo: la entidad estatal debe establecer el plazo de la garantía, de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato.

En los contratos de interventoría, la vigencia de este amparo debe ser igual al plazo de la garantía de estabilidad del contrato principal (objeto de la interventoría), en cumplimiento del parágrafo del artículo 85 de la Ley 1474 de 2011.

3.2.8. Los demás incumplimientos de obligaciones que la entidad contratante considere deben ser amparados de manera proporcional y acorde a la naturaleza del contrato

Las entidades públicas pueden entonces solicitar el amparo de otros “incumplimientos” de obligaciones contractuales, siempre y cuando estén enmarcados dentro de la naturaleza del contrato. No es muy clara la norma cuando establece que dicho amparo debe solicitarse por parte de la entidad estatal “de manera proporcional”. No obstante ello, no se avisora cuáles otros incumplimientos pueden ser objeto de cobertura, fuera de los arriba analizados, pues a primera vista en ellos se enmarcan la totalidad de los riesgos a los que se puede ver sometida una entidad pública a lo largo de las diferentes etapas de su actividad contractual.

3.3. Exclusiones

Como en principio las compañías de seguros tiene la libertad de establecer las exclusiones a las coberturas que otorgan en el mercado —siempre que vía estas no se termine desnaturalizando el objeto mismo del contrato de seguro o no se termine asumiendo riesgo alguno— en las pólizas de cumplimiento de contratos estatales, el reglamento limita a cuatro las exclusiones que pueden consignar las compañías aseguradoras en los respectivos clausulados, veamos:

- a. Causa extraña (entendida esta como fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima).

Consideramos que la causa extraña es una eximente de la responsabilidad contractual, de manera tal que si bien la ausencia de esa responsabilidad servirá finalmente para evitar que la garantía se haga efectiva, en el fondo eso no puede ser calificado como una exclusión.

- b. Daños causados por el contratista a los bienes de la entidad estatal no destinados al contrato.

Claramente, este evento no hace parte de la cobertura de la póliza de cumplimiento, de suerte tal que aun cuando no se consignara como exclusión, no sería objeto de cobertura, por escapar a la naturaleza de los amparos.

- c. Uso indebido o inadecuado o falta de mantenimiento preventivo al que está obligada la entidad estatal.

Nuevamente, consideramos que esta más que ser una exclusión, se convierte en una causal eximente de responsabilidad contractual del contratista, en especial, en tratándose del amparo de calidad de los bienes o de estabilidad de las obras.

- d. El deterioro normal que sufran los bienes entregados con ocasión del contrato garantizado como consecuencia del transcurso del tiempo.

Igual consideración que el punto anterior.

3.4. Excepciones al principio de indivisibilidad de la garantía

Según establece el artículo 2.2.1.2.3.1.3 del Decreto 1082 de 2015, la garantía de cumplimiento es indivisible, de manera tal que debe estar vigente durante el término que exige el Decreto.

Sin embargo, en los contratos con un plazo mayor a cinco años, las garantías pueden cubrir los riesgos de la etapa del contrato o del periodo contractual, de acuerdo con lo previsto en el contrato.

En consecuencia, la entidad estatal en los pliegos de condiciones para la contratación debe indicar las garantías que exige en cada etapa del contrato o cada periodo contractual así (artículo 2.2.1.2.3.1.3. del Decreto 1082 de 2015):

1. La entidad estatal debe exigir una garantía independiente para cada etapa del contrato o cada periodo contractual, o cada unidad funcional en el caso de las asociaciones público-privadas, cuya vigencia debe ser por lo menos la misma establecida para la etapa del contrato o periodo contractual respectivo.
2. La entidad estatal debe calcular el valor asegurado para cada etapa del contrato, periodo contractual o unidad funcional³²⁷, tomando el valor de las obligaciones del contratista para cada etapa del contrato, periodo contractual o unidad funcional y de acuerdo con las reglas de suficiencia de las garantías establecidas en el presente decreto.
3. Antes del vencimiento de cada etapa del contrato o cada periodo contractual, el contratista está obligado a obtener una nueva garantía que ampare el cumplimiento de sus obligaciones para la etapa del contrato o periodo

³²⁷ El artículo 2º del Decreto 1467 de 2012 establece que una Unidad Funcional es un: “Conjunto de estructuras de ingeniería e instalaciones indispensables para la prestación de servicios con interdependencia funcional, la cual le permitirá funcionar y operar de forma individual cumpliendo estándares de calidad y niveles de servicio para tal unidad, relacionados con la satisfacción de la necesidad que sustenta la ejecución del Proyecto de Asociación Público Privada”. Este artículo se encuentra ahora compilado en el artículo 2.2.2.1.1.2. del Decreto 1082 de 2015.

contractual subsiguiente, si no lo hiciere se aplicarán las reglas previstas para el restablecimiento de la garantía.

Si el garante de una etapa del contrato o un periodo contractual decide no continuar garantizando la etapa del contrato o periodo contractual subsiguiente, debe informar su decisión por escrito a la entidad estatal garantizada seis meses antes del vencimiento del plazo de la garantía. Este aviso no afecta la garantía de la etapa contractual o periodo contractual en ejecución. Si el garante no da el aviso con la anticipación mencionada y el contratista no obtiene una nueva garantía, queda obligado a garantizar la etapa del contrato o el periodo contractual subsiguiente.

3.5. Independencia de los amparos y de sus valores asegurados

Contempla la reglamentación (artículo 2.2.1.2.3.2.1 del Decreto 1082 de 2015) que los amparos contenidos en la garantía de cumplimiento son independientes unos de otros respecto de sus riesgos y de sus valores asegurados y que, en ese sentido, la entidad estatal contratante solamente puede reclamar o tomar el valor de un amparo para cubrir o indemnizar el valor del amparo cubierto. En otros términos, la entidad contratante, no puede —por ejemplo— tomar el valor asegurado en el amparo de anticipo y cubrir con este una multa que le impuso al contratista o corregir unos defectos de estabilidad de la obra.

Dice además la norma que los amparos son excluyentes entre sí y no se pueden acumular.

De esta manera, entendemos que la finalidad de la reglamentación apunta a que la entidades públicas identifiquen adecuadamente los riesgos objeto de cobertura en cada uno de los amparos y no intenten hacer efectivos amparos que no cubre ciertos riesgos o que incluso la entidad pretenda afectar un amparo a sabiendas de que el siniestro que busca reclamar encontraba cobertura en otro amparo respecto del cual ya operó el fenómeno de la prescripción.

3.6. Inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad

El artículo 2.2.1.2.3.2.4 del Decreto 1082 de 2015 señala que “la compañía de seguros no puede incluir la cláusula de proporcionalidad y tampoco otra cláusula similar en el sentido de que el valor asegurado ampara los perjuicios derivados del incumplimiento total del contrato garantizado pero frente a un incumplimiento parcial, la compañía de seguros solamente paga los perjuicios causados en proporción al incumplimiento parcial de la obligación garantizada. La inclusión de una cláusula en ese sentido no producirá efecto alguno”.

A nuestro juicio, aportaba más claridad sobre este tópico el artículo 5.2.1.1.3 del derogado Decreto 734 de 2014, que disponía: “En la garantía única de cumplimiento no podrá incluirse la ‘Cláusula de Proporcionalidad’ u otra similar, conforme a la cual el valor asegurado ampara los perjuicios derivados del incumplimiento total del contrato garantizado y de presentarse incumplimiento parcial del mismo, la indemnización de perjuicios a cargo del asegurador no excederá de la proporción del valor asegurado equivalente al porcentaje incumplido de la obligación garantizada”.

Sobre la definición de la cláusula de proporcionalidad, la doctrinante Cabanzo³²⁸ ha señalado:

La cláusula de proporcionalidad corresponde a aquella con arreglo a la cual la aseguradora establece que el valor o suma asegurada y el de la indemnización en caso de siniestro, están directamente relacionados con el grado de cumplimiento del contrato. Así, si se presenta una reclamación, la proporción existente entre el cumplimiento total y el cumplimiento parcial por parte del contratista, se aplica a la suma asegurada y, en consecuencia, esta se reduce en el porcentaje cumplido del contrato. Este es el criterio que se aplica para determinar el valor de la indemnización a cargo de la aseguradora.

Los decretos reglamentarios de las pólizas a favor de entidades estatales se han ocupado de evitar que este tipo de cláusulas se pacten en los contratos, vía prohibición, o incluso se ha dicho que se entenderán por no escritas.

El hecho de que se prohíba a las aseguradoras incluir esas cláusulas, de ninguna manera impide que en los casos en que haya incumplimiento parcial por parte del contratista, no puedan buscarse mecanismos de tasación proporcional, no ya del valor asegurado, sino por ejemplo del valor de la cláusula penal, que está inmersa en la mayoría —por no decir que la totalidad— de los contratos celebrados por las entidades públicas.

En efecto, en la medida en que por virtud del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, a los contratos estatales les son aplicables las normas que regulan los contratos y las obligaciones en general, tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio, el contratista y la aseguradora pueden válidamente solicitar a la entidad contratante que tase de manera proporcional el valor de la cláusula penal, de conformi-

328 Cabanzo, Ana María. “La cláusula de proporcionalidad en las pólizas de cumplimiento”. En: *Memorias del XXVI Encuentro Nacional. Bodas de Oro Acoldese (Asociación Colombiana de Derecho de Seguros)*. Bogotá D.C., 2011, p. 460.

dad con lo señalado en el artículo 1596 del Código Civil y en el artículo 867 del Código de Comercio (aunque hay diferencias sustanciales en sus redacciones).

Sobre este tema, la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha pronunciado en sentencia del 13 de noviembre de 2008 (magistrado ponente Enrique Gil Botero, Exp. 17009), así:

3.1. Graduación judicial de la cláusula penal pecuniaria

Considerando que la cláusula penal pecuniaria es una tasación anticipada de perjuicios, y que la entidad está exenta —para imponerla y cobrarla— de demostrar los daños sufridos a raíz del incumplimiento del contratista; se debe tener en cuenta que el juez tiene la competencia, previo juicio de proporcionalidad, para fijar su reducción, pues los postulados de dicho principio, así como el de equidad —este último como criterio auxiliar de la actividad judicial—, así se lo exigen.

No obstante, si de lo que se trata es de reclamar el valor no cubierto con la cláusula penal —es decir, un mayor perjuicio—, ya no es el principio de proporcionalidad el que actúa, sino el de la prueba debida del monto de los daños, pues es sabido que la reparación de todo daño, además de ser integral, debe ser plena.

La primera potestad ha sido otorgada al juez por los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, los cuales prescriben, en su orden:

Artículo 1596. Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal.

Artículo 867. Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.

Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, *podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte.* (El énfasis es nuestro)

Estas normas, que permiten graduar la cláusula penal pecuniaria, contemplan una doble naturaleza al ejercicio de dicha potestad judicial, pues, además de erigirse como un “derecho” en favor de las partes, se establece como una obligación a cargo del juez, para efectos de considerar si la sanción pecuniaria se ajusta al principio de proporcionalidad y al criterio de la equidad.

[...]

2.2.2. Jurisprudencia del Consejo de Estado acerca de la disminución de la cláusula penal pecuniaria.

Esta corporación ha estudiado la problemática de la disminución de la cláusula penal en los contratos del Estado, sosteniendo —en todas esas ocasiones— que de conformidad con los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, el juez tiene la posibilidad de reducir la suma impuesta por tal concepto, evaluando —para ello— el porcentaje de obra efectivamente ejecutado por el contratista y su aceptación por parte de la entidad contratante.

[...]

En el contrato analizado en la providencia anterior se había pactado una cláusula penal pecuniaria del 10% del valor total del contrato, monto total que fue impuesto por la entidad estatal. Por su parte, el Consejo de Estado disminuyó la sanción en un 20%, al considerar que el contratista cumplió parcialmente sus obligaciones.

En este orden de ideas, señala la providencia, en aplicación material del principio de justicia, que el juez tiene la facultad de reducir el monto de la cláusula penal, teniendo en cuenta para ello las obligaciones ejecutadas por el contratista, y aplicando los principios de equidad y proporcionalidad.

[...]

En este caso la entidad contratante impuso el 100% de la cláusula penal pecuniaria. En el análisis realizado por esta corporación se observó que el contratista cumplió parcialmente sus obligaciones —con base en el informe de obras faltantes elaborado por la entidad contratante—, situación que permitió reducir el 50% del monto impuesto por este concepto, lo que significó una disminución del 10% al 5% de la sanción.

Se debe resaltar lo expuesto en la providencia en relación con la importancia de la aplicación del principio de proporcionalidad en el ejercicio del poder

sancionatorio de la administración, pues esta potestad —que de acuerdo al Estado social de derecho, tiene limitaciones— puede ser valorada por el juez, quien determinará si se ajusta o no a los postulados de la justicia y la equidad, propios de las actuaciones del Estado.

Así mismo, allí se considera la posibilidad que tiene el juez de modificar, reformar o estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, en aras de restablecer el derecho particular —artículo 170 del C.C.A.—, facultad perfectamente aplicable en los casos en que proceda la reducción de la cláusula penal pecuniaria.

3.7. Irrevocabilidad del seguro de cumplimiento

Por regla general, el contrato de seguro puede ser revocado unilateralmente por las partes. En el caso del asegurador, según lo establece el artículo 1071 del Código de Comercio, “mediante noticia escrita al asegurado, enviada a su última dirección conocida, con no menos de diez días de antelación, contados a partir de la fecha de envío”.

Esta regla no tiene aplicación al seguro de cumplimiento, con el objetivo de mantener siempre vigente la garantía, que en el fondo está protegiendo —por lo menos en parte— el interés superior que a través del contrato estatal se pretende satisfacer. Así las cosas, la reglamentación impide que el asegurador, de manera unilateral, deje desprotegida a la entidad pública asegurada, aun en el evento en que tenga noticia de que el contrato está siendo incumplido.

3.8. El seguro de cumplimiento no termina por mora en el pago de la prima

A partir de la reforma introducida por el artículo 82 de la Ley 45 de 1990 al artículo 1068 del Código de Comercio, la mora en el pago de la prima o de los certificados o anexos que se expidan al amparo de esta, producirá la terminación automática del contrato de seguro. Antes de dicha reforma, era necesario que el asegurador enviara una comunicación informando sobre su terminación.

En el caso de las pólizas de cumplimiento a favor de entidades estatales —aunque en el caso de las pólizas a favor de particulares vía jurisprudencia la Corte Suprema ha llegado a la misma conclusión—, de manera expresa, el artículo 2.2.1.2.3.2.5 del Decreto 1082 de 2015 establece que esa regla no tiene aplicación, es decir, que aun cuando el tomador incurra en mora en el pago de la prima, la póliza no terminará de manera automática.

La razón por la que se inaplica dicha norma general de los seguros radica en el hecho de que si ella resultara aplicable a este seguro particular, quedaría en manos del tomador (proponente o contratista) la existencia misma del contrato, cuando

este precisamente funge como garantía de las obligaciones a cargo del mismo. Dejar en manos del tomador la existencia del seguro, sería tanto como aceptar que en cualquier momento la garantía puede dejar de ser tal.

3.9. Inaplicación del principio de comunicabilidad de excepciones

En materia de seguros, se conoce como el principio de comunicabilidad de excepciones —regulado en el artículo 1044 del Código de Comercio— aquél según el cual *el asegurador podrá oponer al beneficiario las excepciones que hubiere podido alegar contra el tomador o el asegurado, en caso de ser éstos distintos de aquél, y al asegurado las que hubiere podido alegar contra el tomador*.

El Decreto 1082/15, en su artículo 2.2.1.1.3.2.6., impide que esa norma general se aplique a los seguros de cumplimiento, ya que por esa vía se abre a favor de la aseguradora la posibilidad de que aduzca un sinnúmero de hechos que no son de resorte de la entidad asegurada y que finalmente la dejarían sin cobertura.

3.10. ¿Es aplicable el artículo 1055 del Código de Comercio al seguro de cumplimiento de contratos estatales?

Este asunto es tal vez el que ha ofrecido más debates jurisprudenciales y académicos en torno al seguro de cumplimiento, pues el contenido del artículo 1055 del Código de Comercio en realidad parece no admitir la posibilidad de que se otorguen las coberturas que a través del seguro de cumplimiento se otorgan.

En efecto, la norma señala:

El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo.

Y precisamente en la generalidad de los casos, en el seguro de cumplimiento los hechos desencadenantes del siniestro son actos dolosos, gravemente culposos o meramente potestativos del tomador de la póliza, que es el proponente o contratista.

La sentencia del 2 de mayo de 2002, en la que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil fue enfática en señalar que el artículo 1055 del Código de Comercio, definitivamente riñe con la naturaleza misma del contrato de seguro de cumplimiento:

[...] A modo de síntesis, cabe concluir que, siendo incontestable que los seguros de cumplimiento no han desaparecido y que la estructura del mismo no

se acomoda del todo en el seno del Código de Comercio, la reglamentación especial de ellas, al no hacer parte del código que se derogaba, ni ley complementaria suya, quedó a salvo de la derogatoria general del artículo 2033. Es la única manera de zanjar el choque que de otro modo se presentaría indefectiblemente entre los artículos 1099 y 2033.

Dicho esto, y retomando el hilo, dígase ahora que una compañía aseguradora, pues, que cobre una prima asegurando eso mismo, no puede argüir, ni jurídica ni éticamente, que el seguro es nulo por contemplar un siniestro que depende de la voluntad del deudor; no lo primero, porque tal seguro tiene la base legal ya vista, cuya reglamentación especial elimina en el punto la aplicación del principio general contenido en el artículo 1055 del Código de Comercio; y no lo segundo, porque, amén de ignominiosa, sería altamente nociva la conducta de quien, sabiéndolo, o debiéndolo saber dada su destreza en la materia, propiciara la contratación de pólizas de cumplimiento ineficaces; ni para qué decir que con tamaña actitud se vuelve la espalda a la función social del seguro. Ciertamente hay desdoro en sembrar falsas ilusiones a sabiendas; la mengua que de los temores busca un asegurado, no pasaría de una cruel ironía, pues no sólo seguiría tan desprotegido como antes de adquirir seguro semejante, sino que ahora ha sumado a su frustración el descubrir que fue víctima del engaño. En fin, un seguro casi humorístico.

Ahora, nótese que la sentencia citada analiza el supuesto en el cual *la conducta dolosa del tomador* es la que desencadena la ocurrencia del siniestro amparado por el seguro de cumplimiento, supuesto en el cual coincidimos con la Corte en el sentido de señalar que no sería procedente admitir la inasegurabilidad de la conducta del tomador al amparo del artículo 1055 del Código de Comercio colombiano, pues ello sería tanto como desnaturalizar el seguro o, como lo dice la Corte, terminaríamos en presencia de un seguro inane o humorístico, en tanto desde su expedición no está llamado a producir efecto alguno, en la medida en que el objeto del seguro es, precisamente, cubrir esos supuestos en que el tomador, bien sea por una conducta dolosa tipificada en el ordenamiento penal, bien por una conducta gravemente culposa o, en fin, por mera liberalidad, incumple el contrato cuyo cumplimiento se garantizó a través del seguro.

Pero vale la pena preguntarse qué ocurre en los casos en donde el desencadenante del siniestro en las pólizas de cumplimiento de contratos estatales no proviene exclusivamente del dolo o de la culpa grave del contratista, sino que en ella también tiene participación alguno o algunos de los funcionarios de la entidad contratante. Como ejemplo de estos supuestos podría mencionarse el caso en el que el alcalde de un municipio, junto con un contratista de la entidad, proceden me-

diante maniobras criminales a apropiarse de los dineros del anticipo, destinados exclusivamente al contrato cuyo cumplimiento se garantizó.

¿Será que en estos casos se podrá aplicar el artículo 1055 del Código de Comercio para sostener que no hay cobertura de la póliza?

3.11. ¿Es aplicable el artículo 1060 del Código de Comercio al seguro de cumplimiento de contratos estatales?

El tema de la agravación de estado del riesgo y el efecto que la omisión de comunicar esta a la aseguradora conlleva en el seguro, cuál es su terminación, ha despertado dudas importantes.

El artículo 1060 del Código de Comercio establece que “el asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo y, en tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.[...] Notificada la modificación del riesgo en los términos consignados en el inciso anterior, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima. La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato. Pero sólo la mala fe del asegurado o del tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada. Esta sanción no será aplicable a los seguros de vida, excepto en cuanto a los amparos accesorios, a menos de convención en contrario; ni cuando el asegurador haya conocido oportunamente la modificación y consentido en ella”.

Las dudas sobre si esta norma resultaría aplicable al seguro de cumplimiento son evidentes, razón por la cual es preciso plantearlas así:

- En primer lugar, estaría la posición según la cual esta norma definitivamente riñe con la naturaleza misma del seguro de cumplimiento de contratos estatales (su naturaleza de garantía), pues si finalmente una de las consecuencias de la notificación sobre la agravación del estado del riesgo a la aseguradora es que esta pueda revocar el contrato, no podría considerarse como aplicable esta norma al seguro de cumplimiento, pues como ya hemos señalado este es irrevocable.
- En segundo lugar, podría pensarse que la obligación de notificar a la aseguradora de hechos constitutivos de agravación del estado se radicaría en aquella parte del contrato a la que legalmente le corresponda informar o notificar esta situación o quien esté en una mejor posición de establecer que efectivamente la agravación tuvo lugar. Veamos varios ejemplos:

- Caso 1. Piénsese en el supuesto en que una entidad estatal celebra un contrato de obra —respecto del cual es obligatorio el pacto de cláusulas excepcionales—, y cumplidos los requisitos que exige el artículo 16 de la Ley 80 de 1993 decide mediante acto administrativo modificar unilateralmente el contrato, imponiéndole al contratista una serie de obligaciones que, en principio, no tenía presupuestadas y que definitivamente implican una serie obligaciones adicionales no contempladas originalmente al celebrarse el contrato. La entidad omite notificar este acto administrativo a la aseguradora. ¿Será que esto puede ser calificado como una agravación del estado del riesgo? ¿Estaba la entidad obligada a notificar ese acto a la aseguradora o era obligación del contratista informar a la aseguradora sobre esa situación? ¿Será que la omisión en la notificación podría generar el efecto de la terminación del contrato de seguro?

En el mismo ejemplo, si el asegurador hubiese sido notificado del acto administrativo mediante el cual se modificó unilateralmente el contrato, y una vez realizado el estudio correspondiente concluye que en efecto las obligaciones introducidas al contrato a través del acto de modificación unilateral implican una agravación del estado del riesgo, pareciera ser claro que la única opción que tiene es exigir un reajuste en la prima (pues ya vimos que en este tipo de contratos no tiene la facultad de revocar) y, en principio, esa “extraprima” estaría a cargo del contratista, quien es el tomador; ¿qué ocurriría si este no paga el mayor valor? ¿Podrá el asegurador aducir que no expide un certificado modificatorio incluyendo el nuevo texto del contrato con la modificación introducida unilateralmente por la entidad? ¿Podrá dar por terminado el contrato de seguro? ¿Podrá argüir que cualquier incumplimiento de esas “nuevas” obligaciones no puede constituir siniestro? Finalmente, ¿podrá la entidad exigir las modificaciones respectivas y de no contar con ellas el contratista, podrá declarar la caducidad del contrato, de conformidad con lo señalado en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993?

- Caso 2. Iguales consideraciones y dudas generaría el supuesto en que la entidad estatal contratante vía acto administrativo y cumplidos los requisitos establecidos el artículo 15 de la Ley 80 de 1993, interprete de manera unilateral una cláusula del contrato en la que no quedó claro a quién le correspondía asumir determinado riesgo que efectivamente está incidiendo en el retraso del cronograma de ejecución del contrato. La entidad no notifica a la aseguradora el acto administrativo correspondiente. En este supuesto cabe hacerse las mismas preguntas arriba señaladas.

Los tratadistas Núñez Villalva y Gómez Pérez, a pesar de reconocer expresamente que existe tanto para el tomador como para la entidad estatal contratante la obligación de “informar a la aseguradora sobre modificaciones al contrato garanti-

zado”³²⁹, terminan concluyendo que el artículo 1060 del Código de Comercio no resulta aplicable al seguro de cumplimiento, lo que nos conduce nuevamente a preguntarnos cuál es la consecuencia del incumplimiento de esa “obligación”.

El tema reviste suma complejidad, pues como se puede apreciar, su análisis impone intentar concatenar las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y las normas del Código de Comercio relativas al contrato de seguro.

4. La reclamación en el seguro de cumplimiento

El procedimiento común para hacer efectiva una póliza consiste en presentar ante la aseguradora respectiva una reclamación que cumpla con los requisitos de que trata el artículo 1077 del Código de Comercio, es decir, acreditando la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida.

En tratándose de pólizas de cumplimiento ante entidades estatales, existen sendas diferencias, pues en estos casos es la entidad pública la que declara la ocurrencia del siniestro y determina su cuantía a través de un acto administrativo, el cual es proferido dentro del procedimiento de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Así, la aseguradora no tiene oportunidad de estudiar la reclamación y pronunciarse sobre si procede a cancelar el siniestro, solicitar documentos o pruebas adicionales u a objetar la reclamación, sino que en caso de no compartir la decisión de la entidad estatal asegurada, deberá proponer los argumentos constitutivos de objeción, interponiendo el recurso de reposición contra el acto administrativo mediante el cual se hizo efectiva la póliza.

El hecho de que la entidad asegurada tenga la potestad de declarar la ocurrencia del siniestro y cuantificar los perjuicios, no significa que ella queda relevada de la carga contemplada en el artículo 1077 del Código de Comercio, lo que ocurre en realidad es que la entidad debe contar con los soportes (pruebas) de la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida dentro del expediente administrativo —los que deberá poner a disposición del contratista y de su garante con el fin de

329 Nuñez Villalva, César Augusto y Alexander Gómez Pérez. “Análisis de la libertad y limitaciones legales del asegurador en la elaboración de las condiciones generales de la garantía única del Seguro de Cumplimiento Estatal, frente a la Ley 80 de 1993, Ley 1150/07, el decreto 4828/2008 y temas conexos”. En: *Memorias del XXVI Encuentro Nacional. Bodas de Oro Acoldense...*, cit., pp. 455 y 457.

que tengan la oportunidad de controvertirlos— para que sirvan de fundamento al procedimiento que culmine con la expedición del acto administrativo a través del cual se formaliza la reclamación o se constituye el siniestro. Ya veremos cuándo tiene lugar cada supuesto.

La Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de 22 de abril de 2009 (Exp. 14667, magistrado ponente Myriam Guerrero de Escobar), realizó las siguientes consideraciones sobre este punto:

[...] Es decir que la entidad pública asegurada, tiene la potestad de declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo en el cual, conforme a la norma en cita, deberá determinarse la cuantía del daño causado, al margen, incluso, de que la compañía de seguros no comparta su decisión, inconformidad que puede hacer manifiesta mediante los recursos previstos en la ley y posteriormente, si es del caso, por vía judicial.

Arribar a una conclusión contraria, en lo que concierne a la determinación de la cuantía del siniestro en el acto administrativo que declara su ocurrencia, conduciría a hacer nugatoria y carente de efectos la facultad de la entidad contratante para declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro y hacer exigible la obligación, pues ante la supuesta indeterminación de la cuantía del daño causado, no podría hacer efectiva dicha garantía.

Lo anterior no significa que la entidad pública pueda, al expedir el acto administrativo correspondiente, sustraerse de las reglas de conducta que le impone el debido procedimiento, para declarar el siniestro y hacer efectiva la garantía, dichas reglas imponen, entre otras, el deber de motivar el acto administrativo indicando en él los supuestos de hecho y probatorios que soportan el acaecimiento del siniestro y por supuesto, la cuantía de la indemnización, como también, garantizar que tanto el contratista como la compañía de seguros, en ejercicio de los derechos de contradicción y legítima defensa, puedan controvertir el acto administrativo. Este es el sentido en que se debe aplicarse el artículo 1077 del Código de Comercio, para aquellos casos en los cuales el asegurado y beneficiario de la póliza es una entidad estatal. De otra parte, al asegurador le corresponde la carga de probar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad, tal como lo dispone la norma.

Con esta lógica resulta claro que la Administración está investida de facultad para declarar directamente el siniestro ocurrido en relación con la ejecución del contrato estatal celebrado y hacer efectiva la garantía constituida a su favor, mediante la expedición de un acto administrativo, el cual deberá contener los fundamentos fácticos y probatorios del siniestro y el monto o

cuantía de la indemnización; acto que una vez ejecutoriado permitirá exigir a la compañía aseguradora el pago de dicha indemnización, así lo ha dispuesto la ley, decisión que está sujeta al control de legalidad, tanto por vía gubernativa como por vía jurisdiccional. (El énfasis es del original).

Habiendo establecido que la entidad estatal asegurada tiene la potestad de declarar la ocurrencia del siniestro, corresponde establecer si el acto administrativo a través del cual se ejerce dicha potestad constituye el siniestro o la reclamación, situación que tendrá una incidencia determinante en la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro.

El artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015 establece que en los casos de declaratoria de caducidad y de imposición de multas, el acto administrativo a través del cual se declare dicha situación y se haga efectiva la póliza de cumplimiento *constituye el siniestro*, mientras que el acto administrativo a través del cual se declara el incumplimiento del contrato estatal, se hace efectiva la cláusula penal o se cuantifican los perjuicios causados con el incumplimiento grave *constituye la reclamación*:

Efectividad de las garantías. La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así:

1. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.
2. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro.
3. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros.

Lejos de ser una diferencia formal, la distinción entre el siniestro y la reclamación que hace la norma citada tiene importantes implicaciones prácticas de cara a la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguros, en los términos del artículo 1081 del Código de Comercio.

Así, una cosa es el acto administrativo que impone una multa o el que declara la caducidad del contrato, acto administrativo que desde el punto de vista del con-

trato de seguros implica la ocurrencia del riesgo, esto es, el siniestro, y otra cosa muy diferente es el acto administrativo mediante el cual se declara el incumplimiento del contrato, pues este acto administrativo, lejos de ser el riesgo asegurado en la póliza, simplemente constituye la reclamación que la administración le hace a la compañía aseguradora de la suma asegurada, por el acaecimiento del riesgo asegurado —el incumplimiento—.

Esas consideraciones deben integrarse con el artículo 1081 del Código de Comercio, el cual regula la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, en los siguientes términos:

Artículo 1081. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria. La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción. La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho. Estos términos no pueden ser modificados por las partes.

La Sección Tercera del Consejo de Estado, en providencia de 11 de julio de 2012 (Exp. 19519, magistrado ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera) analizó la situación y al respecto sostuvo:

No se requiere que el acto administrativo que declara la existencia de la obligación a cargo de la aseguradora se expida durante la vigencia del respectivo amparo, como lo asegura la recurrente. La razón salta a la vista. No podría exigírsele a la administración pública que, por vía de ejemplo, en caso de que ocurra el riesgo asegurado el último día de la vigencia del amparo, ese mismo día deba proferir el acto administrativo declarando la ocurrencia del siniestro. Una cosa es la declaración de ocurrencia del riesgo mediante acto administrativo y otra bien distinta es la realización del riesgo asegurado o, lo que es lo mismo, el siniestro.

Lo que sí debe acaecer o empezar a ocurrir dentro de dicho plazo (vigencia del amparo), es el riesgo asegurado, para que el asegurador resulte obligado a la indemnización, tal como dispone el artículo 1073 del Código de Comercio, que dice:

“Si el siniestro, iniciado antes y continuado después de vencido el término del seguro, consuma la pérdida o deterioro de la cosa asegurada, el asegurador responde del valor de la indemnización en los términos del contrato.

‘Pero si inicia antes y continúa después que los riesgos hayan principiado a correr por cuenta del asegurador, este no será responsable por el siniestro’”

Anota la Sala que la facultad de declarar la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo concreta el privilegio de la decisión previa (autotutela administrativa), es decir, permite que la entidad estatal declare la existencia de la obligación, sin acudir al juez, de modo que dicho acto debe ser proferido y notificado dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, pues es este el término de prescripción ordinaria que el artículo 1081 del C. de Co. prevé para ejercer las acciones derivadas del contrato de seguro.” (Se resalta)

Nótese que en el aparte citado se aclara que una cosa es la ocurrencia como tal del siniestro, es decir, del incumplimiento del contratista, y otra cosa es el acto administrativo que así lo declara, el cual debe ser expedido y notificado dentro de los dos años siguientes a la fecha en que la entidad estatal contratante conoció o debió conocer su ocurrencia, pues constituye la reclamación y tiene como efecto la interrupción del término de prescripción.

En conclusión, tenemos varios escenarios:

- Cuando se trata de declaratoria de incumplimiento del contrato, el acto administrativo expedido por la entidad pública asegurada constituye la reclamación, de suerte tal que este debe ser expedido y notificado dentro del término de dos años contados a partir del momento en que la entidad conoció o debió conocer la ocurrencia del hecho que da origen a la reclamación.
- Cuando se trata de declaratoria de caducidad o imposición de multas, el acto administrativo mediante el cual la entidad pública contratante ejerce una u otra facultad, constituye el siniestro mismo, razón por la cual, en estricto sentido, el término de prescripción no ha iniciado a computarse, pues, finalmente, el riesgo asegurado precisamente lo constituye no el incumplimiento del contratista que da origen a la declaratoria de caducidad o a la imposición de la multa, sino la expedición del acto administrativo mediante el cual se materializa una u otra. Lo anterior, sin embargo, no significa que la entidad no cuente con límites temporales (*ratione tempore*) para ejercer esas facultades. La Sección Tercera del Consejo de Estado ha determinado que tanto para el ejercicio de la facultad exorbitante de declarar la caducidad del contrato como para ejercer la facultad de imposición unilateral de multas, es necesario que el plazo del contrato estatal esté vigente, es decir, el acto administrativo a través del cual se ejercen algunas de esas facultades debe ser expedido y no-

tificado en vigencia del plazo del contrato (no significa ello que debe quedar ejecutoriado). Especialmente esclarecedoras sobre la materia resultan ser las sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 20 de noviembre de 2008 (Exp.17031, magistrado ponente Ruth Stella Correa Palacio) y de 23 de septiembre de 2009 (Exp. 24639, magistrado ponente Myriam Guerrero de Escobar).

Lamentablemente, con posterioridad, la misma Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 16 de julio de 2015, pero con ponencia del magistrado Hernán Andrade Rincón (Exp. 32.301), generó una indeseable confusión sobre este punto, veamos:

Ahora bien, se precisa que en tratándose de contratos estatales puede ocurrir uno de los siguientes eventos:

- i) Si el acto es constitutivo del siniestro, como la prescripción corre a partir de la ejecutoria del acto, el plazo se refiere al tiempo para hacerlo valer ante la aseguradora.
- ii) En el evento de que se puedan expedir actos administrativos que si bien declaran el incumplimiento, no son constitutivos de siniestro y que requieran de un acto administrativo que posteriormente declare su ocurrencia y constituya la reclamación ante la aseguradora, el término de prescripción correrá desde la expedición del acto administrativo por el cual se declaró el incumplimiento.
- iii) En los eventos respecto de los cuales la entidad no cuente con la competencia para expedir actos administrativos de incumplimiento y deba formularse a la aseguradora la correspondiente reclamación, la prescripción correrá desde la ocurrencia de los hechos.”

Varios comentarios nos merecen cada uno de esos supuestos, así:

i) Si el acto es constitutivo del siniestro, como la prescripción corre a partir de la ejecutoria del acto, el plazo se refiere al tiempo para hacerlo valer ante la aseguradora.

Sobre este supuesto quedan dudas en el caso en que la entidad inicie un cobro coactivo con base en el acto que por ejemplo declaró la caducidad –constitutivo del siniestro- si el término prescriptivo que correría es el de la ordinaria del 1081 C.Co o el del Estatuto Tributario, en tanto la acción de cobro coactivo no es derivada del contrato de seguro. A su turno, el acto administrativo pierde ejecutoria 5 años después de estar en firme (Nº 3 artículo 91 CPACA). En ese sentido, no se ve claro el supuesto en que la aseguradora puede usar el término prescriptivo del 1081 C.Co-.

ii) En el evento de que se puedan expedir actos administrativos que si bien declaran el incumplimiento, no son constitutivos de siniestro y que requieran de un acto administrativo que posteriormente declare su ocurrencia y constituya la reclamación ante la aseguradora, el término de prescripción correrá desde la expedición del acto administrativo por el cual se declaró el incumplimiento.

Este supuesto adolece de un craso desconocimiento de la realidad normativa y práctica en la materia, en tanto nunca la entidad declara el incumplimiento en un acto administrativo y en uno posterior declara la ocurrencia del siniestro y hace efectiva la póliza. Esto ocurre en un mismo acto administrativo, expedido de manera oral en el marco de la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Así, el término prescriptivo del artículo 1081 que corre en este supuesto en realidad se cuenta desde que la entidad tuvo o debió tener conocimiento del incumplimiento y se interrumpe con la notificación del acto mediante el cual se declara el incumplimiento y se hace efectiva la póliza. Extraña que la misma Subsección que había proferido la sentencia particularmente clara sobre este aspecto el 11 de julio de 2012 (arriba citada), profiera con posterioridad una sentencia con una posición que como se acaba de demostrar no guarda sustento con la realidad normativa y práctica en esta materia.

iii) En los eventos respecto de los cuales la entidad no cuente con la competencia para expedir actos administrativos de incumplimiento y deba formularse a la aseguradora la correspondiente reclamación, la prescripción correrá desde la ocurrencia de los hechos.

Este evento tampoco tiene lugar en la práctica, pues necesariamente las entidades tiene que adelantar el procedimiento de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y además, todos los actos que la entidad puede expedir en el marco de un contrato están enlistados en el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082/15.

5. La resolución de los conflictos derivados de la póliza de cumplimiento

Entremos ahora a estudiar los mecanismos judiciales a través de los cuales se resuelven las controversias derivadas del seguro de cumplimiento de contratos estatales y las vicisitudes que su ejercicio ofrece.

5.1. Medio de control de controversias contractuales

Son dos los supuestos en los que se estima procedente el uso de este medio de control (regulado en el artículo 141 del CPACA), cuando se trata de resolver controversias derivadas del seguro de cumplimiento: 1) en los casos donde se pretende

ejercer el control de legalidad de los actos administrativos a través de los cuales se hace efectiva la póliza y 2) para resolver las controversias en torno al incumplimiento del contrato o a su liquidación, bien sea que la controversia sea propuesta por parte de la entidad contratante, o bien por el contratista, caso en el cual es necesario analizar los mecanismos a través de los cuales se puede vincular a esa controversia a la compañía aseguradora que expidió la póliza de cumplimiento y, además, es preciso analizar qué ocurre si en el contrato estatal se pactó cláusula compromisoria. Veamos cada uno de estos supuestos en detalle:

5.1.1. El control de legalidad de los actos administrativos mediante los cuales se hace efectiva la póliza por parte de las compañías aseguradoras

Como ya hemos indicado, la reclamación o el siniestro —según el caso— en la póliza de cumplimiento de contratos estatales se materializa a través de un acto administrativo y, si bien este se presume legal y goza de fuerza ejecutoria, lo cierto es que no puede escapar al control judicial.

Desde esa perspectiva, es preciso establecer cuál medio de control debe ejercer la compañía aseguradora que expidió la póliza de cumplimiento, cuando quiera que estima como ilegal el acto administrativo a través del cual la entidad asegurada hizo efectiva dicha póliza.

Como el acto administrativo a través del cual se materializa la reclamación es un acto típicamente contractual, alguna parte de la doctrina y de la jurisprudencia consideró que el medio de control indicado para someter a juicio la legalidad del acto administrativo era el relativo a controversias contractuales, pero algunos dudaron de si ese medio de control lo podía ejercer la aseguradora que precisamente no era parte del contrato estatal cuyo cumplimiento se garantizó a través de la póliza. Otra parte de la doctrina y la jurisprudencia se inclinó por considerar que el medio de control que resultaba procedente era el de nulidad y restablecimiento del derecho.

Actualmente la posición imperante en el Consejo de Estado es aquella según la cual el medio de control procedente es el relativo a controversias contractuales, posición que fue sentada de manera clara en la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 22 de abril de 2009 (Exp. 14667, magistrado ponente Myriam Guerrero de Escobar):

La pregunta que cabe formular es si dicha compañía de seguros se encuentra legitimada en la causa³³⁰ para incoar la acción contractual con el fin de impugnar la legalidad del acto administrativo expedido por la Administración, mediante el cual declaró el siniestro e hizo efectiva la garantía contenida en la póliza expedida por ella, toda vez que el artículo 87 de la Ley 80 de 1993³³¹, norma vigente para la fecha en que fue instaurada la demanda, limitó el ejercicio de la acción contractual tan solo para quienes son parte en el contrato, salvo en el evento de nulidad absoluta en el cual también podrá ser incoada por el Ministerio público o por cualquier persona a términos artículo 45 del mismo Estatuto.

Al respecto cabe señalar que es claro el interés directo de la compañía aseguradora en la impugnación del acto, toda vez que de él devine la obligación a su cargo de pagar la indemnización por concepto de la calidad y buen funcionamiento de los equipos, en virtud de la póliza que expidió a solicitud del contratista y en beneficio de la Administración [...].

5.1.2. Resolución de controversias relativas al incumplimiento del contrato estatal

Como bien lo indica el artículo 141 del CPACA, una de las pretensiones que puede ser incoada en virtud del medio de control de controversias contractuales es la declaratoria de incumplimiento del contrato estatal, bien sea que la ejerza la entidad estatal contratante, o bien el contratista. Como en esas controversias precisamente está en discusión el cumplimiento del contrato, puede verse involucrada la compañía aseguradora, motivo por el cual debemos analizar los mecanismos de vinculación de la misma a la controversia:

330 La jurisprudencia de la Sala ha determinado que la legitimación en la causa como presupuesto de la acción “[...] es la identidad del demandante con la persona a quien la ley le otorga la vocación jurídica para reclamar la titularidad de un derecho y por pasiva la identidad del demandado, con aquel a quien se le puede exigir la obligación correlativa que se deriva del primero [...]”. Al respecto pueden consultarse las siguientes providencias: sentencias del 8 de agosto de 1988, Exp. no 5154, actor Hugo Napoleón Tovar, de 13 de febrero de 1996; Exp. 11213, de 12 de diciembre de 2001, Exp. 20456.

331 La norma, en la parte pertinente prescribe: “Artículo 87. De las controversias contractuales. (Subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998. El nuevo texto es el siguiente): *Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas [...]*” (el énfasis es nuestro).

Caso 1. La entidad contratante formula una demanda contra el contratista y este procede a llamar en garantía a la compañía aseguradora. En el supuesto en que la entidad contratante formula una demanda contra el contratista, con el fin de que se declare el incumplimiento del contrato estatal y demás declaraciones consecuenciales a que haya lugar, se han presentado casos en los que una vez notificado el auto admisorio de la demanda, el contratista dentro del término del traslado, además de contestar la demanda, procede a llamar en garantía a la aseguradora, con el fin de vincularla al proceso. ¿Será esa vinculación procedente? ¿Tiene legitimación el contratista para llamar en garantía a la aseguradora? Tal es el caso que tuvo la oportunidad de resolver la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado mediante el auto del 5 de octubre de 2015 (Exp. 54.327 magistrado ponente Hernán Andrade Rincón). En esa providencia se estimó que era válido el llamamiento en garantía que formuló la entidad demandada —que ostentaba la calidad de contratista en el contrato objeto de garantía— a una compañía aseguradora.

A nuestro juicio, no existe legitimación por parte del contratista para que, cuando quiera que es demandado por la entidad pública contratante, proceda a llamar en garantía a la aseguradora, pues a la luz de lo establecido en el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil y en el 64 del Código General del Proceso, el llamamiento procede cuando quien lo formula *afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva*, situación que no se presenta en el caso del contratista, quien a pesar de ser el tomador del seguro de cumplimiento, no tiene derecho a indemnización alguna derivada del mismo ni al reembolso de las sumas a que se viera condenado, en tanto quien funge como asegurado es la entidad contratante.

Caso 2. La entidad contratante formula una demanda en contra del contratista y de la aseguradora. Este supuesto lo encontramos válido, en el entendido en que la entidad estatal tiene legitimación tanto para demandar al contratista en atención a la relación contractual que a él lo ata y a la aseguradora, pues siendo ella asegurada en virtud de la póliza de cumplimiento, cuenta con legitimación para solicitar al juez del contrato que se pronuncie sobre la procedencia de una indemnización en caso en que encuentre que hay un incumplimiento del contrato imputable al contratista y que además tenga cobertura a la luz de la póliza.

Caso 3. En el contrato estatal se pacta cláusula compromisoria y en la póliza no. La entidad estatal convoca al contratista y a la aseguradora al tribunal de arbitramento. De particular importancia resulta analizar el caso en el que el contrato estatal cuyo cumplimiento se garantizó a través de la póliza de cumplimiento, tiene incluida la cláusula compromisoria, pero el contrato de seguro de

cumplimiento a través del cual se garantizó el cumplimiento del mismo no la incluyó. ¿Será que la compañía aseguradora por el solo hecho de haber expedido la póliza se entiende vinculada a la cláusula compromisoria contenida en el contrato cuyo cumplimiento garantizó?

Antes de la entrada en vigencia del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, la norma a la luz de la cual consideramos que se debía resolver el asunto de si las compañías aseguradoras quedaban vinculadas o no a la cláusula compromisoria contenida en el contrato cuyo cumplimiento garantizaban, era el artículo 127 de la Ley 446 de 1998, que disponía:

La intervención de terceros en el proceso arbitral se someterá a lo previsto a las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil. Los árbitros fijarán la cantidad a cargo del tercero por concepto de honorarios y gastos del Tribunal, mediante providencia susceptible de recurso de reposición, la cual deberá ser consignada dentro de los diez (10) días siguientes. Si el tercero no consigna oportunamente el proceso continuará y se decidirá sin su intervención.

Al amparo de esa norma, podría concluirse que los terceros que eventualmente pudieran ser vinculados a un tribunal de arbitramento, finalmente tenían la potestad o no de decidir si acudían al referido tribunal, mediante el pago de los honorarios y gastos del tribunal que los árbitros fijaran, de tal modo que dicha conducta, en el fondo, constituía la declaración de voluntad de adhesión a la cláusula compromisoria o al pacto arbitral que dio origen al tribunal y que habilitó a los árbitros para pronunciarse respecto de la controversia.

En el ámbito de los contrato estatales, el Consejo de Estado, siguiendo esa línea, sostuvo que la compañía aseguradora al ser un tercero en la relación entre el contratista y la entidad contratante, que no podía entenderse vinculada al pacto arbitral celebrado entre aquéllos, de manera tal que no lo vinculaba a menos que expresara su aquiescencia, en estos términos se pronunció la Sección Tercera de dicha corporación (auto del 12 de agosto de 1999, Exp. 16380, magistrado ponente Alíer Eduardo Hernández Henríquez):

Si bien es cierto que la aseguradora ejecutada garantizó el cumplimiento del contrato de obras públicas suscrito entre el referido ente territorial y la Sociedad Pablo Alfonso Sánchez y Cia. Ltda., es un tercero a esta relación, y en consecuencia, no la obliga la cláusula compromisoria antes transcrita.

Desde esa perspectiva, es válido concluir que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012, las compañías aseguradoras no se entendían vinculadas a la cláusula compromisoria contenida en los contratos cuyo cumplimiento garantiza-

ban, de tal manera que si eran llamadas al proceso arbitral, podían decidir válidamente si acudían o no al mismo, de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 127 de la Ley 446 de 1998.

El Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (Ley 1563 de 2012) intentó cambiar el rumbo del tema, a través del párrafo 1° del artículo 37, el cual dispone:

Cuando se llame en garantía a una persona que ha garantizado el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato que contiene pacto arbitral, aquella quedará vinculada a los efectos del mismo.

Una lectura desprevenida de la norma podría llevarnos a concluir que el referido párrafo solucionó o zanjó la discusión, en el sentido de indicar que siempre que se garantice el cumplimiento de un contrato que contiene pacto arbitral, el garante queda vinculado a los efectos de dicho pacto.

Nótese que la disposición normativa hace referencia a que la vinculación del garante se entiende surtida cuando este es *llamado en garantía*, situación que no tendría cómo operar en la práctica, pues finalmente si la entidad estatal decide demandar al contratista y a la aseguradora, no vemos cómo pueda darse un llamamiento en garantía en virtud del cual la compañía aseguradora quede vinculada al pacto arbitral.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-170 de 2014 (magistrado ponente Alberto Rojas Ríos) señaló que la disposición normativa en comento resulta ajustada a la Constitución, por lo menos en lo que a la violación del artículo 116 de la Carta Política se refiere.

5.2. Proceso ejecutivo

Otro escenario que resulta importante analizar es el del proceso ejecutivo que puede iniciar la entidad estatal contratante, con el fin de obtener el pago por parte de la aseguradora.

Sobre este punto se han discutido básicamente los siguientes temas:

a) **El procedimiento.** En lo que al procedimiento se refiere, en un primer momento se concluyó que al amparo de lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993³³², la vía procedente cuando quiera que la entidad pública contratante

332 Artículo 75°. Del Juez Competente: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los

pretendiera iniciar un proceso ejecutivo contra la aseguradora para cobrar el valor los valores indemnizables fijados en el respectivo acto administrativo (lo que de entrada nos da a entender que en estos casos el título ejecutivo es complejo), era la de ejercer la acción ejecutiva ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Poco tiempo después de expedida la Ley 80 de 1993, a través del Decreto 679 de 1994, artículo 19, se estableció la posibilidad de que las entidades públicas iniciaran procesos de cobro coactivos con el fin de recaudar el pago de las obligaciones surgidas a cargo de las aseguradoras. A pesar de la evidente inconstitucionalidad de la norma, esta estuvo vigente por aproximadamente tres años, hasta que fue suspendida provisionalmente por el Consejo de Estado mediante auto del 27 de febrero de 1997 y posteriormente fue declarada nula mediante sentencia del 24 de agosto de 2000 (Exp.11318, magistrado ponente Jesús María Carrillo Ballesteros).

Retirada esa norma del ordenamiento jurídico, se volvió a sostener la tesis inicial, hasta que se expidió la Ley 1150 de 2007, en cuyo artículo 17 parágrafo 1º, se dispuso:

La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, *incluyendo el de la jurisdicción coactiva*. (El énfasis es nuestro)

La norma carece de la claridad que un tópico tan delicado como este ameritaba, no dejando claro si la competencia de las entidades públicas para cobrar la cláusula penal y la multa incluía la posibilidad de que a través de esa vía se cobrara el valor de la garantía a las aseguradoras.

Finalmente, con la expedición de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) se zanjó cualquier discusión, pues en primer lugar en su artículo 98 reguló la potestad que tienen las entidades públicas de recaudar las obligaciones creadas en su favor que consten en documentos que presten mérito ejecutivo, bien sea a través del cobro coactivo, o bien de la vía jurisdiccional. En segundo lugar, en su artículo 99, numeral 3 estableció:

Artículo 99. Documentos que prestan mérito ejecutivo a favor del Estado. Prestarán mérito ejecutivo para su cobro coactivo, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y exigible, los siguientes documentos:

procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativo”.

3. Los contratos o los documentos en que constan sus garantías, junto con el acto administrativo que declara el incumplimiento o la caducidad. Igualmente lo serán el acta de liquidación del contrato o cualquier acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual.

Así, hoy está claro que las entidades públicas pueden disponer libremente de la vía procesal que estimen pertinente para obtener el pago de las sumas que les adeuden las compañías aseguradoras, o los garantes en general, siempre que cuenten con el título ejecutivo debidamente constituido.

b) **Las excepciones y la prejudicialidad.** En lo que a las excepciones susceptibles de proponerse por parte del ejecutado dentro del proceso ejecutivo y la posibilidad de suspender dicho trámite por encontrarse en discusión la legalidad del acto administrativo, que junto con la garantía constituye el título complejo, también se han presentado discusiones, las cuales han sido resumidas por el doctrinante Díaz-Granados Ortiz³³³, en los siguientes términos:

La posición inicial permitía la posibilidad de discutir la legalidad del acto administrativo dentro del proceso de cobro ejecutivo (auto de 5 de marzo de 1998, exp. 14.367) sobre todo por cuanto se trata del mismo juez el que conoce la ejecución y el proceso en el cual se demanda la nulidad del acto (Auto de 13 de septiembre de 2001, exp 17.952). En tal hipótesis respecto de la aseguradora no podía ser culminada la ejecución sin que previamente el juez decidiera sobre la legalidad del acto.

Luego, por auto del 27 de julio de 2005 de la Sección Tercera, exp 23.565, se modificó la tesis anterior, para señalar que en los procesos ejecutivos no se puede discutir la legalidad del acto administrativo, ya que se asimila a providencia que conlleva ejecución, frente a las cuales, con base en el artículo 509 del C.P.C. sólo cabe proponer como excepciones las de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia (el nuevo Código General del Proceso prevé la misma regla en el artículo 442). La providencia puntualiza que la inexistencia de título ejecutivo no puede ser invocada como excepción, pero que el juez debe cerciorarse sobre este asunto al momento de dictar sentencia [...].

333 Díaz-Granados Ortiz, Juan Manuel. "El seguro de cumplimiento en Colombia". En: *Memorias del XXVI Encuentro Nacional. Bodas de Oro Acoldece*, cit., p. 336.

Con la regulación contenida en el CPACA (Ley 1437 de 2011), el tema de las excepciones y la prejudicialidad en los procesos que tengan como título un acto administrativo contractual y la respectiva póliza, tiene ciertas particularidades que deben ser tenidas en cuenta:

- En tratándose del *procedimiento de cobro coactivo*, el artículo 100 del CPACA establece que el procedimiento a seguir será:
- Artículo 100. Reglas de procedimiento. Para los procedimientos de cobro coactivo se aplicarán las siguientes reglas:
 1. Los que tengan reglas especiales se regirán por ellas.
 2. Los que no tengan reglas especiales se regirán por lo dispuesto en este título y en el Estatuto Tributario.
 3. A aquellos relativos al cobro de obligaciones de carácter tributario se aplicarán las disposiciones del Estatuto Tributario.

En todo caso, para los aspectos no previstos en el Estatuto Tributario o en las respectivas normas especiales, en cuanto fueren compatibles con esos regímenes, se aplicarán las reglas de procedimiento establecidas en la Parte Primera de este Código y, en su defecto, el Código de Procedimiento Civil en lo relativo al proceso ejecutivo singular.

Como en el caso del cobro de las garantías de cumplimiento no se avisora que existan normas especiales, se deberán seguir los parámetros del título IV del mismo CPACA y los del Estatuto Tributario, en específico el artículo 831, que contempla las excepciones procedentes.

En cuanto a la suspensión del cobro coactivo por prejudicialidad, el artículo 101 del CPACA establece que por el solo hecho de estar en discusión la legalidad del acto administrativo que compone el título, no hay lugar a la suspensión del cobro coactivo, salvo 1) cuando el acto administrativo que constituye el título ejecutivo haya sido suspendido provisionalmente por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o 2) cuando a solicitud del ejecutado, cuando proferido el acto que decida las excepciones o el que ordene seguir adelante la ejecución, según el caso, esté pendiente el resultado de un proceso contencioso administrativo de nulidad contra el título ejecutivo, salvo lo dispuesto en leyes especiales. Esta suspensión no dará lugar al levantamiento de medidas cautelares, ni impide el decreto y práctica de medidas cautelares.

- En tratándose de *procesos ejecutivos adelantados ante la jurisdicción contencioso administrativa*, el artículo 299 del CPACA dispone:

De la ejecución en materia de contratos y de condenas a entidades públicas. Salvo lo establecido en este Código para el cobro coactivo a favor de las entidades públicas, en la ejecución de los títulos derivados de las actuaciones relacionadas con contratos celebrados por entidades públicas, se observarán las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil para el proceso ejecutivo de mayor cuantía.

Como se puede observar, en esta hipótesis el procedimiento aplicable —en principio— sería el contenido en el Código de Procedimiento Civil para el proceso ejecutivo de mayor cuantía.

Sin embargo, en recientes pronunciamientos de la Sala Plena del Consejo de Estado³³⁴, se concluyó que desde el 1º de enero de 2014 resultan aplicables —en lo pertinente— a los procesos contencioso-administrativos las normas del Código General del Proceso, lo que conduciría a concluir que actualmente el procedimiento ejecutivo a seguir, así como las causales de suspensión del proceso aplicables, cuando quiera que se pretenda realizar una ejecución por parte de una entidad estatal usando como base algunos de los documentos que a la luz del artículo 297 del CPACA prestan mérito ejecutivo, serían las contenidas en el CGP.

5.3. La subrogación en el seguro de cumplimiento

Tal como lo establece el artículo 1096 del Código de Comercio, es una regla común a los seguros de daños que cuando el *asegurador pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro, pudiendo estas oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado.*

El artículo 1099 del mismo Código —que, por demás, es el único que en la regulación del contrato de seguros menciona de manera específica el de cumplimiento— despeja cualquier asomo de duda sobre la aplicación de esa regla al seguro de cumplimiento, motivo por el cual es preciso estudiar este tema.

Sobre las particularidades que tiene la figura de la subrogación en el Derecho de seguros, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 16 de diciembre de

334 Entre ellos, ver Auto de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 25 de junio de 2014 (expediente: 49.299. Magistrado ponente. Enrique Gil Botero).

2005 (Exp. 05001-3103-016-1999-00206-01, magistrado ponente Jaime Alberto Arrubla Paucar), considera:

3. El artículo 1096 del Código de Comercio, que también integra el régimen jurídico del negocio asegurativo, consagra la subrogación que, por ministerio de la ley, obra en favor del asegurador que satisface el débito contractual, en los derechos del asegurado frente al responsable del daño, hasta concurrencia de la suma indemnizada, subrogación que si bien tiene una naturaleza y teleología singular, como lo dejó sentado la Corte en su sentencia del 18 de mayo de 2005, “se encuentra íntima y funcionalmente enlazada con la institución de la subrogación disciplinada por el ordenamiento civil, al punto que los fundamentos y los postulados medulares que le sirven de apoyatura en este específico régimen, en general, son los que informan la figura en la esfera mercantil”, normatividad cuyos principios deben presidir, en consecuencia, la hermenéutica del derecho que ex lege se consagra en favor del asegurador, porque el hecho que “tenga como presupuesto material el pago de la obligación condicional del asegurador, emanada del contrato de seguro, no impide considerar la acción subrogatoria a que se refiere el artículo 1096 del estatuto mercantil, bajo la égida de la subrogación establecida en el derecho común, de la que es, mutatis mutandis, una de sus aplicaciones individuales, por ministerio de la ley, esa misma que no empleó un vocablo o arquitectura diferentes a la de la ‘subrogación’, con todo lo que ello implica, muy especialmente de cara a lo consignado en el artículo 822 del Código de Comercio, esto es, a la integración preceptiva, en lo pertinente, en el campo de las codificaciones del *Ius privatum*”.

De modo que, como ocurre en el derecho común, en el que, por efecto de la subrogación personal —como modalidad del pago—, se traslada al acreedor subrogado el crédito del cual era titular el subrogante, derecho que no sufre mutación alguna y consiguientemente pasa inalterado de sus manos a las de aquél —artículo 1666—, al verificarse el presupuesto que por ministerio de la ley sirve de percutor para que entre en funcionamiento el mecanismo de la subrogación instituido en favor del asegurador, cual es el pago de la indemnización, ipso jure sustituye al asegurado-damnificado en el crédito que antes de ser indemnizado tenía contra el responsable del daño, es decir, ocupa su lugar en esa relación obligacional, en idéntica situación a la que tenía el asegurado como directo perjudicado, cuyo derecho a ser indemnizado por el responsable, se reitera, sobrevive sin modificación en el asegurador como nuevo acreedor, desde luego, con la limitación cuantitativa ya dicha, todo lo cual pone de relieve que el derecho que por ese medio adquiere la compañía aseguradora no es un derecho propio, sino derivado del que tenía el asegurado en su condición de primitivo acreedor, abrevia en la misma fuente, que no es el

contrato de seguro, al cual es ajeno, sino la conducta reprochable del causante del siniestro, en la cual tiene también origen la deuda de responsabilidad a cargo de este, circunstancia que explica, como apuntó la Corte en el fallo atrás invocado, que esté “ayuno de sustantividad y autonomía, como quiera que la entidad aseguradora —he ahí la importancia del fenómeno sustitutivo que aflora de la subrogación—, adquiere el mismo derecho que antes del pago residía en la órbita patrimonial del asegurado damnificado [...] no sufre ninguna mella o alteración por migrar del asegurado a la entidad aseguradora (principio de identidad). Muy por el contrario, ese derecho permanece indeble, al punto que los responsables del siniestro, como lo impera el artículo 1096 del Código de Comercio —en muestra de diciente acatamiento de la prenotada etiología y naturaleza—, podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado, es decir, no una defensa precaria o limitada por el hecho de ser su demandante el asegurador, sino una que tenga el talante que reclama el derecho litigado, sin miramiento a la persona que se presenta como su titular”.

Por supuesto que si el derecho del asegurado a ser resarcido por el victimario es idéntico al que se radica en el asegurador por obra de la subrogación, también lo es la acción mediante la cual puede hacerlo valer, ya que esa es consecuencia del principio de identidad anotado, que se produce, además, como efecto propio del instituto jurídico por el cual se engendra la sustitución de un acreedor a otro, dado que en los términos del artículo 1670 del Código Civil, con independencia de su origen —convencional o legal— la subrogación “traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria y subsidiariamente a la deuda”, de modo que al producirse la transferencia tanto de los derechos del primitivo acreedor, como de las acciones tutelares del mismo, el asegurador, como en su momento lo estaba el asegurado, queda habilitado para reclamar del agente del daño el pago de la prestación debida, mediante el ejercicio de la acción de responsabilidad respectiva, derecho que, se insiste, opera dentro de la limitación cuantitativa legalmente establecida [...]

Varias conclusiones podemos extraer del aparte citado:

- La subrogación opera por ministerio de la ley.
- Se surte hasta por el importe de la suma pagada por el asegurador.
- El asegurador ocupa el lugar del asegurado en idénticas condiciones a las existentes antes del pago de la indemnización.
- El responsable del siniestro podrá oponer al asegurador las mismas excepciones que hubiese podido proponerle al asegurado.

Al amparo de esas consideraciones de la Corte, podemos afirmar que el asegurador una vez paga la indemnización a la entidad contratante, la sustituye en su posición de acreedor respecto del contratista y, por ende, queda en su cabeza el derecho de acción para intentar hacer efectivos esos derechos ante los jueces.

Siendo así las cosas, podríamos decir que en teoría y desde el punto de vista estrictamente procesal, el asegurador podría ejercer dos acciones en contra del contratista: 1) una tendiente a la declaratoria de responsabilidad contractual y 2) una acción ejecutiva. Controversias que deberán ser conocidas por la jurisdicción ordinaria.

6. La reclamación de las pólizas de cumplimiento a través del proceso de responsabilidad fiscal

Finalmente, existe la posibilidad de que al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, la compañía aseguradora que expidió la garantía de cumplimiento de un contrato estatal resulte vinculada a un proceso de responsabilidad fiscal en calidad de tercero civilmente responsable:

Vinculación del garante. Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado.

La vinculación se surtirá mediante la comunicación del auto de apertura del proceso al representante legal o al apoderado designado por este, con la indicación del motivo de procedencia de aquella.

Aun cuando la norma no parece ser muy clara en ese sentido, el presupuesto para que la compañía de seguros resulte válidamente vinculada al proceso de responsabilidad fiscal se contrae a determinar si el supuesto de hecho que da origen al presunto daño al patrimonio del Estado, cuyo resarcimiento está buscando obtener a través del proceso, encuentra cobertura en la póliza de cumplimiento, y ello deberá determinarlo la Contraloría desde el auto de apertura (si se trata de un proceso ordinario) o desde el auto de apertura e imputación (si se trata de un proceso verbal).

En muchas ocasiones se ha evidenciado que las compañías aseguradoras resultan vinculadas a procesos de responsabilidad fiscal donde, a pesar de que el detrimento o daño en el patrimonio público proviene de la ejecución de un contrato estatal cuyo cumplimiento garantizaron, no se evidencia que la causa de este tenga cobertura en la póliza. Por vía de ejemplo, piénsese en el caso en que la Contraloría

estima que el origen o la causa del detrimento fueron algunas fallas cometidas por la entidad estatal en la planeación del contrato, situación que escapa al objeto de cobertura de la póliza de cumplimiento, supuesto en el que claramente no hay lugar a que se vincule a la compañía aseguradora al proceso de responsabilidad fiscal, pues está claro que ella sólo responde por las actuaciones imputables al contratista y no respecto de las de la entidad y menos aún aquéllas que tuvieron lugar antes de la celebración del contrato.

También se han presentado casos en donde las contralorías omiten dar aplicación a la regla según la cual los amparos contenidos en la garantía de cumplimiento son independientes unos de otros respecto de sus riesgos y de sus valores asegurados, pues en no pocas ocasiones se ha pretendido cubrir un riesgo con valores de otro amparo o se han sumado indiscriminadamente los valores asegurados de todos los amparos con el objeto de amparar un detrimento patrimonial, situación que claramente resulta ilegal pues la regla citada es aplicable tanto si la reclamación la formaliza la entidad estatal contratante como si la formaliza la Contraloría a través de un proceso de responsabilidad fiscal.

Otro aspecto que ha ofrecido especial controversia en el marco de los procesos de responsabilidad fiscal, ha sido el de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro. Antes de la expedición de la Ley 1474 de 2011, no existía una norma legal que se refiriera a este tema, motivo por el cual algunas contralorías concluyeron que en esos casos no resultaban aplicables las normas sobre prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, sino que estas debían sujetarse a los términos de caducidad de la acción fiscal y de prescripción de la responsabilidad fiscal, consagrados en el artículo 9º de la Ley 610 de 2000.

Paulatinamente, la Jurisprudencia del Consejo de Estado —a nuestro juicio de manera muy acertada— empezó a reconocer que en tratándose de pólizas de seguros con un régimen de prescripción especial, como el del artículo 1081 del Código de Comercio, debía darse aplicación a este en el marco de los procesos de responsabilidad fiscal, pues el régimen general de caducidad y prescripción contenido en el ya mencionado artículo 9º de la Ley 610 de 2000, resulta aplicable exclusivamente respecto de los presuntos responsables, pero no en relación con los terceros civilmente responsables. Esa fue la posición que se expresó, por ejemplo, en la sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado del 18 de marzo de 2010 (Exp. 25000-23-24-000-2004-00529-01, magistrado ponente Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta), así:

2.2.2. Aplicabilidad del artículo 1081 del C. Co. al sub lite.

Despachar esta imputación implica precisar si esa norma es aplicable o no en caso de vinculación del garante como civilmente responsable en un proceso de responsabilidad fiscal, según el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, debiéndose responder que sí, puesto que tal vinculación no es a título de acción por responsabilidad fiscal, sino por responsabilidad civil, esto es, por razones inherentes al objeto del contrato de seguros, esto es, derivada únicamente del contrato que se ha celebrado, que por lo demás es de derecho comercial, y no de gestión fiscal alguna o conducta lesiva del erario por parte del garante, de allí que la responsabilidad que se llegue a declarar es igualmente civil o contractual, y nunca fiscal. La misma entidad apelante así lo reconoce al manifestar en la sustentación del recurso, que se debe aclarar que la vinculación no se hace mediante acción fiscal, sino como tercero civilmente responsable.

Como quiera que el legislador ha derivado del contrato de seguro y sólo de él la vinculación del garante como tercero civilmente responsable, es claro que tal vinculación es una forma de acción especial para hacer efectivo el amparo contratado, que bien puede considerarse como acción paralela a la de responsabilidad fiscal, aunque se surta en el mismo proceso, pues tiene supuestos, motivos y objetos específicos.

Cabe decir que el titular primigenio de esa acción es la entidad contratante, quien tiene en principio la facultad e incluso el deber de declarar la ocurrencia del siniestro como resultas de esa acción, cuando este tiene lugar y, en consecuencia ordenar hacer efectiva la póliza de seguro respectiva, por el monto que corresponda.

Que ante la omisión del contratante, como aparece de bulto en el diligenciamiento bajo examen, la Contraloría General de la República puede asumir o está investida de esa titularidad por virtud del artículo 44 de la Ley 610 de 2000, con ocasión y dentro de la misma cuerda del proceso de responsabilidad fiscal, para que verificado el detrimento patrimonial por cualquiera de las partes del contrato estatal amparado por la póliza, pueda igualmente ordenar su efectividad por el monto que sea procedente.

Dicho de otra forma, por efecto de ese precepto, la Contraloría pasa a ocupar el lugar del beneficiario de la póliza, que de suyo es el contratante, cuando este no haya ordenado hacerla efectiva en el evento de la ocurrencia del siniestro, como todo indica que aquí sucedió.

En el acto acusado se aduce el término previsto en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, diciendo que es el plazo para llevar a cabo la ejecución coactiva por las entidades públicas, apoyándose en que el Consejo de Estado así lo ha reiterado.

Al respecto, se ha de advertir que la acción tendiente a declarar la ocurrencia del siniestro y hacer efectiva la póliza, en la que se encuadra la vinculación del garante autorizada en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, no es una acción ejecutiva o de cobro coactivo, pues antes de que ella culmine no hay título que ejecutar; sino declarativa y constitutiva, toda vez que ella se ha de surtir justamente para constituir el título ejecutivo, que lo conformará la *póliza* y el *acto administrativo en firme* que declare la ocurrencia del siniestro y ordenar hacer efectiva la póliza; de allí que en tal situación se esté ante un título ejecutivo complejo.

Solamente después de constituido así dicho título es que se abre la posibilidad y empieza a correr el término señalado en el artículo 66 del C.C.A., para adelantar la acción de cobro coactivo del mismo.

De suerte que la entidad de control tiene una caza confusión sobre esas dos acciones, y sirva la oportunidad para dejar en claro que si bien están entrelazadas, son totalmente diferentes, de las cuales una debe surtir primero para que sea posible la otra, incluso con sujeción a regulaciones procesales distintas.

Por no tratarse, entonces, de una vinculación por responsabilidad fiscal ni de una acción de cobro coactivo, sino una acción derivada del contrato de seguros, es aplicable la prescripción del artículo 1081 del C.Co. Y no el término de caducidad previsto en el artículo 9º de la ley 610 de 2000³³⁵, como tampoco el señalado en el artículo 66, numeral 3, del C.C.A., para vincular al garante como civilmente responsable.

Por consiguiente, el punto se ha de estudiar a la luz del artículo 1081 del Código de Comercio [...]

Posteriormente, se expidió la Ley 1474 de 2011 que en su artículo 120 dispuso:

Artículo 120. Pólizas. Las pólizas de seguros por las cuales se vincule al proceso de responsabilidad fiscal al garante en calidad de tercero civilmente responsable, prescribirán en los plazos previstos en el artículo 9º de la Ley 610 de 2000.

335 El artículo 9º de la Ley 610 de 2000 prevé que “La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto”.

De entrada, cabe hacer una crítica a la imprecisión en que incurre la disposición normativa, al indicar que la prescripción opera respecto de las pólizas y no de las acciones derivadas de los contratos de seguro en ellas materializados, como en realidad opera el fenómeno³³⁶. Pero más allá de esa consideración, es claro que la voluntad del legislador fue la de excluir sólo en los casos en donde la reclamación se hace a través de un proceso de responsabilidad fiscal, el régimen general del prescripción contenido en el artículo 1081 del Código de Comercio y sustituirlo por el contenido en la Ley 610 de 2000, situación que a toda luces es antitécnica, pues como acertadamente lo indicó el Consejo de Estado en la sentencia arriba citada, la vinculación de la aseguradora al proceso de responsabilidad se da como tercero civilmente responsable y no como presunto responsable fiscal, motivo por el cual la responsabilidad de la aseguradora se funda en el contrato de seguro al que le resulta aplicable un régimen especial de prescripción, diferente a aquél aplicable a los presuntos responsables fiscales.

336 En igual sentido, ver: Núñez Villalva, César Augusto y Alexander Gómez Pérez. "Análisis de la libertad y limitaciones legales...", cit., p. 456.

Bibliografía

Botero Morales, Bernardo. “El seguro y la fianza. Naturaleza jurídica de las garantías de cumplimiento”. En: Zornoza Prieto, Hilda Esperanza (coordinadora). *Escritos sobre riesgos y seguros*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

Cabanzo, Ana María. “La cláusula de proporcionalidad en las pólizas de cumplimiento”. En: *Memorias del XXVI Encuentro Nacional. Bodas de Oro Acoldece (Asociación Colombiana de Derecho de Seguros)*. Bogotá, 2011.

Díaz-Granados Ortiz, Juan Manuel. “El seguro de cumplimiento en Colombia”. En: *Memorias del XXVI Encuentro Nacional. Bodas de Oro Acoldece (Asociación Colombiana de Derecho de Seguros)*. Bogotá, 2011.

Núñez Villalva, César Augusto y Gómez Pérez, Alexánder. “Análisis de la libertad y limitaciones legales del asegurador en la elaboración de las condiciones generales de la garantía única del Seguro de Cumplimiento Estatal, frente a la Ley 80 de 1993, Ley 1150/07, el decreto 4828/2008 y temas conexos”. En: *Memorias del XXVI Encuentro Nacional. Bodas de Oro Acoldece (Asociación Colombiana de Derecho de Seguros)*. Bogotá, 2011.

Suárez Beltrán, Gonzalo. *Estudio de derecho contractual público*. Bogotá: Legis Editores, Pontificia Universidad Javeriana, 2014.

XIII. EL SEGURO DE VIDA Y SUS EXTENSIONES DE COBERTURA³³⁷



ALEJANDRO BARRERA MONJE³³⁸

1. Introducción a los seguros para personas

Las afecciones de la salud, las lesiones derivadas por accidentes o enfermedades, los gastos médicos necesarios para atenderlas, así como los pagos requeridos para un entierro, son riesgos a los que diariamente está expuesto el ser humano. Sus consecuencias pueden graduarse entre leves, graves y hasta muy graves o fatales, ya que pueden ir desde un simple dolor, o una contusión, o una herida o la mezcla de las anteriores, hasta una incapacidad parcial o total, permanente o temporal, o incluso la muerte. Como se puede apreciar, esas consecuencias afectan la integridad física y/o su capacidad productiva y/o su patrimonio.

Los ataques de estos riesgos pueden ser más graves para quienes dependen económicamente de otros, en caso de fallecimiento y/o invalidez del generador de los ingresos, por cuanto se ven lesionados los estudios, la manutención, la salud. En general, todos los proyectos que se tenían planeados para el futuro de esos dependientes se ven dolorosamente truncados. Pero ahí no se detiene el problema, toda vez que el desarrollo de los sistemas de crédito hace que se tengan acreedores, quienes también se pueden ver afectados por los ataques de los riesgos en mención.

³³⁷ El presente trabajo fue revisado y actualizado por el doctor Hernán Castillo Linares.

³³⁸ Administrador de Empresas de la Escuela de Administración de Negocios (EAN), Colombia, experto en seguros de vida. Ha sido profesor universitario y profesor fundador del Instituto Nacional de Seguros.

Consecuentes con lo anterior, este escrito pretende dar a conocer algunos de los aspectos a través de los cuales un sistema de seguros de personas puede proteger las consecuencias de esas eventualidades, entre los cuales se pueden mencionar: a) los seguros de salud con los que se atienden los gastos en que se incurra para pagar los honorarios médicos, las medicinas, las prótesis, etc.; b) los seguros de invalidez o incapacidad total y permanente; c) los seguros de accidentes personales; y d) los seguros de vida que en realidad son de muerte. Sobre estos últimos se entregan algunas nociones técnicas matemáticas, solo con el ánimo de dar a conocer los fundamentos de los seguros de vida, el origen de las primas que se cobran y conceptos propios de los seguros de personas como “reserva matemática”.

Finalmente, el trabajo también tiene como objetivo demostrar la bondad del seguro de personas y contribuir a la creación de una conciencia de protección desde la juventud, época en la que somos más ligeros, menos consientes de los peligros que nos acechan y, por qué no decirlo, poco o nada previsivos en cuanto a la protección de nuestro futuro y principalmente de quienes dependen de nosotros.

2. Los seguros sobre la vida: referencia histórica

El seguro tiene, en general, orígenes muy remotos, si se le considera como una necesidad sentida por el hombre de precaverse contra futuros y temidos riesgos, que pueden correr contra su persona y/o contra sus bienes. La realización de tales hechos, lo que denominamos *siniestros* , debe dar lugar a la compensación económica que persigue el sistema de seguros y que se denomina, genéricamente, *indemnización* . Pero en los lejanos tiempos en que se inicia esta forma de protección, el seguro se basaba en aspectos puramente empíricos y no con los elementos técnicos como lo trabajan hoy en día, fruto de la perfección que da la técnica experimental, luego de las constantes y minuciosas observaciones sobre la ocurrencia de los hechos materia del seguro.

El seguro racional moderno y en el especial el seguro sobre la vida, tiene un origen relativamente reciente, pues se basa en fundamentos científicos que llevan muy pocos siglos de existencia.

La más antigua noticia que se tiene de una institución análoga en algo al seguro de vida procede de Egipto, donde antes de la era cristiana se encuentra “una especie de asociaciones” cooperativamente organizadas en favor de los familiares del fallecido, que presentan generalmente carácter religioso.

Se sabe también, por medio de un discurso de Lisias en la antigua Grecia, siglo V a.C, que Atenas pagaba “rentas de invalidez” a los atenienses que por enfermedad

o invalidez no pudieran ganarse la vida. Inicialmente, era un óvolo y luego, por la guerra con Macedonia, se subió a dos óvolos.

También tiene más de veinte siglos de existencia la práctica romana de afrontar en común, mediante la distribución del riesgo, las necesidades patrimoniales originadas por la muerte de una persona como, por ejemplo, *pago de deudas y derechos de sucesión*.

En la época del Imperio Romano funcionaban unas asociaciones de gentes humildes llamadas *collegia tenuiorum*, cuyo objeto era abonar a los derechohabientes del fallecido perteneciente a la asociación, una cantidad para sufragar los gastos de entierro y los funerales necesarios (se ponían a disposición más o menos planificadoras, según la contribución), a cambio de unas modestas cuotas de ingreso y mensualidades pagadas por los socios.

Ya en la Edad Media se podían comprar rentas vitalicias, pues como el comercio había tenido un buen desarrollo, necesitaba dineros para su expansión, lo cual vieron factible mediante la venta de rentas, hecho que se vio permitido definitivamente mediante una bula papal de 1423. También se crearon mutualidades de profesionales que se encargaban de sostener a la viuda y a los huérfanos de los socios fallecidos o enfermos mientras se curaban.

Según Bodinus (en obra editada en 1951), probablemente fue en Italia donde se crearon los *montes pietatis*, o sea bancos eclesiásticos que necesitaban grandes capitales para el ejercicio de sus labores.

Así, por ejemplo, idearon la siguiente fórmula: nacía una hija y por ello el padre depositaba una determinada cantidad en el montepío, donde no le pagaban intereses. Cuando la hija se casaba, si lo hacía luego de cumplir los dieciocho años, ella recibía diez veces la cantidad depositada por el padre a su nacimiento. Pero si fallecía antes de esa edad, o si se quedaba soltera, la suma caducaba a favor del montepío. Con el tiempo se permitió el cambio de beneficiario si fallecía la hija.

En el siglo XVII y en vista de que el Estado gastaba más de lo que le ingresaba, se realizaron los primeros proyectos sobre la base de los montepíos, con el fin de obtener fondos para su financiación. Fue así como nació la *tontina*, nombre dado por su creador Lorenzo Tonti. Su base teórica funcionaba así: *el tontinario* (el Estado o un banco) abre una suscripción pública. Quien suscribe entrega cierta cantidad con el fin de obtener una renta vitalicia. El beneficiario de dicha renta era el propio suscriptor, o bien un hijo o hija del mismo, quien recibiría tales dineros hasta la muerte del suscriptor o *tontinista*, quien podía ser una persona diferente. Como dato curioso, en Francia escogieron como *tontinista* a Luis XVI quien por

su ejecución en 1793 fue necesario pagar rentas por valor cercano a 400.000 francos de la época. Los suscriptores o *tontinistas* se subdividían en diferentes grupos, de tal manera que cada grupo recibía la misma cantidad anualmente para repartirla entre los sobrevivientes del grupo. A la muerte del último sobreviviente se extinguía el grupo y, por ende, el *tontinario* quedaba exento de pagar más rentas a ese grupo. Salvo los pagos de exequias y rentas por supervivencia, ningún otro sistema originó el seguro de vida.

Corría el año de 1762 cuando en Inglaterra se fundó la Equitable, aseguradora que comenzó a determinar primas de acuerdo con la edad, permitiendo así que años más tarde se hicieran los primeros contratos de seguros de vida temporales y luego de vida entera.

También se estaba dando comienzo a la inserción de cláusulas en los contratos, en la medida en que los conceptos de riesgo y seguro se iban depurando. Fue así como surgió una de muy interesante fondo, relacionada con temas como el “interés asegurable” y el “seguro especulativo”, la cual rezaba: *Ninguna persona puede contratar un seguro de vida si no puede demostrar suficientemente su interés tanto en la vida o muerte del asegurado propuesto, como en el monto solicitado.*

3. El riesgo

3.1. El concepto de riesgo en el seguro de vida

Hablar de seguros es hablar de *riesgo* y en los seguros dicha palabra se relaciona con la posibilidad de pérdida o daño económico, es decir, con consecuencias adversas no solo para el que la sufre, sino también para la sociedad en su conjunto; son riesgos que, de una u otra manera, todos debemos afrontar. La mayoría de estos riesgos se pueden calcular fácilmente, para permitir que se tomen las precauciones adecuadas por anticipado. Realizada tal posibilidad, como ya se expresó antes, en compensación genera la *indemnización*. Es lo que se llama *riesgo puro*. Es decir, debe existir el riesgo de que sobrevenga una pérdida que sea económica para que se genere una indemnización.

Y es que el riesgo de obtener una eventual “ganancia”, es decir, el *riesgo especulativo*, tal como lo es la especulación bursátil (compra de acciones a la baja para venderlas cuando suban) no puede ser objeto de seguros, toda vez que son situaciones que encierran infortunio para unos cuantos individuos, pero no para la sociedad en conjunto, y el que no esté dispuesto a correrlos puede evitarlos fácilmente.

Si según el Código de Comercio colombiano riesgo es “el hecho incierto que no depende de la voluntad del asegurado, tomador o beneficiario y cuya realización da derecho al pago de la prestación asegurada”, encontramos que ese concepto tiene fronteras muy precisas, pues la incertidumbre se refiere no solo a la posibilidad de que ocurra, sino que el hecho debe ser futuro, eliminando de paso los actuales o pasados. Y en cuanto a lo segundo, este debe ser totalmente involuntario, por cuanto al no serlo pasa a ser un hecho totalmente cierto; así no se cumple con el concepto respecto a un sistema de seguros.

3.2. Ámbito del riesgo

Ahondemos un poco más en el concepto del *riesgo* como pérdida o daño a fin de ubicar su ámbito, entendiendo este como “el campo de acción del riesgo”. Luego relacionémoslo con los peligros que acechan a la personas, y así podemos expresar:

- *No existe riesgo cuando no existe la posibilidad de pérdida o daño*, pues por obvias razones, si no existe la exposición a un peligro no existe la posibilidad de pérdida y, lógicamente, tampoco la necesidad de protección.
- *Tampoco existe riesgo cuando se sabe que el suceso ocurrió u ocurrirá de todas maneras*, toda vez que si ya ocurrió, la pérdida ya es un hecho cierto y, si hay la certeza que ocurrirá, se sale del concepto técnico de riesgo al dejar de ser *el hecho incierto* de que habla el Código de Comercio.

Cabe resaltar que, no obstante ser la muerte un hecho de ocurrencia cierta, la incertidumbre con respecto al momento de ocurrencia es lo que permite la existencia del seguro sobre la vida. Sobre este aspecto se manifiesta el Código de Comercio cuando expresa que, *con excepción de la muerte*, los hechos ciertos son inasegurables.

Lo anterior, para su comprensión, puede representarse de la siguiente manera:



3.3. Clasificación

De manera genérica, podemos clasificar los riesgos así:

3.3.1. Por los intereses que afectan

- **Reales.** Son los que afectan la integridad física de las cosas corporales, sean muebles, inmuebles, o de los derechos radicados en ellas. Ejemplo: incendio, choque, hurto, inundación, etc.
- **Patrimoniales.** En su realización implican pérdida económica, diferente a la reparación del daño real, a quien lo soporta o por los cuales debe responder la persona. Ejemplo: responsabilidad civil, cumplimiento, lucro cesante, etc.
- **Personales.** Son aquellos que amenazan la integridad física de las personas o su capacidad productiva. Aquí se ubica el seguro sobre la vida. Ejemplo: muerte, invalidez, enfermedad, accidente personal, etc.

3.3.2. Por la variabilidad del peligro

- **Constantes.** Son aquellos en que la amenaza se presenta con la misma intensidad a través del tiempo, sin importar que ocasionalmente pueda ser mayor o menor. Ejemplo: incendio, terremoto, explosión, etc.
- **Decrecientes.** Son aquellos que en la medida que pasa el tiempo, la intensidad de la amenaza va disminuyendo. Ejemplo: supervivencia, cumplimiento, salud por enfermedades de la infancia, etc.
- **Crecientes.** Son aquellos en los que la exposición al peligro va incrementándose a medida que pasa el tiempo, es decir, la probabilidad de que ocurra el hecho es cada vez más alta. *Aquí se ubica el seguro sobre la vida.* Ejemplo: muerte, invalidez, alteración de la salud, etc.

4. Justificación del seguro

4.1. La necesidad de dinero

La inquietud humana y el perfeccionamiento de su nivel cultural hacen que el hombre se preocupe no sólo de sus necesidades económicas actuales, sino también de aquellos hechos que puedan ocurrir y perjudicarlo en el futuro. El hombre precavido desea tener la seguridad de que serán reparados, o al menos atenuados, los daños que al producirse determinados hechos dentro de un plazo más o me-

nos remoto, pueden perjudicar su economía en distintos aspectos. Para ello destina una parte de sus ingresos, sobrantes o no, para la compra de su tranquilidad futura, acudiendo para tal propósito a la persona especializada (el asegurador), quien por disponer de una masa considerable de clientes (los asegurados), puede ofrecer la protección a un precio equitativo y asequible.

Como ya se mencionó, esas pérdidas económicas tienen que tener la probabilidad de que ocurran, es decir, que “en el futuro exista esa posibilidad de suceder”, situación que elimina inmediatamente aquellos casos que ya se realizaron. Esto nos ubica en la *ocurrencia de hechos futuros*, no de hechos pasados.

Pero en cuanto a los seguros de vida, no se podría predicar con exactitud lo mismo que para los llamados seguros generales, como los de incendio, transporte, cumplimiento, etc. respecto de la “indemnización”, pues de acuerdo con los análisis realizados por diferentes tratadistas, el seguro de vida no tiene carácter indemnizatorio, sino de “beneficio”.

Recordemos que el sistema de seguros surge por la “necesidad de dinero que el seguro tiende a proteger” para resarcir las diferentes pérdidas o perjuicios que puedan sobrevenir (reparación del daño, el malogro de una ganancia, la incapacidad de ahorro, etc.). Esa *necesidad*, para que sea técnicamente asegurable, se requiere que “un gran número de existencias económicas pueda acogerse a sus beneficios”, y debe tener las siguientes características:

- Posible: las actuales y las pasadas no, porque ya son o fueron realidad y por ello ya no pertenecen al dominio del seguro es decir, debe ser futura y que pueda suceder. Lo imposible de ocurrir y lo absolutamente cierto no son del manejo del seguro, por exceder sus posibilidades técnicas.
- Tasable: las futuras han de ser mensurables en número y cuantía de las erogaciones a que den origen. Porque la estadística, la ley de los grandes números y el cálculo de probabilidades son los fundamentos técnicos del seguro.
- Fortuita: que no quepa exclusivamente dentro del control y la voluntad de cada individuo (debe ser involuntaria y algo de casual). El homicidio intencional, por ejemplo, es casual o fortuito para la víctima, pero no para el victimario. Debe entenderse entonces que la calidad de fortuito es con respecto a aquella persona interesada en transferir los efectos del riesgo, o desplazar la satisfacción de sus necesidades eventuales. Lo mismo, los hechos culposos son técnicamente asegurables.

- **Económica:** es decir, estimable en dinero, aunque también se puede indemnizar en especie. Las necesidades espirituales, morales o afectivas no pueden ser atendidas por el seguro.

Teniendo en cuenta todo lo antes expuesto, analicemos los siguientes casos:

Primer caso: grupo familiar compuesto por el padre, la madre, sus tres hijos y una persona inválida (la suegra del esposo), quien depende económicamente de los ingresos que genera su yerno, cuyo monto mensual asciende a una y media vez el salario mínimo legal mensual vigente (\$644.350), lo que para 2015 totaliza \$966.525. Los hijos menores están en época de estudio y además pagan arriendo por la vivienda. Como se puede deducir, la necesidad de seguro para las personas dependientes es muy alta en caso de faltar el generador de los ingresos; si bien es cierto que es un grupo familiar que requiere un seguro de vida importante, también lo es que su capacidad de pago no es muy alta; sin embargo, con esfuerzo el padre ha adquirido un seguro de vida por \$100.000.000.

En caso de muerte del asegurado, la familia recibe la suma de \$100.000.000, dinero con el cual no contaba antes del fallecimiento. En ese sentido, han recibido un beneficio y no una indemnización, toda vez que el dinero pagado por el asegurador no corresponde a una compensación económica por la pérdida física del fallecido, sino a la pérdida de esa capacidad generadora de ingresos para el sustento que en vida tenía quien murió.

No obstante, si el cónyuge sobreviviente invierte dicho capital al 0,4% mensual, recibirá, al cabo de cada mes, la suma de \$400.000, dinero que compensa en algo aquel que mensualmente en vida producía el asegurado, el cual no tiene relación directa con el concepto seguro. No obstante, en ese orden de ideas, algunos pueden manifestar que aparece la “indemnización”. Si bien es cierto que no es fruto directo del seguro pagado, como sí lo fueron los \$100.000.000, los réditos son resultado de la adecuada inversión del citado capital. Si los beneficiarios consumen el capital y no lo invierten, es un problema que también se sale del concepto de seguro.

Segundo caso: consideremos ahora un grupo familiar de iguales características del antes mencionado en cuanto a sus integrantes, pero condiciones económicas muy diferentes y tranquilizantes como lo es tener ingresos mensuales de \$12.000.000 y vivienda propia.

Como se puede deducir, la necesidad de seguro para estos dependientes es también alta en caso de faltar el generador de los ingresos, a fin de mantener el nivel económico que han logrado alcanzar. No obstante, las necesidades de seguro a cubrir por este grupo son, adicionalmente, otras diferentes a las del grupo antes

estudiado. Es cierto que es un grupo familiar que requiere un seguro de vida de alto monto y también lo es que su capacidad de pago es bastante alta, por ello el padre contrató uno por \$750.000.000.

En caso de muerte la familia recibe la suma de \$750.000.000, dinero con el cual tampoco contaba antes del fallecimiento. En ese sentido, recibe un beneficio y no una indemnización, como se analizó igualmente en el caso anterior.

Si partimos de la base de que el cónyuge sobreviviente, al igual que en el caso ya citado, invierte el capital al 0,4% mensual, recibirá, al cabo de cada mes, la suma de \$3.000.000, dinero que compensa en algo aquellos ingresos que mensualmente en vida producía el asegurado. Aquí también habría quien manifieste el carácter indemnizatorio del seguro de vida, ya que con los réditos mensuales cubren parcialmente los dineros que dejaron de percibir. Si bien es cierto que para este ejemplo no se evidencia una indemnización, si es muy claro el beneficio que le queda a la familia con los \$750.000.000 que recibieron del seguro.

Con los dos ejemplos antes citados no se busca convencer o tomar partido por uno de los dos criterios. Se trata solamente de dejar inquietudes al respecto en cada lector.

4.2. Sistemas de manejo de los seguros de vida

Los seguros de vida se manejan bajo dos sistemas:

- Como seguro privado y voluntario.
- Como seguro social obligatorio.

En ambos casos se atienden las diferentes consecuencias relacionadas con las siguientes contingencias, a saber:

- Protección por las consecuencias de la muerte.
- Protección por invalidez que sobreviene.
- Protección por los problemas de la salud (económicos o incapacidad para producir ganancias).
- Protección por las consecuencias de los accidentes.
- Protección por la supervivencia.

4.3. La mutualidad

Es un aspecto de capital importancia en el seguro, ya que supone la cooperación recíproca de un conjunto más o menos numeroso de personas o entidades y, por ello, se reducen sensiblemente los costos.

Una mutualidad se puede definir como “conjuntos o asociaciones de personas que persiguen un fin social de previsión, solidaridad o ayuda mutua, gracias a las cotizaciones de cada uno de sus miembros”.

Por el pago de una prima se sustituye un gasto incierto y cuantioso por uno fijo y pequeño que es el costo del seguro.

5. Elementos esenciales para constituir un sistema de seguros

5.1. Grupo numeroso de individuos expuestos al mismo riesgo

Se requiere un volumen tan grande que sea suficientemente representativo del grupo (recordemos la ley de los grandes números), para que luego el costo del seguro se haga más pequeño. Y debe, además, estar expuesto al mismo riesgo (al de muerte en nuestro caso) a fin de que haya homogeneidad en la muestra y los resultados.

Para detectar el porqué de la necesidad de un grupo numeroso supongamos lo siguiente: Entre el señor Rojas [R] y el señor Bernal [B] se acuerda que: [R] le entrega a [B] la suma de \$1.000, para que en caso de que [R] fallezca durante el año, le entregue a su viuda la suma de \$100.000. [R] no tiene capital alguno fuera de su potencial de trabajo y [B] tiene \$100.000 de capital.

Así planteado, vemos el desplazamiento del riesgo de una sola persona a otra y, en caso de que [R] fallezca, su viuda no quedará en la indigencia, pero [B] sufrirá una pérdida económica que lo dejara arruinado.

Para la sociedad y la economía en general es tan desastroso lo uno como lo otro. Este negocio es una simple apuesta en la que si no muere [R] en el término establecido, [B] obtiene una ganancia, pero si fallece, [R] sufre una grave pérdida. Si bien puede parecer que es un contrato de seguro, no tiene nada que ver con la verdadera institución del seguro.

Supongamos entonces que [B] no contrata con [R] solamente, sino que lo hace con mil personas, cada una de las cuales aporta \$1 y ellas se obligan a reconocer entre todas \$100.000 si sobreviene la muerte de [R].

Aquí vemos el desplazamiento del riesgo entre mil personas, lo cual ya muestra alguna importancia económica y social, pues es mejor para la sociedad que muchas pierdan poco a que haya uno que se arruine en la totalidad. Pero en el fondo este contrato adolece de los mismos defectos del caso anterior, ya que se trata de

un simple juego donde cada uno puede perder una gran cantidad en caso de que [R] fallezca.

Imaginemos que [B] *se reúne con diez mil personas diferentes y de la misma edad*, celebrándose entre ellos (conformantes del grupo) el convenio de que si cualquiera muere dentro del término de un año, el conjunto de los co-contratantes se compromete a contribuir con una suma determinada para cubrir los \$100.000 a los deudos del fallecido.

En este ejemplo no solo se “traslada el riesgo” como el primero, sino que se distribuye entre muchas personas como en el segundo y aparece un nuevo elemento cual es el de “trasladar un grupo numeroso de riesgos homogéneos”.

Por tratarse de un gran número de personas sujetas al riesgo de muerte, el hecho ofrece la posibilidad de obtener una relativa certeza del número de siniestros que pueden ocurrir en un periodo determinado.

5.2. Conocimiento aproximado de la frecuencia de siniestros

En una unidad de tiempo determinada, debemos saber cómo se contabilizan las pérdidas que queremos asegurar, a efectos de conocer su comportamiento y poder hacer mediciones o cálculos.

El conocimiento del número de siniestros es base necesaria para la formación de la tarifa. La prima o tasa fijada varía según el número de siniestros que se espera ocurrirán en un periodo determinado. *A diferencia de los seguros generales, en el seguro de vida no desempeña papel fundamental la gravedad del siniestro, pues esta será siempre total.*

El conocimiento del número de siniestros resulta de la aplicación del primer elemento esencial analizado, porque si se experimenta sobre un gran número de individuos se puede establecer, siempre que haya un registro cuidadoso de los siniestros que ocurren en un periodo determinado (ver 5.4.1. “El cálculo de probabilidades”), cuál sería el número de muertes que, en un grupo de igual edad, puede esperarse para el próximo período. El medio para conocer los siniestros y su comportamiento es la estadística.

5.3. Contribución de cada individuo al pago de los siniestros

Se basa en dos aspectos:

- a. *El principio de contribución*, lo cual significa que cada individuo aporta o contribuye en la prima del seguro en función del riesgo que representa.

- b. *La mutualidad*, que opera en toda la concepción del seguro y mediante la cual todos los que se exponen al riesgo aportan para dar vida al sistema y protegerse mutuamente.

Al formar en el fondo una verdadera cooperativa, una gran mutualidad, este elemento le da importancia social y económica al seguro y es consecuencia lógica de los dos elementos anteriores. Si se experimenta sobre un grupo numeroso de personas de la misma edad sujetas al riesgo de muerte, mediante los registros estadísticos podemos prever el número aproximado de siniestros que se puede esperar ocurran en el futuro, y si conocemos tal número aproximado y le asignamos a cada siniestro un pago uniforme, podemos determinar cuánto debemos pagar. Distribuyendo ese monto entre los integrantes iniciales del grupo, establecemos con cuánto debe contribuir cada individuo para cubrir todos los siniestros esperados durante ese periodo.

5.4. Herramientas para estructurar el sistema

5.4.1. El cálculo de probabilidades

La observación ha demostrado que entre un gran número de personas expuestas a riesgos de la misma naturaleza, los siniestros se suceden con frecuencia semejante y, dentro de condiciones similares, con la misma aproximada gravedad. De manera que la observación detallada de las *experiencias pasadas, comprobada por estadísticas regularmente llevadas*, sirve de guía bastante cierta para conocer con aproximada precisión la frecuencia e intensidad de los siniestros en el futuro.

Como quedó mencionado, el ámbito de riesgo está limitado por dos fronteras: lo cierto y lo imposible. Para aspectos matemáticos, el primero se representa con la unidad “1”, en tanto que el segundo se representa con el cero “0”. La probabilidad ha de expresarse siempre por un número fraccionario, en el que el numerador significa el número de casos positivos al hecho y el denominador el número de casos posibles. El resultado matemático, que puede indicarse en porcentaje o por milaje, según la unidad elegida, será la probabilidad de que suceda o no el hecho.

Para que la ley de probabilidades se cumpla, es decir, para que el número de casos esperados se realice con relativa exactitud en una experiencia dada, es necesario aplicarlo a grupos muy numerosos de cosas o personas expuestas, a fin de que la posibilidad de contingencia disminuya o se estabilice.

La ley de probabilidades no tiene otro fin diferente al de servir para el cálculo adecuado de la prima o precio del seguro, cuyo volumen total debe ser, por lo menos, igual al valor de las posibles pérdidas.

5.4.2. La tabla de mortalidad

Tabla colombiana de mortalidad. Mediante la Resolución 1112 del 29 de junio de 2007, la Superintendencia Financiera emitió dos tablas de mortalidad discriminadas por género, de acuerdo con los registros de la experiencia de 1998 a 2003 de las compañías de seguros que asumen los riesgos de vida individual y suministran la información de acuerdo con las normas de la Superintendencia para tal efecto.

Estas tablas del 2007 difieren de las emitidas en 1971 y en 1990, porque en esos años no había registros por discriminación del género, sino que se tomaban de manera general, aunque se conocen las diferencias de mortalidad y expectativa de vida entre hombres y mujeres en el mundo.

La Superintendencia Financiera consideró los siguientes puntos de la Resolución 1112, para la decisión tomada sobre los parámetros de mortalidad en los planes de seguros de vida:

- 1°. Que, mediante el Decreto 4327 de 2005, se fusionó la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores, modificando su estructura y denominándose la entidad resultante Superintendencia Financiera de Colombia.
- 2°. Que de acuerdo con el artículo 93 del Decreto 4327 de 2005 todas las referencias que hagan las disposiciones legales vigentes a la Superintendencia Bancaria de Colombia o a la Superintendencia de Valores se entenderán efectuadas a la Superintendencia Financiera de Colombia.
- 3°. Que el literal d del numeral 2° del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero señala como función a cargo de la Superintendencia Financiera la de “Autorizar los ramos, pólizas o tarifas de seguros, en los casos en que a ello haya lugar conforme a la ley”.
- 4°. Que para efectos de verificar el cumplimiento de lo dispuesto en el literal j del numeral 3° del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las tablas de mortalidad de asegurados constituyen una de las bases técnicas a considerar en el cálculo de las tarifas aplicables a los seguros de vida, así como a cualquier producto de seguros que otorgue amparos relacionados con la mortalidad de los asegurados.
- 5°. Que la *tabla colombiana de mortalidad de los asegurados* 1984/1988, adoptada por la Superintendencia Bancaria mediante la Resolución 0996 del 29 de marzo de 1990, no corresponde a las condiciones actuales de mortalidad, según lo demuestran estudios sobre la materia efectuados tanto por la Superintendencia Financiera de Colombia como por la industria aseguradora.

6°. Que con base en un estudio inicial de FASECOLDA presentado mediante comunicación 2006045263-000-000 del 23 de agosto de 2006, esta Superintendencia ha elaborado nuevas tablas de mortalidad de los asegurados, discriminadas por sexo, tomando la experiencia obtenida por las entidades que comercializan el seguro de vida individual en Colombia en el período 1998-2003.

A continuación se presentan las dos tablas de mortalidad discriminadas por mujeres y hombres.

Tabla de mortalidad mujeres					Tabla de mortalidad hombres				
2007 por experiencia 1998-2003					2007 por experiencia 1998-2003				
x	l(x)	d(x)	q(x)	e°(x)	x	l(x)	d(x)	q(x)	e°(x)
20	100.000	130	0,001300	57,39	20	100.000	356	0,003560	54,31
21	99.870	134	0,001342	56,47	21	99.644	358	0,003593	53,50
22	99.736	138	0,001384	55,54	22	99.286	361	0,003636	52,69
23	99.598	141	0,001416	54,62	23	98.925	364	0,003680	51,88
24	99.457	145	0,001458	53,69	24	98.561	366	0,003713	51,07
25	99.312	148	0,001490	52,77	25	98.195	366	0,003727	51,26
26	99.164	152	0,001533	51,85	26	97.829	367	0,003751	49,45
27	99.012	155	0,001565	50,93	27	97.462	367	0,003766	48,63
28	98.857	159	0,001608	50,01	28	97.095	367	0,003780	47,81
29	98.698	162	0,001641	49,09	29	96.728	367	0,003794	46,99
30	98.536	166	0,001685	48,17	30	96.361	366	0,003798	46,17
31	98.370	170	0,001728	47,25	31	95.995	366	0,003813	45,34
32	98.200	174	0,001772	46,33	32	95.629	366	0,003827	44,51
33	98.026	179	0,001826	45,41	33	95.263	365	0,003831	43,68
34	97.847	184	0,001880	44,49	34	94.898	366	0,003857	42,85
35	97.663	189	0,001935	43,58	35	94.532	366	0,003872	42,01
36	97.474	194	0,001990	42,66	36	94.166	365	0,003876	41,18
37	97.280	199	0,002046	41,74	37	93.801	365	0,003891	40,33
38	97.081	204	0,002101	40,83	38	93.436	365	0,003906	39,49
39	96.877	210	0,002168	39,91	39	93.071	365	0,003922	38,64
40	96.667	217	0,002245	39,00	40	92.706	366	0,003948	37,79
41	96.450	223	0,002312	38,08	41	92.340	367	0,003974	36,94
42	96.227	230	0,002390	37,17	42	91.973	368	0,004001	36,09
43	95.997	236	0,002458	36,26	43	91.605	369	0,004028	36,23
44	95.761	243	0,002538	35,35	44	91.236	371	0,004066	34,37
45	95.518	250	0,002617	34,44	45	90.865	372	0,004094	33,51
46	95.268	257	0,002698	33,53	46	90.493	374	0,004133	32,64
47	95.011	264	0,002779	32,61	47	90.119	376	0,004172	31,78
48	94.747	272	0,002871	31,70	48	89.743	379	0,004223	30,91
49	94.475	282	0,002985	30,79	49	89.364	384	0,004297	30,04
50	94.193	294	0,003121	29,88	50	88.980	392	0,004405	29,16
51	93.899	309	0,003291	28,98	51	88.588	404	0,004560	28,29
52	93.590	329	0,003515	28,07	52	88.184	422	0,004785	27,42
53	93.261	353	0,003785	27,17	53	87.762	445	0,005071	26,55

54	92.908	384	0,004133	26,27	54	87.317	476	0,005451	25,68
55	92.524	421	0,004550	25,38	55	86.841	513	0,005907	24,82
56	92.103	467	0,005070	24,49	56	86.328	560	0,006487	23,96
57	91.636	521	0,005686	23,61	57	85.768	615	0,007171	23,12
58	91.115	584	0,006409	22,74	58	85.153	679	0,007974	22,28
59	90.531	655	0,007235	21,89	59	84.474	750	0,008878	21,45
60	89.876	731	0,008133	21,04	60	83.724	826	0,009866	20,64
61	89.145	811	0,009098	20,21	61	82.898	903	0,010893	19,84
62	88.334	891	0,010087	19,39	62	81.995	979	0,011940	19,06
63	87.443	972	0,011116	18,59	63	81.016	1.054	0,013010	18,28
64	86.471	1.045	0,012085	17,79	64	79.962	1.119	0,013994	17,51
65	85.426	1.116	0,013064	17,00	65	78.843	1.179	0,014954	16,76
66	84.310	1.180	0,013996	16,22	66	77.664	1.232	0,015863	16,00
67	83.130	1.242	0,014940	15,44	67	76.432	1.281	0,016760	15,25
68	81.888	1.332	0,016266	14,67	68	75.151	1.357	0,018057	14,50
69	80.556	1.403	0,017416	13,90	69	73.794	1.413	0,019148	13,76
70	79.153	1.483	0,018736	13,14	70	72.381	1.477	0,020406	13,02
71	77.670	1.582	0,020368	12,38	71	70.904	1.558	0,021973	12,28
72	76.088	1.699	0,022329	11,63	72	69.346	1.656	0,023880	11,55
73	74.389	1.855	0,024936	10,88	73	67.690	1.790	0,026444	10,82
74	72.534	2.050	0,028263	10,15	74	65.900	1.957	0,029697	10,10
75	70.484	2.285	0,032419	9,43	75	63.943	2.160	0,033780	9,39
76	68.199	2.561	0,037552	8,73	76	61.783	2.397	0,038797	8,70
77	65.638	2.875	0,043801	8,05	77	59.386	2.666	0,044893	8,03
78	62.763	3.235	0,051543	7,40	78	56.720	2.971	0,052380	7,39
79	59.528	3.691	0,062004	6,77	79	53.749	3.359	0,062494	6,77
80	55.837	4.230	0,075756	6,18	80	50.390	3.818	0,075769	6,18
81	51.607	4.700	0,091073	5,65	81	46.572	4.241	0,091063	5,65
82	46.907	4.889	0,104228	5,17	82	42.331	4.412	0,104226	5,17
83	42.018	5.036	0,119853	4,71	83	37.919	4.545	0,119861	4,71
84	36.982	5.061	0,136850	4,28	84	33.374	4.567	0,136843	4,28
85	31.921	4.949	0,155039	3,88	85	28.807	4.466	0,155032	3,88
86	26.972	4.770	0,176850	3,50	86	24.341	4.305	0,176862	3,50
87	22.202	4.501	0,202729	3,15	87	20.036	4.062	0,202735	3,15
88	17.701	4.106	0,231964	2,82	88	15.974	3.706	0,232002	2,82
89	13.595	3.609	0,265465	2,52	89	12.268	3.257	0,265487	2,52
90	9.986	3.019	0,302323	2,25	90	9.011	2.725	0,302408	2,25
91	6.967	2.369	0,340032	2,01	91	6.286	2.138	0,340121	2,01
92	4.598	1.756	0,381905	1,79	92	4.148	1.584	0,381871	1,79
93	2.842	1.216	0,427868	1,59	93	2.564	1.097	0,427847	1,59
94	1.626	778	0,478475	1,41	94	1.467	702	0,478528	1,41
95	848	452	0,533019	1,24	95	765	408	0,533333	1,24
96	396	235	0,593434	1,09	96	357	212	0,593838	1,09
97	161	106	0,658385	0,95	97	145	96	0,662069	0,94
98	55	40	0,727273	0,83	98	49	36	0,734694	0,81
99	15	12	0,800000	0,70	99	13	11	0,846154	0,65
100	3	3	1,000000	0,50	100	2	2	1,000000	0,50

Diferencias en la tabla de mortalidad según el género

- 1^a. El comportamiento de la mortalidad femenina es muy inferior al masculino, hasta cuando la probabilidad de muerte se iguala a la edad de ochenta años. A partir de la edad de setenta años, el número de muertes femeninas comienza a incrementarse, pero no aumenta la probabilidad de muerte, por cuanto los fallecimientos de edades jóvenes eran muy inferiores a los de hombres y por ello quedaban más mujeres en vida.
- 2^a. En cuanto a la longevidad, la femenina se ubica en promedio en la edad 80, en tanto que la masculina queda en 77 años, cuando en la tabla de mortalidad del año 1990 la longevidad promedio era de 75 años. La longevidad se refiere a la expectativa de vida de las personas.
- 3^a. Como consecuencia de ser inferior la mortalidad femenina que a la masculina, ello incide en el valor de las primas puras de riesgo a la misma edad, siendo la prima de las mujeres inferior a la prima de los hombres a igual edad.
- 4^a. La expectativa de vida ubicada para la columna $e^o(x)$, ello significa los años de vida que se pueden adicionar a la edad “x” según los cálculos actuariales. Para la tabla de mujeres, la expectativa a cada edad es mayor que la de los hombres, pero desde la edad 80 se iguala con la masculina.

Diferencias con la tabla de mortalidad de 1990

- 1^a. La tabla de mortalidad de 1990 que se encontraba en vigor el 29 de junio de 2007, no discriminaba el comportamiento por el género, sino que se consideraba comportamiento general, porque era insuficiente la información que reportaron las aseguradoras sobre los seguros de vida individual en donde las mujeres eran las aseguradas.
- 2^a. La longevidad de la tabla de 1990 correspondía a los 75 años, lo cual varía en la tabla del 2007, aumentando la femenina a los 80 años y la masculina a los 77 años.
- 3^a. No puede expresarse que las tablas de los años 1990 y 1971 se hayan obtenido de reportes del DANE u otras entidades, sino que los registros fueron suministrados por las aseguradoras de vida Individual, productos de los cuales se conocen bastantes detalles importantes para los reportes necesarios de las tablas de mortalidad.

Por ser datos reportados de asegurados en vida individual, mencionan ser tablas “selectas” por cuanto los asegurados han sido evaluados y seleccionados para ser asegurados.

- 4ª. Comparando matemáticamente las cifras de la tabla de mortalidad de 1990 con las correspondientes a las tablas de 2007, de acuerdo con el género, se pueden ver en detalle las diferencias numéricas de los fallecimientos, de las probabilidades de muerte y de los vivos que sobreviven a la edad inmediatamente anterior iniciando la edad siguiente.

Definición de tabla de mortalidad. Se puede definir como “un registro estadístico en el que, partiendo de un grupo numeroso de personas a edad uniforme, se van contabilizando las muertes ocurridas año tras año y la esperanza de vida de cada edad, hasta la extinción del grupo original”.

Los componentes de la tabla de mortalidad conforman los elementos fundamentales para la constitución de un sistema de seguros, porque reportan “Un grupo numeroso de individuos expuestos al mismo riesgo”, iniciando con el grupo de cien mil personas de la misma edad y, además, entregan “el registro aproximado de los siniestros de muerte de acuerdo con cada edad”. Manejando esos reportes de vivos “ l_x ” que inician a la edad x , de muertos “ dx ” según la edad y la probabilidad de morir “ qx ” a la edad x , se obtienen las primas puras de riesgo fijando: a) el capital asegurado por \$1000, el cual puede ser creciente, b) el interés técnico y c) el período de cobertura según el producto. Luego, calculando las primas comerciales incluyendo el factor “ G ” de gastos.

5.4.3. El cálculo de las tasas de primas

La prima no es otra cosa que “el precio del seguro” o costo de la protección requerida. Es la contraprestación que debe recibir el asegurador por asumir el riesgo.

Muchos pueden pensar que calcular las primas de los seguros de vida es muy complejo, y quizá innecesario para quien no se dedique al estudio de las matemáticas actuariales. Ello está muy lejos de la realidad, toda vez que los fundamentos de los cálculos del seguro de vida son muy sencillos y no exigen cosa diferente a la utilización de la simple aritmética. Este conocimiento es, por otra parte, indispensable para la comprensión de los diferentes aspectos que se tratarán más adelante. El funcionario de seguros de vida se ve con frecuencia abocado a trabajar con los “valores de rescate” de las pólizas y, para entender su origen, aplicación y alcance se debe saber qué se entiende por reserva y cuál es su origen; a su vez, esto nos lleva a la necesidad de conocer cómo se estructura técnicamente la prima.

Para calcular el tercer elemento (el de contribución en el pago de siniestros), han de fijarse herramientas de trabajo para ser el modelo matemático necesario para el cálculo de las primas o tarifas. Por ello es necesario: 1) señalar unidades de tiempo uniformes para el caso un año 2), determinar un monto de pago por siniestro que permita un manejo fácil de las cifras, el que queda en \$1000 por cada muerto, y 3) establecer que los siniestros se pagarán en el último momento de la anualidad y no antes, aunque las muertes ocurran en diferentes instantes a través de la anualidad.

Si tomando los datos a la edad 20 ($x = 20$) sobre la tabla de mortalidad para hombres, encontramos que inician 100.000 personas ($l_{(20)} = 100.000$) vivas de las que en el curso de un año fallecen 356 ($d_{(20)} = 356$); se muestra entonces una probabilidad de muerte de 0,00356 ($q_{(20)} = 0,00356$), que es el resultado de dividir 356 entre 100.000.

Si las mismas observaciones se hacen con diferentes edades cada vez más altas, descubrimos que hay relación entre el aumento de la probabilidad de muerte (en cada oportunidad se acerca más a la unidad) con el aumento del valor de “x”, es decir de la edad. De ello se puede concluir que en la medida en que la edad aumenta, la probabilidad de morir es cada vez mayor en otras palabras, disminuye la esperanza de vida.

La tasa (prima) natural (costo de contingencia). Se denomina tasa o prima natural porque la “prima” es el precio del seguro y “natural” porque crece o se incrementa con el aumento de la edad, por lo cual es natural que crezca.

Lo que se busca es pagar un dinero por la ocurrencia del hecho asegurado. Como conocemos las posibles muertes que pueden ocurrir en el año a la edad “x”, podemos darle valor a cada uno de los siniestros que se esperan (pagos futuros), sabiendo que por cada uno se pagaran los \$1000 mencionados anteriormente.

El dinero para el pago a los beneficiarios ha de surgir de alguna parte y, bajo el concepto de la mutualidad, no podría ser de individuos diferentes a todos aquellos que adquieren la protección, es decir, de los expuestos al riesgo; si ello se logra, se cumple adecuadamente con el tercer elemento, el de la “contribución de cada individuo al pago de los siniestros esperados”.

Veamos algunos ejemplos:

1. Si $x = 20$ hombre

$$(l_{(20)}) = 100.000$$

$$(d_{(20)}) = 356$$

$$\text{Pagos futuros } 356 * \$1000 = \$ 356.000$$

Si los \$356.000 los deben sufragar quienes se exponen al riesgo de morir a la edad 20, es decir, los vivos que inician a esa edad, tales pagos futuros deberán ser repartidos entre esos 100.000, lo que nos da un resultado de \$3,56. Dicha cifra no es otra cosa que el costo de la contingencia; en otras palabras, la prima anual del seguro, o el costo de la protección por \$1000 durante un año para un asegurado hombre de edad 20.

1. Si $x = 20$ mujer
 $(l_{20}) = 100.000$
 $(d_{20}) = 130$
Pagos futuros $130 * \$1000 = \$ 130.000$
Prima individual resultante \$1,30
2. Si $x = 35$ hombre
 $(l_{20}) = 94.532$
 $(d_{20}) = 366$
Pagos futuros $366 * \$1000 = \$ 366.000$
Prima individual resultante \$3,8717...
3. Si $x = 35$ mujer
 $(l_{20}) = 97.663$
 $(d_{20}) = 189$
Pagos futuros $189 * \$1000 = \$ 189.000$
Prima individual resultante \$1,9352...
4. Si $x = 57$ hombre
 $(l_{20}) = 85.768$
 $(d_{20}) = 615$
Pagos futuros $615 * \$1000 = \$ 615.000$
Prima individual resultante \$7,1705...
5. Si $x = 57$ mujer
 $(l_{20}) = 91.636$
 $(d_{20}) = 521$
Pagos futuros $521 * \$1000 = \$ 521.000$
Prima individual resultante \$5,6855...
6. Si $x = 83$ hombre
 $(l_{20}) = 37.919$
 $(d_{20}) = 4545$
Pagos futuros $4545 * \$1000 = \$ 4.545.000$
Prima individual resultante \$119,8607...

7. Si $x = 83$ mujer

$$(l_{(20)}) = 42.018$$

$$(d_{(20)}) = 5036$$

Pagos futuros $5036 * \$1000 = \$ 5.036.000$

Prima individual resultante \$119,8533...

Observando los ejemplos, vemos que en cada caso *lo que aportan quienes inician es suficiente para cubrir los pagos futuros*, es decir, cumplen con la ecuación “ $P = S$ ”, lo cual significa que las primas calculadas son suficientes para cubrir los siniestros futuros esperados. Esa ecuación debe cumplirse inexorablemente en el cálculo de las primas de todos los seguros, pues indica que las tarifas de riesgo calculadas son suficientes para cubrir los siniestros esperados, *sin faltar ni sobrar dinero*. De no darse esa suficiencia, las primas están inadecuadamente calculadas y, por lo tanto, la aseguradora podría estar perdiendo desde el principio, o el asegurado pagando más de lo que le corresponde.

Con la tabla de mortalidad obtenemos el primero de los elementos esenciales al dar los datos de 100.000 personas (grupo numeroso) a la edad uniforme de veinte años (expuestas al mismo riesgo de muerte). Igualmente, reporta el segundo de los elementos por cuanto indica los muertos que se presentan durante un año de acuerdo con la edad (conocimiento aproximado de la frecuencia de los siniestros).

Empleando tales datos podemos calcular el tercero de los elementos, fijando un valor a pagar por cada siniestro (contribución de cada individuo en el pago de los siniestros); de esa manera, técnicamente llegamos a obtener la prima o precio del seguro.

Si se multiplica el valor de la prima de cada asegurado por el número de los muertos durante el año, obtenemos el valor total de los siniestros *a pagar al final de la anualidad (herramienta de trabajo necesaria para el modelo matemático)*, de acuerdo con los fallecimientos que se registran en la tabla de mortalidad. Ello nos lleva a ver que se cumple a cabalidad con la ecuación fundamental [$P = S$] ya mencionada.

De otra parte, se presume que el asegurador mantendrá en depósito los dineros recibidos hasta cuando finalice la anualidad para disponer el pago de los siniestros, pues se supuso que el pago de ellos se efectúa al final de la anualidad.

El factor del interés. De acuerdo con la presunción del “depósito” del dinero de primas en poder del asegurador hasta cuando se paguen los siniestros, este ha de reconocer una tasa de interés, lo cual en efecto se produce. Al final del año ese depósito se verá incrementado en los intereses ganados, de tal manera que una vez pagados todos los siniestros queda un remanente; ello indica que hemos cobrado

a los integrantes del grupo una cantidad mayor a la que realmente debían aportar. Así se concluye que la suma total a aportar por los asegurados será inferior, necesariamente, al valor total de los siniestros; pero esa suma deberá ser tal que, incrementada con un interés determinado, totalizará exactamente el valor de los siniestros a pagar al fin del año. En otras palabras, deberemos encontrar el valor presente de los pagos futuros a una tasa de interés y distribuirla entre quienes contribuirán al seguro. Esta tasa de interés se denomina “interés técnico” y era fijada por la Superintendencia Bancaria³³⁹. Actualmente la establece, lógica y racionalmente, cada asegurador para garantizar contratos a mediano y largo plazo a sus asegurados, sin que corra peligros de pérdida por fallas en el diseño de los productos.

La tasa (prima) neta natural. Se denomina tasa o prima neta natural por cuanto “prima” es el precio del seguro “natural”, porque crece o se incrementa con el natural aumento de la edad, y “neta” por cuanto ya tiene “descontado el interés técnico”.

Se puede definir entonces como el pago anual creciente, que al inicio de cada anualidad debe hacer el asegurado, de acuerdo con la edad alcanzada, con el fin de estar protegido durante un año.

Veamos los resultados de aplicar el interés a los ejemplos ya citados en la prima natural:

1. Si $x = 20$ hombre

$$(l_{20}) = 100.000$$

$$(d_{20}) = 356$$

$$\text{Pagos futuros } 356 * \$1.000 = \$ 356.000$$

$$\text{Prima natural} = [(d_{20}) * \text{capital asegurado}] / (l_{20})$$

$$356 * \$1000 / 100.000 = \$3,56 \text{ c/u}$$

Interés técnico del 3% (interés fijado por cada aseguradora)

$$\text{Prima neta natural} = \{[d_x] \text{ por capital asegurado} / l_x\} / (1 + i)^n$$

$$\{[d_{20}) \text{ Por capital asegurado} / l_{20})\} / (1+0,03)^1$$

$$\{356 * \$1000 / 100.000\} / (1+0,03)^1 = \$ 3,45631 \text{ c/u}$$

Los \$3,45631 no son otra cosa que el costo de la protección para estar asegurado por \$1000 durante un año; en otras palabras, la “prima neta natural” de un seguro por \$1000 durante un año para una persona hombre de veinte años de edad.

339 Actual Superintendencia Financiera.

1. Si $x = 20$ mujer

$$l_{(20)} = 100.000$$

$$d_{(20)} = 130$$

$$\text{Pagos futuros } 130 * \$1000 = \$130.000$$

$$\text{Prima natural} = [d_{(20)} * \text{capital asegurado}] / l_{(20)}$$

$$130 * \$1000 / 100.000 = \$1,30$$

Interés técnico del 3% (interés fijado por cada aseguradora)

$$\text{Prima neta natural} = \{[d_{(20)} * \text{capital asegurado}] / l_{(20)}\} / (1+0,03)^1$$

$$\{130 * \$1000 / 100.000\} / (1+0,03)^1 = \$1,262135 \text{ c/u}$$

2. Si $x = 35$ hombre

$$l_{(35)} = 94.532$$

$$d_{(35)} = 366$$

$$\text{Pagos futuros } 366 * \$1.000 = \$366.000$$

$$\text{Prima natural} = [d_{(35)} * \text{capital asegurado}] / l_{(35)}$$

$$366 * \$1000 / 94.532 = \$3,87170$$

Interés técnico del 3% (interés fijado por cada aseguradora)

$$\text{Prima neta natural} = \{[d_{(35)} * \text{capital asegurado}] / l_{(35)}\} / (1+0,03)^1$$

$$\{366 * \$1000 / 94.532\} / (1+0,03)^1 = \$3,758936 \text{ c/u}$$

3. Si $x = 35$ mujer

$$l_{(35)} = 97.663$$

$$d_{(35)} = 189$$

$$\text{Pagos futuros } 189 * \$1000 = \$189.000$$

$$\text{Prima natural} = [d_{(35)} * \text{capital asegurado}] / l_{(35)}$$

$$189 * \$1000 / 97.663 = \$1,935226$$

Interés técnico del 3% (interés fijado por cada aseguradora)

$$\text{Prima neta natural} = \{[d_{(35)} * \text{capital asegurado}] / l_{(35)}\} / (1+0,03)^1$$

$$\{189 * \$1000 / 97.663\} / (1+0,03)^1 = \$1,878860 \text{ c/u}$$

4. Si $x = 57$ hombre

$$l_{(57)} = 85.768$$

$$d_{(57)} = 615$$

$$\text{Pagos futuros } 615 * \$1000 = \$615.000$$

$$\text{Prima natural} = [d_{(57)} * \text{capital asegurado}] / l_{(57)}$$

$$615 * \$1000 / 85.768 = \$7,170506$$

Interés técnico del 3% (interés fijado por cada aseguradora)

$$\text{Prima neta natural} = [d_{(57)} * \text{capital asegurado}] / l_{(57)} / (1+0,03)^1$$

$$\{615 * \$1000 / 85.768\} / (1+0,03)^1 = \$6,961656 \text{ c/u}$$

5. Si $x = 57$ mujer

$$l_{(57)} = 91.636$$

$$d_{(57)} = 521$$

$$\text{Pagos futuros } 521 * \$1000 = \$ 521.000$$

$$\text{Prima natural} = [d_{(57)} * \text{capital asegurado}] / l_{(57)}$$

$$521 * \$1000 / 91.636 = \$5,685538$$

Interés técnico del 3% (interés fijado por cada aseguradora)

$$\text{Prima neta natural} = \{d_{(57)} * \text{capital asegurado}\} / l_{(57)} \} / (1+0,03)^1$$

$$\{521 * \$1000 / 91.636\} / (1+0,03)^1 = \$ 5,519940 \text{ c/u}$$

6. Si $x = 83$ hombre

$$l_{(83)} = 37.919$$

$$d_{(83)} = 4545$$

$$\text{Pagos futuros } 4545 * \$1000 = \$ 4.545.000$$

$$\text{Prima natural} = [d_{(83)} * \text{capital asegurado}] / l_{(83)}$$

$$4545 * \$1000 / 37.919 = \$119.86075$$

Interés técnico del 3% (interés fijado por cada aseguradora)

$$\text{Prima neta natural} = \{[d_{(83)} * \text{capital asegurado}] / l_{(83)}\} / (1+0,03)^1$$

$$\{4545 * \$1000 / 37.919\} / (1+0,03)^1 = \$ 116,36966 \text{ c/u}$$

7. Si $x = 83$ mujer

$$l_{(83)} = 42.018$$

$$d_{(83)} = 5036$$

$$\text{Pagos futuros } 5036 * \$1000 = \$ 5.036.000$$

$$\text{Prima natural} = [d_{(83)} * \text{capital asegurado}] / l_{(83)}$$

$$5036 * \$1000 / 42.018 = \$119.85339$$

Interés técnico del 3% (interés fijado por cada aseguradora)

$$\text{Prima neta natural} = \{[d_{(83)} * \text{capital asegurado}] / l_{(83)}\} / (1+0,03)^1$$

$$\{5036 * \$1000 / 42.018\} / (1+0,03)^1 = \$ 116,36252 \text{ c/u}$$

Cuando ejecutamos la división por $1(1+i)^n$ estamos calculando el *valor presente de una suma o monto en un período “n” dado y a una tasa de interés “i” determinada previamente*.

Otra forma de expresarlo es: “buscar el capital necesario que, colocado durante un año a una tasa de interés del W%, nos dé el valor total de los siniestros que debemos pagar”.

Recordemos que es el resultado de aplicar formulas sencillas y principios algebraicos simples, tales como:

$$\text{Monto} = (\text{capital}) * (1 + i)^n$$

$$\text{Valor presente} = \frac{\text{Monto}}{(\text{Capital}) * (1+i)^n}$$

Siempre debe probarse que el resultado obtenido sea el correcto, es decir, que cumpla con la ecuación de $[P = S]$; en otras palabras, que la prima calculada sea suficiente para cubrir los siniestros esperados durante el período. Este cálculo es lo que se denomina “*prueba de suficiencia*” y es la que realiza la Superintendencia Financiera, con el fin de probar si las primas propuestas por el asegurador en un ramo o póliza determinada, son suficientes para cubrir los siniestros que se esperan en el futuro.

Así las cosas verifiquemos, a través de la prueba de suficiencia, tres de los ejemplos con los que calculamos las primas netas naturales, si estas se encuentran adecuadamente calculadas:

- Prima neta natural por el número de asegurados que inicia la edad, incrementado en el interés técnico durante el periodo dado:

Con el ejemplo 1: $\$ 3,45631 * 100.000 * (1,03)^1 = \$ 356.000$

A la edad 20, según la tabla de mortalidad, se espera que al final de un año hayan fallecido 356 personas; por cada una de ellas y de acuerdo con lo pactado inicialmente, se deben pagar \$1000, lo que requiere \$356.000 que es el monto obtenido.

Esto significa que con el dinero que paga cada asegurado (prima individual), recibido de todos los que inician el seguro (100.000 a la edad 20) y reeditando a una tasa de interés del 3% en un año, es suficiente para cubrir los siniestros (356 muertes) que se esperan en ese tiempo. Conclusión: la prima calculada sí cumple con el presupuesto de la ecuación de suficiencia $[P = S]$.

Con el ejemplo 5: $\$ 6,961656 * 85.768 * (1,03)^1 = \$ 615.000$

Con el ejemplo 8: $\$ 116.36252 * 42.018 * (1,03)^1 = \$ 5.036.000$

Si se hace la prueba con los demás ejemplos, observaremos que las primas cumplen con el objetivo de la ecuación de suficiencia y, por lo tanto, están adecuadamente calculadas.

Las primas natural y neta natural, que estudiamos en los puntos anteriores, son aportes o contribuciones solamente para periodos de un año, de tal manera que cada año subsiguiente al asegurado le subirá el valor de la prima, ya que esta debe encontrarse de acuerdo con la edad alcanzada por el asegurado y, como ya se demostró, son tarifas o primas que van incrementándose en la medida en que se aumente la edad, toda vez que cada año es mayor la probabilidad de fallecer y hay menor esperanza de vida. Es por eso que esta clase de prima o tarifa hace que el costo del seguro a edades mayores sea bastante alto.

La tasa (prima) única neta. Se denomina así por cuanto “prima” es el precio del seguro, “única” porque implica una sola erogación y “neta” porque ya tiene descontado el interés técnico.

Se puede definir como *el único pago que un asegurado debe hacer al inicio de un seguro, para estar protegido durante un determinado número de años, sin aportar más primas.*

No obstante lo anterior, donde la prima va creciendo cada año hasta hacerse casi impagable, es posible que esta se pueda pagar de otras formas; es así como resulta factible hacer el cálculo para que un asegurado haga su contribución por una sola vez sin que se altere el capital asegurado, sin que tenga que hacer la erogación cada año y por una cantidad mayor y para que quede asegurado para un determinado número de años. Esto se logra hallando el “valor presente o actual” de todas las primas anuales, o sea, el valor actual de todos los siniestros futuros, calculado a interés compuesto. Para este tipo de prima debemos introducir el concepto del “interés compuesto”.

Supongamos que el 1° de enero de 2015 se inicia un seguro por diez años para un grupo de hombres de 93.071 personas de 39 años de edad. Según la tabla de mortalidad, durante ese año fallecerán 365 individuos. Debemos recordar dos cosas: 1) que hemos supuesto, como herramienta de trabajo, que los siniestros que ocurren se pagarán en el último momento de la anualidad, es decir, el 31 de diciembre de 2015 en este caso, y 2) que hemos establecido un capital asegurado uniforme de \$1000 por cada asegurado. Finalmente, para este ejemplo consideramos una tasa de interés del 3% anual.

Así las cosas, la suma total que entre todos han de pagar al inicio del primer año (doce meses atrás), es el “valor presente” de \$365.000 al 3% anual, cuyo valor es de \$354.368,932.

Durante el segundo año, a la edad 40, morirán 366 personas por lo que al inicio del primer año (dos años atrás), todos han de pagar el “valor presente” \$366.000 al 3% anual, cuyo valor es de \$344.990,1027.

Durante el tercer año, a la edad 41, morirán 367 persona, por lo que al inicio del primer año (tres años atrás), todos han de pagar el “valor presente” de \$367.000 al 3% anual, cuyo valor es de \$335.856,989.

Como el grupo quiere un seguro de diez años de duración cuya prima se paga por una sola vez, el procedimiento hecho para los tres primeros años lo aplicaremos para cada una de las subsiguientes anualidades, a fin de encontrar el “valor presente” de los siniestros de cada año al 1º de enero de 2015.

Luego de hacer la sumatoria de todos los valores presentes de los siniestros (pagos futuros) de cada edad, ese total lo distribuimos entre los vivos que inician a la edad 39, que son 93.071, y encontraremos la “primera única neta” que cada asegurado de edad 39 debe pagar, para estar protegido durante diez años por la suma de \$1000.

Con el fin de hacer este cálculo, debemos recurrir a la siguiente tabla, donde se resumen las cifras durante los diez años, así:

Cálculo de la prima única neta para un seguro de \$1.000 durante 10 años, equivalente a un seguro de prima anual a edad inicial 39 años de un Hombre						
Edad	Año	$l(x)$ vivos	$d(x)$ vivos	Valor Siniestros (pagos futuros)	Valor presente de \$1 al 3% anual	Valor presente de los siniestros futuros
"39	"1	"93071	"365	"365000	"0,970873786	"354368,932
40	2	92706	366	366000	0,942595909	344990,103
41	3	92340	367	367000	0,915141659	335856,989
42	4	91973	368	368000	0,888487048	326963,234
43	5	91605	369	369000	0,862608784	318302,641
44	6	91236	371	371000	0,837484257	310706,659
45	7	90865	372	372000	0,813091511	302470,042
46	8	90493	374	374000	0,789409234	295239,054
47	9	90119	376	376000	0,766416732	288172,691
48"	10"	89743"	379"	379000"	0,744093915"	282011,594"
Valor actual de los siniestros que se presentaran durante los proximos 10 años					3.159.081,939	
"Prima Única Neta individual, equivalente a un seguro anual por \$ 1.000 durante 10 años, a edad inicial 39 años"					33,94270975	

Este valor corresponde al “valor presente” el 1º de enero de 2015 de todos los siniestros que se presentarán durante los diez años, así como el depósito que se debe constituir por los aportes de los 93.071 asegurados iniciales. Dicha cantidad se irá incrementando con el interés anual establecido (para nuestro ejemplo el 3%) y disminuyendo en la cuantía de los siniestros que se pagan cada final de año; de esta manera, al término de los diez años, el saldo será tal que coincida exactamente con el costo del último grupo de fallecimientos, es decir, \$379.000.

Así las cosas, si los \$3.159,081.939 los distribuimos entre las 93.071 personas de 39 años que inician el programa de seguro, obtenemos \$33,94270975, cantidad con la que cada asegurado deberá contribuir en una sola oportunidad, al inicio de los diez años, con el fin de estar protegido durante todo ese período. Eso es lo que se denomina “prima única neta” y es equivalente a pagar anualmente la prima neta natural desde la edad 39.

Si el grupo desea estar asegurado no por los diez años, sino por quince o por veinte, o los que sean, los cálculos se repetirán para cada año en particular hasta terminar los quince o veinte. Estos son programas de seguro “temporales por muerte”, pues están limitados a que la realización del riesgo (la muerte) ocurra dentro del periodo especificado de tiempo.

Si lo que el cliente quiere es pagar de una sola vez su seguro por toda la vida, el cálculo se hará partiendo de la edad alcanzada por las personas cada año, hasta llegar a la edad 99, cuando sólo quedan dos sobrevivientes. Esta figura es lo que se denomina “seguro de vida entera a prima única” y la diferencia con el anterior radica en que no se somete a que la realización del riesgo sea dentro de un período determinado de tiempo, sino cuando la muerte sobrevenga.

Hasta este momento hemos calculado dos tipos de prima, cada una con sus ventajas y, por qué no decirlo, desventajas.

En la neta natural, el desembolso de cada asegurado es muy pequeño y debe hacerlo para tener protección únicamente durante el año, pero con el inconveniente de incrementarse cada año de acuerdo con la edad alcanzada, de tal manera que cuando llega a edades avanzadas, el costo es supremamente elevado, casi impagable.

En cuanto a la única neta, la gran ventaja radica en que: a) solamente debe hacer un pago para tener protección durante los años de seguro que haya elegido, eliminando de paso el crecimiento anual, y b) la protección es más barata, si se compara con la sumatoria de los pagos con tasa (prima) neta natural, no obstante que la cantidad a desembolsar es mucho más elevada que la de primas anuales. Obviamente, no es un medio fácil para todas las personas y por ello se ve limitada la demanda para seguros de este tipo, pero es una alternativa más para quienes tienen la disponibilidad del dinero.

La tasa prima neta nivelada. Se denomina así por cuanto “prima” es el precio del seguro, “neta” porque ya tiene descontado el interés técnico y “nivelada” en razón a que será la misma tasa durante todo el período de seguro.

Se podría definir como *el pago periódico uniforme que un asegurado debe hacer anualmente para estar protegido durante un determinado número de años.*

Para poder obtener la uniformidad mencionada, es necesario recurrir a la unidad como “herramienta de trabajo auxiliar”, y muy valiosa por cierto, como lo veremos a continuación.

Prima única neta equivalente a una prima uniforme anual de \$1 durante diez años a edad inicial 39 años de un hombre. Con el fin de fijar un punto de referencia que nos sirva como medio para calcular la prima de cualquier tipo de seguro de vida, fijamos, de hecho, una prima uniforme de un \$1, que pagará cada uno de los integrantes del grupo inicial, y luego cada uno de los sobrevivientes que inician cada año de seguro. Si fijamos una duración de diez años para el seguro propuesto, sabremos que al inicio de cada uno de los años del primero al décimo, los integrantes de cada grupo de sobrevivientes aportarán \$1 como prima uniforme.

Debe quedar muy claro que en un sistema como el que se plantea, que no es otra cosa que una sencilla “herramienta de trabajo auxiliar”, no se tiene un capital asegurado fijo de \$1000 como se ha propuesto en los de prima anual y única, sino que se tendrá un capital asegurado variable, fruto de distribuir la suma total de los aportes más los rendimientos de intereses (3% anual para nuestro caso), entre el número de siniestros (personas que fallecieron durante el año), que deberemos pagar al final de la anualidad.

Observemos unos ejemplos:

Si el seguro se inicia a la edad 39, por aportes recibimos \$93.071; si durante el año rinden a razón del 3% anual, al final de este tendremos disponibles \$95,863.13 que distribuimos entre las 365 muertes que ocurren durante el año. A cada fallecido le corresponden \$262.6387.

Si se repite la operación para el año siguiente, por aportes recibimos \$92.706; si durante el año rinden a razón del 3% anual, al final de este tendremos disponibles \$95,487.18, de los cuales distribuidos entre las 366 muertes que ocurren durante el año, a cada fallecido le corresponden \$260.8939.

Nuevamente efectuamos la operación para el tercer año y encontramos que por aporte recibimos \$92.340; si durante el año rinden a razón del 3% anual, al final de este tendremos disponibles \$95,110.20, de los cuales, distribuidos entre las 367 muertes que ocurren durante el año, a cada fallecido le corresponden \$259.1558.

Si continuamos repitiendo esas operaciones durante los diez años, observamos que el dinero a distribuir, porque no se puede hablar de un “capital asegurado”,

irá siendo menor cada vez, en razón a que, siendo la prima la misma cada año, los aportantes (sobrevivientes que inician anualmente) son menos mientras los muertos (sinistros) se van incrementando, todo lo cual significa que a esta prima uniforme de \$1 le corresponde un capital asegurado variable.

Surge entonces la necesidad de encontrar una prima que permita satisfacer dos requisitos:

1. Mantener un capital asegurado fijo y no variable.
2. Que la prima sea uniforme aunque la edad (el riesgo de muerte) se vaya incrementando año por año.

Desarrollemos este planteamiento en la práctica mediante un ejemplo:

Nuevamente partamos del supuesto de un seguro por diez años principiando a la edad 39 para un hombre, cuando hay 93.071 vivos que inician; en consecuencia, se recibirán \$93.071; al comienzo del segundo año (edad 40) se recibirán \$92.706; lo mismo sucede al principio del tercer año (edad 41), se reciben \$92.340, y así sucesivamente hasta la iniciación del año 10.

Pero como lo que se trata es de obtener el valor presente de los aportes anuales al comienzo del primer año, hallamos el valor actual de cada uno de ellos al 1º de enero de 2015, así:

Edad	Año	$l(x)$ vivos	Recaudos al inicio del año	Valor presente de \$1 al 3% anual	Valor presente de los recaudos futuros
"39	"1	"93071	"93071	"1,0000000	"93071,0000
40	2	92706	92706	0,9708738	90005,8252
41	3	92340	92340	0,9425959	87039,3062
42	4	91973	91973	0,9151417	84168,3238
43	5	91605	91605	0,8884870	81389,8560
44	6	91236	91236	0,8626088	78700,9751
45	7	90865	90865	0,8374843	76098,0070
46	8	90493	90493	0,8130915	73579,0901
47	9	90119	90119	0,7894092	71140,7708
48"	10"	89743"	89743"	0,7664167"	68780,5368"
Valor actual de los recaudos que se obtendrán en los próximos 10 años				803.973,691	
Prima Única Neta individual, equivalente a una prima anual uniforme de \$ 1 durante 10 años				8,638283581	

Si los \$803,973.6911 los distribuimos entre los 93.071 hombres de 39 años que inician el programa de seguro, obtenemos \$8.638283581, cantidad con la que cada asegurado debería contribuir en una sola oportunidad, al inicio de los diez años, con el fin de estar protegido durante todo ese período. Esta prima es equivalente a pagar \$1 uniformemente al principio de cada año. No obstante, se reitera que no es cosa diferente a una “herramienta de trabajo auxiliar” cuyo único fin es obtener la uniformidad que estamos buscando en la prima nivelada.

De otra parte, anteriormente habíamos obtenido el valor de \$33,94270975, correspondiente a la “prima única neta” para un seguro por \$1000 durante diez años, iniciando a la edad 39 para un hombre.

Así las cosas, si queremos obtener la “prima neta nivelada” para este mismo seguro, debemos plantear una regla de tres con los datos anteriores, así:

Si a una prima anual uniforme de \$1 le corresponde una prima única neta de \$8.638283581 ¿qué prima uniforme anual le corresponderá a una prima única neta de \$33,94270975?

$$\text{Si } \$1 \longleftrightarrow \$8,638283581$$

$$X \longleftrightarrow \$33,94270975$$

$$X = \frac{\$33,94270975 \times \$1}{\$8,638283581} \Rightarrow \$3,929334969$$

Los \$3,929334969 equivalen a la “prima neta nivelada” para un seguro temporal por muerte por \$1000, durante diez años, iniciando a la edad 39. Esta prima satisface los dos requisitos exigidos, por cuanto 1) permite mantener la misma prima (tasa) a través del tiempo aunque se aumente el riesgo y 2) mantiene el capital asegurado estable y no variable. Pero además, permite que el aporte anual sea lo más bajo posible para facilitar el pago.

Siguiendo los mismos procedimientos podemos calcular la prima nivelada para cualquier duración de tiempo; más aún, si hacemos el cálculo hasta la terminación de la tabla de mortalidad, 99 años, encontraremos un seguro de vida entera (ordinario de vida) a prima nivelada.

La tasa (prima) bruta o comercial. Los cálculos que se han hecho hasta el momento corresponden a las primas de riesgo, toda vez que sólo se ha tenido en

cuenta el valor neto de los siniestros. Si el manejo y administración de los seguros no implicara gastos, las primas netas serían suficientes para lo propuesto. Sin embargo, no es así, y, en consecuencia, a la prima neta (de riesgo) se le debe agregar la cantidad necesaria para que se puedan cubrir los gastos en que se incurre en el proceso y prever las contingencias. Esta cuantía que se adiciona se denomina *carga* y su estimación se basa también en la experiencia.

La *carga*, que se calcula en función de la prima comercial, está constituida genéricamente por:

- La comisión de los vendedores.
 - El costo de los exámenes médicos y de laboratorio.
 - Los gastos de administración producción y cobranza.
 - Utilidad técnica esperada.
-
- *La comisión* que recibe el colocador del seguro no es otra cosa que la remuneración por la venta de un seguro.
 - Tradicionalmente, las comisiones fueron muy altas en el primer año, se reducían drásticamente a partir del segundo y sólo se pagaban por pocos años. Posteriormente, el esquema se concentró en conceder comisión por toda la vida del seguro, si bien dando un porcentaje más alto para el primer año (no de los mismos niveles que se tenían años atrás), si con una tasa sostenida para el resto de anualidades mientras se mantenga vigente el contrato.
 - *El costo de los exámenes médicos y de laboratorio* no está a cargo del solicitante, ya que es la aseguradora a quien le interesa conocer los pormenores del riesgo propuesto y por ello será quien realice los exámenes necesarios para la adecuada evaluación del riesgo. Pero con el fin de no hacer excesivamente onerosa la operación, se fijan límites, tanto por capital a asegurar como por edad alcanzada, a partir de los cuales deben cumplirse los llamados “requisitos de asegurabilidad”. Estos requisitos se cumplen básicamente para la contratación inicial del seguro, o para cuando hay incrementos fuertes del capital inicialmente concretado.

En algunas oportunidades será necesaria la exigencia de exámenes adicionales a cargo del solicitante, especialmente cuando es menester la aplicación de un recargo y el solicitante solicita reconsideración, o cuando se trata de exámenes que pueden presentar alto riesgo para el solicitante, a efectos de evitar cualquier responsabilidad de la aseguradora por perjuicios derivados de la realización de tales exámenes.

- *Los gastos de administración, producción y cobranza incluyen* los relativos a la emisión de las pólizas, los cuales tienen un comportamiento inversamente proporcional en relación con el capital asegurado, ya que mientras un seguro de \$50.000.000 tiene costos de emisión relativamente altos, uno de \$500.000.000 proporcionalmente vale menos emitirlo, así en pesos nominales valga lo mismo o sea una cifra similar. Tales gastos tampoco mantienen porcentualmente el mismo nivel en cada inicio de anualidad, en razón a que no se generan los mismos gastos que cuando se está haciendo la colocación inicial del seguro.
- *Utilidad técnica esperada*: es un porcentaje que se le carga a la prima comercial, la cual espera como utilidad técnica la aseguradora.

En resumen, el esquema de la *prima comercial o bruta*, es:

$$\begin{array}{c} \text{Prima pura de riesgo} \\ \text{Mas (+)} \\ \text{Factor de gastos (carga)} \\ \text{igual (=)} \\ \text{Prima brutal o comercial} \end{array}$$

6. La reserva matemática

En los seguros de vida individual calculados para períodos superiores a un año, surge matemáticamente y como consecuencia de aplicar la “prima nivelada”, un dinero que aparece a partir del final del primer año del contrato, el que se denomina *reserva matemática*. Tal dinero se encuentra solamente en esta clase de seguros, por cuanto los demás trabajan con reserva técnica. Veamos entonces su definición, la razón por la que aparece y cuál es su finalidad.

6.1. Definición

Según el Decreto 2973 de 2013, “Es la diferencia entre el valor presente actuarial de las obligaciones futuras a cargo de la aseguradora y el valor presente actuarial de los pagos futuros a cargo del asegurado a la fecha de cálculo”.

De una manera más simple, se puede definir como la diferencia resultante entre las primas recibidas y los siniestros pagados en los primeros años de seguro, que incrementada con las primas futuras y los intereses devengados, cubre con suficiencia los siniestros esperados en la medida en que estos ocurran.

6.2. Su origen

Como ya se analizó, el seguro de vida es un riesgo creciente, pues en la medida en que aumente la edad, es decir, crezca la probabilidad de morir, o la esperanza de vida sea menor, la prima anual (neta natural), siempre será mayor, toda vez que existe aquel principio universal de seguro que expresa: “cada individuo deberá contribuir al costo del seguro en función del riesgo que representa”.

De otra parte, se estudió y calculó la forma de garantizar una prima uniforme durante todo el período del contrato de seguro, a pesar de hacerlo en una clase de riesgo que, como el de vida, es creciente. De la prima uniforme anual, que en los primeros años es superior a la prima (tasa) que realmente le corresponde de acuerdo con la edad, se resta la prima (tasa) real de edad, diferencia resultante que es la “reserva matemática” (ver anexo 2, gráfico 1).

Como se puede observar en el gráfico, en los primeros años de seguro se encuentra un espacio entre los valores de la línea de la prima (tasa) nivelada y los de la curva de la prima (tasa) natural, al que se llamó “superávit”. Luego del cruce de las dos curvas, se observa un espacio inverso a superávit, el cual se llama “déficit”.

6.3. Su finalidad

Es necesario recaudar una mayor cantidad de dinero (primas) a la estrictamente necesaria durante los primeros años de seguro, con el fin de cubrir todos los siniestros que se esperan. Tal excedente se conserva para hacer empleado cuando el valor de los siniestros resulte superior a las primas que se reciben.

Finalmente, recordemos la necesidad de cumplir con la ecuación de suficiencia, $[P=S]$, en donde las primas deberán ser suficientes para pagar los siniestros esperados, a fin de que el sistema de seguros pueda funcionar.

6.4. Su cálculo

- El primer paso es calcular la prima neta nivelada a pagar por todos y cada uno de los miembros del grupo al comienzo de cada año de seguro.
- Como tales primas se recaudarán al inicio de cada anualidad y los siniestros, como herramienta de trabajo, se supone serán pagados en el último momento del año, el dinero obtenido en el primer paso debe crecer a la tasa de interés técnico supuesta para esos doce meses.

- El monto así obtenido (capital más intereses) se reducirá en la suma de los siniestros que nos comprometimos a pagar, lo cual depende de lo registrado en la tabla de mortalidad.
- Una vez cumplido el tercer paso, observamos que sobra un dinero, remanente que se llama *reserva matemática*, suma que se distribuye entre las pólizas que no se han siniestrado y que inician para la siguiente anualidad, con el fin de encontrar la “reserva matemática individual”, o de balance.
- Para conocer el valor de la reserva al final del segundo año, a la reserva total del primero se le adicionan las primas niveladas aportadas por los sobrevivientes que inician al segundo año, fondo que crecerá a razón del interés técnico fijado durante los siguientes doce meses.
- Al cabo del tiempo mencionado, de la suma alcanzada se deduce el valor de los siniestros a pagar, cuya diferencia restante será la “reserva matemática” al final del segundo año.
- Finalmente, dicha cantidad se distribuye nuevamente entre las pólizas que no tuvieron siniestro, según la tabla de mortalidad, encontrándose así la reserva individual o de balance.

El proceso se repetirá año tras año, hasta terminar el tiempo acordado de seguro. En ese punto la reserva deberá ser “cero”, lo cual significa que se cumple con la “suficiencia” de la prima. Si hace falta o sobra algún dinero, no se cumplió con el compromiso de la suficiencia y, por lo tanto, la prima (tasa) calculada está errada.

Prima (Tasa) Unica Neta equivalente a un seguro de \$1.000 por 10 años a edad inicial 39	\$3,159,081,9390
Prima (Tasa) Unica Neta equivalente a una prima año uniforme de \$1 por 10 años a edad inicial 39	\$803,973,6911
Prima (tasa) Neta Nivelada: \$3,159,081,9390 dividido por	\$ 803,973,6911
	\$3,929,334,969

Cálculos detallados de la prueba de suficiencia de la prima (tasa) neta nivelada, para un seguro por diez años a edad inicial 39 para un hombre y obtención de la reserva matemática, con base en los cálculos de las primas (tasas).

Este proceso deberá repetirse de igual forma año tras año durante todo el periodo de seguro pactado.

1°. Año	93071 asegurados cada uno a \$3,929334969	365707,1349
	Más intereses al 3% en doce meses	10971,2140
	Disponible al final del 1°. año	376678,3489
	Menos 365 fallecidos (siniestros)	365000,0000
	Reserva al final del 1°. Año	11678,3489
	Reserva de balance al final 1° Año	0,1260

2°. Año	92706 asegurados cada uno a \$3,929334969	364272,9276
	Más reserva del año anterior	11678,3489
	Total al inicio del 2° año	375951,2766
	Mas intereses al 3% en doce meses	11278,5383
	Disponible al final del año 2°	387229,8149
	Menos 366 fallecidos (siniestros)	366000,0000
	Reserva al final del año 2°	21229,8149
	Reserva de balance al final 2° Año	0,2299

3°. Año	92340 asegurados cada uno a \$3,929334969	362834,7910
	Más reserva del año anterior	21229,8149
	Total al inicio del 3° año	384064,6059
	Mas intereses al 3% en doce meses	11521,9382
	Disponible al final del año 3°	395586,5441
	Menos 367 fallecidos (siniestros)	367000,0000
	Reserva al final del año 3°	28586,5441
	Reserva de balance al final 3° Año	0,3108

4°. Año	91973 asegurados cada uno a \$3,929334969	361392,7251
	Más reserva del año anterior	28586,5441
	Total al inicio del 4° año	389979,2692
	Mas intereses al 3% en doce meses	11699,3781

Disponible al final del 4° año	401678,6473
Menos 368 fallecidos (siniestros)	368000,0000
Reserva al final del 4° año	33678,6473
Reserva de balance al final 4° Año	0,3677

5°. Año	91605 asegurados cada uno a \$3,929334969	359946,7298
	Más reserva del año anterior	33678,6473
	Total al inicio del 5° año	393625,3771
	Mas intereses al 3% en doce meses	11808,7613
	Disponible al final del 5° año	405434,1384
	Menos 369 fallecidos (siniestros)	369000,0000
	Reserva al final del 5° año	36434,1384
	Reserva de balance al final 5° Año	0,3993

6°. Año	91236 asegurados cada uno a \$3,929334969	358496,8052
	Más reserva del año anterior	36434,1384
	Total al inicio del 6° año	394930,9437
	Mas intereses al 3% en doce meses	11847,9283
	Disponible al final del 6° año	406778,8720
	Menos 371 fallecidos (siniestros)	371000,0000
	Reserva al final del 6° Año	35778,8720
	Reserva de balance al final 6° Año	0,3938

7°. Año	90865 asegurados cada uno a \$3,929334969	357039,0220
	Más reserva del año anterior	35778,8720
	Total al inicio del 7° año	392817,8939
	Mas intereses al 3% en doce meses	11784,5368
	Disponible al final del 7° año	404602,4307
	Menos 372 fallecidos (siniestros)	372000,0000
	Reserva al final del 7° año	32602,4307
	Reserva de balance al final 7° Año	0,3633

8°. Año	90493 asegurados cada uno a \$3,929334969	355577,3093
	Más reserva del año anterior	32602,4307
	Total al inicio del 8° año	388179,7401

Mas intereses al 3% en doce meses	11645,3922
Disponible al final del 8° año	399825,1323
Menos 374 fallecidos (sinistros)	374000,0000
Reserva al final del 8° año	25825,1323
Reserva de balance al final 8° Año	0,2866

9°. Año	90119 asegurados cada uno a \$3,929334969	354107,7381
	Más reserva del año anterior	25825,1323
	Total al inicio del 9° año	379932,8704
	Mas intereses al 3% en doce meses	11397,9861
	Disponible al final del 9° año	391330,8565
	Menos 376 fallecidos (sinistros)	376000,0000
	Reserva al final del 9° año	15330,8565
	Reserva de balance al final 9° Año	0,1708

10°. Año	89743 asegurados cada uno a \$3,929334969	352630,3081
	Más reserva del año anterior	15330,8565
	Total al inicio del 10° año	367961,1646
	Mas intereses al 3% en doce meses	11038,8349
	Disponible al final del 10° año	379000,0000
	Menos 379 fallecidos (sinistros)	379000,0000
	Reserva al final del 10° año	0,0000
	Reserva de balance al final 10° Año	0,0000

Este resultado nos demuestra que “hay suficiencia” en la prima (tasa) calculada, puesto que no sobró ni faltó dinero alguno. Con esa tarifa el asegurador puede cumplir con los compromisos que adquiere con sus asegurados.

7. Planes fundamentales en los seguros de vida

Los seguros de vida individual tienen, en su esencia, tres planes que se pueden calificar como base para el desarrollo de todos los diferentes planes de seguro que se encuentran en el mercado. Se conocen por los siguientes nombres, los cuales obedecen a características propias de cada plan, a saber:

1. Seguros temporales por muerte
2. Seguros de vida entera por muerte
3. Seguros de supervivencia

Con independencia de su objeto específico, los planes arriba mencionados se desarrollan alrededor de un elemento técnico común que se denomina *tasa (prima) nivelada*.

Si bien en el mercado encontramos innumerables planes para proteger contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, todos tienen un origen común y, además, son variaciones de los planes fundamentales ya mencionados o resultado de la combinación de ellos.

Más aún, si el seguro de vida es una manera de ahorro para el futuro, bien para nuestros dependientes, o bien para nosotros mismos, algunos productos complementan la protección con depósitos de ahorro adicional.

7.1. Temporales por muerte

Se denominan temporales por muerte o simplemente temporales, en razón a que se han calculado para brindar protección durante un determinado tiempo (número de años), al cabo del cual cesa la cobertura.

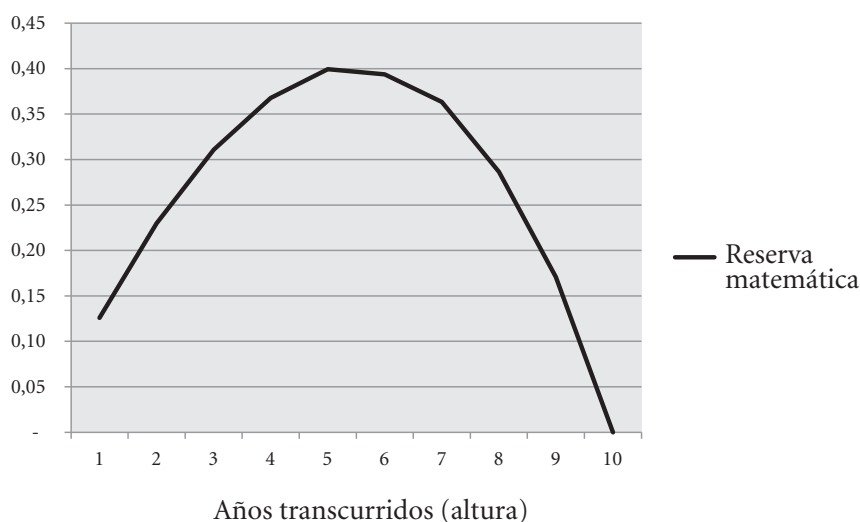
Se identifican con la anotación T, seguida de un número (T-n), el cual indica no sólo el tiempo de protección, sino también el número de años por los que ha sido nivelada la tasa o prima. Si hablamos de un seguro “T-4” significa que es un programa que otorga cobertura durante cuatro años, que puede renovarse por otros cuatro más, y que la tasa por mil para el cobro de la prima se “nivela por cuatrienios”. Lo mismo se puede predicar de los T-3, T-10, T-15, T-7, etc.

7.1.1. Características

- Es un seguro que brinda únicamente protección, de tal manera que se paga el capital asegurado a los beneficiarios sólo si la muerte ocurre dentro del periodo aportado. Vencido el término acordado, el contrato cesa y queda sin ningún valor, es decir, termina la protección contratada.
- Las primas se pagan durante todo el periodo contratado o hasta cuando fallezca el asegurado, si la muerte sobreviene dentro del periodo de cobertura pactado.
- Las primas se incrementan a cada periodo de renovación, toda vez que deben estar de acuerdo con la edad alcanzada al inicio de cada periodo. A edades altas las tarifas (primas) son muy elevadas.
- Son “renovables” por periodos iguales (trienios, quinquenios, según sea).

- Por brindar sólo protección en periodos cortos, la prima (tasa) es la más baja dentro de las primas de los contratos de seguros de vida.
- Generalmente no genera valores de rescate (ahorros) de ninguna clase, por cuanto se calcula por periodos cortos. No obstante, cuando se trata de periodos largos (p. ej., veinte o más años) pueden aparecer en bajas cuantías, o también depende del tipo o modalidad de producto.
- Son seguros convertibles a otros (normalmente a permanentes), siempre que se cumpla con una serie de requisitos.
- Podría decirse que “sufren de antiselección” por cuanto al ir creciendo las primas anuales o por periodos, los riesgos sanos (asegurados con buenas condiciones de riesgos) tienden a retirarse del seguro por virtud del incremento de tarifas y quedan en el grupo aquellos asegurados afectados por cuestiones de salud u ocupación y a quienes no les interesa perder la protección. Así las cosas, la mortalidad real del grupo asegurado será más alta que la esperada con base en la tabla de mortalidad base de los cálculos. Esto lleva a un desequilibrio para la aseguradora.
- Su reserva matemática es pequeña en comparación con otros productos de seguros de vida. Crece rápidamente hasta un máximo y luego decrece hasta agotarse al vencimiento de cada periodo.

Comportamiento de la reserva matemática de balance de un seguro temporal diez años



La gráfica anterior corresponde al comportamiento de la reserva de balance de un seguro temporal con prima (tasa) nivelada por diez años (T-10), iniciando a la edad 39 y finalizando al terminar la edad 48, para un seguro por \$1000.

7.2. De vida entera por muerte

Se conocen también como seguros de largo plazo, seguros ordinarios de vida o seguros permanentes y la anotación con que usualmente se les identifica es “OV”.

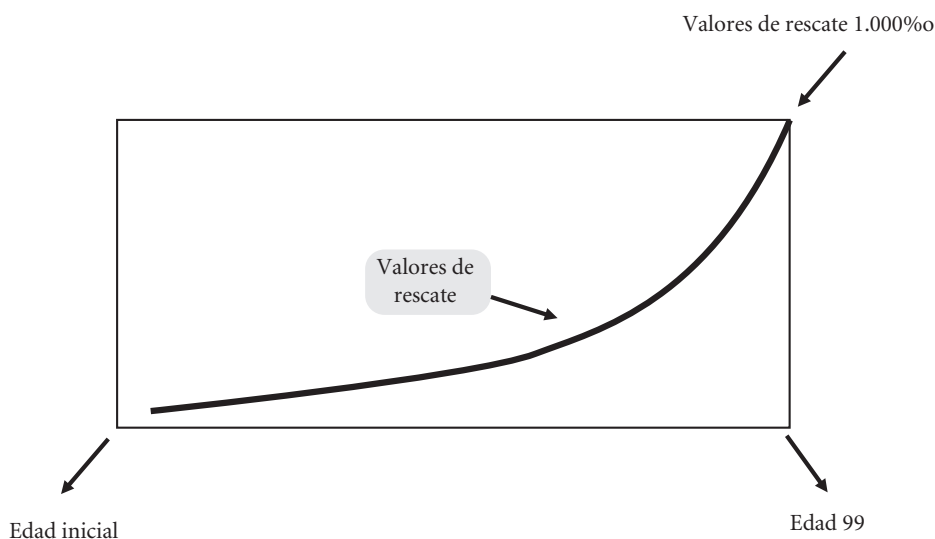
Los nombres antes mencionados, por los cuales se les conoce, hacen relación a que la prima (tasa) se nivela por períodos muy largos, desde la edad de entrada hasta la edad de terminación de la tabla de mortalidad; para esta época, edad 99.

7.2.1. Características

- Es un seguro que además de brindar protección, genera ahorros denominados “valores de rescate”.
- Las primas se pagan durante toda la vida o hasta cuando fallezca el asegurado, siempre que la muerte sobrevenga antes de la edad de terminación de la tabla de mortalidad.
- Las primas (tasas por cada mil) son las mismas durante toda la duración de contrato, a pesar de que la edad se incrementa cada año.
- Las primas anuales son más altas que las primas de los temporales, en razón a que además de tener la tasa más pura de riesgo: a) nivela dicha tasa por muchos años involucrando edades altas y b) incluye un pequeño factor de ahorro con destino a la creación de los valores de rescate.
- No son contratos renovables, por cuanto se trata de seguros pactados por toda la vida. Aunque las primas pueden pagarse por anualidades, ello no significa renovación.
- Por virtud del ahorro (valores de rescate) al llegar la terminación de la tabla de mortalidad (edad 99 en la tabla actual), el seguro dotaliza, lo cual significa que los ahorros o valores de rescate acumulados igualan con el capital asegurado y, en consecuencia, se le entregan en vida al asegurado.
- El comportamiento de su reserva de ahorro (valores de rescate) es creciente, hasta cuando se iguala con el capital asegurado.

- No puede decirse que “sufra de antiselección” como en el seguro temporal, puesto que la tasa se mantiene igual y no se modifica nunca.

Comportamiento de los valores de rescate de un seguro “ordinario de vida



7.2.2. Modalidades

En los seguros de vida entera o a largo plazo encontramos dos modalidades importantes diferentes, relacionadas con el pago de las primas:

- *Vida pagos vitalicios*: corresponde al compromiso adquirido por el asegurado de pagar las primas durante toda la vida del seguro, es decir, hasta cuando el asegurado muera o hasta cuando cumpla la edad 99, fecha esta última en la que el seguro “dotaliza”. Su notación es “OV”.
 - El capital asegurado se paga a los beneficiarios sólo en caso de muerte, y cuando esta ocurra, siempre que suceda antes de cumplir la edad de terminación de la tabla de mortalidad, pues como ya se manifestó, la duración de la protección es vitalicia.
 - Las primas se pagarán durante toda la vida del asegurado / contrato.
 - Genera valores de rescate.

- Pueden contratarse con o sin participación.
 - La prima (tasa) es superior a la de un temporal, por cuanto al ser la protección a largo plazo, se nivela la tasa, incluyendo mortalidades altas, y tiene factor de ahorro para los valores de rescate.
 - Los valores de rescate son superiores a los que pudiera eventualmente dar un seguro temporal de largo plazo y, además, crecen en forma permanente, hasta cuando se igualan con el capital asegurado a la edad de terminación de la tabla de mortalidad (99 años) y se paga en vida tal dinero.
- *Vida pagos limitados*: cuando el asegurado se compromete a pagar primas sólo durante un periodo determinado de años, sin que ello modifique su naturaleza de ser seguro a largo plazo y dotar a la edad 99 como en el anterior. En esta clase de seguros su notación es “OV-n”, en donde la “n” indica el número de años por los cuales se pagan las primas.
 - El capital asegurado se paga a los beneficiarios sólo en caso de muerte, y cuando esta ocurra, siempre que suceda antes de cumplir la edad de terminación de la tabla de mortalidad, pues como ya se manifestó, la duración de la protección es vitalicia.
 - Las primas se pagarán únicamente durante el período de pagos (años) acordado. Pueden oscilar desde uno (pago único) hasta quince o veinte pagos, según la aseguradora.
 - Durante el período de pago de las primas, genera muy rápidamente valores de rescate, superiores a los de pagos y vitalicios.
 - Pueden contratarse con o sin participación.
 - La prima (tasa) es superior a la de un temporal, por cuanto la protección es a largo plazo y tiene factor de ahorro, pero también un poco mayor a la de un “OV pagos vitalicios”.
 - Los valores de rescate son superiores a los de un seguro de pagos vitalicios, por cuanto crecen fuertemente durante el periodo de pagos, en razón a que las primas son superiores por pagarse durante un período inferior. Finalizado el período de pago de las primas, crecen muy lentamente, hasta cuando se igualan con el capital asegurado a la edad de terminación de la tabla de mortalidad (99 años) y tal dinero se paga en vida.

7.3. Seguro de supervivencia

A diferencia de los seguros mencionados en los temas anteriores, donde el riesgo se centra en la posibilidad de que ocurra la muerte, en el de supervivencia el riesgo está dado por la posibilidad de que el asegurado no fallezca dentro de un

periodo dado, sino que sobreviva a una edad o tiempo acordado. Aquí el riesgo es “no muerte”.

El seguro *puro de supervivencia* es en el fondo un ahorro combinado con mortalidad, por cuanto si el riesgo se realiza (sobrevive a...), por el contrato de seguro debe pagársele al asegurado el dinero que este último contrató (ahorró) y por el cual pagó las primas anuales. Por el contrario, si no sobrevivió al período acordado y falleció dentro del mismo, los beneficiarios no tienen derecho a reclamar dinero alguno, toda vez que el riesgo por el cual se pagó la prima fue el de sobrevivir al tiempo establecido y no el de morir dentro de ese espacio de tiempo.

Así las cosas, el aporte que había hecho caduca y acrece en favor del fondo para el pago de los demás siniestros que ocurrirán dentro del grupo numeroso, en este caso los que sí sobrevivirán. Visto desde la óptica de quien no conoce estos pormenores técnicos se puede percibir como una injusticia del sistema.

Para contrarrestar la “presunta injusticia” mencionada, el seguro de supervivencia se ha combinado con un seguro temporal por muerte, conduciendo a lo que comercialmente se ha denominado “seguro de vida dotal”.

El nombre de dotal se obtiene de ese aporte que debía llevar la mujer al matrimonio o al entrar a una orden religiosa, a manera de anticipo de herencia en el primer caso pues al casarse la perdía, o para el sostenimiento de la orden religiosa en el segundo caso.

Es la clase de seguro en la que siempre habrá siniestro puesto que se si sobrevive al tiempo acordado, se le debe pagar el capital que contrató, lo mismo que si fallece dentro del período de seguro. En el primer caso se afecta el seguro de supervivencia mientras en el segundo se afecta el seguro temporal por muerte.

7.3.1. Características

- Se calcula siempre sobre planes temporales.
- Combina los riesgos de muerte y supervivencia.
- La prima (tasa) se nivela (calcula) por períodos de corto y mediano plazo, como diez, quince o veinte años, durante los cuales debe pagar las primas anuales.
- Si fallece antes de cumplir los años acordados, se les paga el seguro a los beneficiarios.

- Si no ocurre la muerte y sobrevive al período acordado, el asegurado recibe el capital que aseguró.
- Por obvias razones, las primas (tasas) son más altas que las de un temporal u ordinario de vida, por cuanto incluye la prima de dos tipos de riesgo, el de muerte y el de sobrevivencia.
- Los valores de rescate son más altos que los de cualquier ordinario de vida.
- Puede tomarse también con o sin participación.
- Los valores de rescate crecen muy rápidamente, hasta cuando, al término de los años acordados, se iguala con el capital contratado, momento en el cual se debe proceder a pagar dicho capital al asegurado.

Cálculo de la prima (tasa) neta nivelada para un seguro dotal o mixto a la edad 39 para un hombre. Para el efecto nos valdremos del seguro por diez años a edad inicial 39 años con que calculamos la prima (tasa) neta nivelada para un seguro por muerte. Los datos de ese cálculo son:

Prima (tasa) única neta equivalente a seguro por muerte de \$1000 = \$33,94270975

Prima única neta equivalente a un pago uniforme de \$1 = \$ 8,638283581

Prima (tasa) neta nivelada para un seguro por muerte de \$1000 = \$ 3,929334969

Es necesario calcular otro elemento que sea homogéneo y que se pueda integrar con los anteriores datos, como lo es la prima (tasa) única neta de la dote pura, la cual no es cosa diferente al valor presente a la tasa de interés técnico, para nuestro caso el 3%, de los siniestros futuros por la cobertura de supervivencia.

Los siniestros que tendrán que ser atendidos a razón de \$1000 c/u serán aquellos que quedaron vivos luego de pagar los siniestros de la edad 48, es decir, $l(49) = 89.364$.

$$\text{P.U.N. de la dote pura} = \frac{l(x) \cdot C.A}{(1+i)^n}$$

$$\text{Reemplazando v/rs,} = \frac{89.364 \cdot \$1.000}{(1+i)^{10}} = \frac{\$ 89.364.000}{1,343916379} = \$ 66.495.208,61$$

$$\text{P.U.N. individual} = \$ 66.495.208,61 / 93.071 = \$ 714,4567976$$

Sumando las dos primas (tasas) únicas: \$714,4567976 + \$33,94270975

P.U.N. para el seguro dotal (mixto) = \$748,3995074

Aplicando a este resultado la regla de tres obtenemos el siguiente valor:

Si a una prima uniforme de \$1 durante diez años a partir de la edad 39 le corresponde una prima única neta equivalente de \$8,638283581, ¿cuál será la prima (tasa) uniforme que le corresponderá a una prima (tasa) única neta de \$748,3995074 para un seguro por \$1000 durante diez años a partir de la edad 39?

Si a una prima uniforme de \$1 le corresponde P.U.N. de \$8,638283581, ¿qué prima uniforme es si le corresponde P.U.N. de \$ 748,3995074?

$X = \$ 86,63753182$, que debería ser la prima (tasa) neta nivelada para un seguro dotal mixto por \$1000 en diez años, partiendo de la edad 39 y a un interés técnico del 3% anual.

Con base en el anterior resultado podemos afirmar que los \$86,63753182 constituyen la prima (tasa) neta nivelada para un seguro dotal mixto a diez años, por \$1000 de capital asegurado a interés técnico del 3%, partiendo de la edad 39 para un hombre.

Esta prima, pagada año tras año por cada uno de los sobrevivientes e incrementada con el interés del 3% anualmente, es suficiente para cubrir el valor de los siniestros que ocurrirán durante los diez años del seguro y, además, para pagar el capital asegurado a cada uno de los sobrevivientes: 89.364, al final de los diez años.

Se puede apreciar mediante la “prueba de suficiencia” (véase anexo 3. Prueba de suficiencia), en donde se calcula un seguro mixto dotal con un capital asegurado de \$1.000, interés técnico de 3%, partiendo de un asegurado hombre de 37 años, con una duración del seguro de siete años.

8. Los valores de rescate

Como se pudo observar en las páginas anteriores, el empleo de la prima (tasa) nivelada da origen a la formación a una reserva de dinero; como los planes de seguro se trabajan con prima (tasa) nivelada, siempre aparecerá la reserva mencionada. Salvo en los seguros temporales, en especial los de corto plazo, tal reserva se incrementa anualmente con la aplicación de un factor de ahorro, dando así origen a lo que se conoce como “valores de rescate”. Dichos valores van creciendo a través del tiempo, hasta cuando en los seguros “OV” y a la edad de terminación de la tabla de mortalidad, se igualan con el capital asegurado contratado. En ese punto la suma acumulada de tales valores corresponde a tener mil pesos por cada mil pesos de capital asegurado (1000%). Esto se observa muy claramente en los seguros a largo plazo (ordinarios de vida) y en los dotales puros o mixtos.

Dependiendo del tipo de seguro, bien sea tradicional como ordinarios de vida o dotales, o bien no tradicionales, el manejo de los valores de rescate difiere en algunos aspectos, aunque no cambia su condición de ser un ahorro dentro de las pólizas de vida individual.

8.1. Definición

A manera de definición: “Son dineros o ahorros a disposición del asegurado a través del tiempo, por virtud de la aplicación de la prima nivelada durante largo periodos más el factor de ahorro”.

8.2. Comportamiento

Aunque la reserva matemática aparece al final de la primera anualidad, los valores de rescate no lo hacen, en razón a que deben amortizarse los gastos iniciales para la colocación del seguro, los que son más altos que los ingresos, por cuanto se deben cubrir:

- La prima de riesgo por el periodo anual, más
- La comisión del vendedor (usualmente la del primer año es más alta que la de años subsiguiente), más
- El costo de los exámenes médicos y de laboratorio, más
- Los gastos de administración promoción y cobranza.

A partir del segundo año los gastos se reducen, pues no hay emisión de una nueva póliza sino del recibo de cobranza de la nueva anualidad; no hay exámenes médicos ni de laboratorio y la comisión del vendedor se reduce sensiblemente.

8.3. Factores por los que varían

- Plan de seguro contratado.
- Edad de entrada o inicial.
- Altura del seguro.

8.3.1. Plan de seguro contratado

- Los seguros temporales por muerte tradicionales no generan esta clase valores de rescate, toda vez que sólo otorgan protección y por ello la prima generada es muy pequeña. Como sólo se calculan por periodos cortos, el factor de ahorro sobre la reserva matemática y la pequeña prima no son suficientes para producir tales ahorros.

- Los seguros ordinarios de vida o a largo plazo sí. Aunque son muy pequeños en el inicio, van creciendo a través del tiempo durante el aporte de las primas, si son pagos vitalicios. En el caso de pagos limitados, el crecimiento es bastante acentuado durante todo el periodo de pago de las primas, pero dicho crecimiento disminuye a partir del momento en que se suspende el pago.
- Con los seguros dotales puros o mixtos, los valores de rescate aparecen muy pronto y van creciendo rápidamente pues deben cumplir con su objetivo en el mediano plazo, cual es el de pagar el capital contratado a los que sobreviven.

En conclusión, en la medida en que el plan sea de primas (tarifas) más altas, se forma un fondo mayor y, como consecuencia, el rendimiento de intereses también es mayor. Por ello los valores de rescate pueden ser más altos.

8.3.2. Edad inicial o de entrada

Con independencia del plan de seguro contratado, en la medida en que la edad de inicio del asegurado es mayor, también será mayor la tasa (tarifa) que debe pagar por cada mil pesos de capital asegurado; consecuentemente, al ser mayor, el fondo creado también es más alto y por ende se obtienen mejores rendimientos, lo cual hace que los valores de rescate sean más altos.

8.3.3. Altura del seguro

A través del tiempo de seguro se van aportando más primas anuales, los gastos son menores y los intereses recibidos se van capitalizando. Todo ello lleva beneficio a los valores de rescate, pues estos se incrementan a medida que la altura es mayor.

8.4. Uso de los valores de rescate

8.4.1. Rescindir o rescatar

Rescindir significa terminar, dar por finalizado. A esta opción tiene derecho únicamente el asegurado y no la aseguradora, pues por ministerio de la ley “no le es permitido a la segunda dar por terminado el seguro de vida por ningún concepto”, según voces del artículo 1159 del Código de Comercio, el que a la letra dice: “El asegurador no podrá, en ningún caso, revocar unilateralmente el contrato de seguro de vida. La revocación efectuada a solicitud del asegurado dará lugar a la devolución del saldo del valor de cesión o rescate.” A su vez el artículo 1155 del Código de Comercio en su numeral 1 dice: “Al pago (retiro) de los dineros en efectivo”

Ejemplo. Plan OV de \$78.000.000 a edad 42 y tasa 26,70%, vigente desde el 1° de septiembre de 2009, que el día 1° de septiembre de 2015 decide retirarse del seguro y, en consecuencia, rescinde su contrato. Determinar cuánto vale la prima anual, qué altura se afecta con la rescisión, si es posible o no retirar dinero alguno y por qué razón. De cuánto dispone y cuánto dinero retira, cuánto le cuesta rescindir (si es que le cuesta algo) y decir qué consecuencias se presentan para tomar esta decisión.

Prima anual = $(\$78.000.000 / 1000) * 26,70\% = \$2.082.600$

Altura afectada: 6

Sí es posible retiro de dinero, por cuanto a esa altura ya hay ahorro disponible.

Dispone de \$6.474.000, los que retira en su totalidad.

No le cuesta nada rescindir.

Consecuencias: para ambas partes del contrato, la terminación de derechos y obligaciones mutuas.

8.4.2. Compra de seguros saldados

Esta es una de las opciones del asegurado sobre los valores de rescate, de acuerdo con el artículo 1155 del Código de Comercio numeral 2. Dice este artículo y numeral: “Salvo lo dispuesto en el artículo 1147, el valor de cesión o rescate se aplicará, a opción del asegurado, después de transcurridos dos años de vigencia del seguro:

1. Al pago de un seguro saldado [...]”.

El concepto de seguro saldado se puede definir como: *La cantidad de seguro que, con los valores de rescate acumulados y convertidos en prima única a edad alcanzada, puede comprar el asegurado por el resto de la vida del contrato, sin pagar más primas.*

Ejemplos:

1. Plan OV-20 por \$80.000.000 a edad de entrada 25 años, con tasa de 23,98%, vigente desde el 25 de febrero de 2006, cuyo asegurado no requiere pagar más primas y solicita saldar su seguro a partir del 25 de febrero de 2015.

Se requiere saber:

- a. ¿Cuánto vale la prima anual?
- b. ¿A qué altura afecta saldar?
- c. ¿De cuánto dispone para saldar?
- d. ¿Cuánto le cuesta saldar?
- e. ¿Cuál es el nuevo capital asegurado?
- f. ¿Por cuánto tiempo más salda su seguro?
- g. ¿Cuánto valen las primas anuales luego de saldar?
- h. ¿Si fallece el 18 de octubre de 2027, cuánto reciben los beneficiarios?

Las respuestas son las siguientes:

- a. Prima anual: $(\$80.000.000 / 1000) * 23,98 \% = \$ 1.918.400$.
 - b. Afecta la altura 9.
 - c. Dispone de \$ 9.600.000.
 - d. Le cuesta saldar \$9.600.000.
 - e. EL nuevo capital asegurado es \$33.280.000.
 - f. Por el resto de la vida.
 - g. No valen nada, ya se pagaron 100% con los valores de rescate.
 - h. Los beneficiarios recibirán \$33.280.000.
2. Plan D-20 por \$45.000.000 a edad de entrada de 41 años, con tasa de 44,90%, vigente desde el 12 de diciembre de 2001, cuyo asegurado no quiere pagar más primas y solicita saldar su seguro a partir del 12 de diciembre de 2014.

Se requiere saber:

- a. ¿Cuánto vale la prima anual?
- b. ¿A qué altura afecta saldar?
- c. ¿De cuánto dispone para saldar?
- d. ¿Cuánto le cuesta saldar?
- e. ¿Cuál es el nuevo capital asegurado?
- f. ¿Por cuánto tiempo más salda su seguro?
- g. ¿Cuánto valen las primas anuales luego de saldar?
- h. ¿Si fallece el 4 de marzo de 2016, cuánto reciben los beneficiarios?

Las respuestas son las siguientes:

- a. La prima anual: $(\$45.000.000 / 1000) * 44,90 \% = \$ 2.020.500$.
- b. Afecta la altura 13.

- c. Dispone de \$ 24.300.000.
- d. Le cuesta saldar \$24.300.000.
- e. EL nuevo capital asegurado es \$31.545.000.
- f. Por el resto de la vida del contrato.
- g. No valen nada, ya las pagó con los valores de rescate a prima única.
- h. Los beneficiarios recibirán \$31.545.000.

8.4.3. Compra de seguros prorrogado

Es otra de las opciones que el artículo 1155 del Código de Comercio le permite al asegurado con sus valores de rescate, pues en el numeral 3 de dicho artículo expresa:

“2. A la prórroga del seguro original”.

El seguro prorrogado se puede definir como *la cantidad de tiempo que, con los valores de rescate acumulados y convertidos en prima única a edad alcanzada, puede comprar el asegurado sin modificar el capital contratado y sin pagar más primas.*

Ejemplos:

1. Plan OV por \$60.000.000 a edad de entrada 24 años con tasa de 13,60%, vigente desde el 10 de septiembre de 2006, cuyo asegurado no requiere pagar más primas y solicita prorrogar su seguro a partir del 10 de septiembre de 2015.

Se requiere saber:

- a. ¿Cuánto vale la prima anual?
- b. ¿A qué altura afecta prorrogar?
- c. ¿De cuánto dispone para prorrogar?
- d. ¿Cuánto le cuesta prorrogar?
- e. ¿Cuál es el nuevo capital asegurado?
- f. ¿Por cuánto tiempo más prorroga su seguro?
- g. ¿Cuánto valen las primas anuales luego de prorrogar?
- h. ¿Si fallece el 8 de julio de 2018, cuánto reciben los beneficiarios?

Las respuestas son las siguientes:

- a. La prima anual: $(\$60.000.000 / 1000) * 13,60 \% = \$ 816.000.$
- b. Afecta la altura 9.
- c. Dispone de: \$ 3.480.000.
- d. Le cuesta \$3.480.000.
- e. EL nuevo capital asegurado es: los mismos \$60.000.000.

- f. Tiempo de prórroga: quince años más cuatro meses.
 - g. No valen nada, ya las pagó con los valores de rescate a prima única.
 - h. Los beneficiarios reciben \$60.000.000.
2. Plan D-20 por \$38.000.000 a edad de entrada de 59 años, con tasa de 72,90%, vigente desde el 11 de octubre de 2000, cuyo asegurado no quiere pagar más primas y solicita prorrogar su seguro a partir del 11 de octubre de 2014.

Se requiere saber:

- a. ¿Cuánto vale la prima anual?
- b. ¿A qué altura afecta prorrogar?
- c. ¿De cuánto dispone para prorrogar?
- d. ¿Cuánto le cuesta prorrogar?
- e. ¿Cuál es el nuevo capital asegurado?
- f. ¿Por cuánto tiempo más prorroga su seguro?
- g. ¿Cuánto valen las primas anuales luego de prorrogar?
- h. ¿Si el fallece el 8 de julio de 2018, cuánto reciben los beneficiarios?
- i. ¿Si en vez de morir, el 11 de octubre 2020 sobrevive, cuánto recibe el asegurado?

Las respuestas son las siguientes:

- a. La prima anual: $(\$38.000.000 / 1000) * 72,90 \% = \$ 2.770.200$.
- b. Afecta la altura 14.
- c. Dispone de: \$ 21.926.000.
- d. Le cuesta \$21.926.000.
- e. El nuevo capital asegurado es: \$38.000.000.
- f. Tiempo de prórroga: 6 años.
- g. No valen nada, ya las pagó con los valores de rescate a prima única.
- h. Los beneficiarios recibirán \$38.000.000.
- i. Recibe: \$10.260.000.

8.4.4. Hacer préstamos con el respaldo en tales valores

En vez de rescindir, el asegurado puede solicitar préstamos a su asegurador con respaldo en los valores de rescate acumulados en su póliza de seguro. Esta situación conlleva que el seguro continúe vigente, sólo que en caso de fallecimiento los beneficiarios reciben el capital asegurado disminuido en la cantidad de dinero

solicitado en préstamo. Ello significa que parte del capital asegurado se pagó anticipadamente.

Como se trata de un préstamo que el asegurador le hace al asegurado, garantizado con el valor de los ahorros acumulados por el asegurado en sus valores de rescate, deben pagarse intereses, los cuales determina el asegurador, de acuerdo con los que registre en su portafolio de inversiones por la época en que se realice el préstamo.

Ejemplos:

1. Seguro dotal mixto a quince años por \$100.000.000, a edad de 34 años, masculino, con tasa de 93,06%, vigente desde el 15 de agosto de 2009. Con las primas al día, el 18 de abril de 2014 solicita préstamo del 65% de los dineros disponibles a esa fecha. Tomando como ejemplo una tasa de interés técnico del 3% y una tasa ponderada de colocación de reservas del 8%, la tasa para préstamos queda en el 9% anual (la tasa de interés mencionada sólo se toma a manera de ejemplo). La liquidación del préstamo es la siguiente:

Se requiere saber:

- a. ¿Cuánto vale la prima anual?
- b. ¿A qué altura se afecta con el préstamo?
- c. ¿De cuánto dispone para el préstamo?
- d. ¿Cuánto le prestan?
- e. ¿Cuánto le giran? Se suponen gastos de emisión o trámite de \$15.000 e interés del 19% anual.
- f. ¿Cuándo se supone que debería pagar el préstamo?
- g. ¿Si no paga el préstamo en su oportunidad, cuánto deberá pagar?
- h. ¿Si el asegurado fallece el 31 de julio de 2015, cuánto reciben los beneficiarios?

Las respuestas son las siguientes:

- a. La prima anual vale: $(\$100.000.000 / 1000) * 93,06 \% = \$ 9.306.000$.
- b. Altura 4.
- c. Dispone de \$ 24.371.570.
- d. Le prestan $\$24.371.570 \times 65\% = \$15.841.520$.
Le giran: $\$15.841.520 - \$464.829 - \$45.000 = \$15.331.691$.
Intereses anticipados: $(\$15.841.520 * 9\%) * (119/365) = \$464.829$.
- e. Costo del trámite/emisión: \$45.000.

- f. Debería pagar el préstamo el día 15 de agosto de 2014.
 - g. Si no paga el préstamo, debería pagar la prima \$9.306.000, más intereses al 9%, por valor de \$1.425.737 por la siguiente anualidad. Total = \$10.731.737.
 - h. Los beneficiarios recibirán $\$100.000.000 - \$15.841.520 = \$84.158.480$.
2. El asegurado no pagó el préstamo, pero se encuentra al día por cuanto ha pagado las primas más los intereses. Solicita un préstamo adicional el 10 de diciembre de 2015 por el 80% de lo que a esa fecha tiene disponible en valores de rescate.

Se requiere saber:

- a. ¿Cuánto vale la prima anual?
- b. ¿A qué altura se afecta con el préstamo?
- c. ¿De cuánto dispone para el préstamo?
- d. ¿Cuánto le prestan?
- e. ¿Cuánto le giran? Se suponen gastos de emisión o trámite de \$45.000 e interés del 9% anual.
- f. ¿Cuándo se supone que debería pagar el préstamo?
- g. ¿Si no paga el préstamo en su oportunidad, cuánto deberá pagar?
- h. ¿Si el asegurado fallece el 13 de marzo de 2018, cuánto reciben los beneficiarios?

Las respuestas son las siguientes:

- a. La prima anual vale: $(\$100.000.000 / 1000) * 93,06 \% = \$ 9.306.000$.
- b. Altura 10.
- c. Dispone de \$72.830.348, menos el primer préstamo por \$15.841.520 = \$56.988.828
- d. Le prestan $\$56.988.928 * 80\% = \$45.591.142$.
- e. Le giran $\$45.591.142 - \$2.799.171 - \$45.000 = \$7.456.973$.
Cobro de los intereses anticipados sobre el préstamo: $((\$45.591.142) * 9\%) * (249/365) = \$2.799.171$.
Menos costo del trámite / emisión: \$45.000.
- f. Debería pagar el 15 de agosto de 2016.
- g. Si no paga el préstamo debería pagar la prima de \$9.306.000, más intereses al 9%, por valor de \$5.528.940 por la siguiente anualidad. Total = \$14.834.940.
- h. Los beneficiarios recibirán $\$100.000.000 - \$60.922.833 = \$39.077.167$.

8.4.5. No caducidad automática

Esta opción hace referencia al hecho de no pagar las primas en su debida oportunidad, salvo lo establecido en los artículos 1151 (“Cuando el asegurado no pague la primera prima o la primera cuota de esta, no podrá el asegurador exigir judicialmente su pago, pero tendrá derecho a que se le reembolsen los gastos efectuados con miras a la celebración del contrato”) y 1152 (“[...] el no pago de las primas dentro del mes siguiente a la fecha de cada vencimiento, producirá la terminación del contrato sin que el asegurador tenga derecho para exigir las”) del Código de Comercio respecto del pago de la primera prima o cuota de esta y de las siguientes anualidades.

Tratándose de las primas de la tercera anualidad y subsiguientes, el artículo 1153 establece: “El seguro de vida no se entenderá terminado una vez que hayan sido cubiertas las primas correspondientes a los dos primeros años de su vigencia, sino cuando el valor de las primas atrasadas y el de los préstamos efectuados con sus intereses, excedan del valor de sesión o rescate”.

Esto quiere significar que el asegurador hace préstamos automáticamente para pagar las primas del seguro que se encuentran pendientes de pago o en mora. Dicho préstamo se hacen en razón a que se tiene el respaldo o garantía suficiente en los valores de rescate que han acumulado hasta esa fecha. El seguro continúa estando vigente hasta cuando la sumatoria de los préstamos que se hayan efectuado para el pago de las primas, más los intereses cobrados sobre dichos préstamos, sobrepasen el monto de los valores de rescate, momento en que se termina el seguro. En este punto la ley le permite al asegurador cruzar el valor de todos los préstamos con los valores de rescate acumulados que respaldan la deuda; al acabarse dichos valores el seguro se termina. Este proceso no debe confundirse con una “terminación unilateral por parte del asegurador”, por cuanto no es otra cosa que el resultado de aplicar una norma de carácter legal. No debe olvidarse que uno de los elementos esenciales del contrato de seguros es la prima, y si esta no es pagada, el contrato no está en vigor.

Ejemplo:

Plan ordinario de vida de pagos vitalicios por \$65.000.000 de capital asegurado, a edad inicial (de entrada) 42 años, con tasa del 26,70% anual, vigente desde el 15 de febrero de 1985.

Ha pagado ordenadamente sus primas anuales y no ha hecho préstamos sobre sus valores de rescate, pero a partir del 15 de febrero de 1994 dejó de pagar las primas. En consecuencia, se aplica el mencionado concepto de no caducidad automática. Para el ejemplo se utiliza un interés sobre los préstamos del 19% anual.

Primera aplicación del 15/02/2004:

Capital asegurado	\$65.000.000
Altura	9
Valor de rescate %	150
Dinero disponible	$(\$65.000.000/1000) \times 150\% = 9.750.000$
Préstamo para primas	$(\$65.000.000/1000) \times 26,70\% = 1.735.500$
Intereses al año	$\$1.735.500 \times 19\% = 329.745$
Valor total 1° Préstamo	2.065.245
Prestamos acumulados	2.065.245

Segunda aplicación del 15/02/2005:

Capital asegurado	\$65.000.000
Altura	10
Valor de rescate %	174
Rescate total	$\$65.000.000/1000 \times 174\% = 11.310.000$
Menos préstamo anterior	2.065.245
Rescate disponible	9.244.755
Préstamo para primas	$\$65.000.000/1000 \times 26,70\% = 1.735.500$
Intereses un año al 19%	$\$1.735.500 \times 19\% = 329.745$
Intereses 1° Préstamo	$\$2.065.245 \times 23,45\% = 484.300$
Valor total 2° Préstamo	2.549.545
Prestamos acumulados	4.614.790

Tercera aplicación del 15/02/2006:

Capital asegurado	\$65.000.000
Altura	11
Valor de rescate %	197
Rescate total	$\$65.000.000/1000 \times 197\% = 12.805.000$
Menos prestamos anteriores	4.614.790
Rescate disponible	8.190.210
Préstamo para primas	$\$65.000.000/1000 \times 26,70\% = 1.735.500$
Intereses un año al 19%	$\$1.735.500 \times 19\% = 329.745$
Intereses prestamos anteriores	$\$4.614.790 \times 23,45\% = 1.082.168$
Total 3° Préstamo	3.147.413
Prestamos acumulados	7.762.203

Cuarta aplicación del 15/02/2007:

Capital asegurado	\$65.000.000
Altura	12
Valor de rescate %	221
Rescate total	$\$65.000.000/1000 \times 221\% = 14.365.000$
Menos prestamos anteriores	7.762.203

Rescate disponible	6.602.797
Préstamo para primas	$\$65.000.000/1000 \times 26,70\% = 1.735.500$
Intereses un año al 19%	$\$1.735.500 \times 19\% = 329.745$
Intereses prestamos anteriores	$\$7.762.203 \times 23,45\% = 1.820.237$
Total 4° Préstamo	3.885.482
Prestamos acumulados	11.647.685

Quinta aplicación del 15/02/2008:

Capital asegurado	\$65.000.000
Altura	13
Valor de rescate %	246
Rescate total	$\$65.000.000/1000 \times 246\% = 15.990.000$
Menos prestamos anteriores	11.647.685
Rescate disponible	4.342.315
Préstamo para primas	$\$65.000.000/1000 \times 26,70\% = 1.735.500$
Intereses un año al 19%	$\$1.735.500 \times 19\% = 329.745$
Intereses prestamos anteriores	$\$11.647.685 \times 23,45\% = 2.731.382$
Total 5° préstamo requerido	4.796.627
Defecto sobre lo disponible	$\$4.342.315 - \$4.796.627 = (\$454.312)$

A esta altura, el monto del préstamo requerido excede en \$454.311,94 el dinero disponible para continuar haciendo aplicaciones. En este punto los valores de rescate ya no son garantía para los préstamos y, por lo tanto, se puede tomar uno de dos caminos a elección del asegurado:

- Retirar el dinero disponible (rescatar o rescindir el seguro) de \$4.342.315, o
- Aceptar continuar con el seguro durante un período inferior a un año, es decir, por el tiempo que alcance para protección con los \$4.342.315 de que dispone.

Haciendo los procedimientos anteriores se evitó que el asegurado perdiera su protección por el “no pago de las primas anuales”, al menos durante el tiempo que los valores de rescate fueron respaldo de los préstamos. Aquí se termina el contrato de seguro.

Los anteriores ejemplos se han *realizado con planes de seguro tradicionales*, tales como ordinarios de vida (OV) de pagos vitalicios y de pagos limitados, así como con seguros dotales puros o mixtos. En éstos se garantizan dos cosas, a saber: a) el tiempo de cobertura y (b) la tasa de interés garantizada por todo el tiempo de seguro.

En los planes de seguro que se han usado en los últimos años, como los *temporales con participación de utilidades y/o con ahorro adicional*, el manejo de los valores de rescate difiere, toda vez que en estos actuales no se garantizan tasas de rendimiento, sino que se depende de la fluctuación de las tasas de interés del mercado. Como consecuencia, aunque se calculan con una edad determinación, esto no se puede garantizar, lo cual puede conducir a que se termine antes de la edad de vencimiento calculada, setenta años, por ejemplo, o, en el mejor de los casos, le sobre dinero a la edad o altura de terminación del plan.

De acuerdo con esta estructura del seguro y a diferencia de los planes tradicionales antes mencionados, el beneficiario, al fallecimiento del asegurado, tendrá derecho a reclamar el capital de seguro alcanzado, más los valores de rescate acumulados en esa fecha, amén del monto del ahorro adicional, si lo hay.

El concepto de préstamo ya no implica la disminución del capital asegurado como pago anticipado del mismo, ni tampoco es un préstamo en sí, sino que afecta el tiempo inicialmente contratado de seguro, por cuanto es un “retiro de la reserva acumulada para el pago de primas anticipadas”.

Realizado el retiro de la reserva, el seguro puede convertirse en un “seguro saldado” (en estos planes no es usual por otorgar sólo un capital asegurado muy pequeño), o en un “seguro prorrogado”, por cuanto mantiene el capital inicialmente contratado para un tiempo menor del inicialmente acordado. No obstante, si el asegurado reintegra el monto de la reserva que había retirado, más los intereses por el tiempo que usufructuó el dinero, el seguro tiende a restablecerse hasta el límite de edad original, pero sin garantía.

Tomemos como ejemplo un plan de seguro temporal calculado desde la edad de 35 años, para un hombre, hasta la terminación de la edad 70, del cual solo se pagan diez años de primas. Se contrata con crecimiento geométrico del 4,5% anual del capital asegurado (dicho capital inicial es de \$100.000.000), presupuestando interés técnico del 5,5% efectivo anual. Contrata, además, ahorro adicional del 100% de las primas pagaderas durante los diez años pactados. En el siguiente cuadro se observa el comportamiento del contrato a través del tiempo, si las tasas de interés se comportan al 5,6% de rendimiento, a partir del 20 de marzo de 2015:

Seguro de vida pagos limitados (diez pagos) hasta la edad de setenta años, tasa de rendimiento de los ahorros no garantizada del 5,6%, ahorro del 100% de la prima, incremento anual geométrico del 4,5% del valor asegurado.

Seguro no tradicional

Altura	Valor Asegurado Alcanzado	Prima de Protección anual	Año	Rescate	Aporte Adicional Anual	Aporte Adicional Acumulado
1	100.000.000	1.821.000	2016	571.874	1.821.000	1.922.976
2	104.500.000	1.902.945	2017	1.332.762	1.902.945	4.040.173
3	109.202.500	1.988.578	2018	2.307.622	1.988.578	6.366.360
4	114.116.613	2.078.064	2019	3.162.728	2.078.064	8.917.311
5	119.251.860	2.171.576	2020	4.067.585	2.171.576	11.709.865
6	124.618.194	2.269.297	2021	5.024.357	2.269.297	14.761.996
7	130.226.012	2.371.416	2022	6.036.186	2.371.416	18.092.883
8	136.086.183	2.478.129	2023	7.106.325	2.478.129	21.722.989
9	142.210.061	2.589.645	2024	8.238.107	2.589.645	25.674.141
10	148.609.514	2.706.179	2025	9.405.874	2.706.179	29.969.619
11	155.296.942		2026	9.498.675		31.647.917
12	162.285.305		2027	9.593.841		33.420.201
13	169.588.143		2028	9.691.484		35.291.732
14	177.219.610		2029	9.790.828		37.268.069
15	185.194.492		2030	9.890.139		39.355.081
16	193.528.244		2031	9.986.649		41.558.965
Altura	Valor Asegurado Alcanzado	Prima de Protección anual	Año	Rescate	Aporte Adicional Anual	Aporte Adicional Acumulado
17	202.237.015		2032	10.076.479		43.886.267
18	211.337.681		2033	10.153.635		46.343.898
19	220.847.877		2034	10.212.570		48.939.156
20	230.786.031		2035	10.244.532		51.679.749
21	241.171.402		2036	10.241.872		54.573.815
22	252.024.116		2037	10.192.523		57.629.949
23	263.365.201		2038	10.085.132		60.857.226
24	275.216.635		2039	9.906.206		64.265.231
25	287.601.383		2040	9.642.647		67.864.084
26	300.543.446		2041	9.281.696		71.664.472
27	314.067.901		2042	8.812.875		75.677.683
28	328.200.956		2043	8.226.275		79.915.633
29	342.969.999		2044	7.510.602		84.390.908
30	358.403.649		2045	6.662.498		89.116.799
31	374.531.813		2046	5.672.978		94.107.340
32	391.385.745		2047	4.534.282		99.377.351

33	408.998.104		2048	3.234.528		104.942.483
34	427.403.018		2049	1.723.470		110.819.262

En este tipo de seguros no tradicionales y denominados “pagos limitados”, los valores de rescate surgen por el fondo que se crea por virtud del pago anticipado de las primas futuras.

En el presente ejemplo se hicieron cálculos con límite hasta terminar los 69 años de edad, a una tasa de interés técnico dada (en este caso 3%), pero no garantizada en cuanto a las inversiones del fondo de las primas. Esto significa que si la inversión del fondo se coloca a tasas del 3% o superiores, es seguro que la cobertura llegue a la edad de setenta años; más aún, puede darse que al término de la edad mencionada haya dinero disponible para entregar al asegurado, por cuanto las tasas de inversión estuvieron muy por encima del interés técnico.

El ente controlador ha permitido en esta clase de productos hacer “ahorros adicionales”, monto que equivale a un número de veces la prima de protección. Para este ejemplo se tomó el 100% (una vez) de la prima anual. Se presume también que la inversión del valor ahorrado se coloca al 5,6% anual, tasa que no se garantiza, ya que ello depende de cómo esté el sistema financiero, es decir, las tasas para inversión. Así las cosas y si el mercado financiero lo permite, los rendimientos del fondo de ahorro serán tan atractivos que el depositante obtendrá buenos resultados con su dinero. Pero si la situación del mercado no tiene tasas de interés altas, los resultados de la inversión no serán tan buenos como esperan el asegurado y el asegurador.

No obstante, en cualquiera de los dos casos, una compañía de seguros sólida de vida, con una buena administración de sus finanzas, le permitirá al asegurado recibir buenos rendimientos sobre sus depósitos, toda vez que esos fondos se manejan dentro del portafolio general de las inversiones de la organización. No obstante, si las tasas de interés se reducen por situaciones de la economía y políticas, como en efecto sucedió a principios del año 2013 y subsiguientes, el seguro no podrá alcanzar la edad planeada, en razón a que las tasas de inversión son muy inferiores al interés técnico programado. En consecuencia, el seguro se reduce en cuanto al tiempo de protección.

Veamos cómo se hace uso de los valores de rescate en esta clase de producto:

Rescindir o rescatar. Si el asegurado decide no continuar con su seguro a partir del 20 de marzo de 2026, puede retirar el 100% de sus valores de rescate y su ahorro adicional. De esta manera, retira la base matemático-financiera que le da vida al seguro y, por ende, da por finalizado todo el conjunto de derechos y obligaciones mutuas que se originaban por el contrato.

A esa fecha, altura 11, el asegurado puede retirar \$9.498.675 o lo que haya acumulado por valores de rescate, sea esto mayor o menor de lo en principio presupuestado. De igual manera, si los rendimientos han sido del 5,6% durante esos once años los ahorros alcanzados podrían llegar a los \$ 31.647.917

Comprar seguro prorrogado. Cuando el asegurado no sigue pagando las primas, cualquiera sea la razón, la reserva acumulada le sigue cubriendo las primas puras de riesgo para continuar con el seguro en los términos en que fue contratado, pero por un tiempo menor al originalmente pactado, toda vez que la reserva acumulada es menor que la esperada a la altura respectiva.

Supongamos que el asegurado cubrió sólo cinco de las diez primas, de tal manera que a partir del 20 de febrero de 2020 no pagó más de estas. El cúmulo de los valores de rescate al final de la quinta anualidad, esto es, los \$4.067.585, le mantendrá el contrato de seguro con su crecimiento por el tiempo hasta donde le alcance este valor.

Comprar seguro saldado. De acuerdo con el mismo concepto del que se habló en los seguros tradicionales, con los valores de rescate acumulados el asegurado puede comprar un capital asegurado inferior al que contrató originalmente, hasta por el resto de su vida, en condiciones algo diferentes a las originales. Bajo modalidades de seguro como la del ejemplo presente, en las que no se da garantía de los valores de rescate, la suma asegurada nueva se debe calcular para cada caso en particular.

Hacer préstamos. De la misma manera que se trató en los planes tradicionales, la aseguradora puede prestar dinero al asegurado con respaldo en los valores de rescate que tiene acreditados; normalmente, no más del 90% de lo que tiene acumulado, saldo que respalda al menos la protección por un año.

No obstante lo anterior y por las características del tipo de producto, en algunas aseguradoras se ha eliminado el concepto de préstamo, cambiándolo por “retiros parciales de la reserva de protección” (fondo para el pago de las primas futuras), lo cual reduce el tiempo de cobertura, sin afectar las demás condiciones del seguro.

El retiro hecho de la reserva se puede reintegrar buscando restituir el tiempo de cobertura original, ingresando el valor de reserva retirado más los intereses que se dejaron de recibir durante el tiempo que el asegurado tuvo el dinero. Si bien es cierto que con ello se busca restablecer el tiempo máximo de cobertura, también lo es que no hay garantía de ello, como ya se ha mencionado en varias oportunidades.

No caducidad automática. Dentro del mismo esquema planteado en los planes de seguros tradicionales, en estos productos se pueden retirar de sus reservas de

protección (fondo para el pago de las primas futuras), los montos necesarios para mantener vigente el seguro cuando se dejan de pagar las primas, no bajo la figura de préstamos, sino como retiros parciales de reserva para tales efectos, hasta cuando dichos dineros se agotan.

9. La selección de riesgos en los seguros de vida y salud

9.1. Necesidad de la selección

Las personas que aseguran su vida lo hacen porque creen necesario hacerlo por protección, ahorro, garantía bancaria, educación de sus hijos, etc. No obstante, nadie está obligado a asegurar su vida.

Para el asegurador, no todos los riesgos tienen la misma calidad, pues al lado de multitud de riesgos “sanos” se encuentran las personas enfermas, las víctimas de accidentes, los inválidos, quienes ejercen actividades o profesionales insalubres o peligrosas, los que llevan una vida agitada, en fin, todas aquellas personas cuya longevidad media —salvo prueba en contrario— se puede ver probablemente reducida, riesgos que, para los seguros de vida, se denominan “riesgos agravados”. Es de esperar que por determinadas circunstancias tengan interés especial en tomar un seguro de vida para procurar sacarle todo el provecho posible.

Se ha determinado estadísticamente que este grupo de “riesgos agravados” —corresponde aproximadamente a un 10%—, aunque pequeño, complica mucho la tarea del asegurador, ya que este debe descubrirlos, tarea nunca fácil, pues se esconde dentro de los normales. Para evitar desequilibrios financieros en las operaciones del asegurador, no se pueden tratar como riesgos normales, ya que el comportamiento de su mortalidad es diferente a las cifras de los normales, sobre las cuales el asegurador diseñó su empresa. Tampoco es justo con los asegurados normales tarificarlos como los agravados, por cuanto sentirán tener un tratamiento inequitativo, por lo que decidirán trasladarse de aseguradora.

Como el principio de la mutualidad rige el seguro, ello no significa que los buenos riesgos paguen por los malos, si no se quiere que en grupos homogéneos un gran número de asegurados pague por los pocos desafortunados.

El asegurador no puede rechazar sistemáticamente los riesgos agravados, pues de hacerlo estaría actuando en contravía de la tendencia moderna de extender el seguro, cada vez más, a las personas que más lo necesitan. Desde el punto de vista comercial, sería equivocado con los productores —ejercen una profesión muy difícil— y con la propia aseguradora, ya que perdería un buen número de negocios

generalmente estables en el tiempo, pues un seguro agravado difícilmente abandonaría la póliza.

Como consecuencia de todo lo anterior, se puede concluir:

1. Para el asegurador que quiere mantener y salvaguardar la calidad de su cartera, así como cuidar el equilibrio entre las primas recibidas y las prestaciones atendidas, *la selección es una necesidad*.
2. Los riesgos agravados forman un grupo aparte y como tal *necesitan ser seleccionados*, estudiados, tarifados y compensados especialmente, por personal calificado.

La selección de los riesgos implica una carga financiera para el asegurador y, en muchas ocasiones, general malentendidos entre las áreas comerciales y técnicas, pero es indispensable. En las industrias se mide, se pesa, se confirman características, en fin, hay proceso de verificación sobre alguna cosa. *El asegurador tiene que hacer lo mismo, y en especial el asegurador de vida, ya que asume compromisos irrevocables por muchos años, 35 o 50 años, sin poder rescindir el contrato, ni modificar los términos convenidos, ni alterar la prima establecida.*

9.2. Objetivo

No obstante cumplir el seguro con una función social, no debemos olvidar que el sistema de seguros privado es un negocio, razón por la cual los socios inversionistas esperan obtener utilidades de su inversión.

En tal sentido, una aseguradora necesita estudiar los riesgos que le proponen para poder elegir aquellos que puede asumir, a efectos de no tener desequilibrios en el caso en que los siniestros presentados superen ampliamente los márgenes o cifras esperadas.

Tal y como sucede con los seguros de incendio, automóviles, responsabilidad civil, etc.; en los que se estudia cada uno de los riesgos propuestos, así ocurre con los seguros de vida y, en general, con los de personas.

El proceso de selección de riesgos no busca aceptar solamente aquellos riesgos que no impliquen peligro alguno, sino asumir riesgos que estén adecuadamente calculados.

Si estableciéramos una definición de lo que es la selección de riesgos, podríamos, muy ampliamente, decir que *es el proceso por medio del cual se estudian las diferen-*

tes condiciones propias del riesgo propuesto, con el fin de determinar si es asegurable o no y, de serlo, en qué condiciones.

En todo proceso de selección deben tenerse en cuenta dos principios importantes: *la antiselección y la contribución.*

9.3. La antiselección

Podemos entender que la antiselección es aquella tendencia a la búsqueda de la protección que brinda el seguro sólo cuando la realización del riesgo es casi inminente. En estos casos no existe el criterio de prevención, sino que en vista de las circunstancias propias se ve la necesidad inmediata de contratar el seguro. En los seguros de vida esto se puede dar no sólo por los aspectos relativos a la salud (por ejemplo, el individuo a quien le queda muy poco de vida por sufrir insuficiencia renal crónica, enfisema pulmonar, hipertensión arterial y tener dos infartos recientes), sino por aquellos riesgos que involucran las actividades en sí mismas (como ejemplo, el individuo que de un momento a otro se dedica al montañismo, a la profesión de piloto de fumigación, etc., y nunca antes había contratado seguro alguno).

Para este punto, entonces, el asegurador debe estudiar si el solicitante busca el seguro por cuanto la probabilidad de ocurrencia del siniestro está muy cerca, o si por el contrario, se trata de una actitud meramente preventiva.

A este respecto es pertinente hacer las siguientes preguntas:

- ¿Cuál es el propósito y motivos —exactos si se logra determinarlos— del seguro que solicita?
- ¿Teniendo en cuenta la situación financiera y los ingresos del proponente, no es un capital exagerado y una prima muy alta las que está solicitando?
- ¿Se encuentran razones en cuanto a la actitud, las declaraciones dadas a los resultados del examen médico, para sospechar antiselección?

9.4. La contribución

En el mundo de los seguros existe un principio universal que reza: “Cada individuo deberá contribuir con la prima del seguro, en función del riesgo que representa”.

Lo anterior quiere significar que en la medida en que la exposición al riesgo que se asegura sea mayor, también será mayor la contribución del asegurado; en otras palabras, la prima que debe pagar será más alta que la de los otros riesgos asegurados.

El ejemplo lo podemos ver en el ramo de automóviles, si comparamos las primas de un vehículo de servicio público con los de una persona oficinista que lo tiene para su servicio particular. El primero tiene permanente exposición a sufrir choques y daños accidentales, por cuanto debe estar permanentemente rodando por las calles, en tanto que el segundo muestra una exposición menor en razón a que diariamente sale de su casa hacia el parqueadero de su oficina donde permanece muchas horas estacionado y solo vuelve a circular cuando su dueño regresa a casa.

La prima que debe pagar el automóvil de servicio público es mucho más alta que la que le corresponde al de servicio particular.

Otro caso que ejemplifica con claridad este principio es el relativo al ramo de incendio, en donde un edificio de construcción reciente de concreto y acero debe pagar una tarifa muy baja, por la poca posibilidad de incendiarse, en tanto que una construcción de bahareque con techo pajizo, si es que se asegura, deberá contribuir con una tarifa mucho más alta que la del edificio antes mencionado.

Los “riesgos agravados”, en principio, son un factor de desequilibrio dentro de una cartera de vida, pues se caracterizan por su “sobremortalidad”, es decir, la diferencia resultante entre su propia mortalidad y la de los riesgos “normales”. Desde el punto de vista financiero, si el asegurador quiere cumplir con sus compromisos, está obligado a reducir a cero esa diferencia. Esta es la compensación con la que debe contar el asegurador, la cual puede canalizarse por uno de dos medios: 1) reducir sus propias prestaciones —por ejemplo, los periodos de carencia— o 2) incrementar la de los asegurados —mediante la aplicación de extra primas—.

9.5. Factores de análisis

En los seguros de vida y salud no solamente deberán tenerse en cuenta los aspectos de la salud, sino que existen otros elementos de igual importancia que, si bien buscan equidad entre asegurado y asegurador (calcular el valor justo de prima para que el asegurado también pague lo justo), a fin de que no haya ventajas para una de las dos partes, también pretenden que el negocio de la protección sea rentable y cumpla con las estadísticas sobre las cuales se estructura técnicamente un sistema de seguros.

Es así como deben evaluarse los factores que se relacionan a continuación, los cuales se subdividen en dos partes que tienen igual importancia, a saber:

- a) Factores de selección médica y técnica
 - La edad.
 - La salud.
 - ° Los antecedentes familiares.

- Los antecedentes personales.
- El estado actual.
- La ocupación habitual.
 - Las ocupaciones adicionales.
 - Las aficiones.
- El riesgo moral.
 - Los hábitos.
- El interés asegurable.
- El plan de seguro solicitado.
- Los estados financieros.

Veamos entonces detalles de cada uno de los factores:

9.5.1. La edad

La edad determina el riesgo normal de mortalidad y es el primer aspecto que se mide con respecto a los riesgos de muerte e incapacidad total y permanente. Este paso inicial de selección lo hace el intermediario colocador del seguro, toda vez que la tarifa está en función de la edad. Recordemos que cuando se calcularon las diferentes “primas o tasas”, todas tenían que ver con la edad del solicitante, pues su costo depende de ella.

9.5.2. La salud

Aspecto de gran importancia en el estudio para los seguros de vida, toda vez que puede marcarle al selector la proximidad o lejanía en cuanto a la ocurrencia del siniestro.

9.5.2.1. *Los antecedentes familiares*

Hay enfermedades que se transmiten de padres a hijos, o que estadísticamente muestran una muy alta probabilidad de que se transmitan. Ello hace que haya necesidad de conocer qué tipos de enfermedades padecieron los progenitores a efectos de determinar la posibilidad de afectar al proponente.

Como ejemplos se pueden mencionar, entre otras, las afecciones cardiovasculares, el cáncer, la diabetes, la hipertensión arterial, etc.

9.5.2.2. *Los antecedentes personales*

Obviamente, se requiere saber sobre las enfermedades que durante su vida ha padecido el solicitante, no sólo por saber de su evolución, sino por establecer si de ellas algunas tienen manifestaciones posteriores o quedan secuelas de importancia.

A manera de ejemplo podemos citar algunas como la diabetes, la hepatitis y las enfermedades venéreas, etc.

9.5.2.3. El estado actual

Conocer el estado presente de salud del posible futuro asegurado permite, necesariamente, relacionarlo con los antecedentes personales y familiares.

Entre los casos importantes en el estado actual encontramos, por ejemplo, la relación talla-estatura, la tensión arterial, las úlceras gástricas, las tumoraciones, etc.

9.5.3. Ocupación habitual

Este factor tiene que ver con aspectos importantes a saber que se abordan a continuación.

9.5.3.1. Los accidentes inherentes a la actividad desarrollada

Labores como la fumigación aérea, la limpieza de fachadas y vidrios de altos edificios, actividades bomberiles, la conducción de vehículos en competencia de velocidad, ser miembro activo de fuerzas militares o de la policía, entre otras, son actividades que por sí mismas tienen muy alta probabilidad de acarrear accidentes que, en muchos casos, pueden ser fatales. De hecho, incluimos aquí los accidentes de trabajo de quienes laboran como operarios químicos que producen explosivos, operarios de plataformas marinas, techadores, etc.

9.5.3.2. Las enfermedades propias de la actividad que se ejecuta

En concreto, nos referimos a las enfermedades profesionales, es decir, aquellas afecciones que sobrevienen como consecuencia directa y exclusiva de la actividad que desarrolla, o del medio en que se ve obligado a laborar, enfermedades que van minando la salud a través del tiempo y que por ello aumentan la probabilidad de hacer sobrevenir la muerte. Como ejemplos se puede mencionar quienes tienen comercio de licores, los trabajadores expuestos al calor excesivo, los vinculados a las industrias que generan toda clase de polvo, etc.

9.5.3.3. Las ocupaciones adicionales (no habituales)

Infinidad de personas llevan a cabo actividades al margen de su labor principal, que en algunos casos pueden ser más azarosas que la básica. Es el caso de quienes siendo trabajadores de oficina durante la semana, tienen una pequeña hacienda ganadera que atienden personalmente durante los fines de semana. O aquellos oficinistas que para mejorar sus ingresos conducen un taxi durante las noches y los fines de semana.

Aunque no son las labores básicas, fundamentales de su vida, marcan una mayor exposición a una muerte prematura que su ocupación principal; por ello, será necesario tenerlo muy en cuenta al momento de calificar el riesgo, a fin de determinar el costo de la prima a pagar.

9.5.3.4. *Las aficiones*

Las estadísticas muestran que varias y extensas categorías de trabajadores tienen una mortalidad relativamente alta debido a otras causas además de las accidentales. Un buen ejemplo puede ser el “tabaquismo” o el “alcoholismo”, pues estos hábitos son de alta frecuencia en ocupaciones tales como mineros, trabajadores de la construcción, trabajadores de transporte, aseguradores, etc.

También encontramos aficiones deportivas como vuelo en cometas, parapentismo, motociclismo de competición, rodeos o charrerías, buceo de profundidad, polo a caballo, etc. que, aunque se practiquen en calidad de aficionado, exponen a la persona a sufrir accidentes en mayor grado que su actividad habitual y, en consecuencia, habrá necesidad de una mayor contribución a la prima del seguro.

9.5.4. El riesgo moral

Es muy difícil estudiar esta parte de las personas toda vez que tratándose de su moralidad, los recursos no son muy numerosos, salvo en los casos en que la situación sea muy evidente. La conducta del individuo en la sociedad, desde el punto de vista de sus acreedores, es de capital importancia en este tema, en razón a que si su proceder no es correcto, es un individuo que tiene alta posibilidad de ser objeto de un homicidio. Lo mismo se puede predicar cuando sus actividades están marcadas de “ilegalidad”, como lo puede ser el contrabando o actividades con el narcotráfico, sea de forma directa, o bien de forma indirecta, como el blanqueo de dinero. De igual manera, se puede decir con respecto a sus hábitos y aficiones y, en general, sus estilos de vida.

La primera persona que debe hacer el papel de “selector del riesgo” es el intermediario que coloca el seguro, ya que él es quien conoce el prospecto y lo lleva a la aseguradora.

9.5.5. El interés asegurable

Con respecto a este tema, el Código de Comercio en la sección 1º Principios comunes a los seguros de personas, título interés asegurable y consentimiento del asegurado, artículo 1137, a la letra dice:

1. Toda persona tiene interés asegurable:
2. En su propia vida

3. En la de las personas a quienes legalmente pueda reclamar alimentos, y
4. En la de aquellas cuya muerte o incapacidad pueden aparejarle un perjuicio económico, aunque este no sea susceptible de una evaluación cierta.
5. En los seguros individuales sobre la vida de un tercero, se requiere el consentimiento escrito del asegurado, con indicación del valor del seguro y del nombre del beneficiario. Los menores adultos darán su consentimiento personalmente y no por conducto de sus representantes legales.
6. En defecto del interés o del consentimiento requerido al tener de los incisos que antecede, o en caso de suscripción sobre la vida de un incapaz absoluto, el contrato no producirá efecto alguno y el asegurador estará obligado a restituir las primas percibidas. Solo podrá retener el importe de sus gastos si ha actuado de buena fe.

Teniendo en cuenta lo mencionado por el Código de Comercio, se puede hacer una definición sobre el tema como la siguiente:

El interés asegurable se debe demostrar cuando el tomador de un seguro de vida, es a la vez beneficiario del mismo, pero no es el asegurado.

Así, se ve con claridad que existe interés asegurable entre padres e hijos, entre cónyuges, entre hermanos, en sí mismo en caso de una invalidez, etc. pues la realización del riesgo acarrea a los beneficiarios perjuicios económicos.

9.5.6. Plan de seguro solicitado

A este respecto y tratándose de planes tradicionales de seguros, las aseguradoras prefieren otorgarle, a riesgos subnormales, seguros que generen muy rápidamente reservas.

La razón de ello es que los valores de rescate que se van creando crecen más rápidamente, haciendo que el riesgo económico del asegurador vaya disminuyendo más rápidamente a través del tiempo.

No obstante, en razón a que hoy en día el mercado maneja planes de seguro “temporales”, donde los valores de rescate son nulos o muy bajos, así se calculen para muy largos periodos, esto ha cambiado en algo en razón a que se tienen tarifas mucho más benévolas que los de estructura tradicional.

9.5.7. Los estados financieros del solicitante

Con esta información de los dos o tres años más recientes, que usualmente se requiere cuando se trata de sumas aseguradas bastantes altas, se analiza si la situación financiera del solicitante puede ser peligrosa por los muy altos niveles de endeudamiento, o si por el contrario, la suma a asegurar no reviste peligro alguno respecto de su situación financiera.

9.6. Conclusiones posibles del proceso de selección

Una vez concluido el proceso de estudio completo de los factores mencionados, se puede llegar a una de cuatro conclusiones a saber:

- *Aceptar el riesgo a tarifa normal*, es decir, que se asume como un riesgo normal o estándar pues no muestra peligros de “sobre-mortalidad”.
- *Aceptar el riesgo con extraprima o recargo*, lo que significa que debe contribuir en prima más que otros de su misma edad, por cuanto muestra “sobre-mortalidad” con mayor probabilidad de muerte; se asume entonces como un riesgo subnormal o sub-estándar o riesgo agravado.
- *Rechazar el riesgo por ser “R.N.A.”* (riesgo no asegurable). En estos casos las probabilidades de que el riesgo se realice prematuramente (ocurra la muerte o sobrevenga la invalidez) son demasiado altas. El costo en caso de asumirse el riesgo con extraprima sería excesivamente alto para el proponente.
- *Suspender temporalmente* su estudio, pues en algunos casos particulares, como por ejemplo un infarto reciente de seis meses, o un embarazo de alto riesgo, se considera técnicamente prudente postergar su análisis para un nuevo estudio en uno o dos años, o para después del parto según sea el caso, estudio que estará sujeto al cumplimiento de nuevos requisitos de asegurabilidad (véase Anexo 4. Esquema de la selección).

9.7. Las extraprimas o recargos

Son, en síntesis, recargos que deben pagar los asegurados con el fin de que se cumpla aquel principio de contribución en seguros que reza: “todo individuo debe contribuir en la prima de seguro en función del riesgo que representa”.

Las extraprimas pueden ser de diferentes tipos, dependiendo de la causa que da origen al recargo y con las cuales se equilibran la prima que paga el asegurado con el verdadero estado del riesgo. *Se pueden generar por la actividad habitual del asegurado, por su estado de salud, por sus aficiones o por sus hábitos.*

Se encuentran *extraprimas permanentes*, es decir, aquellos recargos que no se modifican durante la vigencia del seguro. Por ejemplo, por afecciones congénitas de válvulas del corazón reemplazadas artificialmente.

También hay *extraprimas decrecientes*, o sea, aquellas que se van reduciendo a través del tiempo, hasta cuando se eliminan del todo. Se aplican, por ejemplo, en casos como intervenciones quirúrgicas recientes que, transcurrido un determinado tiempo sin que se presenten inconvenientes y previas revisiones médicas, permiten ir reduciendo el recargo.

Finalmente, se aplican *extraprimas temporales*, las cuales se cobran durante el período en que el riesgo es latente, al cabo del cual se eliminan. Un caso claro es el relacionado con la práctica de deportes o por la actividad habitual; si el asegurado informa que tales deportes no se practican más, o si cambió su actividad habitual, la extraprima puede eliminarse.

9.8. La tarificación (tarificación) de riesgos

Con el proceso de selección y consecuente tarificación de los riesgos, el asegurador no está haciendo predicciones sobre la longevidad de un posible asegurado. Lo que hace es clasificar a los candidatos en grupos cuya mortalidad o sobremortalidad media probable es la misma. Para hacer la clasificación se vale de la información estadística disponible, con la cual puede determinar la *sobremortalidad* específica causada por las principales enfermedades y agravaciones, instrumento que permite estudiar los conceptos enigmáticos que constituyen los riesgos agravados.

9.8.1. Método de selección numérica

Consiste en subdividir las dificultades en tantas fracciones como sea posible, en revisar todos los elementos del riesgo y asignarle a cada uno un valor negativo o positivo en cuanto la sobremortalidad propia.

Se parte de la base de que cada individuo tiene una mortalidad normal del 100%, tasa a la cual se le adicionan tasas de sobremortalidad. Usualmente, de esa manera la “tasa teórica de sobremortalidad”, es decir, es aquella parte que excede o sobrepasa la mortalidad base del 100%, y los riesgos agravados se clasifican en grupos especiales cuya sobremortalidad es la misma, lo que no significa que todos padezcan de la misma patología, sino que se acoplan en conjuntos cuya sobremortalidad probable es igual. Por lo general, las calificaciones de sobremortalidad pueden estar en 25, 50, 75, 100, 150, 200, 250, 300, 400, 500, 600 o 1000%, o incluso más.

9.8.2. Ejemplos del proceso de tarificación numérica

Estos ejemplos son tomados del seminario dictado por la Suiza de Reaseguros en Terma de Jahuel, Chile, en agosto de 1982:

Ejemplo 1

Empleado bancario, de edad 48 años, quien solicita un seguro temporal por muerte por veinte años (T-20). En la solicitud manifiesta que sus progenitores, madre de 71 años y padre de 73 años, junto con sus dos hermanos, de edades 45 y 42 años, se encuentran en buen estado de salud. El solicitante mide 1,64 metros

de estatura y pesa 84 kg. Su tensión arterial se encuentra en 140/90 y su pulso esta en 76 por minuto. Hace cerca de seis años le fue encontrada diabetes, compensada con 40 unidades de insulina, glicosuria 2 dosajes, 2 y 4 gramos por litro, glucemia 1,30 mgr%.

Mortalidad base.....	100%
Constitución (peso estatura).....	20%
Familia.....	-15%
Profesión.....	0%
Diabetes.....	100%
Mortalidad bruta o total.....	205%
Sobremortalidad.....	105%

Ejemplo 2

Propietario de café, de 45 años de edad, casado y con tres hijos, quien solicita un seguro mixto o dotal de veinticinco años. Reporta 74 Kg de peso para estatura de 1,75 metros. Su tensión arterial se encuentra en 166/100 y su pulso esta en 82 por minuto. Los resultados del examen de orina son normales. Y manifiesta beber dos aperitivos de vino al día. Tiene actualmente molestias gástricas intermitentes. Ligera albuminuria intermitente (0,30 g).

Mortalidad base.....	100%
Constitución (peso estatura).....	0%
Pulso.....	0%
Presión arterial.....	85%
Riesgo profesión.....	25%
Alcohol.....	50%
Molestias gástricas intermitentes.....	30%
Albumina.....	25%
Cúmulo: albumina + HTA.....	55%
Mortalidad bruta o total.....	370%
Sobremortalidad.....	270%

Para determinar las anteriores cifras, se hace uso de tablas y manuales suministrados por los reaseguradores, los cuales se basan en registros estadísticos mundiales y zonales y de sus propias experiencias, registros que se van actualizando constante y muy cuidadosamente, cada día.

Si bien lo anterior aparece como sencillas operaciones aritméticas, la realidad es más compleja para el medico tarificador, en razón a la necesidad de confirmar fechas, hacer precisión sobre algunos aspectos, realizar investigación sobre antece-

dentes, curaciones, posibles recaídas, etc. Con ello se forma una imagen “exacta” y completa del riesgo en estudio, para lo cual se requiere un tiempo prudencial para determinar las tasas de las diversas sobremortalidades de acuerdo con los motivos, también diversos, de agravación, así como el empleo de las experiencias clínicas del médico evaluador.

10. Extensiones de cobertura al seguro por muerte

No obstante consignarse en el Código de Comercio el vocablo “anexo” para referirse a los seguros con que se complementa la cobertura de muerte, en el presente texto los identificaremos como “extensiones de cobertura”, por cuanto su fin es el de extender y complementar la protección básica de muerte. En la vida práctica de los seguros se emplea la locución “anexo” para aquel documento en el que se registra una modificación al seguro original, sea cambio de beneficiarios, actualización de dirección, inserción de nuevas coberturas, modificación a la forma de pago, etc.

El seguro no solamente se circunscribe a la muerte, toda vez que a través del tiempo ha sido mejorado con diversas coberturas complementarias, pues recordemos que en seguros de personas existen riesgos que afectan “la integridad física de las personas y su capacidad productiva”. Con base en ello se han diseñado protecciones definidas para que en su conjunto cumplan con la protección necesaria y adecuada, y así atender las necesidades que el seguro tiende a proteger.

10.1. Exoneración del pago de primas (Ex ITyP) por incapacidad total y permanente

Mediante esta extensión se evita que el asegurado, inválido e imposibilitado para generar ingresos por sus propios medios, deje desprotegidos del seguro (de vida individual) a los beneficiarios por los cuales consideró necesaria la contratación de su seguro de vida.

Si con el seguro por muerte se busca, entre otros fines, que los ingresos generados en vida por el asegurado para atender las necesidades de sus beneficiarios se puedan mantener, y así mantener el estatus socioeconómico que han alcanzado. Además mediante esta cobertura se pretende que el asegurado, quien ya no es económicamente productivo, por virtud de encontrarse imposibilitado para desarrollar actividades generadoras de ingresos, pierda o agote el seguro que necesita, por cuanto ya no tiene los ingresos necesarios para continuar pagando la prima de su seguro de vida.

Esto significa que la aseguradora continúa pagando las primas para el seguro básico por muerte, exonerando (de ahí el nombre de la cobertura que se comenta) al asegurado de hacerlo por su condición actual de *inválido total y permanente*.

Las primas que se exoneran son la de la siguiente anualidad a aquella en la que fue calificado como inválido total y permanente y las subsiguientes.

Tales primas se pagarán hasta cuando se termine el contrato originalmente pactado, hasta cuando se realice el riesgo de muerte o, en casos eventuales, hasta cuando la condición de inválido total y permanente, que dio origen a la exoneración, se termine y se reestablezca el asegurado a su condición original.

El costo de la cobertura, que años atrás estaba a cargo del asegurado como prima aparte, hoy está inserto dentro de la prima del seguro básico por muerte, sin que el asegurado tenga necesidad de hacer aporte alguno adicional.

10.2. Incapacidad total y permanente (ITyP)

En esta otra cobertura, mediante la cual no obstante no haber fallecido el asegurado, recibe el capital que contrató en la eventualidad de llegar a esa condición de invalidez, la que le impide generar los ingresos necesarios para el sostenimiento de sí mismo, de su familia y atender económicamente su nueva situación de salud. En otras palabras, se ha afectado de manera importante su capacidad productiva y generadora de ingresos.

En el mercado de seguros podemos encontrar dos tipos diferentes de incapacidad total y permanente en cuanto a su definición y consecuente alcance de cobertura, como se verá más adelante.

Ante todo, es prudente manifestar que, como todo seguro privado, el asegurador establece y diseña los objetivos de su cobertura, fijando así las condiciones propias del producto que ofrece al mercado, determinando los alcances, las limitaciones, los periodos de carencia, las exclusiones, etc., condiciones a las que tendrá que adherirse el asegurado cuando contrate su protección.

Consecuentes con el contenido del párrafo anterior, se puede expresar que las reglamentaciones de carácter legal que se fijan, por ejemplo, en la seguridad social para coberturas similares de invalidez, no son de aplicación automática al seguro privado, ya que en un sistema de libre competencia cada empresa aseguradora tiene y maneja sus propias estadísticas para definir su propio producto.

En concordancia con la denominación del amparo, *la incapacidad* que sobrevenga debe ser *total*, lo cual significa exclusión de las incapacidades permanentes parcia-

les. Además, ha de ser *permanente*, que definitivamente no sea reversible, aunque a través del tiempo esto pueda suceder por desarrollos de las tecnologías médicas.

Las definiciones de incapacidad total y permanente que se encuentran en el mercado de seguros son las siguientes:

La primera dice: “para todos los efectos de la presente extensión, se considera como *incapacidad total y permanente* el estado de invalidez que le sobrevenga a un asegurado menor de sesenta y cinco (65) años de edad amparado por la presente extensión, que le produzca lesiones orgánicas o alteraciones funcionales permanentes que le impidan, en forma total y de por vida desarrollar por sus propios medios cualquier actividad lucrativa de la cual pueda derivar sustento o ganancia, siempre que dicha incapacidad haya durado por un período continuo no menor de ciento veinte (120) días y no haya sido causada por culpa de la víctima.

Sin perjuicio de cualquier otra causa de *incapacidad total y permanente*, se considerará como tal la pérdida total e irreparable de la visión en ambos ojos, la pérdida física o funcional³⁴⁰ de las dos manos o de los dos pies, o de toda una mano y todo un pie. En caso de las manos, la pérdida deberá presentarse a nivel de la articulación radio carpiana (muñeca) o por encima de ella, y en caso de pies, la pérdida deberá presentarse al nivel de la articulación tibio tarsiana (tobillo) o por encima de ella” (el énfasis es nuestro).

Esta definición se relaciona con la “invalidez total y permanente absoluta”, estado que por las limitaciones en que se encuentra, le impide a la persona ejercer, de manera habitual y por sí misma, labores generadoras de ingresos para su sostenimiento. No significa que el individuo deba estar en condición de “gran inválido”, requiriendo para el cumplimiento de las funciones esenciales de vida el auxilio permanente de otra tercera persona. Simplemente, no está en condiciones de llevar a cabo labores remunerativas.

De otra parte y por definición, el segundo párrafo determina que si el individuo sufre la pérdida de pies, manos u ojos en las condiciones allí fijadas, se considera que la persona se encuentra en estado de incapacitado total y permanente y, en consecuencia, es objeto del pago del capital asegurado.

La segunda definición expresa: “para todos los efectos de la presente extensión, se considera como *incapacidad total y permanente* el estado de invalidez que le

340 Algunas aseguradoras no consideran la pérdida funcional y la limitan solamente a la “pérdida física”.

sobrevenga aun asegurado menor de sesenta y cinco (65) años de edad amparado por la presente extensión, que le produzca lesiones orgánicas o alteraciones funcionales permanentes que le impidan, en forma total y de por vida, desarrollar por sus propios medios *su ocupación habitual de la cual deriva su sustento, o ejecutar aquellas labores compatibles con su educación, formación o experiencia*, siempre que dicha incapacidad haya durado por un período continuo no menor de ciento cincuenta (150) días y no haya sido causada por culpa de la víctima.

Su perjuicio de cualquier otra causa de *incapacidad total y permanente*, se considerará como tal la pérdida total e irreparable de la visión en ambos ojos, la pérdida física o funcional³⁴¹ de las dos manos o de los dos pies, o de una mano y un pie. En caso de las manos, la pérdida deberá presentarse al nivel de la articulación radio carpiana (muñeca) o por encima de ella, y en caso de pies la pérdida deberá presentarse al nivel de la articulación tibio tarsiana (tobillo) o por encima de ella” (el énfasis es nuestro).

Esta definición se relaciona con la *invalidéz total y permanente para el trabajo propio*, estado en que por las condiciones en que se encuentra, a la persona le es imposible ejercer el trabajo habitual generador de los ingresos para su sostenimiento y el de su familia, pero puede prepararse, de acuerdo con su nueva condición de salud, para ejercer por sí mismo otras labores remunerativas.

En conclusión, no estamos ante la incapacidad total y permanente absoluta y, además, podemos ver que respecto de la primera definición, se ha ampliado el ámbito del riesgo, puesto que lo que dicha definición no se encontraba amparado, en esta sí lo está. Siendo consecuentes con el principio universal de contribución, que expresa que a mayor riesgo mayor contribución en el pago de la prima del seguro, esta según la definición debe ser, en cuanto a prima de seguro, más costosa que la primera.

Para la segunda definición también es aplicable el comentario relacionado con el segundo párrafo respecto de la pérdida de pies, manos u ojos, como fue referido en la primera definición comentada.

10.3. El siniestro por incapacidad total y permanente

En primera instancia, es prudente relacionar los pasos que se dan cuando se presenta un siniestro bajo esta cobertura, haciendo claridad de si se trata de reclamar

341 Como se mencionó en la anterior definición, algunas aseguradoras tampoco consideran la pérdida funcional y la limitan solo a la “pérdida física”.

pensión vitalicia ante el Sistema General de Pensiones de la Seguridad Social, o si es reclamo de un capital bajo un seguro privado.

10.3.1. Reclamación de pensión vitalicia ante la seguridad social

A raíz de la reforma a la Seguridad Social por medio de la Ley 100 de 1993, el entonces Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social creó las “Juntas Regionales de Calificación de Invalidez” y la “Junta Nacional de Calificación de Invalidez”, esta última como segunda y definitiva instancia para revisar, dilucidar, confirmar o modificar las decisiones tomadas por la Junta Regional.

Las juntas mencionadas deben, basadas en la documentación suministrada (historia clínica, resultados de exámenes de laboratorio, exámenes clínicos, dictámenes médicos, etc.), establecer las *secuelas definitivas* y en consecuencia la pérdida de capacidad laboral (PCL) del individuo, con base en el Manual Único de Calificación de la Invalidez (MUCI), el cual se encuentra en el Decreto 1507 de 2014.

Los profesionales preparados para el manejo de MUCI han de valorar porcentualmente deficiencia, discapacidad y minusvalía, con base en las secuelas de la enfermedad o accidente causante de ellas, sumarlas y así determinar cuál es, en definitiva la PCL, expresada en porcentaje. En la resolución emanada de la Junta se fija la “fecha de estructuración de la invalidez”, la cual puede ser la misma de la resolución o anterior a esa fecha.

En los casos en que se pretende reclamar pensión vitalicia de invalidez por el Sistema General de Pensiones, la fecha de estructuración determina desde qué momento ha de pagarse, retroactivamente, la pensión asignada, pues se presume que desde la fecha, de acuerdo con las causas de invalidez, el individuo comenzó a vivir dicha situación, fecha que puede estar ubicada el día de la calificación de la PCL o tres, quince, treinta y seis o muchos meses más, atrás de la fecha de calificación. El Sistema General de Pensiones asume los compromisos económicos a través de los entes autorizados para tal efecto, y pagará las rentas vitalicias desde la fecha de estructuración, para lo cual tiene como respaldo las reservas acumuladas durante el tiempo de cotizaciones efectivas del trabajador. Continúa de manera vitalicia hasta la terminación del compromiso, el cual puede involucrar “sustitución pensional” y entonces la obligación terminará cuando fallezca quien recibe dicha renta por sustitución.

10.3.2. Reclamo de capital ante el seguro privado

Cuando se trata de un seguro privado la situación es muy diferente a la mencionada en los párrafos anteriores, desde el punto de vista de “fecha de estructuración”, por

cuanto existen aspectos técnicos y condiciones de coberturas diferentes, tales como periodos de protección (la extensión de incapacidad total y permanente del seguro privado es seguro de cobertura temporal anual), en los que se asume el riesgo sólo si este se realiza dentro del periodo anual contratado, lapso para el cual el asegurador ha hecho la “reserva técnica de riesgos en curso”. Si el riesgo no se realizó durante esa anualidad, la reserva se libera. Una vez liberada la reserva técnica, el asegurador privado también se libera de cualquier responsabilidad que no esté enmarcada dentro del periodo de cobertura de la anualidad. Con base en ello elabora y cierra sus estados financieros y de resultados del año. Esto no sucede con el riesgo de invalidez en el Sistema de Seguridad Social, pues sus consideraciones técnicas se fundamentan en periodos de muy largo plazo y no de solo un año, como se menciona para el seguro privado, para lo cual ha creado sus “reservas matemáticas”.

En concepto de quien sobre estos temas escribe, para el asegurador privado la fecha de realización del riesgo no podría ser otra diferente a aquella de la “calificación de pérdida de la capacidad laboral”, sea esta dada por cualquiera de las juntas de calificación, o por profesional médico particular, o por cualquiera de las entidades o profesionales debida y legalmente autorizadas para calificar invalidez. Es desde ese momento que el individuo calificado “se encuentra oficial y legalmente inválido” ya que con ello está demostrando la ocurrencia del hecho asegurado. Se unen aquí dos temas relacionados con el siniestro, el primero la demostración de la ocurrencia del hecho asegurado y el segundo la fecha de ocurrencia del mismo.

Es importante precisar que bajo la extensión de incapacidad total y permanente, el riesgo que asume el asegurador privado es ese estado de invalidez total y permanente y no la enfermedad o accidente causante de tal condición.

Este asunto se torna relevante en los casos de seguros que protegen deudas, en especial aquellas relacionadas con unidades como la UVR, por cuanto si la junta calificadora decide, con base en los análisis del caso, que la fecha de estructuración está cinco años atrás de la de calificación, y el asegurador privado había dejado de ser el asegurador cuatro años antes, ¿cómo técnicamente puede ese asegurador asumir un riesgo sobre el que no percibe primas, ya no tiene la reserva para riesgos en curso (ese riesgo ya no es de él desde hace cuatro años), y ya cerró, obviamente, sus estados financieros de la época?

Se podría decir que el asegurador sí tiene respaldo a través de las reservas IBNR (reserva para siniestros incurridos pero no reportados), sin embargo, tales reservas tienen un periodo de vida hasta que se extinguen y, además, dependiendo del tipo de riesgos, se calculan con formulaciones especialmente diseñadas para asumir tales eventualidades. En los seguros a corto plazo, como el de incapacidad total

y permanente, el IBNR sirve para los casos de prescripción fijados en nuestra normatividad jurídica.

A manera de ejemplo veamos la incidencia de lo antes expuesto, aclarando que todo lo relatado es hipotético y nada tiene que ver con una realidad en concreto:

El Individuo NN protege una deuda con póliza (individual o de grupo) de Seguros La Protección S.A., a través de las coberturas de vida (seguros por muerte) e incapacidad total y permanente (de esta extensión no importa la definición), asegurado durante el año comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2010, por la suma de \$250.000.000. La póliza pasó a ser atendida con Seguros Preventivos S.A. desde el 1º de enero de 2011, empresa que al 30 de septiembre de 2015 es aún la aseguradora.

El día 23 de agosto de 2015 a Seguros Preventivos S.A. le presentan reclamación en cuantía de \$250.000.000 por incapacidad total y permanente de NN, con base en la Resolución 00371658 de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C., en la cual le asignan una PCL del 66% causada por cáncer metastásico en músculos de miembros superiores. La Junta Regional determinó que la fecha de estructuración se remonta al 12 de noviembre de 2010, día en que le fue diagnosticado “cáncer de estómago”, siendo este cáncer el que con el tiempo se extendió a los músculos de miembros superiores. La patología del estómago le comenzó a impedir el desarrollo de un trabajo continuo adecuado, pues necesitaba constantes irradiaciones que requerían incapacidades temporales cortas. Así prosiguió hasta cuando a finales del año 2011 parece que las radioterapias dieron el resultado esperado; no obstante, a principios del año 2015 tienen recaídas que culminan con el diagnóstico de metástasis en músculos de los brazos.

Surge entonces la siguiente pregunta: ¿Cuál asegurador privado debe asumir el pago del siniestro: a) Seguros la Protección S.A., que por la fecha de estructuración de la invalidez era el asegurador, o b) Seguros Preventivos S.A., actual asegurador de la deuda?

En efecto, Seguros de Protección S.A. asumió el riesgo de “incapacidad total y permanente” durante la anualidad comprendida entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2010. En esta anualidad médicamente se determinó sólo el padecimiento de cáncer en el estómago, patología que, como ya se mencionó, requirió incapacidades temporales para su atención, pero no hubo definición de secuelas definitivas que ameritaran calificación de PCL. Se veían posibilidades de curación por vía de las radioterapias, a lo que se procedió. Para el año 2010 no se configuró siniestro que diera origen a reclamación valedera.

¿Es entonces factible que lo que no fue siniestro el año 2010, lo sea tres años y medio después, por virtud de la “fecha de estructuración”? Al 2015 Seguros la Protección S.A. ha cerrado ya sus eventuales compromisos en razón a que los riesgos que asume son de corto plazo, de un año, como ya se mencionó. Técnicamente, tampoco se tiene el respaldo para asumir siniestros que se comenzaron a gestar varios años atrás por una patología determinada, pues la extensión de incapacidad total y permanente ampara únicamente ese estado (la invalidez ya definitiva) y no las enfermedades o accidentes que, con el correr del tiempo, dieron origen a tal estado de invalidez.

Seguros Preventivos S.A. es quien asegura la deuda del señor NN durante la anualidad comprendida entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 2015, periodo en que se hace y promulga oficialmente la Resolución 00371658 de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C., resolución mediante la cual se oficializa legalmente la condición de invalido total y permanente del asegurado NN. La citada resolución fija un momento a partir del cual el individuo es receptor de los beneficios y derechos que su condición de inválido le concede. Se puede concluir, entonces, que quien tiene el compromiso de pagar el siniestro es, para nuestro ejemplo, Seguros Preventivos S.A.

Con la promulgación de la Resolución 00371658 citada, uno de los derechos que NN adquiere bajo la normatividad de la seguridad social, es el recibo, a partir de esa fecha, de una renta vitalicia, renta cuyo pago no se contempla antes de la fecha de calificación de la PCL, salvo la retroactividad relacionada con la fecha de estructuración. Esto último aplicable, solamente, a los casos de invalidez total y permanente que se relacionan con la Seguridad Social.

10.4. La invalidez total y permanente en seguros de vida individual y en seguros de grupo

Conviene hacer precisión sobre la incidencia de la invalidez total y permanente según el tipo de seguro al que aplica la extensión, pues si para vida individual implica el pago de un capital, sin afectar para nada el seguro básico por muerte, el cual continúa en vigor por virtud de la exoneración del pago de primas, en los seguros de grupo (vida o deudores) el pago de capital hecho por esta extensión corresponde a “pagar, en vida del asegurado, el capital asegurado en el amparo básico por muerte” y, en consecuencia, finaliza la vinculación del asegurado en el seguro de grupo.

10.4.1. Principales exclusiones

- Suicidio o las consecuencias de su intento dentro del período de carencia establecido por el asegurador en la cobertura básica por muerte.
- Terrorismo.
- Consecuencias derivadas de “riesgos políticos”.
- Participación voluntaria en riñas y peleas.
- Consecuencia de la práctica de deportes peligrosos o de alto riesgo, así como competencias de velocidad.

10.5. Muerte accidental o desmembración

Los seguros de vida (muerte por cualquier causa) pueden complementarse con la cobertura denominada “muerte accidental o desmembración”, la cual es conocida genéricamente en el argot de seguros como “la doble”. También se nombran algunas aseguradoras como “Convenio de Indemnización Adicional por Muerte Accidental y Beneficios por Desmembración”. Sin importar el nombre que le sea asignado, el alcance del seguro es el mismo, el cual se menciona enseguida.

10.6. Definición de accidente

Para que el hecho se encuentre amparado por la presente extensión, es necesario que se ajuste a la siguiente *definición de accidente personal*, la que de manera genérica se enmarca dentro de los siguientes términos:

Se considera como accidente personal la muerte o la pérdida de miembros, órganos o facultades, producidas por la acción directa y exclusiva de un hecho súbito, fortuito, violento, de origen externo, que sobrevenga independientemente de la participación de la voluntad.

10.7. Objetivos de la extensión

El objetivo primordial de la extensión es “pagar un capital, adicional al del seguro básico por muerte, si el fallecimiento sobreviene por causa directa y exclusiva de un hecho accidental”. De ahí su entidad “la doble”, pues si un asegurado protegido en el seguro básico por \$100.000.000 y por otros \$100.000.000 en caso de muerte por accidente, fallece en un hecho de tal naturaleza, recibirá el capital contratado en cada amparo, es decir, \$100.000.000 por el solo hecho de fallecer y otros \$100.000.000 por cuanto la muerte sobrevino como consecuencia de un accidente. A la postre, los beneficiarios reciben la suma \$200.000.000 que es dos veces asegurado el capital en el básico.

El objetivo secundario se relaciona, no con la muerte en accidente, sino con las *pérdidas físicas* que el asegurado pueda sufrir por virtud de un accidente (*desmembración*), las cuales le puedan generar estados de incapacidad permanente, sea esta parcial o total. Por ello se trata de una extensión que tiene estrecha relación con la de incapacidad total y permanente, y sobre la cual se fijaron los conceptos del caso.

Tratándose de “desmembración”, la extensión se refiere a la pérdida física de pies, manos u ojos, definiendo cuando tales pérdidas pueden ser objeto de la cobertura, así:

- En el caso de los pies, la pérdida física (amputación) deberá darse a nivel del tobillo o articulación tibio-tarsiana o por encima de ella. Si se pierde un solo miembro, el compromiso es pagar el 50% del capital asegurado en la extensión. Si la pérdida afecta a los dos, se paga el 100%.
- En cuanto a las manos, la pérdida física (amputación) deberá darse a nivel de la muñeca o articulación radio-carpiana o por encima de ella. Si se pierde una sola mano, el asegurado recibe el 50% del capital asegurado en la extensión, pero si interesa las dos manos, se paga el 100%.
- En relación con los ojos deberá darse la pérdida total e irreparable de la visión, no siendo necesaria la enucleación del globo ocular. Aquí también es aplicable la relación de pagos en cuanto si es uno solo o ambos ojos los que se pierden por razón del hecho accidental.

Conviene destacar tres aspectos de importancia propios de la cobertura:

- La primera, que las pérdidas deben ser completas y no parciales, lo cual significa que no hay cobertura para pérdidas de dedos o falanges, o pérdidas parciales de los pies o las manos.
- La segunda, que no se cubren pérdidas funcionales ni hay protección a la invalidez sobrevenida por un hecho accidental. Basta con el nombre de la extensión para delimitar sus alcances: muerte accidental o desmembración (MAD).
- Y una tercera como es la estrecha relación que guarda con la extensión de incapacidad total y permanente ya tratada, en razón a que cuando se habla de pérdida física de miembros, si sobreviene la pérdida de dos de ellos, se configura una incapacidad total y permanente, tal como se fija en la definición del amparo.

10.8. El homicidio intencional como hecho accidental

Tema de gran importancia en nuestro medio asegurador, en vista de la frecuencia con que sucede.

Muchos casos de homicidio se dan sin que sean intencionales, hechos en los que no hay participación de la voluntad de quien lo causa ni de la víctima; eso encaja perfectamente con la definición de accidente. No obstante, otros casos pueden mimetizarse bajo las características de hecho accidental, aunque detrás del acto medie la voluntad de alguien de causar la muerte o el daño, en cuyo caso dejaría de ser un accidente.

Los aseguradores han diseñado, por la necesidad creada, extensiones de coberturas propias para cubrir tales eventos, las cuales tienen diferentes nombres aunque el objetivo final es el mismo, tales como: “Convenio de Indemnización por muerte causada intencionalmente por terceros con arma de fuego, cortante, punzante o contundente”, o simplemente: “Extensión al homicidio intencional como hecho accidental”.

Técnicamente hablando, se amplía el ámbito de realización del riesgo, por cuanto es exclusión expresa, mediante una cláusula particular se elimina y considera como evento cubierto por la extensión. En consecuencia, requiere prima adicional a la originalmente cobrada, recaudo que cada asegurador fija de acuerdo con sus estadísticas y propios resultados a través del tiempo.

En cualquiera de los casos mencionados, lo que se persigue con esta ampliación es “eliminar la explosión del homicidio intencional”, considerando el hecho como un accidente. No pretende otorgar un capital adicional por ser la muerte por homicidio.

10.9. Principales exclusiones

- Enfermedades y/o sus consecuencias.
- Suicidio o las consecuencias de su intento.
- Homicidio intencionalmente causado por terceras personas o las consecuencias de su intento.
- Picaduras de insectos o mordeduras de animales, con respecto a las consecuencias derivadas de la inoculación de enfermedades.
- Terrorismo.
- Consecuencias derivadas de “riesgos políticos”.
- Consecuencias de participar en competencias de velocidad.
- Participación voluntaria en riñas y peleas.
- Consecuencias de las prácticas de deportes peligrosos o de alto riesgo en competencias de velocidad.

10.10. El siniestro en muerte accidental o desmembración

No todos los hechos violentos son resultado de casos accidentales. Muchos sí lo son porque tienen todas las características propias de lo que se define es un accidente,

otros tantos pretenden aparentar serlo. En cualquiera de los planteamientos, es menester el cumplimiento de las obligaciones de quien reclama, es decir, demostrar la ocurrencia la cuantía. La segunda no tiene mayor dificultad, pues en esta clase de seguros el capital está determinado desde el inicio del contrato. Pero la primera sí es compleja en su demostración, por cuanto no basta con lo observado en la primera vista (las marcas o consecuencias de un hecho violento como un suicidio, un homicidio, etc.), sino que ha de demostrarse que tiene todas las características de ser un hecho accidental.

Generalmente, quien reclama no conoce de seguros y no tiene el bagaje necesario para demostrar la ocurrencia como lo exigen las normas legales, por lo que es el asegurador quien puede orientarlo adecuadamente para cumplir con tales exigencias, o también puede valerse de un profesional en derecho conocedor de estos temas para proceder de conformidad.

La demostración de la ocurrencia en los términos del contrato podría requerir un tiempo mayor que el usual, cuando los hechos generadores del acto violento no son muy claros y existe la duda de si hubo participación de la voluntad del asegurado o de un tercero. No basta con la certificación del juzgado en donde cursa el proceso, en el sentido de que “los causantes están en averiguación”, ya que ello no demuestra absolutamente nada para el asegurador, salvo que hubo una muerte violenta.

10.11. Enfermedades graves (EG)

En esta otra clase de extensión que ofrece protección económica a un asegurado, cuando su estado de salud se ve atacado por patologías de especial gravedad, causándole deterioros en su integridad física y/o reduciéndole su capacidad productiva.

Es posible considerar que las enfermedades graves objeto de la extensión pueden llevar, en relativo corto plazo, a la muerte del asegurado, debido a la gravedad de aquellas. Tal consideración ha conducido a diseñar tres tipos de cobertura diferentes entre sí, como se verá más adelante, las que también pueden mirar enfermedades diferentes, patologías que por la época, finales del año 2004, resaltan por su peligro.

En primer lugar, obliga a la precisión de manifestar que *no se trata de un seguro de salud con carácter indemnizatorio de gastos médicos, sino de un seguro de beneficio* como lo es el seguro de vida. Basta con que haya un diagnóstico adecuadamente sustentado del padecimiento de una de las enfermedades nombradas y consideradas graves para el seguro, para que se active este, en el sentido de generar el pago de un dinero. Ese dinero lo destinará el asegurado para lo que considere pertinente, sea la atención de los gastos médicos necesarios para su tratamiento,

sea la creación de un fondo para el manejo fiduciario de sus dineros, para gozar de un viaje en sus últimos años, en fin, para lo que mejor crea el asegurado afectado. De esta manera, la obligación del asegurador termina cuando hace el pago convenido.

10.12. Modalidades de la extensión

Como segundo punto podemos mencionar las diferentes modalidades de manejo del seguro, a saber:

- Como *anticipo* porcentual del capital asegurado en la cobertura básica por muerte: 25, 50 o 75%, según se haya convenido entre las partes, razón por la cual, una vez atendido el pago, disminuye la misma cantidad del valor convenido para el seguro de vida. Así las cosas, a la muerte del asegurado se pagará la diferencia resultante luego de haber disminuido el seguro. La tarifa de esta particularidad, aunque está en función de la edad del asegurado, no es muy costosa, por cuanto implica el pago anticipado de un seguro de vida, el cual será pagado, muy posiblemente, en un período muy corto de tiempo. En la tarifa influyen también las enfermedades por la cuales se conceda la cobertura.
- Como *capital adicional* al seguro sobre la vida, sin causar efecto alguno en el capital convenido para la cobertura básica por muerte. El capital para asegurar por esta modalidad puede oscilar entre 50 y 100% del seguro de vida, según las políticas y normas de suscripción establecidas por cada aseguradora. Bajo esta modalidad, el fallecimiento del asegurado con posterioridad al pago por enfermedad grave, dará derecho al asegurado de recibir el 100% del capital asegurado en su seguro por muerte, sin ninguna reducción. La tarifa, siguiendo el principio universal de contribución, será más alta que la modalidad de anticipo, precisamente por tratarse de un capital adicional y, obviamente, dependiendo de las enfermedades que se establezcan como graves para la cobertura.
- Como seguro individual no dependiente de otras coberturas, caso en que la determinación del capital que se asegura estará delimitada por factores de políticas de suscripción de cada aseguradora. En modalidades como la comentada, aunque la tarifa depende de la edad alcanzada por el asegurado y las patologías a cubrir, será aún más costosa por cuanto se trata de un seguro aislado.

10.13. Las enfermedades cubiertas

Se hace relación de las enfermedades consideradas graves y cubiertas por el seguro, destacando que pueden ser adicionadas o eliminadas según sean los de-

sarrollos de las tecnologías médicas, las medicinas de control, etc., o las nuevas patologías que puedan surgir a través del tiempo:

- Cáncer (Ca).
- Accidente cerebro-vascular o derrame cerebral (ACV).
- Insuficiencia renal crónica (ICR).
- Infarto agudo al miocardio (IAM).
- Revascularización cardíaca (bypass coronario).
- Cirugía de la aorta.
- Reemplazo de válvulas del corazón.
- Esclerosis múltiple (EM).
- Trasplante de órganos.
- Ceguera.
- Parálisis.
- SIDA (no en todos los casos).

Existen otras enfermedades de mucha gravedad que requieren capitales muy importantes para su atención. Al no estar nombradas dentro de la extensión en comentario, no son objeto de la cobertura. Además, como se expresó al inicio de este aparte, basta con el diagnóstico positivo de la afección para activar el pago del capital que se asegura.

10.14. Limitaciones y exclusiones

- **Carencia:** cuando la extensión es emitida por primera vez, se establece un tiempo de noventa días corrientes durante el cual, si al asegurado le es diagnosticada una de las enfermedades objeto de la cobertura, no hay lugar a pago alguno del seguro. Una vez sobrepasados los noventa días en mención, el diagnóstico de la enfermedad ya está ante un eventual siniestro atendible bajo la extensión.
- **Sobrevivencia:** a partir de la fecha del diagnóstico de la patología, está fijado un periodo de treinta días corrientes durante el cual, para el asegurador, no se configura aún reclamo. En otros términos, para que al asegurador le pueda surgir responsabilidad alguna, el asegurado afectado ha de sobrevivir durante los treinta días referidos. En caso contrario, no hay activación de la extensión para un eventual pago de seguro.
- **Exclusiones:** en adición a las enfermedades y/o condiciones preexistentes a la iniciación del seguro, el asegurador establece las exclusiones adecuadas y de acuerdo con cada una de las patologías.

ANEXO # 1

CÁLCULOS RESUMIDOS DE LAS DIFERENTES PRIMAS (TASAS) DEL SEGURO DE VIDA

Edad 37 años Hombre

Capital asegurado individual (CA)	\$1.000,00
Interés técnico i	3%
Tiempo de seguro	7 años

x	l_x	d_x	q_x	e_x^0	Prima (tasa)		PAGOS FUTUROS			APORTES	
					Natural	Neta Natural	Valor Presente	Pagos futuros	Valor Pte	Valor Presente	Valor Pte
(Edad)	(Vivos)	(Muertos)	(Probab.)	(Esperanza)			\$1 al 3% anual	(sinistros)	Pagos futuros	\$1 al 3% anual	Aportes futuros
37	93.801	365	0,003891217	40,33	3,891216512	3,891216512	1	365.000	365.000,0000	1,000000000	93.802,0000
38	93.436	365	0,003906417	39,49	3,906417227	3,906417227	1	365.000	365.000,0000	1,000000000	93.437,0000
39	93.071	365	0,003921737	38,64	3,921737168	3,921737168	1	365.000	365.000,0000	1,000000000	93.072,0000
40	92.706	366	0,003947965	37,79	3,947964533	3,947964533	1	366.000	366.000,0000	1,000000000	92.707,0000
41	92.340	367	0,003974442	36,94	3,974442279	3,974442279	1	367.000	367.000,0000	1,000000000	92.341,0000
42	91.973	368	0,004001174	36,09	4,001174258	4,001174258	1	368.000	368.000,0000	1,000000000	91.974,0000
43	91.605	369	0,004028164	35,23	4,028164402	4,028164402	1	369.000	369.000,0000	1,000000000	91.606,0000
									2.565.000,0000		648.939,0000

Cálculo de la Prima (tasa) Natural o costo de contingencia	$(d_x * CA) / l_x$	
Cálculo de la Prima (tasa) Neta Natural	$((d_x * CA) / l_x) / (1 + i)^n$	
Cálculo de la Prima (tasa) Única Neta individual	$(\sum Vr Pte pagos Futuros) / l_{x1}$	
Cálculos para obtener la Prima (tasa) Neta Nivelada		
Prima (tasa) Única Neta equivalente a un seguro anual de \$1.000 en 7 años dividido entre el valor de la...	$(\sum Vr Pte pagos Futuros) / l_{x1}$	®
Prima (tasa) Única Neta equivalente a una prima uniforme anual de \$1	$(\sum Vr Pte pagos Futuros) / l_{x1}$	μ
Prima (tasa) Neta Nivelada resultante	$[(® * 1) / \mu] = 3,517177812$	

ANEXO #2

CÁLCULOS DE PRUEBA DE SUCIENCIA DE LA PRIMA (TASA) NETA NIVELADA Y RESERVA MATEMATICA
SEGURO DE VIDA INDIVIDUAL

Interés técnico 3%			Capital Asegurado 1000			Duración del seguro 7 años					
x	l_x	d_x	Prima (tasa)	Prima (tasa)	Primas	Reserva año	Monto al	Monto con	Siniestros a	Reserva	Reserva
(Edad)	(Vivos)	(Muertos)	Neta Natural	neta nivelada	recaudadas	anterior	inicio del año	interes año	pagar	Matemática	media
37	93.801	365	3,777880108	3,834857218	359.713,4419		359.713,4419	370.504,8452	365.000	5.504,84518	0,058915677
38	93.436	365	3,906417227	3,834857218	358.313,7190	5.504,845184	363.818,5642	374.733,1212	365.000	9.733,12115	0,104577378
39	93,071	365	3,921737168	3,834857218	356,913,9962	9,733,121153	366,647,1173	377,646,5308	365.000	12,646,53083	0,136415451
40	92,706	366	3,947964533	3,834857218	355,514,2733	12,646,530829	368,160,8041	379,205,6282	366.000	13,205,62822	0,143010919
41	92,340	367	3,974442279	3,834857218	354,110,7155	13,205,628225	367,316,3438	378,335,8341	367.000	11,335,83407	0,123251759
42	91,973	368	4,001174258	3,834857218	352,703,3229	11,335,834068	364,039,1570	374,960,3317	368.000	6,960,33171	0,075982007
43	91,605	369	4,028164402	3,834857218	351,292,0955	6,960,331709	358,252,4272	369,000,0000	369.000	0,00000	-

Gráfico # 1

Gráfico # 2

Gráfico comportamiento de Tasa Neta Nivelada vs Tasa Neta Natural

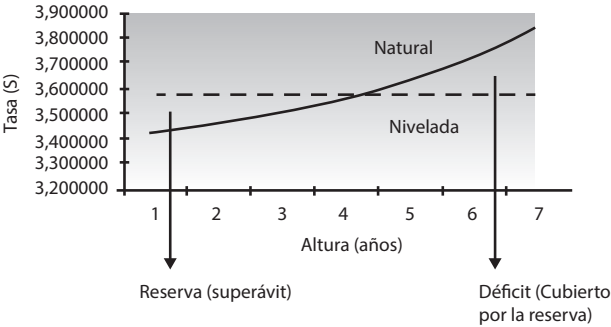
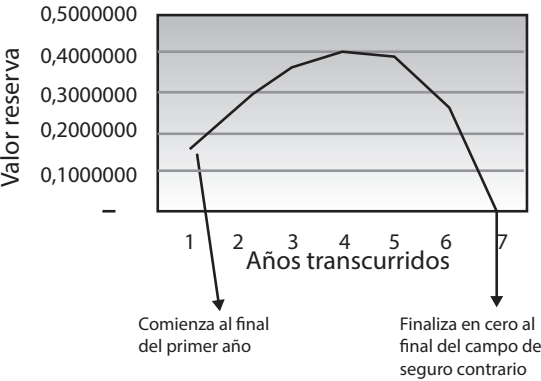


Gráfico comportamiento "Reserva matematica Media"



ANEXO # 1

CÁLCULOS RESUMIDOS DE LAS DIFERENTES PRIMAS (TASAS) DEL SEGURO DE VIDA

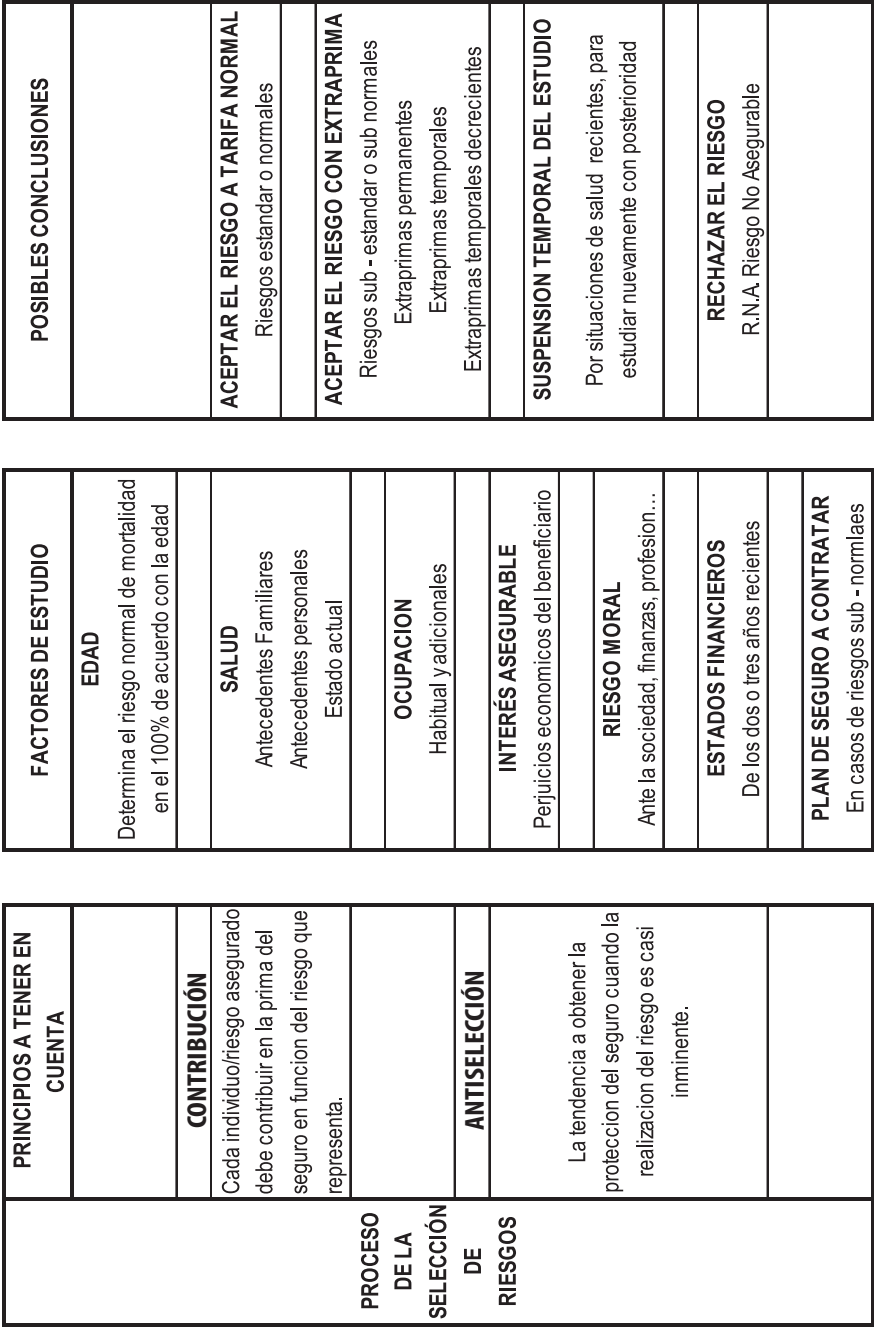
Edad 37 años Hombre

Capital asegurado individual (CA)	\$1.000,00
Interés técnico i	3%
Tiempo de seguro	7 años

x	l_x	d_x	q_x	e_x^0	Prima (tasa)		PAGOS FUTUROS			APORTES	
					Natural	Neta Natural	Valor Presente	Pagos futuros	Valor Pte	Valor Presente	Valor Pte
(Edad)	(Vivos)	(Muertos)	(Probab.)	(Esperanza)			\$1 al 3% anual	(sinistros)	Pagos futuros	\$1 al 3% anual	Aportes futuros
37	93.801	365	0,003891217	40,33	3,891216512	3,891216512	1	365.000	365.000,0000	1,000000000	93.802,0000
38	93.436	365	0,003906417	39,49	3,906417227	3,906417227	1	365.000	365.000,0000	1,000000000	93.437,0000
39	93.071	365	0,003921737	38,64	3,921737168	3,921737168	1	365.000	365.000,0000	1,000000000	93.072,0000
40	92.706	366	0,003947965	37,79	3,947964533	3,947964533	1	366.000	366.000,0000	1,000000000	92.707,0000
41	92.340	367	0,003974442	36,94	3,974442279	3,974442279	1	367.000	367.000,0000	1,000000000	92.341,0000
42	91.973	368	0,004001174	36,09	4,001174258	4,001174258	1	368.000	368.000,0000	1,000000000	91.974,0000
43	91.605	369	0,004028164	35,23	4,028164402	4,028164402	1	369.000	369.000,0000	1,000000000	91.606,0000
									2.565.000,0000		648.939,0000

Cálculo de la Prima (tasa) Natural o costo de contingencia	$(d_x * CA) / l_x$	
Cálculo de la Prima (tasa) Neta Natural	$((d_x * CA) / l_x) / (1 + i)^n$	
Cálculo de la Prima (tasa) Única Neta individual	$(\sum Vr Pte pagos Futuros) / l_{x1}$	
Cálculos para obtener la Prima (tasa) Neta Nivelada		
Prima (tasa) Única Neta equivalente a un seguro anual de \$1.000 en 7 años dividido entre el valor de la...	$(\sum Vr Pte pagos Futuros) / l_{x1}$	®
Prima (tasa) Única Neta equivalente a una prima uniforme anual de \$1	$(\sum Vr Pte pagos Futuros) / l_{x1}$	μ
Prima (tasa) Neta Nivelada resultante	$[(® * 1) / \mu] = 3,517177812$	

ANEXO # 4
PROCESO ESQUEMÁTICO DE LA SELECCIÓN DE LOS RIESGOS EN LOS SEGUROS DE PERSONAS



Anexo 5

Relación de aspectos jurídicos propios de los seguros de personas

El Código de Comercio colombiano en el capítulo III: Seguros de personas, sección I y sección II, consigna los artículos relacionados con “los principios comunes a los seguros de personas” y en particular con el seguro de vida.

- ART. 1137. INTERÉS ASEGURABLE Y CONSENTIMIENTO DEL ASEGURADO
- ART. 1138. VALOR DEL INTERÉS ASEGURABLE
- ART. 1139. NO HAY SUBROGACIÓN CONTRA CAUSANTES DEL SINIESTRO
- ART. 1140. AMPAROS QUE TIENEN CARÁCTER INDEMINIZATORIO
- ART. 1141. BENEFICIARIOS A TÍTULO GRATUITO U ONEROSO
- ART. 1142. BENEFICIARIOS SUPLETIVOS
- ART. 1143. MUERTE SIMULTÁNEA DEL ASEGURADO Y DEL BENEFICIARIO
- ART. 1144. SEGURO DE VIDA DEL DEUDOR
- ART. 1145. AUSENCIA DEL AEGURADO Y DECLARACIÓN DE MUERTE PRESUNTA
- ART. 1146. DESIGNACIÓN Y REVOCACIÓN DE BENEFICIARIOS
- ART. 1148. DERECHOS DEL BENEFICIARIO SEGÚN LO SEA A TÍTULO GRATUITO U ONEROSO
- ART. 1149. CESIÓN DEL CONTRATO Y CAMBIO DE BENEFICIARIO
- ART. 1150. PÉRDIDA DEL DERECHO DEL BENEFICIARIO
- ART. 1151. INCUMPLIMIENTO EN EL PAGO DE LA PRIMERA PRIMA
- ART. 1152. TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR NO PAGO DE LA PRIMA
- ART. 1153. INCUMPLIMIENTO DESPUÉS DE PAGAR PRIMAS POR DOS AÑOS
- ART. 1155. OPCIONES DEL ASEGURADO SOBRE EL VALOR DE CESIÓN
- ART. 1156. APLICACIÓN DEL VALOR DE CESIÓN AL ARBITRIO DEL ASEGURADOR
- ART. 1158. SEGURO SIN EXAMEN MÉDICO
- ART. 1159. REVOCACIÓN UNILATERAL
- ART. 1160. CADUCIDAD DEL DERECHO DE REDUCIR EL VALOR DEL SEGURO
- ART. 1161. INEXACTITUD RESPECTO DE LA EDAD

En adición a los anteriores deben tenerse en cuenta otros artículos, así sean de los seguros generales, pero que tienen aplicación en personas, tales como:

- ART. 1055. ACTOS INASEGURABLES
- ART. 1058. DECLARACIÓN DEL TOMADOR SOBRE EL ESTADO DEL RIESGO
- ART. 1059. RETENCIÓN DE LA TOTALIDAD DE LA PRIMA A TÍTULO DE PENA
- ART. 1068. MORA EN EL PAGO DE LA PRIMA
- ART. 1076. OBLIGACIÓN DE DECLARAR SEGUROS COEXISTENTES
- ART. 1077. CARGA DE LA PRUEBA
- ART. 1078. REDUCCIÓN O PÉRDIDA DE LA INDEMNIZACIÓN
- ART. 1080. OPORTUNIDAD PARA EL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN

XIV. LOS INTERMEDIARIOS DE SEGUROS: SU CONTRATACIÓN ENTRE PARTICULARES Y CON ENTIDADES ESTATALES



CÉSAR AUGUSTO NÚÑEZ VILLALBA³¹⁸

1. Concepto, idoneidad, naturaleza jurídica e importancia de los intermediarios

1.1. Concepto

El Artículo 9º del Decreto 655 de 1925 define al intermediario de seguros como la persona que interviene “de cualquier manera, directa o indirectamente por cuenta de terceros, en la celebración de negocios de seguros”. Esta definición tiene varias imprecisiones, como la de “cualquier manera”, “directa o indirectamente por cuenta de terceros”; estas expresiones dan la sensación de que en el ejercicio de su actividad, los intermediarios no están sujetos a una normatividad y reglamentos, lo cual es muy contrario a la realidad. Son más ajustadas, aunque no del todo, a la realidad fáctica y a la técnica jurídica, las definiciones contenidas en los, Artículos 40 y 41 del Decreto 663 de 1993 sobre corredores de seguros, sobre agentes

318 Abogado. Magíster en Derecho de Seguros, docente en la Especialización de Seguros de la Universidad Externado de Colombia; fue docente de las Universidades Javeriana, La Sabana, Eafit de Medellín y Autónoma de Bucaramanga. Autor de varios ensayos en Derecho de seguros. Miembro de la Asociación Colombiana de Derechos de Seguros – ACOLDESE.

colocadores de pólizas de seguro y capitalización, respectivamente, al describir como actividad principal de dichos intermediarios el ofrecimiento de seguros, promover la celebración de contratos de seguros y obtener la renovación de los mismos; afirmo que es incompleta la descripción transcrita, porque es conocido que los intermediarios prestan además una verdadera asesoría permanente a sus clientes durante la etapa precontractual y contractual, tal como lo comentamos enseguida.

1.2. Importancia de los intermediarios de seguros

Mediante el contrato de seguro las personas denominadas tomadores o asegurados protegen su patrimonio contra los diversos riesgos a que están expuestos los bienes y demás intereses patrimoniales, los cuales en caso de ocurrir el riesgo, cuyo suceso se denomina siniestro, son indemnizadas, evitando de este modo la disminución o pérdida de su patrimonio. Otro tanto ocurre con los seguros llamados de personas, que tienen carácter de seguros de daños, como lo son los seguros de salud, los de hospitalización y cirugía, de Vida Grupo Deudores, que protegen al acreedor por la eventual muerte del deudor de una obligación dineraria, indemnizando a aquél el saldo de la obligación al momento del fallecimiento del deudor. De ahí que el contrato de seguro es un contrato que tiene características legales y técnicas específicas, lo que implica para el tomador o asegurado tener la certeza de que al celebrarlo y ante la ocurrencia de un siniestro, será indemnizado, ya sea porque tenía los amparos adecuados al riesgo, con un valor asegurado que no tenga infraseguro o supraseguro o porque cumplió con sus obligaciones que la ley le impone como tomador, asegurado o beneficiario en la etapa precontractual, en la contractual y al momento del siniestro, en especial no ser inexacto ni reticente en la declaración de asegurabilidad, el pago de la prima o el cumplimiento de garantías o información de hechos que signifiquen agravación objetiva del estado de los riesgos asegurados. Pero para que esto ocurra se requiere que el tomador obre con diligencia y buena fe, además de tener conocimiento de sus obligaciones contractuales, requiriendo una asesoría, siendo la persona indicada por excelencia, aparte del asegurador, el Intermediario de seguros, quien con su experiencia y conocimientos, prestará al tomador o asegurado antes y durante la vigencia de la póliza, una asesoría invaluable, rayando en lo imprescindible. Otra labor importante del intermediario es la de velar para que los contratos de seguro se renueven a su vencimiento, pues aquellos generalmente tienen vigencia anual, salvo las pólizas judiciales, algunas garantías de cumplimiento y los seguros de transporte.

Para las compañías de seguros, los intermediarios de seguros tienen gran importancia en los siguientes aspectos:

- a. Tienen la principalísima actividad de promover la celebración de contratos de seguros, es decir, son quienes le consiguen a las aseguradoras la gran mayoría de los contratos de seguros que estas celebran, constituyéndose en la fuente principal de las ventas de seguros y por consiguiente de los ingresos, traducidos en la prima de seguros que pagan los tomadores. Dentro de la actividad mencionada anteriormente, el intermediario al asesorar al tomador, obtiene para éste un aseguramiento acertado, lo que implica que al momento del siniestro, el asegurado o beneficiario sea indemnizado, redundando en beneficio de las partes del contrato de seguros y en la buena imagen de la industria de seguros y de los propios intermediarios.
- b. Para el Estado colombiano, para la sociedad y para las compañías de seguros, los intermediarios son un auxiliar valioso y un filtro, en la prevención de lavado de activos, ya que ellos son quienes conocen a su cliente y deben dar por escrito, fe del conocimiento del tomador y en especial de que los dineros del pago de las primas tienen procedencia legal, salvo las excepciones previstas en la ley³¹⁹.
- c. Desde el punto de vista de la Ley 1581 de 2012 (Habeas Data de protección de datos principales), el intermediario de seguros es el primer canal de comunicación entre el tomador y la aseguradora, pues es el receptor de la información personal del tomador persona natural, para ser entregada al asegurador, ya sea para la cotización o celebración del contrato de seguros.
- d. Para la Superintendencia Financiera de Colombia, entidad que por ley es la encargada de vigilar al sector financiero, a las compañías de seguros, a los corredores de seguros y de manera indirecta a todas las demás personas naturales que ejercen la actividad de intermediación de seguros, tiene gran importancia que dichos intermediarios sean idóneas en cuanto se relaciona con el conocimiento y capacidad técnica sobre la actividad aseguradora para que le puedan prestar una asesoría eficiente y eficaz a sus clientes, vale decir a los tomadores de seguros. Esta exigencia también comprende el deber de información previa integral relacionada con el contrato de seguro, a la vez que estableció la obligatoriedad de tener un Código de Ética y Conducta, aplicables

319 Los Artículos 102 a 105 del Decreto 663/93, constituyen la normatividad marco en materia de prevención de lavado de activos, en concordancia con las leyes 365/97 y 526/99 y las circulares externas 61/96, 12/99 de la Superintendencia Financiera.

a las personas que ejerzan la intermediación de seguros. Para lograr este objetivo expido la Circular Externa 050 de Diciembre 28 de 2015, que fue incorporada en la Circular Básica Jurídica 029 del año 2014. En capítulos posteriores analizaremos con más detalles, dicha circular.

Dada la importancia que tiene el intermediario de seguros, de acuerdo con lo expuesto brevemente, todo tomador de seguros debería contar con un intermediario de seguros, pero frente a esta afirmación, es importante hacer una aclaración, consistente que en nuestro derecho positivo no existe obligación para el tomador de contratar o designar un Intermediario de seguros, lo que correlativamente conlleva la facultad que tienen las aseguradoras de suscribir contratos de seguro sin intermediarios. (Artículo 2.30.1.1.2 Decreto 2555 de 2010).

1.3. Naturaleza jurídica

No pretendo mediante este simple compendio de ideas, agrupado por temas, el hacer un análisis exhaustivo de tan compleja figura contractual, tan solo expresaré mi opinión, muy somera por cierto, apoyándome en las normas y la jurisprudencia. Para ser exacto, me referiré a la naturaleza jurídica de dos clases de contratos diferentes, uno el de los intermediarios con la aseguradora y el otro, con su “cliente”, quien es el tomador a quien está ligado contractualmente por vía de hecho salvo, excepción con las entidades estatales, a quienes está vinculado por contrato escrito, previo cumplimiento del proceso de selección contenido en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1510 de 2013, que se analizará en un capítulo separado.

1.3.1. Contrato de los intermediarios con la aseguradora

Si bien es cierto que la autorización para el ejercicio de la actividad de los intermediarios de seguros con algunas excepciones, está adscrita a una entidad pública, la Superintendencia Financiera de Colombia, y que todos tienen una actividad común, promover la celebración de contratos de seguros, por lo que algunas normas le son aplicables en general a todos los intermediarios, también es cierto, que existen algunas normas que se aplican específicamente a cada uno de ellos, lo que conlleva a que la naturaleza jurídica del contrato, es diferente.

De acuerdo con lo expuesto, la naturaleza jurídica del contrato que une al agente colocador de pólizas de seguros dependiente con la aseguradora, es de naturaleza laboral y se rige por las normas del Código Sustantivo del Trabajo, por estar ligado a aquella, con un contrato de trabajo.

Con el agente colocador de pólizas de seguros independiente, el contrato será de naturaleza mercantil atípico, por la actividad que realiza el intermediario, ser de esta misma naturaleza, y por ser el agente un auxiliar valioso en el desarrollo del objeto social de una empresa comercial como lo es la aseguradora. Además tampoco tiene una reglamentación legal específica para este contrato.

El contrato que celebra la agencia de seguros con la aseguradora, es un contrato de naturaleza mercantil atípico, por ambas partes tener la calidad de comerciantes.

El calificativo de contrato atípico lo dio la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, mediante sentencia del 22 de octubre de 2001, Magistrado Ponente Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles, Expediente No. 5817, cuando dijo en la parte pertinente de dicha providencia: “Si, como acaba de demostrarse, el contrato de agencia de seguros no es una particular expresión del de agencia comercial en el ámbito de los seguros, sino que tiene una entidad propia; y si tampoco se encuentra reglado de manera específica por el ordenamiento, débese concluir que se trata de un contrato atípico, sometido, subsecuentemente, a los principios que gobiernan esa especie de pactos.

Por ende, para efectos de establecer las reglas jurídicas que lo disciplinan, debe acudirse, como ya se expresara, primeramente a las estipulaciones contractuales siempre y cuando, claro está, no sean contrarias a normas imperativas, particularmente a aquellas que regulan la actividad de la agencia de seguros, el profesionalismo del agente, sus inhabilidades, etc. Así mismo deberán atenderse, tanto, las normas generales relativas a todo contrato, como aquellas derivadas de la costumbre, debidamente acreditada en el proceso. Y como ya se acotara, cualquier vacío que unas y otras no suplan, deberá colmarse con la aplicación analógica de los preceptos que reglen situaciones semejantes”.

También en esta misma sentencia, la Honorable Corte Suprema estimó que al contrato que celebran las agencias de seguros con las aseguradoras no se le aplica el Artículo 1324 del Código de Comercio, que establece una especie de prestación a favor de la agencia, equivalente a una doceava parte del promedio de comisiones devengadas en el último año, pagadera a la terminación del contrato, por no ser la agencia de seguros de la naturaleza jurídica de la agencia comercial, según el texto que se transcribe: “En conclusión, si bien el contrato de agencia de seguros constituye una forma de intermediación –solo que en el ramo especializado de los seguros-, y presupone la organización de una empresa independiente y estable, que son rasgos que también ostenta el contrato de agencia comercial; cabe decir, sin embargo, que no se pueden identificar uno y otro contrato, habida cuenta de que las notas características del primero brotan del negocio o actividad sobre el que debe versar y, en consideración al objeto de las obligaciones, su

finalidad y desenvolvimiento, lo que permite concluir que constituye desatino jurídico aplicar a él las normas propias de la agencia comercial en punto de las consecuencias de la terminación del contrato, y no puede pasar desapercibido que la prestación e indemnización que por causa de esta prevé el Artículo 1324 del Código de Comercio, no puede extenderse por analogía al caso de la terminación del contrato de agencia de seguros, puesto que una y otra tienen razón de ser en la ya destacada peculiar naturaleza de la agencia comercial, la cual no se evidencia de manera relevante en la agencia de seguros, y porque siendo la indemnización una sanción no ha sido instituida legalmente para el contrato litigioso”.

1.3.2. Contrato de los intermediarios con el tomador

Partiendo del aserto de que en la legislación colombiana no se menciona la relación contractual entre los intermediarios y el tomador y por consiguiente no está regulado legalmente, y si a esta circunstancia agregamos que no existe un contrato formal escrito entre ellos, se colige con facilidad, que es muy difícil y aventurado calificar o encasillar la relación en comento, en determinado tipo de contrato.

En efecto, no existe un contrato suscrito entre el tomador y el intermediario de seguros, —salvo con las entidades estatales, el cual comentaremos en otra sección—, es decir, que no los une un documento en el que conste las obligaciones entre ellos, pues la designación del intermediario la puede hacer el tomador de manera verbal o por escrito, mediante comunicación dirigida al asegurador o al intermediario, lo que se materializa en que el asegurador coloca en la póliza la identificación del intermediario que generalmente se denomina “clave”. Igualmente, la revocatoria de la designación del intermediario la puede hacer el tomador en cualquier momento de la vigencia del seguro; para el efecto, las aseguradoras para evitar conflictos con los intermediarios revocados, exigen al tomador que la orden de revocatoria sea por escrito y que indique quién es el nuevo intermediario, sin que legalmente sea obligatorio que todo contrato de seguro, deba tener un intermediario³²⁰.

El contrato de hecho que une al tomador con el intermediario, al que más se asemeja, es al contrato de mandato mercantil, regulado en los Artículos 1262 al 1286 del Código de Comercio.

No obstante este parecer, me inclino por denominar la relación del intermediario de seguros con el tomador, como un contrato atípico, pues no tiene reglas o normas que lo rigen específicamente, enmarcado dentro de un contrato de asesoría.

320 Decreto 2555/2010, artículo 2.30.1.1.3

2. Clases de intermediarios de seguros

2.1. Comentarios generales

El artículo 5º numeral 2 del Decreto 663 de 1993, menciona como intermediarios de seguros, a los corredores, las agencias y los agentes. Concordante con esta norma, el artículo 41 del mismo estatuto, menciona las clases de agentes, dividiéndolos en agentes dependientes y agentes independientes. A continuación se explica someramente las características de cada uno de los intermediarios mencionados.

2.2. Los agentes colocadores de pólizas de seguros

2.2.1. El agente dependiente colocador de pólizas de seguros y títulos de capitalización

Es la persona natural que se dedica a la actividad de ofrecer seguros en representación de una compañía de seguros o una sociedad de capitalización, con las que tiene contrato de trabajo³²¹.

2.2.2. El agente independiente

El artículo 12 de la Ley 50 de 1990 creó el agente independiente de seguros, quien se diferencia del agente colocador, en que no está ligado con las aseguradoras con un contrato laboral, sino que su vinculación es de carácter mercantil y tiene como característica especial, que no tiene relación de dependencia, ni de exclusividad con ninguna compañía de seguros, es decir, que puede promover la celebración de contratos de seguros con todas las compañías de seguros al mismo tiempo, pudiendo firmar cuantos contratos mercantiles desee, para ejercer dicha actividad sin solicitar permiso de ninguna aseguradora.

En consecuencia, en los contratos que suscriban estos agentes no se podrán pausar cláusulas de exclusividad, que le impidan celebrar contratos con varias compañías de seguros o sociedades de capitalización³²².

321 Artículo 41, numeral 5º, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en concordancia con los Artículos 94, 95 y 96 del Código Sustantivo del Trabajo, que fueron subrogados por los artículos 9º, 10 y 11 de la Ley 50 de 1990.

322 Ver Ley 50 de 1990 Artículo 12 y Artículo 43, numeral 5º literal b. Decreto 663/93.

2.3. La agencia de seguros y agencias sometidas a vigilancia por la Superintendencia Financiera de Colombia

2.3.1. Las agencias de seguros

La Ley 65 de 1966 artículo 9º en concordancia con el numeral 3º artículo 41 del Decreto 663 de 1993, las describe como “la oficina dirigida por una persona natural o jurídica que por medio de una organización propia representa a una o varias compañías de seguros en un determinado territorio”. Es de observar que estas normas no contienen una definición de la agencia de seguros, como tampoco encontramos en el estatuto orgánico del sistema financiero, una definición de la misma, pues el Artículo 41 del decreto 663 de 1993, define, englobándolas o calificándolas como si fueran una sola figura jurídica a los agentes y agencias, cuando dice: “agentes y agencias. 1. definición. Son agentes colocadores de pólizas de seguros y de títulos de capitalización, las personas naturales que promuevan la celebración de contratos de seguro y de capitalización y la renovación de los mismos en relación con una o varias compañías de seguros o sociedades de capitalización”. Esta definición, a nuestro juicio es equivocada en cuanto a que el título menciona las agencias, pero en la definición transcrita, únicamente menciona “las personas naturales”, cuando la agencia de seguros se constituye y opera como sociedades. Es acertada la definición en comento, en cuanto se refiere a los agentes dependientes e independientes.

La agencia de seguros por ministerio de la ley actúa bajo la modalidad de sociedades de comercio colectivas, en comandita simple o de responsabilidad limitada, se constituye bajo la exclusividad contractual de una aseguradora y para poder realizar su actividad con otras aseguradoras, necesita de la autorización de la aseguradora que la inscribió o con la que suscribió el primer contrato (Ley 65 de 1966, artículo 41 decreto 663 de 1993).

La Superintendencia Financiera — hoy Superintendencia Financiera de Colombia—, mediante concepto Número Radicación 200079111-1 del 7 de noviembre del 2000, estima que no es posible que una agencia de seguros se pueda constituir bajo la modalidad de sociedad unipersonal.³²³

Tiene la agencia en común con los intermediarios llamados agentes colocadores independientes, que por ley, tienen las mismas facultades que ellos, a saber: representan a la aseguradora para inspeccionar riesgos, para recaudar dineros, para intervenir en salvamentos y para promover la celebración de los contratos de seguros.

323 E. O. S. F. Publicación Superintendencia Financiera.

La agencia de seguros debe mantener en su oficina copias anuladas de las pólizas con sus adiciones o anexos que pueda legalmente ofrecer en su labor de intermediación.

2.3.2. Las agencias vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia

Según el numeral 4° del Artículo 41 del Decreto 663 de 1993, se consideraban agencias de seguros asimiladas a corredores aquellas cuyo el monto mínimo de comisiones causadas al corte de cada ejercicio anual, hayan sido iguales o superiores a ochocientos salarios mínimos mensuales legales vigentes a la fecha del corte de cada ejercicio anual.

La consecuencia para una agencia de haber obtenido los ingresos mencionados por concepto de comisiones, es la de que quedaba sometida a la supervisión permanente de la Superintendencia Financiera.

Según lo anterior, una agencia que haya obtenido por primera vez, los ingresos por las citadas cuantías, debía solicitar su inscripción ante la Superintendencia Financiera, dentro de los veinte (20) primeros días del mes de enero siguiente al corte del año en el que los ingresos se causaron. La entidad de control podrá otorgar una autorización provisional a la agencia, que no excederá en ningún caso de dos meses, mientras acredita todos los requisitos exigidos para obtener la inscripción.

Con la expedición de la Ley 510 de 1999, inciso 2° del artículo 101, se derogó tácitamente o dejó insubsistente el numeral 4 del artículo 41 del Decreto 663 de 1993, al establecer que son las compañías de seguros o sociedades de capitalización, las que deben conferir la autorización al Intermediario para ejercer su actividad, previa comprobación de su idoneidad y de que no están incurso en las inhabilidades e incompatibilidades legales.

No obstante, lo mencionado en el párrafo anterior, el artículo 2.30.1.2.2 del Decreto 2555 de 2010, revivió la figura de agencias asimiladas a corredores de seguros al establecer que "las agencias que al corte de cada ejercicio anual hubieren causado a título de comisiones una suma por lo menos igual a la señalada en el artículo 2.30.1.2.1, se encuentran sujetas al control y vigilancia permanente de la Superintendencia Financiera de Colombia y deberán obtener previamente al ejercicio de la actividad la inscripción ante dicho organismo".

El monto mínimo de las comisiones causadas durante cada ejercicio anual por las mencionadas agencias de seguros será la suma equivalente a mil seiscientos

salarios mínimos legales mensuales vigentes al corte del ejercicio anual en el cual las mismas se causaron.

Es importante aclarar que el único efecto de las mencionadas agencias, es el de que quedan sujetas a vigilancia permanente de la Superintendencia Financiera de Colombia, pero no deben cumplir con la normatividad aplicable a los corredores de seguros en especial en cuanto a su constitución, capital mínimo, estructura, inversiones, etc.

2.4. El corredor de seguros

El corredor de seguros es el intermediario al que la ley le exige mayores requisitos para su constitución y funcionamiento, y por consiguiente, tiene una excelente organización administrativa y solidez financiera, sus funcionarios son altamente calificados, constituyendo verdaderas empresas, muchas de ellas multinacionales, con grandes volúmenes de clientes.

Como características especiales, tienen que no representan a ninguna de las partes del contrato de seguro, es decir, ni al tomador ni al asegurador y están vigilados permanentemente por la Superintendencia Financiera, entidad de control que autoriza su constitución.

El corredor de seguros se encuentra regido por las normas relativas a los corredores en general –artículos 1340 a 1346 del Código de Comercio, y en especial por los artículos 1347 a 1356 del mismo código, por el Decreto 361 de 1972. Lo define el artículo 1347 del Código Mercantil, como “las empresas constituidas o que constituyan como sociedades comerciales, colectivas o de responsabilidad limitada, cuyo objeto social sea exclusivamente ofrecer seguros, promover su celebración y obtener su renovación a título de intermediarios entre el asegurado y el asegurador. Es de aclarar, que el artículo 101 de la Ley 510 de 1999, modificó la anterior norma, en el sentido de que los corredores de seguros, únicamente pueden constituirse como sociedades anónimas y deben indicar dentro de su denominación las palabras “corredor de seguros” o “corredores de seguros”, las que serán de uso exclusivo de dichas sociedades.

Los corredores no representan a ninguno de los contratantes, es decir, ni al asegurador ni al tomador, de lo que no se puede inferir, que no respondan por sus actos.

El decreto 361 de 1972, artículo 14 menciona como obligaciones especiales de los corredores de seguros:

1. Mantener abierto al público un establecimiento de comercio.
2. Llevar su sistema de registro de operaciones, de acuerdo con los requisitos que establezca la Superintendencia Financiera.
3. Mantener a disposición del público, copias anuladas de las pólizas que puedan legalmente ofrecer, con adiciones y anexos.

En cuanto al capital mínimo fijado por la SFC para el año 2015: \$361.000.000, el cual debe reajustarse anualmente en forma automática en el mismo sentido y porcentaje en que varíe el IPC que suministra el DANE, para el año calendario inmediatamente anterior, aproximando el monto así obtenido al millón de pesos inmediatamente anterior.

Igualmente una vez constituidas, las sociedades que se encuentren en funcionamiento deben acreditar de manera permanente un capital mínimo equivalente al monto que resulte mayor entre el 10% de los ingresos causados por remuneraciones de intermediación durante el año inmediatamente anterior a la suma calculada según el párrafo anterior. Para estos efectos, el monto de capital mínimo requerido resulta de la suma de capital suscrito y pagado, reservas, superávit por prima en colocación de acciones, utilidades no distribuidas de ejercicios anteriores y revalorización del patrimonio deduciendo las pérdidas de ejercicios anteriores y pérdidas del ejercicio. (Subnumeral 1.1 del Numeral 1° Título IV Capítulo III Circular Externa 050/2015 SFC)

Todos los intermediarios mencionados en este capítulo, están sujetos a inhabilidades, a prohibiciones y vigilados por la Superintendencia Financiera de Colombia, unos de manera permanente y otros circunstancialmente.

2.4.1. Actividades autorizadas para los corredores de seguros del exterior

de acuerdo a lo establecido en el artículo 61 de la ley 1328 de 2009, los corredores de seguros del exterior podrán realizar labores de intermediación en el territorio colombiano o a sus residentes únicamente en relación con los seguros previstos en el párrafo primero del artículo 39 del presente estatuto, el cual nos menciona que las labores que pueden realizar los corredores serán los seguros asociados al transporte marítimo internacional, la aviación comercial internacional y el lanzamiento y transporte espacial (incluyendo satélites), que amparen los riesgos vinculados a las mercancías objeto de transporte, el vehículo que transporte las mercancías y la responsabilidad civil que pueda derivarse de los mismos, así como seguros que amparen mercancías en tránsito internacional.

ahora bien, vale la pena mencionar que los corredores de seguros no pueden realizar labores de intermediación en relación con los seguros mencionados en el

parágrafo segundo del artículo 62 de la Ley 1328 de 2009, esto es, los seguros relacionados con el sistema de seguridad social, tales como los seguros previsionales de invalidez y muerte, las rentas vitalicias o los seguros de riesgos profesionales; los seguros obligatorios; los seguros en los cuales el tomador, asegurado o beneficiario debe demostrar previamente a la adquisición del respectivo seguro que cuenta con un seguro obligatorio o que se encuentra al día en sus obligaciones para con la seguridad social, y los seguros en los cuales el tomador, asegurado o beneficiario sea una entidad del Estado. No obstante, el Gobierno Nacional podrá establecer, por vía general, los eventos y las condiciones en las cuales las entidades estatales podrán contratar seguros con compañías de seguros del exterior.

3. Condiciones de acceso y del ejercicio de la actividad de intermediación de seguros

3.1. Comentarios generales

Las condiciones de acceso al ejercicio de la actividad de los intermediarios de seguros, está regido por unas normas que son aplicables de manera general a toda clase de intermediarios y, por otras normas especiales, dependiendo de la clase de intermediario. En el aparte sexto sobre normatividad aplicable, se describen las normas que regulan las condiciones de acceso y de ejercicio.

3.1.1. Personas autorizadas e idoneidad

El Decreto 2555 de 2010 en su artículo 2.30.1.1.2 menciona que la actividad de intermediación de seguros y reaseguros está reservada a las sociedades corredores de seguros, a las sociedades corredores de reaseguros, a las agencias colocadoras de seguros, a los agentes colocadores de pólizas de seguro, y los agentes independientes de seguros, de acuerdo con su especialidad.

Idoneidad. Circular externa 050 del 28 de diciembre de 2015 de la Superintendencia Financiera de Colombia

Especial mención merece el análisis de la circular externa 050 del 28 de diciembre de 2015 expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia, incorporada en el Capítulo II, Título IV Parte II de la Circular Externa 029 del 3 de octubre del año 2014, mediante la cual se establecen: “Los requisitos de idoneidad para la intermediación de seguros, el deber de información frente a los consumidores de seguros y el Sistema Unificado de Consulta de Intermediarios de Seguros”.

Tal como lo menciona dicha circular, la actividad de los Intermediarios de seguros debe contemplar los siguientes aspectos “I. Los estándares de idoneidad aplicables a las personas que ejercen la intermediación de seguros, II. Los requisitos de información destinada a dichos consumidores, III. La publicidad y transparencia de las personas autorizadas por las entidades aseguradoras y los corredores de seguros para ejercer la intermediación de seguros y IV. Las medidas de gobierno corporativo asociado a estas materias.”

Ámbito de aplicación de la Circular 050/2015

El ámbito de aplicación de esta circular en cuanto a los requisitos de idoneidad (conocimiento) comprende a todas las personas naturales que ejerzan la intermediación de seguros, como empleado, agente o si la persona está vinculada a un agente o a una agencia de seguros, lo mismo que las personas vinculadas a los corredores de seguros.

Para los corredores de seguros en relación con sus empleados, también obliga tal como lo comentamos más adelante en este mismo capítulo.

Es de aclarar que estos requisitos de idoneidad no aplican a los Intermediarios dedicados exclusivamente al ramo de Riesgos Laborales (ARL), pues para ellos existe una reglamentación especial contenida en el Decreto 1637 de 2013. Esto quiere decir, que si estos intermediarios comercializan otros ramos de seguros, también deben cumplir con los requisitos de idoneidad establecidos en la Circular 050/2015.

La circular define qué se entiende como persona natural vinculada a un Intermediario, según los siguientes criterios: que tenga cualquier tipo de relación contractual (comercial, laboral o de cualquier naturaleza) con una entidad aseguradora, con una agencia de seguros o con un agente de seguros; y que ejerza la colocación de seguros, entendida como el conjunto de actividades de asesoría y acompañamiento en la adquisición de productos de seguros.

Corresponde a las compañías de seguros cumplir y hacer cumplir para que las personas naturales vinculadas a la intermediación de seguros cuenten con la capacidad técnica, capacidad profesional y experiencia conforme a lo establecido en la circular.

Entidades autorizadas para brindar la capacitación

Las entidades autorizadas para realizar la capacitación que deben acreditar los Intermediarios de seguros, están mencionados taxativamente en los Numerales

7.2.1.2 al 7.2.1.2.3 de la circular externa 029/2014 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Modo de acreditar y actualizar los conocimientos

Los intermediarios de seguros deben actualizar sus conocimientos mediante la realización de un curso de actualización y examen de conocimiento, como mínimo cada 4 años contados a partir de la fecha en que la persona natural vinculada a la intermediación, acredite por última vez su capacidad técnica.

Para los corredores de seguros la Circular 050/2015 también obliga a que las personas naturales vinculadas a sus sociedades, que tengan actividades de intermediación de seguros, deben cumplir con los requisitos de idoneidad. Para el efecto, la circular define cuales son las personas naturales vinculadas a los corredores que deben cumplir con los conocimientos y capacidad técnica a saber: I. Que tenga cualquier tipo de relación contractual (comercial, laboral o de cualquier naturaleza) con un corredor de seguros; y II. Que ejerza la colocación de seguros, entendida como el conjunto de actividades de asesoría y acompañamiento en la adquisición de productos de seguros.

Los corredores de seguros deben cerciorarse de que las personas naturales que vayan a vincular, cuenten con la capacidad técnica y profesional que acredite su idoneidad, conforme a los parámetros de la Circular 050/2015.

Igual exigencia para las personas naturales ya vinculadas al momento de la expedición de la circular, por lo que deben actualizar sus conocimientos de capacidad técnica de manera periódica y lo pueden demostrar de la siguiente manera: I. La realización de un curso de formación y la aprobación de exámenes de conocimiento, que desarrollen y evalúen como mínimo, conforme a lo instruido en el Título IV Capítulo III numeral 1.4.1.1 Circular Externa 050/2015, o II. La acreditación de experiencia.

Para efectos de la acreditación de experiencia. En línea con lo establecido en el Artículo 2.30.1.1.3 del Decreto 2555 de 2010, aquellas personas que durante al menos dos (2) años hayan I. desempeñado funciones de dirección o administración en entidades del sector asegurador; II. Prestado asesorías durante el mismo término en el sector asegurador, relacionadas con la intermediación de seguros; III. Desempeñando funciones relacionadas con el objeto social de las entidades aseguradoras, pueden hacer valer dicha experiencia para efectos de la acreditación de su capacidad técnica. Dicha experiencia debe ser demostrada y documentada por la persona natural vinculada y comprobada por el corredor de seguros, según los criterios que para tal efecto este defina. No obstante lo anterior, estas personas

estarán sujetas al deber de efectuar un curso de actualización, de acuerdo con lo establecido en el subnumeral 1.4.1.1.4 del presente capítulo.

3.2. Condiciones de acceso y del ejercicio para directores de agencias de seguros y para agentes colocadores dependientes e independientes

El primer aspecto que se debe tener presente, es que no es la Superintendencia Financiera de Colombia quien tiene la competencia para autorizar o controlar la inscripción de los agentes y agencias para el ejercicio de su actividad, sino que son las compañías de seguros competentes, por mandato del artículo 101, inciso 2° de la Ley 510 de 1999; eso sí las aseguradoras deben cumplir con el procedimiento y requisitos contenidos en las diversas normas que se mencionan en este capítulo.

El director de una agencia, el agente de seguros, agente dependiente como el independiente, deben cumplir para que sean autorizados a ejercer la actividad de intermediación, con los siguientes requisitos mínimos:

- Poseer conocimientos suficientes sobre la actividad de intermediación de seguros, requisito que se acredita con el hecho del agente haber desempeñado durante un plazo no inferior a 2 años, funciones de dirección o administración en entidades del sector asegurador o por haber prestado asesorías durante el mismo término en relación con la actividad propia de tales entidades.
- También se acreditan los conocimientos con la certificación que emita la entidad que hubiere realizado su capacitación, de acuerdo con los programas adoptados para el efecto, programas que deben estar a disposición de la Superintendencia Financiera, quien podrá ordenar las modificaciones que resulten necesarias, con el fin de que los mismos cumplan adecuadamente con la función de capacitación de los agentes. Sobre estos aspectos nos remitimos a lo comentado en el numeral 3.1.1 que antecede.
- Ser mayor de edad y si es extranjero, tener residencia en el país por más de un año.
- Ser inscrito por la compañía de seguros que lo vinculó contractualmente y lo habilitó para ejercer la actividad de intermediario.
- No estar incurso en las restricciones o inhabilidades legales para actuar como agentes mencionadas en el numeral 3.5.

3.3. Condiciones de acceso y del ejercicio para la agencia colocadora de seguros

- Según el artículo 2.30.1.1.3 del Decreto 2555 de 2010, la persona que aspire a ser agente colocador de póliza de seguros o director de la agencia

o gerente de la sociedad constituida con objeto social para ejercer la intermediación de seguros, debe acreditar los conocimientos e idoneidad mencionados en dicha norma y los previstos en la Circular Externa 050 de 2015 de la SFC. Además de no estar incurso en las restricciones ni inhabilidades mencionadas. Además, la sociedad debe llenar los siguientes requisitos:

- Estar constituida como sociedad y para el efecto debe acreditar copia de la escritura pública de constitución, junto con el certificado de la cámara de comercio del domicilio social que acredite su existencia y representación legal.
- Su objeto social únicamente es el de ejercer la intermediación de seguros y en la razón social debe ir siempre la denominación “agencia de seguros”. La agencia puede tener sucursales en el país, según concepto Número Radicado 97010739-4 de la Superintendencia Financiera del 30 de abril de 1997³²⁴.
- Prueba de pago del monto requerido del capital social, que no debe ser inferior a dieciséis salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la constitución de la sociedad.
- Tener el certificado público, el cual contiene el reglamento en el que se expresan sus facultades³²⁵.
- Debe tener en su oficina, muestra o ejemplares de todas las pólizas de seguros cuya venta promueve u ofrece, con el objeto de que, en el caso de ser necesario las enseñe a los potenciales tomadores o asegurados.

3.4. Condiciones de acceso y del ejercicio para el corredor de seguros

3.4.1. Trámites y procedimientos para su constitución

Los corredores de seguros en cuanto a su constitución y condiciones para el ejercicio de su actividad, están regulados por el Código de Comercio, -Sección segunda del título XIV por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y por las

324 Doctrina y Jurisprudencia de Seguros (1995-1998) ACOAS. Edición 1999.

325 Téngase en cuenta que el certificado lo expide la Compañía de Seguros, como consecuencia de la reforma efectuada por el Artículo 101 de la Ley 510/99, según comentario hecho en este mismo capítulo.

circulares externas 029 de 2014 y 050 de 2015 de la Superintendencia Financiera de Colombia, condiciones que se mencionan a continuación:

- Deberán constituirse como sociedades anónimas e indicar dentro de su nominación las palabras “corredor de seguros” o “corredores de seguros”, vocablos estos que son de uso exclusivo de estas sociedades.
- Además de acuerdo con el numeral 1.1 del título IV del capítulo III Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 de la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual nos remite al artículo 53 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el trámite para obtener la autorización de constitución y funcionamiento de un corredor de seguros, se inicia con el envío a la Delegatura de Seguros, un documento denominado “organización técnica y contable”, que deberá contener por lo menos los siguientes requisitos:
 - Domicilio social, dirección del establecimiento de comercio y horarios de atención al público.
 - Estudio sobre la factibilidad de la empresa.
 - Relación de los ramos de negocios que pretende explotar.
 - Lista de las compañías que la hayan facultado para recaudar primas.
 - Departamentos o secciones que integran su estructura organizativa, las funciones de cada uno de ellos, incluyendo como mínimo, dentro del proyecto de organización, una sección técnica y una contable.
 - › En cuanto al capital mínimo fijado por la Superintendencia Financiera de Colombia para el año 2015 \$361.000.000, el cual debe reajustarse anualmente en forma automática en el mismo sentido y porcentaje en que varíe el IPC que suministra el DANE, para el año calendario inmediatamente anterior, aproximando el monto así obtenido al millón de pesos inmediatamente anterior.

Igualmente una vez constituidas, las sociedades que se encuentren en funcionamiento deben acreditar de manera permanente un capital mínimo equivalente al monto que resulte mayor entre el 10% de los ingresos causados por remuneraciones de intermediación durante el año inmediatamente anterior a la suma calculada según el párrafo anterior. Para estos efectos, el monto de capital mínimo requerido resulta de la suma de capital suscrito y pagado, reservas, superávit por prima en colocación de acciones, utilidades no distribuidas de ejercicios anteriores y revalorización del patrimonio deduciendo las pérdidas de ejercicios anteriores y pérdidas del ejercicio. (Subnumeral 1.1 del numeral 1º, Título IV, Capítulo III Circular Externa 050/2015 Superintendencia Financiera de Colombia)

3.4.2. Inscripción ante la Superintendencia Financiera de Colombia

La solicitud para inscribir una sociedad corredora de seguros, deberá presentarse por los interesados ante la Superintendencia Financiera de Colombia, acompañada de la siguiente información:

- El proyecto de estatutos sociales.
 - El proyecto de organización técnica y contable.
 - Lista de los socios y declaración que contenga la manifestación expresa de los mismos de no encontrarse incursos en las causales de inhabilidad previstas en el Artículo 90 del Estatuto Orgánico del sistema financiero.
 - Hoja de vida de los administradores y directivos.
 - Certificación de idoneidad de los administradores.
- Una vez que la Superintendencia Financiera aprueba el proyecto de los estatutos sociales y el proyecto de organización técnica y contable, se puede proceder a suscribir ante notario la escritura de constitución de la sociedad y registrarla en la Cámara de Comercio del domicilio del corredor.
 - Cumplidos los requisitos mencionados anteriormente, lo mismo que el pago del capital y el otorgamiento de las pólizas de seguro de responsabilidad, la Superintendencia Financiera efectuará la inscripción y expedirá el certificado de que trata el Artículo 45 del estatuto orgánico del sistema financiero en concordancia con el Artículo 1349 del Código de Comercio.

3.5. Condiciones de ejercicio para la intermediación de seguros en el ramo de riesgos laborales

Los Decretos 1295 de 1994, 1637 de 2013 y la Resolución 0892 de marzo 5 de 2014 emanada del Ministerio de Trabajo, autorizan ejercer la intermediación de seguros en el ramo de riesgos laborales, únicamente a los corredores de seguros a las agencias y agentes de seguros, que acrediten su idoneidad profesional y la infraestructura humana y operativa, en los términos previstos en el Decreto 1637 de 2013³²⁶.

326 Decreto 1637 de 2013 (Julio 31)

Por el cual se reglamenta el parágrafo 5° del Artículo 11 de la Ley 1562 de 2012 y se dictan otras disposiciones.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, en especial las conferidas por el numeral 11 del Artículo 189 de la Constitución Política y en desarrollo del parágrafo 5° del Artículo 11 de la Ley 1562 de 2012, y,

CONSIDERANDO: Que el Artículo 81 del Decreto 1295 de 1994, facultó a los intermediarios de seguros que se encuentren sujetos a la supervisión permanente de la Superintendencia Financiera hoy Superintendencia Financiera de Colombia, a realizar actividades de Salud Ocupacional, siempre y cuando cuenten con una infraestructura técnica y humana especializada para tal fin, previa obtención de la licencia para prestación de servicios de salud ocupacional a terceros.

Que el 11 de julio de 2012 se expidió la Ley 1562 por medio de la cual se modifica el Sistema General de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional. Que le corresponde al Gobierno Nacional, a través del Ministerio del Trabajo, expedir una reglamentación que permita lograr la debida ejecución de la ley y que responda a las cambiantes circunstancias que afectan sus contenidos normativos, en especial los contenidos en el parágrafo 5° del Artículo 11 de la Ley 1562 de 2012.

Que el parágrafo 5° del Artículo 11 de la Ley 1562 de 2012, consagró que la labor de intermediación de seguros estará reservada legalmente a los corredores de seguros, a las agencias y agentes de seguros, previo el cumplimiento de los requisitos allí exigidos.

En consideración a lo expuesto,

DECRETA:

Artículo 1°. Idoneidad e infraestructura humana y operativa de los intermediarios de seguros. La labor de intermediación de seguros en el ramo de riesgos laborales estará reservada legalmente a los corredores de seguros, a las agencias y agentes de seguros, que acrediten su idoneidad profesional y la infraestructura humana y operativa, en los términos previstos en el presente decreto.

a) Idoneidad Profesional: Para acreditar la idoneidad profesional a que se refiere el parágrafo 5° del Artículo 11 de la Ley 1562 de 2012, los agentes de seguros, los representantes legales y las personas naturales que laboren para los corredores de seguros y las agencias de seguros, ejerciendo la labor de intermediación, deberán demostrar ante la Dirección de Riesgos Laborales del Ministerio del Trabajo, que realizaron y aprobaron el curso de conocimientos específicos sobre el Sistema General de Riesgos Laborales, cuyas materias o contenidos mínimos, tiempos y tipo de entidades que podrán realizarlos, serán establecidos por el Ministerio del Trabajo;

b) Infraestructura Humana: Para prestar los servicios de intermediación en riesgos laborales, los corredores y las agencias de seguros, deberán acreditar ante la Dirección de Riesgos Laborales del Ministerio del Trabajo, que de manera permanente cuentan con un Departamento de Riesgos Laborales en el que participe, como mínimo, un profesional o profesional especializado con licencia vigente en seguridad y salud en el trabajo, un médico con licencia vigente en seguridad y salud en el trabajo y un abogado con experiencia en el Sistema General de Riesgos Laborales. En el caso de los agentes, deberán acreditar experiencia en el Sistema General de Riesgos Laborales;

c) Infraestructura Operativa: Para prestar los servicios de intermediación en riesgos laborales, los corredores, las agencias y los agentes de seguros deberán acreditar ante la Dirección de Riesgos Laborales del Ministerio del Trabajo, que de manera permanente cuentan con los siguientes elementos y servicios:

1. Procesos y procedimientos que permitan garantizar adecuados estándares de calidad en la prestación de servicios.

2. Software para la administración de seguros, administración de siniestros, administración de procesos de seguridad y salud en el trabajo.
3. Equipos tecnológicos.
4. Servicios de atención al cliente, incluyendo líneas telefónicas, servicios de fax, servicios en línea, correos electrónicos, celulares, entre otros.
5. Oficina de atención al ciudadano.

Parágrafo 1°. Cuando a juicio del Ministerio del Trabajo exista un cambio en la regulación, se podrá exigir a los intermediarios de seguros un examen de conocimientos sobre la materia específica que corresponda.

Parágrafo 2°. En el caso que los agentes, agencias y corredores de seguros realicen actividades de seguridad y salud en el trabajo, deberán además de lo establecido en el presente artículo, acreditar la licencia para prestación de servicios de seguridad y salud en el trabajo a terceros.

Artículo 2°. Inscripción para ejercer la labor de intermediación en el ramo de Riesgos Laborales. El Ministerio del Trabajo creará y administrará un Registro Único de Intermediarios del Sistema General de Riesgos Laborales, donde deberán registrarse los corredores de seguros, las agencias y los agentes de seguros que acrediten los requisitos a que se refiere el artículo anterior.

Los agentes, las agencias y los corredores de seguros, acreditarán los requisitos exigidos en el artículo primero del presente decreto, ante la Dirección de Riesgos Laborales del Ministerio del Trabajo, a través del formulario de inscripción físico o electrónico establecido para tal fin por el Ministerio del Trabajo, junto con los soportes que este determine.

Parágrafo 1°. Los corredores de seguros, las agencias y agentes de seguros que no se encuentren en el Registro Único de Intermediarios del Ministerio del Trabajo, no podrán ejercer la labor de intermediación y/o prestación de servicios de seguridad y salud en el trabajo.

Parágrafo 2°. El Ministerio del Trabajo establecerá el término de vigencia de la inscripción en el Registro Único de Intermediarios del Sistema General de Riesgos Laborales y el procedimiento para realizar la renovación de la inscripción.

Parágrafo 3°. Las Direcciones Territoriales del Ministerio del Trabajo podrán realizar visitas para verificar el cumplimiento de los requisitos de idoneidad profesional, infraestructura humana y operativa de los agentes, agencias y corredores de seguros y en caso de encontrar incumplimiento de alguno de estos, previa realización del debido proceso, solicitará a la Dirección de Riesgos Laborales del Ministerio del Trabajo, el retiro del intermediario del Registro Único de Intermediarios. Lo anterior generará que dicho intermediario no pueda solicitar nuevamente su inclusión en el Registro Único, hasta por un término de dos (2) años.

Artículo 3°. Prohibiciones. En materia de intermediación se tendrán como prohibiciones las siguientes:

1. Las Administradoras de Riesgos Laborales y los Empleadores no podrán contratar corredores de seguros, agencias y agentes de seguros que no se encuentren en el Registro Único de Intermediarios del Sistema General de Riesgos Laborales.
2. Quien actúe en el rol de intermediación, ante el mismo empleador no podrá recibir remuneración adicional de la administradora de riesgos laborales, por la prestación de servicios asistenciales o preventivos de salud ocupacional.

Artículo 4°. Otras disposiciones. Las entidades Administradoras de Riesgos Laborales tendrán plazo hasta el 30 de septiembre de 2013, para agotar las existencias de papelería y bienes con el logo y nombre de “riesgos profesionales”; después de dicha fecha, se deberá utilizar la denominación “riesgos laborales”, conforme a la Ley 1562 de 2012.

Además para ejercer la labor de intermediación en el ramo de riesgos laborales deben inscribirse en el Registro Único de Intermediarios del sistema general de riesgos laborales que llevará el Ministerio del Trabajo. Mediante la resolución 0892 de marzo 5 de 2014 emanada del Ministerio del Trabajo, se adoptó el formulario único para dicha inscripción, actualización o retiro ante el Ministerio del Trabajo. La inscripción tendrá una vigencia de cinco (5) años y su renovación deberá ser solicitada por el intermediario.

3.6. Inhabilidades y prohibiciones

Existen unas causales que hacen que una persona sea inhábil para poder actuar como intermediario de seguros, aplicándose unas a los agentes y agencias y otras a los corredores. Igualmente existen prohibiciones establecidas como reglas o normas de conducta para los intermediarios de seguros, siendo también específicas dependiendo de la clase o naturaleza jurídica del intermediario. A continuación enumeramos las principales de cada una de ellas:

3.6.1. Inhabilidades

3.6.1.1. Para agentes y agencias de seguros

El numeral 6° del artículo 41 del Decreto 663 de 1993 contiene las causales de inhabilidad para actuar como Agentes colocadores de pólizas de seguros (agentes y agencias). Los cuales taxativamente se enumeran a renglón seguido:

- Quienes ejerzan cargos oficiales o semioficiales o pertenezcan a cuerpos públicos colegiados, docentes.

Artículo 5°. Transición. Se concede un término máximo de un (1) año a partir de la fecha de publicación del presente decreto, para que los corredores de seguros, las agencias y agentes de seguros acrediten los requisitos en materia de idoneidad profesional e infraestructura humana y operativa y para que se registren en el Registro Único de Intermediarios.

Artículo 6°. Vigencia y derogatorias. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga, modifica o subroga las disposiciones que le sean contrarias.

Dado en Bogotá, D. C., a 31 de julio de 2013.

Publíquese y cúmplase.

JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN

El Ministro de Hacienda y Crédito Público,

Mauricio Cárdenas Santamaría.

El Ministro del Trabajo,

Rafael Pardo Rueda.

- Los directores, gerentes, administradores o empleados de instituciones Financieras y de crédito.
- Los socios, directores, administradores o empleados de empresas comerciales, cuando las primas correspondientes a los seguros de dichas empresas o de su clientela comercial, excedan el veinte por ciento (20%) del total de los que obtengan anualmente para las compañías aseguradoras que representen.
- Los menores de edad y los extranjeros no residentes en el país por más de un año y los directores, gerentes y funcionarios de compañías de seguros o de capitalización.

3.6.1.2. Para socios corredores de seguros

El Decreto 361 de 1992 en su artículo 4°, establece que no son hábiles para ser socios de sociedades constituidas corredoras de seguros, las personas naturales que se encuentren incursas en algunas de las siguientes situaciones:

- Que estén inscritas como agentes colocadoras de seguros en los ramos donde el corredor de seguros pueda servir de intermediario al público.
- Que tengan la calidad de empleados públicos o trabajadores oficiales, o pertenezcan a cuerpos públicos colegiados. Se exceptúan de esta disposición quienes solamente desempeñan funciones docentes.
- Que sean directores, gerentes, administradores o empleados de instituciones financieras o de crédito.
- Que sean socios, directores, administradores o empleados de empresas comerciales, cuando las primas correspondientes a los seguros de dichas empresas o de su clientela comercial excedan del veinte por ciento (20%) del total de las que obtengan anualmente para las compañías aseguradoras con las cuales sirva del intermediario el corredor de seguros.
- Que sean menores de edad y los extranjeros no residentes en el país por más de un año.
- Que sean gerentes, directores y funcionarios de compañías de seguros o de capitalización.

Además, también son inhábiles para participar como socios de Sociedades Corredoras de Seguros, las personas que hayan incurrido en las conductas enumeradas en el artículo 2° de la Ley 510 de 1999, que modificó el Artículo 53 numeral 5° del Decreto 663 de 1993.

3.6.2. Prohibiciones

3.6.2.1. *De carácter general*

Las prohibiciones que a continuación se describen, son aplicables a todos los intermediarios de seguros, incluyendo los corredores.³²⁷

- El hacerse pasar por agente o representante de una compañía sin serlo; la colocación de un seguro bajo un plan distinto al ofrecido, con engaño para el asegurado; el ofrecimiento de beneficios que la póliza no garantiza o la exageración de éstos, así como la sugestión tendiente a dañar negocios celebrados por otros intermediarios; todo acto de competencia desleal y la violación de cualquier norma legal o reglamentaria sobre seguros.
- Si el intermediario incurre y se le demuestra que realizó alguna o varias de las conductas mencionadas anteriormente, tal proceder dará lugar por parte de la Superintendencia Financiera a la suspensión del permiso para funcionar, por el término que falte para vencerse la autorización que se le había conferido, además a la pérdida del derecho a obtener la renovación de su certificado o inscripción.

3.6.2.2. *Especiales*

- Los Corredores tienen la prohibición especial de financiar primas de sus tomadores.
- Existe para el intermediario de seguros, la prohibición de realizar operaciones con compañías de seguros Extranjeras no autorizadas para desarrollar la actividad aseguradora en Colombia (artículo 39 Decreto 663 de 1993).
- Los Corredores de seguros del exterior únicamente podrán realizar labores de intermediación en el territorio Colombiano o a sus residentes en relación con los seguros previstos en el parágrafo 1° del artículo 39 de la Ley 1328 de 2009, ósea los seguros asociados al transporte marítimo internacional, la aviación comercial internacional y el lanzamiento y transporte espacial (incluyendo satélites), que amparen los riesgos vinculados a las mercancías objeto de transporte, el vehículo que transporte las mercancías y la responsabilidad civil que pueda derivarse de los mismos, así como seguros que amparen mercancías de tránsito internacional.

³²⁷ Artículo 206, numeral 3° del D.663/93.

- La no intermediación de seguros en el ramo de riesgos laborales a los Intermediarios que no se encuentren en el registro único de intermediarios del sistema general de riesgos laborales; así mismo, el Intermediario que actúe en el rol de Intermediación ante el mismo empleador no podrá recibir remuneración adicional de la administradora de riesgos laborales por la prestación de servicios asistenciales o preventivos de salud ocupacional (Artículo 3° Decreto 1637 de 2013).
- Las agencias de seguros cuyas comisiones que al corte del ejercicio anual hayan devengado comisiones equivalente a mil seiscientos salarios mínimos legales mensuales y que no hayan solicitado su inscripción ante la SFC dentro del término previsto en el Artículo 2.30.1.2.2 del Decreto 2555 de 2010, están inhabilitados para ejercer la actividad de intermediación de seguros.
- Los Corredores de Seguro y de Reaseguro solo pueden recibir anticipos por cuenta de comisiones, en cuantías que no excedan del 15% de las comisiones cobradas en el semestre inmediatamente anterior, para la compañía que haga el anticipo. Los anticipos a cuenta de comisiones deben ser cancelados en un plazo no mayor a 1 año y las sociedades corredoras que no cancelen totalmente los anticipos a su vencimiento, no pueden recibir otros hasta después de haber transcurrido, por lo menos 1 año, desde la fecha en que se haya hecho el pago. (Circular Básica Jurídica 029 de 2014)
- Frente a la notas de cobertura, tal como lo establece la circular básica jurídica 029 de 2014 de la Superintendencia Financiera de Colombia, Parte II Título IV Capítulo III, los corredores de reaseguros, en ningún momento pueden expedir o suscribir notas de cobertura de aceptación de riesgos a nombre del reasegurador.

4. Régimen de contratación de los intermediarios de seguros entre particulares y con entidades estatales. Remuneración

4.1. Comentarios aplicables a ambas clases de contratación

El sistema de contratación de los intermediarios de seguros y su manera fáctica como operan en el desarrollo de sus actividades y objeto social, es bien diferente cuando el contrato de seguro del cual son intermediarios, es suscrito entre particulares, o es suscrito con una entidad estatal.

En este aparte hacemos someramente un análisis de ambos sistemas de contratación, en el que trataremos algunos temas comunes a ambos sistemas, *pero no iguales*, como son la designación del intermediario.

4.1.1. Designación del intermediario

En ambos sistemas de contratación, ya sea entre particulares o que una de las partes sea una entidad estatal, quien designa al intermediario de seguros es el tomador. Lo que ocurre es que el procedimiento de contratación es muy diferente en uno y otro caso, tal como se explicará en los numerales 4.2 y 4.3.

4.1.2. Remuneración del intermediario

Sin tener en cuenta la clase de tomador, la remuneración del Intermediario siempre la paga el asegurador. Según el artículo 2.30.1.1.4 del Decreto 2555 de 2010, el monto o porcentaje, su forma de pago y demás condiciones, se convendrán libremente entre Intermediarios y Aseguradoras.

La remuneración del intermediario de seguros de entidades estatales, llamada comisión, y esta no es la excepción, la paga el asegurador; además, tratándose de corredores de seguros, el artículo 1341, inciso 2° del Código de Comercio, estipula que la remuneración la paga el asegurador. A su vez, el derogado artículo 9° del Decreto Reglamentario 855 de 1994, autorizaba contratar los intermediarios, condicionado a que ello no implique erogación a cargo de la Entidad Estatal contratante a favor del intermediario. En el pretérito y en la actualidad, en los pliegos de condiciones de las entidades públicas para seleccionar el intermediario de seguros, la entidad pública no paga ninguna suma de dinero, pues las comisiones las pagan las aseguradoras.

Consideramos que no es legalmente posible que la entidad estatal contratante pueda participar o tener injerencia en la definición de la remuneración o comisión del intermediario, de conformidad con lo dispuesto en el mencionado artículo 2.30.1.1.4 del Decreto 2555 de 2010, que autoriza al intermediario y al asegurador para acordarla libremente.

4.2. Régimen de contratación

Es importante aclarar, que el contrato escrito lo celebra el Intermediario es con la compañía de seguros y no con el tomador del seguro, aspecto éste que fue comentado en el numeral 1.3.2.

En el contrato del asegurador con la agencia de seguros se establece la vigencia del mismo, que en unos se pacta a término indefinido y en otros casos se pacta por anualidades con renovación automática por otro periodo similar; pero el contrato podrá ser terminado en cualquier periodo de la vigencia, si el intermediario incurre en causales que lleven a que el asegurador o la Superintendencia Financiera según el caso, le revoque la autorización para ejercer la intermediación.

En dicho contrato se establecen las obligaciones por parte y parte, las prohibiciones para el intermediario, su porcentaje y forma de pago de la remuneración. Esta se acuerda entre el asegurador y la agencia, sin que el tomador intervenga en la definición del porcentaje de comisión, salvo en casos excepcionales en negocios o contratos de seguro denominados Yumbo, por la elevada cuantía de las primas, en las que el intermediario “sacrifica” parte de su comisión para que correlativamente y en ese mismo porcentaje se disminuya el valor de la prima o precio del seguro.

Con los corredores de seguros, no existe ningún contrato con las aseguradoras; lo que suscriben es un documento denominado “Corte de Cuentas”, en el que se acuerda los periodos dentro de los cuales el corredor debe informar el número de pólizas vendidas y entregar los dineros recaudados de las primas. En este documento o en otro, se suele pactar el valor de la comisión que el asegurador pagará al corredor, ya sea por ramos o en determinado negocio o programa de seguros que por su cuantía y volumen de pólizas emitidas, así lo amerite.

4.3. Régimen de contratación de los intermediarios de seguros con entidades estatales sujetas al Estatuto de contratación de la Ley 80 del 1993, Ley 1150 de 2007, Decreto 1510 de 2013 y Decreto 1082 de 2015

4.3.1. Comentarios generales y naturaleza jurídica del contrato

4.3.1.1. Comentarios generales

Por primera vez en un régimen de contratación administrativa, se confiere a las Entidades Estatales autorización expresa para que puedan contratar intermediarios de seguros³²⁸. Igualmente, a través de los derogados Decretos Reglamentarios 1436 de 1998 y 724 de 2012, se fijaron detalladamente unos parámetros relacionados con la infraestructura técnica y administrativa que deben acreditar los intermediarios de seguros que aspiren a contratar con las entidades estatales. Así mismo, contenían reglas genéricas sobre los elementos y criterios que se deben tener en cuenta para la selección objetiva y una serie de obligaciones atípicas,

328 D. R. 855/94, Artículo 9°.

que son ajenas a la actividad normal de asesoría que prestan los intermediarios de seguros con los particulares. En efecto, como obligaciones atípicas de los Intermediarios de Seguros en su contrato de asesoría con las entidades públicas encontramos las siguientes:

Además de las contenidas en la ley, la que se desprendan de la naturaleza del contrato, las señaladas en el pliego de condiciones y el intermediario, el contratista se obliga a:

- Prestar la asesoría directamente y de forma personal, de conformidad con lo señalado en el pliego de condiciones.
- Asesorar en la aplicación de la legislación de la jurisprudencia en lo relacionado en el pliego de condiciones y del contrato.
- Prestar asesoría a la entidad pública contratante en los pliegos de condiciones y todos los procesos de selección que deba adelantar, en la evaluación de las propuestas para la selección de la aseguradora lo mismo que la evaluación de las propuestas de los oferentes.
- Presentar un programa de prevención de riesgos que permita identificarlos y disminuirlos.
- Prestar asesoría a la entidad pública contratante en la determinación del valor de los bienes y demás intereses patrimoniales que se deben asegurar, lo mismo que para la estimación de pérdidas máximas en caso de siniestro.
- Asesorar, en las reclamaciones de siniestros ante la aseguradora para obtener las indemnizaciones que correspondan.
- Controlar los vencimientos de las pólizas y presentar una recomendación para la contratación del programa de seguros, para su estudio y aprobación de las modificaciones necesarias.
- Realizar capacitaciones sin costo adicional para la entidad pública contratante, sobre el alcance de las pólizas y sobre el tema objeto de la contratación cuando lo requiera la entidad.
- Realizar mensualmente reuniones de seguimiento y evaluación con el supervisor del contrato y asistir a todas aquellas reuniones que de manera extraordinaria cite la entidad pública contratante.

- Cumplir con las cargas de trabajo exigidas por la entidad pública contratante para el equipo de trabajo mínimo requerido para la ejecución del contrato.

El Decreto 1510 del 17 de julio de 2013 derogó el mencionado decreto 734 de 2012 y no reprodujo las normas que el derogado decreto traía sobre la contratación de los intermediarios de seguros por las entidades públicas reguladas en su régimen de contratación por la Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007.

Su ordenamiento legal para efectos de la selección del intermediario de seguros, está contenido en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1510 de 2013 en el capítulo correspondiente al concurso de méritos, Artículos 66 a 72.

De otra parte, la circular básica jurídica 029 de 2014 establece que los Corredores de Seguro no pueden participar, a ningún título, directa ni indirectamente, en la elaboración de los términos de referencia de los concursos de méritos para seleccionar corredores de seguros, independientemente de que pretendan participar o no en los mismos. La Superintendencia Financiera de Colombia impondrá las sanciones a que haya lugar por el incumplimiento de este deber de abstención, así como por cualquier inobservancia que por este motivo suponga una violación a los Artículos 24 y 30 de la Ley 80 de 1993.

4.3.1.2. Naturaleza jurídica del contrato

Según el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se entiende por Contratos Estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones “que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en, disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad.”

La Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, en reiteradas ocasiones ha dicho que aunque un contrato suscrito por una entidad estatal, se rija desde el punto de vista de derecho sustancial, por el derecho privado, por este hecho no pierde la naturaleza de contrato Estatal, siendo una de dichas providencias la de agosto 15 de 2002, magistrado ponente doctor Ricardo Hoyos Duque, expediente 18.937.³²⁹

De otra parte, la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado mediante sentencia del 22 de marzo de 2001, proferida en el expediente con radicación 2.9840, consejero ponente dr. Alier E. Hernández Enríquez, refiriéndose a la naturaleza

329 *Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XXXI, no 371. Bogotá: Legis, 2002.

jurídica del contrato que celebran los corredores de seguros, citando al maestro J. Efrén Ossa, afirma que el contrato con los corredores, es de corretaje de seguros, autónomo del contrato de seguros, y que dicho contrato cuando se suscribe con una entidad estatal, es un contrato estatal; para corroborar lo dicho, transcribimos uno de los apartes de tan importante providencia: “Cuando el tomador del seguro sea una de las entidades a que se refiere el estatuto de la contratación administrativa, el contrato celebrado con el corredor será un contrato estatal, en los términos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, y se perfeccionará cuando las partes del mismo, esto es, tomador y corredor, celebren el acuerdo respectivo generador de obligaciones, y éste se haga constar por escrito.”³³⁰

La claridad de los apartes de la providencia y de la normatividad transcrita, me relevan de hacer comentarios adicionales, reiterando que el contrato que celebran los corredores de seguros con entidades estatales, su denominación y naturaleza jurídica, es la de *contrato estatal*.

4.3.1.3. Requisitos que deben cumplir los intermediarios para hacer propuestas y contratar con entidades estatales

Intermediarios que pueden contratar con Entidades Estatales

No existe ninguna limitación legal para que, con excepción del agente colocador de seguros dependiente ligado con contrato de trabajo, las otras tres clases de intermediarios de seguros mencionados en la sección 2° de este capítulo. Puedan aspirar a ser seleccionados como intermediarios de una entidad estatal. Pero ocurre que las condiciones que deben cumplir los intermediarios de seguros que aspiren a efectuar propuestas en el concurso público mediante el cual la entidad estatal lo escogerá, especialmente con las entidades públicas del orden nacional empresas industriales y comerciales del estado, sociedades de economía mixta, Superintendencias, y aquellas entidades públicas del orden departamental y municipal de un gran patrimonio económico y de un gran tamaño en su organización, únicamente los pueden cumplir los corredores de seguros y algunas agencias asimiladas a corredores, pues éstos son los únicos que tienen la infraestructura técnica, administrativa, operativa y financiera exigida en los pliegos de condiciones. A esto hay que agregar que, en los pliegos de condiciones, las entidades estatales generalmente colocan como uno de los requisitos para poder ser admitido como proponente, que el intermediario haya obtenido en el año inmediatamente anterior al del concurso, ingresos por concepto de

330 Informativo Jurídico No. 116 de Fasecolda.

comisiones no inferiores a determinado valor, que en ocasiones es de cuatro mil millones de pesos (\$4.000.000.000.00) m/cte, o superior a este valor. De esta manera, de un tajo, quedan privados de la posibilidad de aspirar a ser elegidos como intermediarios de las entidades estatales mencionadas anteriormente, el noventa y nueve, noventa y nueve por ciento (99.99%) de los intermediarios inscritos y autorizados en Colombia, que son las agencias de seguros y agentes independientes.

Requisitos de carácter general para contratar con el Estado

1. Tener la capacidad que exige la ley para celebrar cualquier clase de contrato (artículo 6° Ley 80 de 1993).
2. No estar incurso en las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, mencionadas en la Ley 80 de 1993 y Ley 1474 de 2011.
3. No estar incurso en las inhabilidades e incompatibilidades que la Ley establece genéricamente para los intermediarios de seguros.
4. Cumplir con las exigencias específicas contenidas en el pliego de condiciones o términos de referencia que cada entidad estatal elabora como regla en el concurso público, para la escogencia del intermediario.

Requisitos habilitantes para presentar propuestas

- Para que a un Intermediario de seguros se le pueda considerar su propuesta debe llenar una serie de requisitos contenidos en la ley y en el pliego de condiciones los cuales mencionamos someramente a continuación.
- Requisitos de contenido Jurídico, tales como carta de presentación, certificado de existencia y representación legal si se trata de persona jurídica. Si se trata de consorcio o unión temporal, cada uno de sus miembros deberá acreditar su constitución y representación legal, acompañado del documento mediante el cual conforman dicha asociación, señalando en él los términos y la extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución, todo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 80 de 1993.
- Garantía de seriedad de la propuesta de conformidad con los requisitos previstos en el pliego de condiciones o término de referencia, certificación de pagos de seguridad social y aportes parafiscales, que no esté, incurso en sanciones impuestas que lo declaren inhábil, suscribir comunicación sobre compromiso anticorrupción, no estar incluido en el boletín de responsables fiscales como deudor moroso, estar inscrito en el Registro Único de Proponentes (RUP).

Requisitos habilitantes de contenido financiero: capacidad financiera del Proponente que incluye liquidez, nivel de endeudamiento entre otros

Capacidad organizacional: que puede comprender rentabilidad sobre patrimonio y rentabilidad sobre activos.

Requisitos de contenido técnico: que comprende entre otros la experiencia mínima que se exige al proponente y el equipo de trabajo mínimo requerido.

Sistemas de selección del intermediario

El intermediario de seguros se debe seleccionar mediante concurso de méritos de que tratan los artículos 32 de la Ley 80 de 1993, el numeral 3° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, los artículos 66 a 70 del Decreto 1510 de 2013, en concordancia con el Decreto 1082 de 2015 en la parte correspondiente al capítulo del concurso de méritos.

El pliego de condiciones

En el pliego de condiciones deberán estar incluidas todos los requisitos, obligaciones e información exigidas en los artículos 25 y 30 Ley 80 de 1993, artículos 2° y 4° de la Ley 1150 de 2007, artículos 88 y 89 de la Ley 1474 de 2011 y en los artículos 22, 23, 25 del Decreto 1510 de 2013. Igualmente las demás exigencias contenidas en el respectivo pliego de condiciones el cual, como ya comenté anteriormente no contiene en el Decreto 1510 de 2013 ninguna mención especial al contenido del pliego y en general a la contratación de los intermediarios de seguros lo que quiere decir, que en el respectivo manual de contratación de las entidades públicas se debe hacer mención al contenido del pliego de condiciones en comento.

4.4. Limitación para la contratación de un segundo intermediario

No obstante que los derogados Decretos 1898 de 1994 y 1436 de 1998; exigían para que se pudiera seleccionar un segundo intermediario, como condición que su participación resulte real y efectivamente necesaria para la gestión, en los pliegos de los procesos de selección actual, para que intervenga un segundo intermediario, se debe justificar su participación.

4.5. Término del contrato de intermediación

Si bien es cierto, que el último inciso del artículo 6° del derogado Decreto 1436 de 1998, establecía que la vinculación del intermediario se prolongaría hasta la fecha de vencimiento de los contratos de seguros expedidos o renovados con su inter-

vención dentro de un mismo proceso licitatorio, y no existir en el mismo sentido norma expresa, las entidades públicas en los pliegos de condiciones, continúan aplicando como vigencia del contrato, la mencionada anteriormente.

Las causales de terminación del contrato deben estar mencionadas en el pliego de condiciones y determinadas claramente en la minuta del contrato anexa al pliego que celebrarán intermediarios y entidad estatal como contratante, causales que generalmente, como en todo contrato, pueden ser las del incumplimiento de alguna o algunas de las obligaciones a cargo del intermediario, que pueden ocasionar la sanción de la cláusula penal prevista en el contrato, incluyendo la caducidad, si el incumplimiento es de tal gravedad que justifique tal sanción.

También serán causales para terminar el contrato, si el intermediario incurre en las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes, mencionadas en el artículo 9º de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 18 de la Ley 1150 del 2007 y el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011. La terminación debe ser mediante acto administrativo debidamente motivado.

5. Responsabilidad de las aseguradoras por actuaciones de los intermediarios y responsabilidad de los intermediarios para con el tomador

5.1. Responsabilidad de las aseguradoras por actuaciones de los intermediarios

En primer lugar, es de aclarar que no existe una norma que establezca responsabilidad de las aseguradoras por las actuaciones de los corredores de seguros, pero la ley sí establece responsabilidad de las aseguradoras por las actuaciones de los agentes y agencias de seguros, mientras el intermediario esté vinculado con ellas; dos normas establecen este tipo de responsabilidad; la del artículo 2.30.1.1.5 del Decreto 2555 de 2010 que dice textualmente: “Responsabilidad de las entidades aseguradoras. Las actuaciones de los agentes y agencias de seguros en el ejercicio de su actividad obligan a la entidad aseguradora respecto de la cual se hubiere promovido el contrato, mientras el intermediario continúe vinculado a ésta”.

Esta responsabilidad, a nuestro juicio, es demasiado genérica, pues da a entender que las aseguradoras responderían por todos los actos que realicen los citados intermediarios en desarrollo de su actividad. Pero si se armoniza esta norma con la parte final del segundo inciso del artículo 101 de la Ley 510 de 1999 –esta es la otra norma–, encontramos una limitación a la responsabilidad de las aseguradoras, pues al tenor de dicha disposición, aquellas: “Responderán solidariamente

por la actividad que éstos realicen, de acuerdo con la delegación que la ley y el contrato les haya otorgado”.

Lo primero que se advierte en el texto transcrito de las mencionadas disposiciones legales, es que se refieren a las agencias y agentes pero no mencionan a los corredores de seguros, hecho que se explica porque estos no representan a las aseguradoras, contrario a lo que ocurre a los agentes y agencias, que si las representan dentro de la delegación que la ley y el contrato les hayan otorgado. En este orden de ideas, debemos remitirnos al artículo 42 del Decreto 663 de 1993, que taxativamente enumera las facultades mínimas que tienen las agencias de seguros. Discurriendo con lógica jurídica, las compañías de seguros únicamente deben responder por las actuaciones de los citados intermediarios, pero cuando éstos desarrollan sus actividades dentro de las facultades que les otorga la ley y el contrato suscrito con las aseguradoras; por ejemplo, si un intermediario recauda del tomador el valor de la prima dentro del término convenido en la póliza y dicho intermediario retiene el valor o no lo entrega y se presenta el siniestro, la aseguradora no puede objetar el pago del siniestro por la mora o la no cancelación de la prima, igualmente la inspección de un riesgo efectuada por un intermediario, compromete a la aseguradora.

No comprometen a la aseguradora aquellas actuaciones del intermediario que desbordan las facultades que le han sido otorgadas por la ley y el contrato; vgr: si el intermediario hace una oferta para la aceptación de un seguro y en el contrato de Intermediario con la aseguradora, no tiene esta facultad, no podrá obligar a la aseguradora.

5.2. Responsabilidad de los intermediarios para con el tomador

La no existencia de un contrato escrito entre tomador e Intermediario, salvo con las Entidades Estatales, genera alguna dificultad para que el tomador pueda hacer efectiva la responsabilidad del intercambio por errores ya sea por acción o por omisión, que le generen un perjuicio al tomador.

Ante la anterior situación, lo primero que debe demostrar el tomador que pretenda hacer efectiva una indemnización de perjuicios de parte del intermediario de seguros, es probar la relación contractual que los une, lo cual, como se comentó antes, se puede con diversos medios, como son, la comunicación que el tomador haya enviado a la aseguradora o al propio intermediario designándolo como tal; con las mismas copias de las pólizas en la que figure la “clave” o identificación del intermediario; con certificación expedida por las compañías de seguros en la que conste que ésta ha pagado comisiones al intermediario por concepto de pólizas expedidas al tomador que se considera lesionado con la actuación del intermediario.

La responsabilidad del intermediario generalmente ocurre, pocas veces por cierto, por omisión, por ejemplo cuando el intermediario no solicita a la aseguradora la inclusión de determinado amparo en la póliza; así, si un tomador no tiene en su póliza el amparo de hurto de un vehículo y le solicita al intermediario que se le incluya y éste omite hacer tal petición a la aseguradora y el vehículo es hurtado, la aseguradora objetará el pago de indemnización fundamentada en que tal riesgo no está cubierto y por ende no se pagó la prima; aquí cabría la responsabilidad del intermediario. También puede ocurrir, por no obtener la renovación de los seguros a su vencimiento.

Los corredores de seguros ya no tienen por exigencia legal que prestar póliza de seguro para responder por los eventuales errores y omisiones que cometan en el ejercicio de su actividad. En efecto, la Circular Externa 007 de 1996 de la Superintendencia Financiera de Colombia, en el título sexto capítulo cuarto, establecía la obligación para las sociedades corredoras de seguros, de mantener vigentes dos clases de pólizas de seguro: una de responsabilidad civil mediante la cual se amparen los perjuicios patrimoniales que sufra el corredor con motivo de la responsabilidad civil en que incurra, de acuerdo con la ley colombiana correlativamente, por las pérdidas económicas causadas a terceros como consecuencia de eventuales errores u omisiones cometidos por el corredor o sus dependientes en el ejercicio de la actividad propia de su objeto social. La otra póliza, de infidelidad y riesgos financieros mediante la cual se otorga al corredor de seguros o de reaseguros cobertura para las pérdidas, daños y gastos que éste sufra como consecuencia de actos fraudulentos de sus empleados o dependientes, pérdidas de dinero y valores, causados por su destrucción o desaparición o hurto mientras se encuentren en los predios del asegurado o por fuera de ellos o cuando estén siendo transportados por mensajeros o compañías especializadas en el transporte de valores.

Los valores asegurados mediante la póliza de responsabilidad civil deberían ser equivalentes, cuando menos, al 5% del monto de las primas recaudadas por la sociedad en el año inmediatamente anterior, a la fecha de expedición de la póliza.

La anterior exigencia de constituir las pólizas de seguro mencionadas, fue derogada por la Circular Externa 011 de marzo 19 de 2004 emanada de la Superintendencia Financiera.

No existe para los agentes colocadores de pólizas de seguros y para las agencias de seguros, una disposición que los obligue a constituir póliza de seguro de responsabilidad civil, para que respondan por los perjuicios que ocasionen por los errores y omisiones que comentan en el ejercicio de su actividad.

Con respecto al procedimiento que debe emplear el tomador para obtener el resarcimiento de los perjuicios, sería el de hacer una reclamación extrajudicial al intermediario y si este no acepta su responsabilidad, el tomador puede iniciar un proceso ordinario de responsabilidad civil para obtener el pago de los perjuicios; a su vez el intermediario de seguros que tenga constituida póliza que garantice su responsabilidad por errores y omisiones, puede en el proceso llamar en garantía a la aseguradora que expidió la póliza.

Es de aclarar que, como se explicó anteriormente, los corredores de seguros y demás intermediarios, excepción hecha de los intermediarios de reaseguros, no están obligados legalmente a prestar pólizas de seguro que garanticen su responsabilidad por errores y omisiones, pero teniendo en cuenta la seriedad, solidez y excelente organización que caracteriza a los corredores de seguros, voluntariamente las constituyen.

6. La supervisión y control de los intermediarios de seguros y régimen sancionatorio

6.1. Intermediarios sujetos a supervisión permanente

La Superintendencia Financiera de Colombia ejerce el control y vigilancia permanente de las Sociedades Corredoras de seguros, las Sociedades Corredoras de Reaseguros y aquellas agencias de seguros que al corte de cada ejercicio anual hubieren causado a título de comisiones una suma igual o superior equivalente a mil seiscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha del respectivo corte. Es de anotar que estas agencias deberán solicitar su inscripción ante la SFC dentro de los 20 primeros días del mes de enero siguiente al corte o ejercicio contable en el cual las mismas se causaron. (artículo 2.30.1.2.2 Decreto 2555 de 2010).

6.1.1. Intermediarios no sujetos a Supervisión Permanente

Las agencias de seguros que durante el ejercicio anual hayan devengado comisiones inferiores a los mil seiscientos salarios mínimos legales mensuales causadas al corte del ejercicio anual, no se encuentran sujetos al control y vigilancia permanente de la SFC. (artículo 2.30.1.2.4 Decretos 2555 de 2010).

6.2. Régimen sancionatorio

La Superintendencia Financiera de Colombia podrá imponer las sanciones a todos los intermediarios de seguros ya sea que tengan supervisión permanente o no, cuando compruebe, por cualquier medio, que en el ejercicio de su actividad

han violado una norma a la cual debe estar sometido. (artículo 2.30.1.2.6 Decreto 2555 de 2010).

7. Normatividad aplicable a los intermediarios de seguros y de reaseguros

7.1. Normas aplicables a todos los intermediarios

Las normas básicas que se aplican a todos los intermediarios de seguros, son los artículos 5°, 91 numeral 1°, 98 numerales 1° y 2°, 206 y 207 del Decreto 663 de 93 conocido como el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sobre intermediarios de seguros el artículo 75 de la Ley 45 de 1990, la Ley 510 de 99 la Circular Externa Básica Jurídica 029 de 2014, la Circular Externa 050/2015 de la Superintendencia Financiera de Colombia, y el Decreto 2555 de 2010, libro 30 título 1°, intermediarios de seguros y reaseguros.

7.2. Normas aplicables a los agentes colocadores y agencias de seguros

Además de las normas mencionadas en el numeral 7.1, se aplican específicamente para los agentes colocadores de pólizas de seguro y títulos de capitalización, los artículos 94 a 97 del Código Sustantivo del Trabajo, que fueron subrogados por los artículos 9 a 12 de la Ley 50 de 1990.

Para las agencias de seguros, además de las normas mencionadas en el numeral 7.1, se rigen por los Artículos 41 a 44 del Decreto 663 de 1993.

7.3. Normas aplicables a los corredores de seguros

Los Corredores de seguros están regidos normativamente por la Sección II del título XIV, del Decreto 410 de 1971, conocido como Código de Comercio, por las normas que rigen la Constitución y funcionamiento de las sociedades anónimas, por los artículos 5°, 40, 53 y 54 del Decreto 663 de 1993, por la Ley 510 de 1999 artículo 101, sobre responsabilidad de las compañías de seguros por los Intermediarios y por la Parte II Título IV capítulo III de la Circular Básica Jurídica 029 de 2014, Circular Externa 050/2015 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

7.4. Normas aplicables a los intermediarios de seguros que explotan el ramo de riesgos laborales

Además de las normas mencionadas en los numerales anteriores, - dependiendo de la naturaleza jurídica del intermediario-, quienes aspiren a ser intermediarios de seguros en el ramo de riesgos laborales, deben cumplir con los requisitos contenidos en la Ley 1562 de 2012, en el Decreto 1613 de 2013 y en la resolución 0892 del 5 de marzo de 2014 emanada del Ministerio del Trabajo. Es de anotar que mediante el Decreto 1441 del 31 de Julio de 2014, el gobierno nacional prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2014, para que los corredores de seguros, las agencias y agentes de seguros acrediten los requisitos en materia de idoneidad profesional e infraestructura humana y operativa y para que se registren en el Registro Único de Intermediarios.

7.5. Aplicación de normas para la selección y contratación del intermediario por una entidad estatal

Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011, Decreto 1510 de 2013 y el Decreto 1082/2015

8. El corredor de reaseguro

El corredor de reaseguros es la sociedad que participa en la intermediación de reaseguros entre la entidad que contrata el reaseguro (compañía aseguradora cedente) y la que lo acepta (compañía reaseguradora cesionaria), el cual está sujeto a la vigilancia y control por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Tal como lo dispone el artículo 2.30.1.4.1 del Decreto 2555 de 2010, el monto mínimo de capital pagado que deberán acreditar las sociedades corredoras de reaseguros para solicitar su inscripción ante la Superintendencia Financiera de Colombia, será de veinte millones de pesos (\$ 20.000.000). Este monto se ajustará anualmente, en forma automática, en el mismo sentido y porcentaje en que varíe el índice de precios al consumidor que suministre el DANE.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 2.30.1.4.2, “Las sociedades inscritas como corredoras de reaseguros deberán comprobar ante la Superintendencia Financiera de Colombia, con anterioridad al 30 de junio de cada año, un capital pagado y reserva legal no inferiores, en su sumatoria, al monto que resulte mayor entre la cantidad indicada en el artículo precedente y el ocho por ciento (8%) de las comisiones causadas durante el ejercicio anual inmediatamente anterior”.

La inscripción del corredor de reaseguro deberá realizarse ante la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual debe expedir el certificado de inscripción dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que se acredite la constitución regular de la sociedad, el pago del capital, el otorgamiento de las garantías conforme a lo establecido por el artículo 2.30.1.4.4 del Decreto 2555 de 2010 y la existencia de la infraestructura técnica y operativa para funcionar regularmente, de acuerdo con lo señalado en el estudio de factibilidad.

8.1. Sistema de garantías para corredores de reaseguro

Tal como lo dispone el artículo 2.30.1.4.4 del Decreto 2555 de 2010, “Las sociedades corredoras de reaseguros deberán suscribir y mantener pólizas de seguros que cubran los siguientes eventos:

1. Los perjuicios patrimoniales que cause el corredor de reaseguros con motivo de la responsabilidad civil en que incurra de acuerdo con la ley colombiana, por las pérdidas económicas causadas a terceros como consecuencia de errores u omisiones cometidos por la sociedad o sus dependientes en el ejercicio de la actividad propia de su objeto social.
2. Las pérdidas, daños y gastos que sufra el corredor de reaseguros como consecuencia de actos fraudulentos de sus empleados o dependientes, pérdidas de dinero y valores, causados por su destrucción o desaparición o hurto mientras se encuentren en los predios del asegurado o fuera de ellos o cuando estén siendo transportados por mensajeros o compañías especializadas en el transporte de valores.

Las sumas aseguradas de las pólizas señaladas precedentemente deberán ser equivalentes, cuando menos, al cinco por ciento (5%) del monto promedio de los valores asegurados en los contratos celebrados con su concurso, para la primera, así como de las primas recaudadas, para la segunda.”

XV. LA SELECCIÓN DEL RIESGO



WILLIAM ORLANDO PINZÓN CAICEDO³⁴²

El doctor Gilberto Oviedo Acevedo, en su obra *El universo del riesgo, seguro y reaseguro*, define el verbo suscribir, así:

Suscribir

- a. Firmar al pie o al fin de un escrito.
- b. Abonarse a una publicación periódica.
- c. Expedir pólizas dentro de técnicas de suscripción.

De esta primera definición resalta que la suscripción involucra técnicas de suscripción, para lo cual también podemos utilizar la siguiente definición del mismo autor:

Suscripción de riesgos. Técnicas para establecer una relación contractual con resultados financieros satisfactorios.

³⁴² Ingeniero civil de la Universidad Católica de Colombia, con especialización en Seguros y Seguridad Social de la Universidad de La Sabana, Colombia, se ha desempeñado por más de quince años como técnico en suscripción y atención de siniestros de las compañías Latinoamericana de Seguros, Liberty Seguros y actualmente es gerente de seguros generales de Seguros del Estado. Conferencista en temas de seguros y propiedad horizontal.

Comprende las siguientes actividades:

1. **Seleccionar.** Escoger personas respetuosas de la ley, de buenas costumbres y de actividades y propiedades lícitas. Pienso que el intermediario de seguros tiene la obligación y la oportunidad de realizar una primera selección desde el punto de vista moral, por ser quien tiene contacto directo con el tomador del seguro.
2. **Analizar.** Para lograr un buen resultado, comprende:
 - Identificar, evaluar y clasificar los riesgos. Conocer lo expuesto, los riesgos que lo amenazan y sus causas, la exposición a esos riesgos y la magnitud de las posibles pérdidas.
 - Prevenir pérdidas. Conociendo los hechos que generan los riesgos identificados, pueden sugerirse medidas para evitar los siniestros, para que sean realmente aleatorios.
 - Controlar pérdidas. Exigir medios para evitar la extensión o la propagación de los siniestros.
 - Registrar experiencia. Compilar resultados de cada seguro para establecer comportamientos. Registrar cada evento, su hecho generador, la cuantía de pérdida y el proceso. Con estadísticas (no por mera apreciación subjetiva), se toman medidas acertadas.
3. **Compensar.** Es buscar el equilibrio del resultado fijando tasas justas y adecuadas. Los resultados negativos deben ser compensados con los favorables.
4. **Distribuir.** Homogenizar la cartera desde el punto de vista de los valores asegurados (reaseguro) para no comprometer al asegurado más allá de su capacidad financiera.
5. **Mantener.** Es atender el desarrollo de contrato. Estudiar resultados para decidir la continuación o renovación.

Atender la solicitud de modificación y las reclamaciones por siniestro, para tomar decisiones sobre las mismas y de manera oportuna y equitativa, reconociendo las indemnizaciones correspondientes.

Si comparamos estas definiciones con las labores de suscripción que realizamos día a día, ¿vale la pena preguntarnos si estamos suscribiendo? Después de la apertura económica, el mercado asegurador colombiano ha llegado a confundir la suscripción

en materia de seguros, con la expedición de una póliza en la cual se realiza el cobro de una prima, que en la mayoría de las ocasiones no guarda equilibrio con el riesgo que se asume. Esto nos ha llevado a considerar de manera errada que el mejor suscriptor es aquel que ofrece los costos más bajos ¿Será esto suscripción?

En mi concepto, la suscripción debe ser el resultado del análisis general que se realiza sobre uno o varios riesgos que quieren ser trasladados a una compañía de seguros, por esta razón el proceso de suscripción no siempre será el mismo y empiezan a ser importantes aspectos como la experiencia de la persona o personas que analizan el negocio.

La suscripción no es solamente otorgar un precio para un riesgo, es determinar cuáles son las mejores condiciones de asegurabilidad, que sean favorables tanto para el cliente que quiere transferir el riesgo como para la aseguradora que lo quiere asumir, y en el mismo se incluyen amparos, deducibles, cláusulas, garantías exigidas al asegurado durante la vigencia del seguro y, por supuesto, el precio.

Vale la pena mencionar que el resultado de todo este análisis también puede llevar al asegurador a no aceptar el riesgo y por lo tanto rechazar el negocio.

Recordemos que se debe analizar tanto el riesgo físico como el riesgo moral; a continuación y para evidenciar la diferencia, analizaremos como debe ser el proceso en algunos ramos frente al riesgo físico:

Cobertura de incendio y anexos. Para iniciar, es necesario conocer cuál es la actividad que se desarrolla, pues dependiendo de ello existen riesgos asociados. Es diferente analizar el riesgo de incendio que existe en una casa de habitación o un apartamento, aunque los dos se encuentran dentro de la categoría de vivienda. Una cosa es la casa exclusiva para vivienda y otra es la casa donde se desarrollen actividades de tipo comercial, como panaderías, cafeterías, lavanderías, misceláneas, entre otras; es claro que aquellas donde se mezcla la vivienda con la actividad comercial existen mayores riesgos de incendio.

Si continuamos con el análisis de la actividad, dentro del sector comercial empiezan a ser más evidentes las diferencias, como ejemplo podemos mencionar que no es lo mismo un local dedicado a la venta de prendas de vestir ubicado dentro de un centro comercial recientemente construido, que el mismo almacén ubicado en un sector popular de la ciudad. Resulta evidente que ante el seguro de incendio es de mayor riesgo el local del sector popular, puesto que para el primer caso existe un alto porcentaje de posibilidades para encontrar protecciones como extintores, que de manera particular decide colocar el propietario del local. Adicionalmente, existen las protecciones propias del centro comercial donde pueden existir detec-

tores de humo, regaderas automáticas, y es seguro que existirá un numero plural de vigilantes quienes en un momento dado y en especial fuera de los horarios de atención al público pueden actuar directamente en la utilización de los extintores, ayudando a disparar las armas o llamando oportunamente a bomberos.

En el riesgo industrial este análisis es más complejo y resulta necesario que la persona que lo realiza conozca ciertos detalles de procesos, almacenamiento tanto de materias primas como de productos terminados, las características de estas materias primas, cuáles son las condiciones exigidas por el fabricante para este almacenamiento, si reaccionan a ciertas condiciones, etc.; la maquinaria utilizada, que clase de mantenimiento requiere la maquinaria e inclusive la frecuencia del mismo, etc. Para citar un ejemplo podemos mencionar que es muy diferente el riesgo que existe en una curtiembre donde existen muchos procesos húmedos, que en una hilandería en donde la sola materia prima ya tiene un riesgo de auto-combustión asociado a la acumulación de partículas en paredes y cubiertas y que pueden iniciar fuego fácilmente.

Posteriormente se debe conocer cuáles son los contenidos y las formas en que están ubicados dentro del riesgo. Como lo mencionamos anteriormente, en el almacenamiento de materias primas y producto terminado, es importante determinar si existen las separaciones, si son las adecuadas de acuerdo con las normas vigentes, distancia de techos, ventanas, bombillos o fuentes de calor.

El siguiente paso es analizar la vulnerabilidad del inmueble a los riesgos resultantes de la actividad. Debemos conocer como es la construcción, en qué año se realizó, si cumple con lo establecido en los códigos de construcción vigentes (NSR-98), qué acabados se tienen, cuál es el tipo de cubierta, número de niveles, si las escaleras están construidas en un material diferente como madera o metálica, etc. Como ayuda, el suscriptor puede utilizar aquellos conceptos que se utilizaban en la tarifa roja de incendio antes del año 1990, donde se determinaban grupos de construcción que estaban asociados a la clase de materiales con los cuales estuviera construida la estructura, la fachadas y sus acabados. Esta vulnerabilidad también puede estar asociada a la falta de ciertas condiciones, como no tener una adecuada ventilación o la acumulación excesiva de bienes, lo cual hace que la temperatura del sitio aumente, o tan sencillo y aunque no parezca tan real, tener extintores pero vencidos o tapados por la acumulación de mercancía.

El otro aspecto es determinar cuál es la actitud del cliente frente al riesgo. Es común encontrar que muchos asegurados manifiestan preferir comprar el seguro porque es más barato que instalar un sistema de detección contra incendios o uno de extinción. De acuerdo con esto, no es lo mismo y no sería justo calificar como

iguales dos industrias textiles donde uno cuenta con detectores de humo y regaderas automáticas y otra que solamente cuenta con extintores.

El último de los puntos directos que debemos asociar al análisis es conocer la experiencia siniestral del asegurado, ya que el suscriptor necesita conocer causas, valores ya indemnizados y las medidas que se adoptaron por parte del asegurado tendientes a evitar la ocurrencia de nuevos siniestros. De manera errada, algunas personas consideran que no existe experiencia de siniestros por no haber tenido contratado un seguro. La experiencia de siniestros se refiere a todos aquellos eventos que con seguro o sin seguro afectaron o hubieran podido afectar el patrimonio del asegurado. Es frecuente que en algunas actividades se presente conatos de incendio que son manejados por el asegurado o sobre los cuales existen procedimientos de atención establecidos por este. Un suscriptor debería conocer estos hechos.

Sustracción/hurto. Para analizar los riesgos relacionados con el hurto es importante conocer el entorno del lugar de ubicación de los bienes; en cualquier ciudad, población, país, existen sectores de mayor exposición a este riesgo. Esta información la podemos obtener de las estadísticas y los informes frecuentes emitidos por las autoridades del lugar, de allí se pueden extraer detalles como: cuál es la mercancía robada con mayor frecuencia, en qué lugares existen mayores eventos de hurto, horas, modo de operación de los delincuentes.

Parte de la información recogida y analizada anteriormente es de utilidad, debemos conocer si se trata de una edificación de un solo piso (puede facilitar el ingreso de los ladrones), si la cubierta es en concreto o si por el contrario se trata de tejas y si en las mismas existen claraboyas (otro elemento que puede facilitar el ingreso de los ladrones), la distancia libre entre el techo y el piso o entre el techo y la parte más alta de los estantes, arrumes o bienes almacenados. Qué tipos de ventanas existen y si cuentan con rejas. Qué clase de protecciones existen tales como:

- Alarma monitoreada: este servicio debe ser prestado por una firma especializada y el monitoreo debe alcanzar el 100% del riesgo; en algunas ocasiones se encuentran riesgos con cobertura solamente en áreas determinadas y se presentan siniestros en el área desprotegida.
- Vigilancia: el servicio debe ser prestado por una firma especializada, debidamente autorizada por la Superintendencia de Vigilancia. Debemos conocer si en las noches el vigilante tiene acceso al 100% de las instalaciones o si este acceso es restringido.

Daño interno en equipos. Este evento puede suceder en muchos equipos, por tal razón el análisis requiere un poco más de experiencia. Debemos conocer con

claridad los riesgos a los que se encuentran expuestos. Así, por ejemplo, son diferentes las exposiciones de equipos médicos, en donde muchos de ellos requieren cambios obligatorios de partes cada cierto número de horas de trabajo, o un mantenimiento obligatorio y recomendado directamente por el fabricante. Si no conocemos esta situación podemos estar expuestos a la aceptación de un seguro para un equipo que en pocos días disminuirá su nivel de trabajo o simplemente no funcionará más y será la aseguradora quien termine pagando de manera errada el mantenimiento requerido.

Existen diversidad de equipos de acuerdo al tipo de industrias, en la gran mayoría éstos tienen especificaciones muy diferentes o especiales, en estos casos el suscriptor debería tener acceso a información emitida por el fabricante sobre las características del equipo, medidas de protección requeridas y detalles sobre el mantenimiento. Sólo por mencionar algunos equipos, podemos encontrar motores en todo tipo de industria, pero también existen turbinas y calderas. Dentro de esta clase se encuentran diferentes tipos de combustible y cada uno de ellos genera inmediatamente riesgos diferentes: extrusores, transformadores, generadores.

Para asesorar correctamente a un cliente en la clase de seguro requerido es necesario conocer su funcionamiento y sin olvidar que se debe determinar con claridad el valor asegurable. En el capítulo de siniestros se hablará un poco más de este tema, pero es muy frecuente encontrar clientes con niveles de satisfacción muy bajos, debido al porcentaje de pérdida que tienen que asumir cuando se presentan siniestros (infraseguro). Cuando estamos en el proceso de suscripción debemos mencionarles a nuestros clientes temas como el demérito por uso, la depreciación por vetustez, la diferencia en la cual se indemniza por pérdidas parciales o pérdidas totales.

Otros seguros. Existen otros seguros en donde el análisis y la determinación de las condiciones de aceptación del riesgo se hacen recopilando y valorando todo un conjunto de información en el mismo momento. En los seguros de vida se revisa la edad del solicitante, sus hábitos generales, la historia clínica personal del solicitante, la constitución del solicitante, sus antecedentes familiares, la ocupación, si esta se relaciona con viajes frecuentes, tipo de práctica deportiva que realiza. Toda esta información normalmente se relaciona con datos estadísticos y de allí se determinan las condiciones del seguro.

En suscripción de pólizas como la responsabilidad, D&O o IRF, la determinación de los valores asegurados es subjetiva y cualquier suma de dinero que se determine puede resultar insuficiente ante un hecho de gravedad. En el seguro de responsabilidad civil extracontractual es diferente analizar la posibilidad de daño que puede ocasionarse a terceros en una oficina en donde la asistencia de público

es muy baja, a otra como, por ejemplo, una entidad financiera, en donde la cantidad de personas que entra y sale es frecuente, o los daños que se pueden ocasionar a las vecindades durante la construcción de un edificio.

De igual manera, el análisis para otorgar las condiciones de un seguro de lucro cesante, además de estar determinado por las condiciones físicas de riesgo, los eventos que puede generar un siniestro y el tiempo requerido para restablecer la operación en el peor de estos eventos, la determinación del valor asegurado se debe establecer del resultado de los estados financieros del cliente por lo menos dos años atrás, más su proyección para los siguientes dos años contados a partir de la fecha de inicio de vigencia del seguro. No debemos olvidar que en caso de siniestro, el valor a indemnizar se determinará totalmente con la información contable y financiera. Por este motivo, la suscripción está completamente ligada a esta misma información.

En seguros de cumplimiento, por ejemplo, para el análisis de negocios derivados de contratos de obra, además de los estados financieros, uno de los aspectos de mayor importancia es la experiencia del contratista en la clase de obra que requiere realizar, puesto que por allí se puede empezar a determinar si cumplirá con la entrega de la obra adjudicada y dentro de las condiciones técnicas referidas.

1. El riesgo moral

Muchos autores coinciden en que este riesgo está ligado a la actitud y al comportamiento de la persona.

Siempre será difícil evaluar esta clase de riesgo. Por esa razón, es importante el conocimiento y concepto que pueda dar el intermediario de seguros sobre el cliente, puesto que aquél es quien tiene contacto directo y hasta exclusivo con este.

En ciertos tipos de negocio, es posible que desde la compañía de seguros se asigne a un funcionario para que esté en contacto con el asegurado y hasta que se le asigne un espacio de trabajo dentro de las instalaciones del cliente. Desafortunadamente, este contacto termina siendo netamente operativo o administrativo, esto significa que será el contacto para la expedición rápida de las pólizas o la realización de una inspección o, en el momento del siniestro, quien estará atento y ayudará para que el caso sea atendido en el menor tiempo posible o dando el soporte sobre los documentos requeridos para la atención.

El análisis del SARLAFT no se debe tomar como normas de los procedimientos de la aseguradora. Cada compañía, adicionalmente, debería implementar sus propios controles para evitar que por desconocimiento del cliente se pueda ver en-

vuelta en problemas de lavado de activos y similares. Este aspecto se hace mucho más importante cuando para el intermediario, el asegurado también resulta ser un cliente nuevo y no tiene mucho conocimiento de este.

En todo caso, será importante la experiencia que tenga el suscriptor y este necesita estar actualizado en noticias, sucesos o comportamientos del país y del mundo, así como de cualquier hecho que pueda afectar o en el que se encuentren involucrados los asegurados.

2. La inspección

Para mejorar el análisis en la suscripción es posible ayudarse de programas de administración de riesgos que día a día se han implementado por iniciativa propia de muchos asegurados, o por la sugerencia, colaboración y soporte de intermediarios de seguros. En general, lo importante es conocer el riesgo que se requiere asumir y una de las formas que los suscriptores tenemos es basarnos en la información que nos suministran de informes de inspección. A continuación mencionaremos algunos aspectos.

El objetivo principal de toda inspección de un riesgo es establecer suficientes parámetros de referencia para la correcta suscripción de dicho riesgo.

Como se sugirió, uno de los fines que busca la inspección y el informe que resulta de esta es que cualquier persona que lo lea pueda deducir y conocer los riesgos a los que está expuesto el cliente, desde el punto de vista seguros, y las condiciones y medidas para disminuir la probabilidad de su ocurrencia.

La inspección es una visita al inmueble en donde se desarrolla la actividad que se quiere asegurar, y como en muchas ocasiones no se cuenta con el tiempo suficiente y necesario para efectuar una inspección con la profundidad que se quisiera, esta se debe concentrar en ciertos aspectos fundamentales.

El informe debe incluir información general sobre terrenos, áreas, edificaciones, detalles sobre la producción, entendiendo que es uno de los puntos de mayor relevancia en la inspección. Aquí se deben describir las líneas de producción, capacidades instaladas, incidencia de cada línea de producción, procesos involucrados, maquinaria, marcas, capacidades, incidencia en la producción, identificación de cuellos de botella, procedencia de la materia prima, destino de la producción.

En el área de servicios se deben establecer las fuentes de energía del proceso, así como de suministro de agua. Así, es necesario conocer aspectos como:

- Cuál es el origen, la capacidad, el porcentaje de utilización.
- Existencia de subestaciones.
- Porcentaje de trabajo, tableros, transformadores.
- Número de calderas, tipos, capacidades, combustibles utilizado, presión de diseño, etc.
- Existencia de reservas de agua en tanques, capacidad, porcentaje de utilización.
- De los computadores, su ubicación, tipos, marcas, características, protecciones, mantenimiento.

Dentro del proceso se deben identificar las fuentes de ignición o explosión, los peligros de almacenamiento de materias primas, líquidos inflamables, combustibles y gases. Mantenimientos, *stock* de repuestos, facilidades de reparación y maquinaria crítica. Aspectos sobre la vigilancia, orden, aseo.

El inspector se debe entrevistar con las personas responsables del desarrollo de procesos, mantenimiento, compras, manejo de personal, etc., puesto que son los únicos que pueden suministrar información correcta. No sería confiable analizar un informe de inspección y tomar decisiones sobre este si las personas que suministraron la información no tienen el detalle de la misma o no generan la confiabilidad suficiente. Como ejemplo podemos decir que poco nos puede aportar el mensajero de una empresa, quien normalmente está fuera de esta haciendo las diligencias correspondientes y no conoce muchos detalles del día a día.

La persona encargada de la inspección debe realizar entrevistas a los vecinos del riesgo que queremos asegurar para recabar información adicional sobre experiencia de robos, incendio, seguridades. Inclusive y de manera muy general, hasta su concepto sobre el posible asegurado.

¿Quién debe realizar la inspección? Para evitar caer en decisiones presionadas o con falta de objetividad, se recomienda que la persona que realiza la inspección no sea la misma que se encargue de la suscripción de los negocios.

3. Cómo realizar un análisis global de riesgos

Todos los factores analizados en cada ramo y los riesgos a los que está expuesto nuestro riesgo, incluido el riesgo moral, pueden ser evaluados con la ayuda de una matriz. De esta manera, se puede visualizar cuáles son los riesgos de mayor frecuencia y cuáles los de mayor severidad.

A la identificación de las amenazas se debe otorgar una calificación de acuerdo con su probabilidad de ocurrencia y la gravedad de las consecuencias. Para ha-

cerlo podemos utilizar cualquiera de las formas sugeridas en la teoría de administración de riesgos. A continuación se sugiere una:

- Calificar la amenaza es frecuente cuando existe alta posibilidad de ocurrencia: **moderada** cuando ocurre varias veces, **ocasional** cuando ocurre pocas veces, **remota** cuando tiene una limitada posibilidad de ocurrencia, **improbable** cuando existe muy baja posibilidad de ocurrencia. Cada uno de estos rangos debe tener un valor asociado.
- Definir si la gravedad es **Catastrófica** cuando las consecuencias afectan de forma total al sistema, deteriorando su estabilidad y con efectos de gran alcance. **Crítica** cuando las consecuencias afectan al sistema en forma grave, consecuencias considerables. **Marginal** cuando las consecuencias afectan en forma leve al sistema, con efectos moderados. **Insignificante** cuando las consecuencias no afectan el funcionamiento del sistema, son despreciables.

La matriz sería la siguiente:

Frecuente	2	3	3	3
	2	2	3	3
Moderado	1	2	3	3
	1	1	2	3
Ocasional	1	1	1	3
Remoto	Insignificante	Marginal	Crítico	Catastrófico
Improbable				

Las zonas calificadas se consideran así:

1. Zona aceptable.
2. Zona tolerable.
3. Zona inaceptable.

4. ¿Para quién se suscribe?

La suscripción beneficia a todos los actores que intervienen en el seguro. Por ejemplo, una visita de inspección puede ayudar a descubrir riesgos no vistos o previstos anteriormente por el asegurado. La experiencia del suscriptor puede ayudar a la determinación de deducibles adecuados para la aseguradora y así evitar las reclamaciones por frecuencia. La sugerencia de instalar algún sistema ten-

diente a evitar la ocurrencia de siniestros beneficiará en conjunto el asegurador y al asegurado.

Una adecuada suscripción puede realizarse en compañía y con ayuda del asesor de seguros, con quien se puede ganar la confianza del cliente y lograr su fidelidad. Recordemos que uno de los grandes problemas actuales en el mercado asegurador está en la dificultad que existe para renovar las cuentas.

5. ¿Cómo se determina el precio del seguro?

La prima comercial está compuesta por varios factores:

- El primero de ellos es *la prima pura de riesgo*, equivalente al costo real del riesgo asumido por la compañía de seguros. Gilberto Oviedo, en su obra *El universo del riesgo, seguro y reaseguro*, la define como: “El monto que corresponde exactamente al valor de los siniestros que espera el asegurador pagar en un periodo. Se obtiene de la experiencia del mercado y el dato que puede ser utilizado por todos los aseguradores, sin que se considere violatorio de la libre competencia”.

Esta prima debería ser diferente para cada actividad y cada peligro objeto de cobertura, de acuerdo con la experiencia de cada compañía de seguros.

- El segundo son los *gastos de administración*: estos se dividen en dos, los internos y los externos.

En el diccionario MAPFRE de seguros se definen como: “El conjunto de gastos generales y gastos de personal de la empresa. Los gastos de administración, junto con los de producción y siniestros, constituyen los tres capítulos fundamentales de gastos de una entidad aseguradora”.

Como gastos generales se definen en el mismo diccionario: “Los derivados del desarrollo de la actividad empresarial, tales como alquileres de locales de oficina”

Como gastos de personal, “Los derivados de la retribución económica de los servicios prestados por los empleados de la empresa incluidos en su nómina”.

En este grupo también se encuentran las comisiones pagadas a los intermediarios de seguros.

- El tercero de los factores se considera desde el punto de vista financiero y consiste en *el costo de capital*. La Suiza de Reaseguros lo ha definido como

“El retorno que el accionista había recibido al invertir en un fondo apalancado de inversiones”.

- El último de estos factores es la *utilidad esperada*. Cada compañía podría determinarla, inclusive por productos, pero comúnmente se puede determinar un factor general que se puede aplicar a toda la compañía.

Con el paso del tiempo y la experiencia mundial, muchos reaseguradores han elaborado tarifas que sirven como guía a los suscriptores. Igualmente, muchas compañías han determinado sus tarifas incluyendo todos estos factores.

6. El proceso de suscripción en microseguros

Son muchos los autores y la literatura que se puede encontrar sobre el tema de microseguros. La mayoría pone énfasis en su definición y la población a la que va dirigido y se estudian muchos casos de éxito a nivel mundial, pero no se aportan detalles de cómo fue el proceso de suscripción en cada uno de ellos.

A la pregunta ¿cómo es el proceso de suscripción para un negocio en microseguros?, la respuesta más común sería decir que “no existe”, pero lo que realmente sucede es que no puede describirse de manera general, tal como lo mencionamos anteriormente en el análisis del “negocio tradicional” con coberturas como incendio, sustracción, vida u otros.

Basados en lo anterior, y para tratar de establecer una respuesta, debemos entender primero algunos aspectos en los que se enmarca el negocio de microseguros.

6.1. ¿Qué es el microseguro?

- La alternativa de aseguramiento otorgada por el mercado asegurador para las personas de bajos recursos económicos, “La protección para los pobres”.
- Diferentes autores coinciden en que se trata de un estilo de negocio que ofrece protección para personas de bajos ingresos contra riesgos específicos, a cambio de primas bajas acordes con el riesgo asumido.
- Desde el punto de vista de la inclusión financiera; “Acceso a servicios financieros formales por parte de quienes no han sido atendidos por el sistema financiero formal”.
- El profesor Michael McCord sostiene que “Los microseguros deben ser para responder efectivamente a los intereses de los pobres y garantizar su

penetración con productos simples, entendibles, accesibles, valiosos y eficientes”.

- Es una herramienta de administración de riesgo para personas de bajos recursos económicos.
- Es un producto homogéneo para toda una población previamente definida, en donde no es posible hacer diferenciaciones del mismo dentro del segmento elegido.

6.2. ¿A quién va dirigido?

A personas de bajos ingresos o bajos recursos económicos, por esto es considerado para muchos como “El seguro de los pobres”, pero no por ello debe entenderse como una caridad para esta población.

6.3. ¿Qué características debe tener un producto de microseguro?

Los clausulados generales deben ser sencillos y entendibles. Dentro del vocabulario del sector asegurador se pueden describir como seguros con coberturas “riesgos nombrados”. Las exclusiones deben ser mínimas o, en lo posible, si la definición del producto es totalmente puntual, no deberían existir.

El producto debe responder a las necesidades de aseguramiento requeridas por el segmento de personas de escasos recursos al cual se dirige.

Los procesos de “suscripción” y “atención de siniestros” deben igualmente ser sencillos y en especial cuando se trata de siniestros. El procedimiento a seguir y los documentos que se deben suministrar han de estar totalmente claros para el comprador desde el mismo momento en que decide adquirir el seguro.

De precio es bajo, si se compara con un producto tradicional de mercado.

Un canal que permita “acceso fácil” de doble vía, tanto de la población de bajos recursos como de la compañía de seguros. Generalmente, no se utilizan los modelos o canales tradicionales de comercialización.

6.4. ¿Qué se tiene en cuenta para el diseño de un producto en microseguros?

Elegir una población: conociendo su tamaño y la segmentación que pueda existir dentro de ella.

Conocer los peligros o riesgos expuestos para esta población, e identificar cuáles de ellos son los que más le preocupan y el posible tamaño de las pérdidas si se materializan estos peligros.

Conocidos los elementos anteriores, la compañía de seguros debe definir:

- La población objetivo, si es toda o solo una parte.
- El riesgo o riesgos de mayor preocupación para la población objetivo, que serán asumidos por la compañía de seguros, teniendo en cuenta que no puede ser excluyente y que dentro de la población objetivo existen personas con una vulnerabilidad mayor a los riesgos definidos, pero que no por esto se debe o puede eliminar del segmento al que finalmente se dirija el producto. Entre más incluyente sea el seguro, mayor será la cantidad de personas interesadas en este.

Con estos dos puntos la compañía de seguros ya puede determinar las características del producto y la suma asegurada, buscando así garantizar que sea atractivo para la población elegida.

El siguiente paso será la determinación del precio, “costo del seguro”, y las opciones de pago que se ofrecerán. La compañía aseguradora debe conocer previamente cuánto está dispuesto a pagar el mercado elegido por los peligros que se van a cubrir. El precio final debe estar de acuerdo con la capacidad de pago de las personas. Si el precio no es atractivo, es posible que la decisión de aseguramiento se dé solamente por las personas que tienen el mayor riesgo dentro de la población elegida.

En este tema del precio, las aseguradoras suelen hacer cálculos sobre riesgos promedio dentro de la población elegida, generando automáticamente subsidios cruzados entre asegurados con riesgo alto y asegurados con bajo riesgo.

Un precio bajo es importante, pero no es lo único que se debe tener en cuenta para garantizar el acceso a la población objeto. En el seguro tradicional el precio del seguro debe guardar una relación entre la frecuencia y la severidad del riesgo asumido.

¿Qué debemos tener claro?

- Al conocer la forma en la que opera y se define un microseguro, resulta más claro entender por qué este tipo de productos se comercializa más fácilmente en seguros de salud y vida, donde es mucho más sencillo definir un procedimiento de suscripción para un segmento de población elegida.

- Si bien no es imposible, sí resulta un poco más difícil definir microseguros en productos como hogar, incendio y terremoto, en especial si tenemos en cuenta las nuevas exigencias de regulación que requieren mayor información de los predios (ubicación, coordenadas geográficas, irregularidad de predios en planta y en altura, año de construcción, tipo de estructura, experiencia de siniestros por terremoto y claridad sobre las reparaciones realizadas por eventos de terremoto).
- Desde el punto de vista de “suscripción” en microseguros, no existen características individuales de los asegurados ni se pueden establecer condiciones particulares para cada uno. Las características del producto son homogéneas para todos los compradores de la población elegida.
- No se puede concebir el microseguro como el desarrollo de un producto en un proceso de ensayo y error, en donde, al encontrar que aquél no es viable, simplemente se elimina del mercado. Para evitar este problema debe existir un serio estudio de factibilidad de mercado del producto a presentar.
- Si bien se menciona que el seguro está dirigido especialmente a una población pobre, esto no necesariamente debe entenderse con que se deben desarrollar productos pobres con bajos niveles de prima.
- Como en el seguro tradicional, los microseguros se deben sustentar y fundamentar en la ley de los grandes números, deben apoyarse en una suficiente y adecuada base de información y estadística, para lo cual también puede ayudarse de la tecnología.

Volvamos a nuestra pregunta inicial: ¿cómo es el proceso de suscripción en microseguros?

Ahora podemos responder que no existe individualmente para cada cliente, basados en un protocolo de revisión del producto respecto de los peligros, como se hace en los productos tradicionales y en donde la compañía de seguros decide qué riesgos quiere asumir de acuerdo con el análisis realizado para cada negocio.

Podríamos decir que en microseguros la suscripción se hace en la definición del producto, desde cuando se elige el segmento de población a la cual se va a orientar el producto a diseñar y el riesgo que se quiere asumir. La información del “riesgo” en este caso es más del peligro a asumir y su estudio se hace sobre toda la población objeto del seguro y de la experiencia general de esta, así como de la forma en la que se asume de manera general el peligro para evitar la ocurrencia o una pérdida considerable en el caso que este suceda.

El reto de la suscripción en microseguros está entonces en realizar un análisis global que permita conocer detalladamente el grupo objetivo al que se dirige el producto, con la ayuda de estudios de mercado que proporcionen información de los riesgos a los que están expuestos, la capacidad de pago del grupo y sus expectativas de aseguramiento.

La calificación de acuerdo con la probabilidad de ocurrencia del evento y la gravedad de las consecuencias se debe estimar sobre toda la población objeto.

Al igual que en el seguro tradicional, la suscripción en microseguros debe beneficiar a todos los actores que intervienen en el seguro.

XVI. ADMINISTRACIÓN DE RIESGOS Y GOBERNABILIDAD CORPORATIVA EN LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS



LAURA PÉREZ ÁLVAREZ Y JAIRO PÉREZ MUÑOZ³⁴³

1. Introducción

En los últimos veinticinco años, el sector financiero global ha enfrentado grandes cambios. Las instituciones financieras no sólo han crecido en tamaño a causa de importantes fusiones y adquisiciones, sino que además se han enfrentado a un mercado que, con la entrada al siglo XXI, trajo consigo mayor competencia, pues los reguladores, en general, han permitido a las entidades financieras ofrecer nuevos productos, entrar a nuevos mercados y expandir sus actividades. Hemos visto cómo los bancos están incursionando en la oferta de productos de seguros, cómo el crecimiento económico local, la crisis económica en las grandes potencias y las

³⁴³ Laura Pérez Álvarez: abogada, máster en Seguros y Administración de Riesgos de Cass Business School de Londres, pasantía en la Corte Suprema de Justicia, abogada en varias firmas de seguros y en Mundial Seguros. Actualmente se desempeña como ejecutiva de reclamos para líneas financieras en el mercado hispanoamericano de Willis con sede en Londres.

Jairo Alberto Pérez M.: economista, máster en Seguros y Administración de Riesgos de la City University de Londres, gerente de CEARS Consultores, desde donde asesora a varias compañías de seguros y reaseguros. Se desempeñó como director de riesgos de seguros de la Superintendencia Financiera. Conferencista invitado por el Banco Mundial y la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros.

adversidades naturales de nuestro tiempo demandan mayor cobertura de las empresas de seguros, y cómo los intermediarios de seguros y reaseguros han tenido que ampliar su oferta de servicios para sobrevivir en un mercado que, con ciclos suaves prolongados, se torna cada vez más agresivo.

Las dinámicas de la economía global tienen un fuerte impacto en la actividad aseguradora, pues tal vez no exista otro sector dentro de la economía cuya tradición esté más ligada al entorno internacional que el de los seguros. La necesidad de sus operadores de contar con adecuadas protecciones vía el mecanismo de reaseguro, implica indispensablemente el establecimiento de contactos con mercados foráneos.

Asimismo, la dinámica de los mercados financieros, bursátil y asegurador ha hecho que, durante los años más recientes, las barreras legales y operacionales se hayan derrumbado, por lo que resulta difícil, en múltiples ocasiones, determinar cuál es la frontera que delimita cada uno de tales mercados. De otra parte, el avance tecnológico ha facilitado el intercambio de información, sin que la distancia y en ocasiones el idioma constituyan barreras insalvables.

Pero no sólo los operadores directos han avanzado en esta frenética carrera, también los organismos de regulación y supervisión han debido adaptarse a las nuevas condiciones que las circunstancias imponen. Con la participación de organismos como la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (IAIS), se ha acelerado el proceso de intercambio y homologación de prácticas de supervisión.

Es en este ambiente de alta competencia, donde la administración de riesgos gana cada día mayor importancia, pues como lo veremos más adelante, si los administradores y directores de una compañía fallan en detectar los riesgos que afectan sus resultados, no sabrán maximizar sus oportunidades y minimizar sus probabilidades de pérdida. Este escrito resume las características más importantes que en materia de administración de riesgos y gobernabilidad corporativa deben establecer los responsables de las entidades aseguradoras, si desean sobrevivir a los retos que un mundo con menos barreras.

2. Administración de riesgos y gobernabilidad corporativa en las compañías de seguros

Los grandes cambios que se derivan de los procesos de fusión y adquisición dentro la industria aseguradora, la creciente complejidad de sus productos y servicios y su convergencia con el sector financiero, han generado la necesidad de revisar los parámetros dentro de los cuales se desenvuelve el modelo de supervisión de

esta actividad. La globalización se ha extendido no sólo a la forma como se hacen los negocios, sino también a la manera en que se ejerce el control de las operaciones de seguros.

El Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional han considerado que los postulados adoptados por las organizaciones que conforman el denominado “Foro Conjunto”³⁴⁴ ejercen un papel importante en el proceso de homologación de los principios rectores de estas actividades, por lo que promocionan la adopción de un nuevo modelo de supervisión cuya aplicación exige un cambio de enfoque por parte de los supervisores, de manera que abandonen el modelo de auditoría vigente, por uno de análisis de riesgos. Sin embargo, el nuevo esquema exige que en forma simultánea las entidades vigiladas establezcan políticas de gobernabilidad corporativa y administración de riesgos.

El mercado colombiano avanza en la implementación de un ambiente operativo y de supervisión basado en el reconocimiento de los riesgos que pueden afectar la operación de las entidades financieras y aseguradoras.

En materia de regulación, además de las normas sobre la necesidad de adoptar sistemas de administración de riesgos, más recientemente se modificó el cálculo del nivel de riesgo de las entidades aseguradoras, mediante la adición de los efectos de los riesgos de crédito y de mercado.

3. Orígenes de la administración de riesgos

Algunos autores al mencionar los orígenes del seguro hacen referencia a las prácticas utilizadas por los comerciantes fenicios, en tanto que otros se remontan a los comerciantes chinos, quienes asumían en forma colectiva las desgracias que pudieran afectar a uno de ellos. Desde la óptica del presente artículo, debemos resaltar que tales prácticas no están vinculadas directamente a la institución del seguro, sino que corresponden a prácticas de administración de riesgos.

Sólo con el propósito de dar claridad, debemos tener presente que el seguro como institución surge luego del gran incendio de Londres de 1666, con la creación de *The Phoenix*. En este caso, se tiene una entidad no vinculada a terceros, de quienes recibe una prima y a cambio promete resarcir las pérdidas que llegaren a afectar sus bienes en un período de tiempo. A partir de entonces y como consecuencia de

³⁴⁴ El denominado *Joint Forum* está conformado por el Comité de Basilea, la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros y la Organización Internacional de Comisiones de Valores.

su naturaleza como servicio, la industria aseguradora ofrece la protección requerida por sus tomadores de pólizas, de tal forma que con el cambio en las necesidades de sus asegurados, los aseguradores deben desarrollar nuevos servicios con el propósito de atender las necesidades de sus clientes.

No obstante, la práctica de administrar riesgos surge una vez los administradores y directores de las compañías empiezan a entender que la compra de seguros no sólo resulta adecuada (dadas las restricciones en la naturaleza de riesgos que pueden ser protegidos por el contrato de seguro), sino incluso conveniente (dados los costos que implica la contratación de seguros y las limitaciones de la capacidad de la oferta para riesgos específicos) sólo para una proporción del total de riesgos que enfrenta una compañía. Por lo tanto, si bien el origen de la administración de riesgos está íntimamente relacionado con la compra de seguros corporativos, no puede afirmarse que ello corresponde a una técnica para la compra de seguros. Es necesario reiterar que la administración de riesgos es una aproximación científica que procura establecer unos procedimientos que permitan tratar con los riesgos enfrentados por individuos y corporaciones.

Los primeros avances en la concientización acerca de la importancia de la administración de riesgos se hicieron a principios del siglo XX, con la aparición de leyes sobre protección laboral adoptadas en los Estados Unidos inspiradas en las medidas adoptadas por el canciller Otto von Bismarck en Alemania en 1881 y que luego de 1930 se expandieron rápidamente alrededor del mundo³⁴⁵. Estas ideas de protección laboral generaron un cambio en la concepción de la protección a los trabajadores, pues se pasó de un concepto de protección individual a uno de responsabilidad gubernamental y corporativa.

En 1920, la creación de Tanker Insurance Company, Ltd. en los Estados Unidos, dio origen en dicho mercado a las compañías cautivas, cuya utilización volvió con gran fuerza primero entre 1970 y 1980³⁴⁶, y ultimamente con el endurecimiento del mercado tras los ataques del 11 de septiembre de 2001. La creación de dichas entidades es un avance en materia de administración de riesgos, ya que demuestra la decisión de retener dentro de la organización ciertos riesgos, en vez de acudir al mecanismo del seguro, lo cual si hace parte de una estrategia bien evaluada, puede traer grandes ventajas a una organización cuando sus riesgos son de tal naturaleza que no encuentra capacidad en el mercado reasegurador o la encuentra a un costo muy elevando.

345 Ioman, Felix. *Risk Management Reports*. Volumen 26, no 12, 1999 [recurso electrónico]. Disponible en: <http://www.riskinfo.com/rmr/rmrdec99.htm>.

346 Ibid.

Fue también en las primeras décadas del siglo XX que surgieron grandes tratados de economía y otras disciplinas que exploraron la naturaleza del riesgo. En 1921, por ejemplo, la obra de Frank Knight, *Risk, Uncertainty and Profit*, separó el concepto de incertidumbre, el cual no es medible, del concepto de riesgo, el cual sí lo es. En dicha obra destaca lo que se denomina “el factor sorpresa”, el cual surge cuando se otorga demasiada confianza a la extrapolación de eventos pasados³⁴⁷. En ese mismo año, la obra de John Maynard Keynes *Un tratado sobre probabilidades* criticó la sobredependencia en los resultados obtenidos al aplicar la “Ley de los Grandes Números”, enfatizando la importancia de la percepción subjetiva en la determinación de probabilidades³⁴⁸.

Los avances también se dieron en materia de regulación. En 1933 el Congreso de los Estados Unidos aprobó el acta Glass-Steagall, en la cual se prohibió la propiedad simultánea de inversionistas en bancos, compañías de seguros y firmas bursátiles, procurando evitar el riesgo de contagio entre entidades de diversos sectores. En 1945 el Congreso de los Estados Unidos adoptó el acta McCarran-Ferguson, mediante la cual se delegó la regulación de la actividad aseguradora en cada uno de los estados de la unión en lugar del Gobierno Federal.

En la segunda mitad del siglo XX varios trabajos académicos contribuyeron al avance de la administración de riesgos. En primera instancia, se empezó a sofisticar las metodologías de medición de riesgo financiero, con publicaciones como la de Harry Markowitz, premio Nobel en 1990, quien en el artículo “Portfolio Selection” explora los diversos aspectos sobre rentabilidad y varianza en un portafolio de inversiones; asimismo, se comenzaron a desarrollar conceptos de gran importancia en la administración de riesgos, como por ejemplo, el concepto de costo de riesgo sobre el cual en 1962, Douglas Barlow exdirector del American Risk and Insurance Management Society (RIMS), comentó que más allá de la prima de seguros incurrida por una organización, debía incluir además otros costos, como aquellos reportados por las pérdidas no reembolsables, costos administrativos y gastos de prevención de pérdidas³⁴⁹.

Una de las ideas más importantes en la evolución de la administración de riesgos es aquella que se deriva del trabajo presentado por el economista y premio Nobel Kenneth Arrow quien al sostener que hay incertidumbre en el conocimiento que tiene el ser humano acerca del funcionamiento de las cosas, tanto en la sociedad

347 Klotman, Felix. *Risk Management Reports*, cit.

348 Ibid.

349 Lenckus, Dave. *Some Who Mattered Most. Risk and Insurance*, 2010 [recurso electrónico]. Disponible en: <http://www.riskandinsurance.com/story.jsp?storyId=389351453>.

como en la naturaleza, ha dado lugar a que en administración de riesgos nazca la noción de que estaremos mejor preparados para enfrentar el riesgo, si aceptamos su potencial como fuente de pérdidas pero también de oportunidades.

Entre 1950 y 1960, en Filadelfia, las universidades de Pensilvania y Temple albergaron a profesores que colaboraron con el desarrollo de la administración de riesgos. Russell Gallagher, Wayne Snider y Herbert Denenberg colaboraron en la comprensión de que los seguros son solo un aspecto de la administración de riesgos, sustentándose en las ideas que años atrás había esbozado el escritor frances Henri Fayol, considerado uno de los precursores en la materia³⁵⁰. Otra de las ideas que contribuyeron a entender el proceso de administración de riesgos surgió del trabajo realizado en 1974 por Gustav Hamilton, el gerente de riesgos de la Statsföretag en Suecia, quien creó el “Círculo de la Administración de Riesgos”, mediante el cual describe gráficamente la interacción entre todos los elementos que intervienen en este proceso: la identificación, la evaluación, el control, el financiamiento y la comunicación.

Ya en los setenta y en los ochenta surgieron varias entidades destinadas a convocar a estudiosos del sector financiero interesados en entender las funciones que desempeñar por parte de las instituciones aseguradoras y el rol de la administración de riesgos. Fue así como en 1973 un grupo de ejecutivos de diversas compañías de seguros se reunió en París para crear la International Association for the Study of Insurance Economics. Dos años más tarde, The Geneva Association, su nombre más familiar, llevó a cabo su primera asamblea, dando lugar al inicio del estudio conjunto de la administración de riesgos, los seguros y la economía. En 1975 en los Estados Unidos, la American Society of Insurance Management cambió su nombre por el de Risk & Insurance Management Society (RIMS), reconociendo con ello el cambio hacia la administración de riesgos sugerido por Gallagher, Snider y Denenberg en Filadelfia veinte años atrás.

En Washington se constituyó la Society for Risk Analysis (SRA), con el propósito de representar a los sectores público, académico y ambiental. Hacia 1999 la SRA contaba con más de 2200 miembros alrededor del mundo y gracias a su gestión, los términos evaluación de riesgos y administración de riesgos fueron reconocidos en las legislaciones norteamericana, japonesa y europea. Más tarde, en 1986 se creó en Londres el Institute for Risk Management. Bajo la dirección del Gordon Dickson inició el primer programa de educación continuada en administración de riesgos, el cual luego de varios exámenes otorga el título de “Fellow of the Institute of Risk Management”. Años más tarde esta tendencia continuaría con la

350 Kloman, Felix. *Risk Management Reports*, cit.

creación de la Global Association of Risk Professionals, la cual en 1996 integró a los gerentes de crédito, moneda, tasa de interés e inversiones de diversas firmas.

El 19 octubre de 1987 ocurrió el “Lunes Negro”, llamado así por sus efectos en las bolsas de valores alrededor del mundo. Este hecho recordó a los inversionistas, la importancia de la evaluación de los riesgos inherentes y las volatilidades de cada mercado.

Sólo a finales del siglo XX se dan grandes avances en materia de administración de riesgos en relación con la estructura interna de las compañías, integrando estos procesos a la noción de gobierno corporativo, tal como lo analizaremos más tarde. En 1992 el Comité Cadbury emite su reporte en el Reino Unido, en el cual sugiere que las juntas directivas son responsables de la fijación de las políticas de administración de riesgos, asegurando que las organizaciones son conscientes de los riesgos que enfrentan y que aceptan la supervisión de todos sus procesos. Otros comités realizaron trabajos similares en Canadá (Hempel and Turnbull), Estados Unidos, Sudáfrica, Alemania y Francia, en los que se amplía el espectro de responsabilidades de las juntas directivas al asignarles la adopción de las políticas generales de administración de riesgos.

En 1993 el título de Chief Risk Officer fue utilizado por primera vez por James Lam, en GE Capital, para describir las funciones de quienes administran “todos los aspectos del riesgo”, incluyendo la administración de riesgos, las operaciones de respaldo de operaciones y la planeación financiera y de negocios.

En 1995 se inició un trabajo que continúa hoy en día, y que consiste en el trabajo multidisciplinario realizado en Australia y Nueva Zelanda, a fin de establecer un estándar de administración de riesgos global conocido en su momento como el AS/NZS 4360:1995, el cual tras diversas actualizaciones a lo largo de los años hoy se mantiene vigente bajo la versión AS/NZS ISO 31000:2009. Este estándar fue seguido con propósitos similares en Canadá y Japón en 1997. Aun cuando algunos críticos consideran que este esfuerzo es prematuro, dada la constante evolución de la naturaleza de la administración de riesgos, se reconoce que fue un paso importante en la creación de un marco de referencia común para múltiples actividades.

Vemos así cómo el énfasis inicial del concepto de administración de riesgos radicó en la forma como las empresas debían administrar las pérdidas derivadas de eventos asegurables, pero fue evolucionando a fin de extenderse a la prevención de riesgos, a la medición de la incidencia económica de las pérdidas y al desarrollo de modelos de decisión tendientes a determinar el nivel de riesgo que debía ser compartido entre una corporación y su compañía de seguros.

Ello es entendible, ya que sin que hubiesen sido desarrolladas diversas técnicas basadas en procedimientos de aproximación científica, el mecanismo más cómodo para todas las partes involucradas en el tratamiento de los riesgos enfrentados por una empresa ha sido recurrir al contrato seguro, toda vez que en caso de ocurrencia de una pérdida no asegurada y sin que se hubiese adoptado algún mecanismo alternativo de protección, el gerente de riesgos enfrentaría grandes dificultades al momento de explicar su decisión. No obstante, como ya se mencionó en la introducción, esta opción no es sostenible en un escenario de alta competencia y ciclos de mercado suaves, ya que las primas y los rendimientos financieros obtenidos apenas alcanzan a cubrir en la mayoría de los casos las pérdidas asumidas por las compañías aseguradoras, pero no resulta suficiente para dar el nivel de retorno esperado por los accionistas. Por ello es clave para las compañías aseguradoras y en general para compañías de otros sectores, el desarrollo de una práctica de administración de riesgos que provea a la compañía un esquema eficiente para el manejo de sus riesgos.

La administración de riesgos toma cada día mayor importancia, tanta, que cada vez son más las empresas que cuentan con individuos altamente capacitados en el tratamiento de los riesgos que enfrentan sus compañías. Aquellas personas responsables por el manejo del programa de riesgos, en los cuales la compra de seguros constituye solo una parte, son conocidos como administradores de riesgo.

No obstante, ha de tenerse en cuenta que el crecimiento de las corporaciones ha hecho que de manera simultánea los riesgos que enfrentan tales empresas sean mayores y hayan “mutado” su naturaleza. En consecuencia, el hecho de contar con administradores que entienden que el manejo de tales riesgos no puede ser manejado exclusivamente por la intuición de los gerentes de riesgo, les ha llevado a profundizar en el análisis del origen de los riesgos, de sus causas, sus consecuencias y los mecanismos que permitan su control. De esta forma, la administración de riesgos se convirtió en una herramienta mediante la cual, una organización podía orientar sus recursos y actividades al cumplimiento de los objetivos corporativos de forma eficiente.

Las tendencias más recientes muestran que las grandes corporaciones a nivel mundial incluyen el concepto de administración de riesgos como parte de sus estrategias corporativas, concepto que comprende tanto la administración de los riesgos derivados de la conducta humana y los actos de la naturaleza, como los riesgos financieros.

La circunstancia anterior, junto al lento desarrollo y evolución del mercado asegurador para atender las crecientes necesidades de protección de sus clientes, la rigidez de las coberturas y condiciones de aseguramiento ofrecidas y la falta de

disponibilidad de soluciones de largo plazo, así como la incapacidad de aislamiento con relación a los movimientos cíclicos del mercado³⁵¹ explican la creciente importancia de los denominados métodos alternativos de transferencia de riesgos.

4. ¿Qué es la administración de riesgos?

Ya hemos abordado brevemente los orígenes de la administración de riesgos y cómo este concepto resulta de gran importancia hoy en día para las compañías aseguradoras y de otros sectores. No obstante, poco se ha dicho sobre la noción de riesgo. El concepto de riesgo, tal como lo menciona Alan Punter en su obra *Risk financing and Management*, es un concepto inherente a todos los aspectos de la vida personal y de negocios³⁵². No obstante, en un escenario de negocios, el concepto de riesgo hace referencia a cualquier fuente de aleatoriedad que puede tener un impacto en el valor de los activos de una corporación, en sus ganancias o en sus flujos de liquidez.

Cada industria tiene sus particularidades y en el caso de la industria de seguros existe el riesgo de que las pérdidas no puedan ser estimadas con el nivel de certeza de otras industrias. Esto se debe a la particular naturaleza de los servicios prestados por las aseguradoras, ya que los riesgos para los que estas proporcionan cobertura pueden llevar a que asuman pérdidas que superan muchas veces la prima recibida por la compañía, debido a que estas pueden ocurrir muchos años después del momento en que el riesgo fuera transferido. Este problema es conocido por los aseguradores y reaseguradores, quienes han desarrollado diferentes metodologías para estimar con mayor nivel de confianza las pérdidas que tendrán que pagar.

Se podría decir entonces que la administración de riesgos es el proceso mediante el cual una compañía administra las distintas herramientas que le permiten cuantificar y monitorear sus riesgos, de tal manera que éstos sean parte de su plan estratégico. No obstante, una de las múltiples definiciones indica que la administración de riesgos, es una aproximación científica al problema de tratar con los riesgos puros enfrentados tanto por individuos como por las empresas. Otras procuran definir este concepto con base en los procedimientos que involucra, señalando que la administración de riesgos corresponde al proceso de identificación, medición, control y seguimiento de los riesgos que enfrenta una empresa.

351 Punter, Alan. *New Solutions for the financing of risk*. Insurance Economists. 2000.

352 Punter, Alan. *Risk Financing and Management*, Global Professional Publishing. 2003.

El estándar adoptado por Australia y Nueva Zelanda para administración de riesgos conocido como el AS/NZS 3100: 2004, establece que la administración de riesgos corresponde a un método lógico y sistemático que establece el contexto, la identificación, el análisis, la evaluación, el tratamiento, el monitoreo y la comunicación de los riesgos asociados a una determinada actividad, función o proceso, con el fin de capacitar a las organizaciones para minimizar sus pérdidas y maximizar sus oportunidades.

En esta última definición se observa un aspecto no mencionado en anteriores definiciones, y es la de maximizar sus oportunidades. No cabe duda de que este enfoque es mucho más amplio y se aparta de la visión ligada al seguro como institución según la cual, la administración de riesgos abarca exclusivamente los riesgos puros.

La administración de riesgos debe constituirse en el mecanismo por medio del cual resulta posible traducir la estrategia general de una empresa en objetivos tácticos y operativos, mediante la asignación de responsabilidades en diferentes niveles jerárquicos de cada organización.

Cualquiera que sea la definición que finalmente se acepte, es necesario tener en cuenta que este es ante todo un concepto dinámico, que ha evolucionado desde el simple manejo de los contratos de seguro tomados por las empresas y que ahora tiene como propósito, además de evaluar los daños accidentales a los activos, garantizar la estabilidad de los ingresos de las organizaciones.

5. Importancia de la administración de riesgos

Hoy en día la administración de una empresa se enfoca en el análisis del retorno obtenido en relación con los riesgos asumidos (concepto que se conoce *como risk-adjusted-performance*), más que en un simple análisis de las utilidades obtenidas en el desarrollo del objeto social³⁵³, y ello ocurre cada vez más, tanto en las entidades financieras como en otros sectores. Este cambio en el enfoque de administración de una empresa se debe a que poco a poco se ha corroborado cómo la falta de previsión de riesgos por parte de los directivos y el hecho de no incorporar en el día a día de las operaciones la cultura de prevención de riesgos, han ocasionado el colapso de grandes compañías en los últimos años.

353 Crouhy, Michael, Dan Galai y Robert Mark. *Risk Management*. McGraw-Hill, 2000.

Ello nos lleva a afirmar que la razón de ser primordial de la administración de riesgos, es procurar la mayor estabilidad de las empresas. Dicha estabilidad se puede lograr si los directores de una organización reconocen no sólo que las fuentes de generación de pérdidas son variadas, pues entre ellas se encuentran catástrofes naturales, fuertes movimientos en tasas de cambio, tasa de interés, el cambio en las preferencias de los consumidores, cambios en el precio de algunos bienes, cambios en las políticas económicas o fiscales, sino además que algunas compañías, por la naturaleza de sus operaciones, son más propicias a resultar afectadas por factores cíclicos que otras y ello puede precipitar algunos cambios bruscos en su destino. En todo caso, con un adecuado programa de administración de riesgos, cualquier empresa puede lograr una estabilización de sus resultados.

Es posible abandonar líneas de negocio altamente riesgosas, poner menor énfasis en otras o iniciar la operación de nuevas actividades. Es posible mejorar los mecanismos de identificación de sus vulnerabilidades y por tanto enfrentarlas de forma más adecuada. La experiencia demuestra que aquellas empresas en las cuales se ha iniciado un proceso de administración integrada de riesgos han mejorado los índices de estabilidad de sus resultados.

Ello sólo es posible cuando los administradores y directores entienden la naturaleza de las operaciones y los principios fundamentales de la administración de riesgos, pues si bien es cierto que el concepto de riesgo siempre ha estado presente en la toma de decisiones de inversión en una compañía, el ambiente competitivo de hoy en día requiere que los directores y administradores de una entidad tengan una participación más activa en la administración de riesgos, a fin de evaluar cuáles de ellos impactan sus activos, sus pasivos y su capital y poder tomar decisiones informadas que permitan el crecimiento sostenido de la organización.

Esta necesidad de mayor participación de los directores y administradores de una empresa contrasta con la poca conciencia y formación que tienen los directivos de los riesgos que enfrentan a diario. Una encuesta realizada por Mckinsey y la revista *Directorship* en 2002 reveló cómo el 36% de los directivos participantes dijo no entender completamente los principales riesgos que amenazan a sus compañías, el 24% reconoció que el proceso de evaluación de la administración de riesgos por parte de su junta directiva no es efectivo y un 19% admitió no tener procesos establecidos para la administración de riesgos en sus juntas directivas³⁵⁴.

Aunado a lo anterior, algunas empresas han desarrollado programas independientes para el manejo de los riesgos puros, de los riesgos financieros, de los riesgos de

354 Buehler, Kevin y Gunnar Pritsch. *Running with risk*. Mckinsey and Company, 2003.

servicios, etc. Sin embargo, el crecimiento empresarial y su inmersión en una economía de alcance cada vez más global, requiere el establecimiento de un lugar común, en el que se compartan experiencias y desarrollos.

De lo dicho con anterioridad podría eventualmente inferirse que un adecuado manejo de la administración de riesgos de una empresa requiere administradores que hayan acumulado más horas terminando un Ph.D. que desarrollando un conocimiento empírico del objeto de la empresa. Nada más alejado de la realidad. Si bien es necesario que los directivos y administradores tengan cada vez más conocimientos formales en administración de riesgos, no deja de ser cierto que sólo el conocimiento claro y completo de los factores que hacen que una empresa genere valor hace que la administración de riesgos tenga sentido para una organización.

Una muestra de ello la encontramos en el directivo de una empresa farmacéutica global que detecta que el riesgo de daño a la propiedad de unos laboratorios arrendados no es tan crucial como la operación dedicada a la investigación e innovación, ya que esto permite el desarrollo de nuevos productos que hacen que la compañía sea viable. Cualquier riesgo que afecte esta operación debe ser tratado con medidas preventivas adecuadas, más que con mecanismos de transferencia y mitigación de la pérdida económica, pues en casos como el citado poco sirve reclamar a una póliza cuando es la competencia la que pasa la factura.

Otro escenario que enfrentan las compañías a menudo se presenta cuando grandes organizaciones con operaciones multinacionales se encuentran con un riesgo tan específico de su industria u operaciones, o de tal magnitud, que no encuentran en el mercado asegurador la capacidad suficiente o adecuada para otorgarle la cobertura necesaria. Ante estas situaciones, los administradores deben evaluar la conveniencia de pagar primas para poner de manifiesto que se está haciendo una gestión de riesgos, o bien optar por un mecanismo alternativo de transferencia de riesgos, como la creación de una cautiva, que ofrezca la protección específica que se requiere.

Otra razón que justifica la adopción de programas de administración de riesgos está asociada al concepto de las “expectativas racionales” de los *stakeholders*, término con el que se conoce a todos aquellos interesados en la operación de una compañía, sean estos accionistas, posibles inversionistas, competidores, clientes, etc.

Sin un adecuado programa de administración de riesgos, una empresa podría estar destruyendo valor, en la medida en que destine mayores recursos que aquellos que espera recibir y a la vez podría generar un mayor grado de incertidumbre sobre su estabilidad y permanencia en el tiempo. El gran problema para esta compañía radica en que entre mayor sea dicha incertidumbre, mayor será su costo de operación.

Los bancos y otros acreedores podrán exigir mayores garantías colaterales y/o aplicar mayores tasas de interés sobre los préstamos que requiera la operación de la compañía.

Los proveedores podrán disminuir la cantidad de bienes requeridos o reducir el plazo de pago. Algunos empleados altamente calificados podrían abandonar la empresa.

Los nuevos empleados podrían exigir mayores bonificaciones.

Los clientes podrían cancelar o declinar algunos de los negocios a largo plazo, y en el caso de empresas que cotizan en bolsa, el costo de las acciones podría disminuir o hacer más costosa la adquisición de nuevos recursos.

La magnitud de estos costos justifica la destinación de recursos a la labor que representa la reducción permanente del nivel de incertidumbre en la operación de una compañía. Este esfuerzo por mantener la credibilidad, necesariamente se debe traducir en una reducción de los costos de operación en el tiempo.

Otro argumento en favor de la administración de riesgos tiene que ver con el manejo de los planes de inversión. Aun cuando las sociedades por acciones pueden obtener nuevos recursos mediante la emisión de bonos o nuevas acciones, prefieren fondearse con recursos propios en la realización de nuevos proyectos. La emisión de acciones trae consigo costos de transacción y un mayor nivel de escrutinio por parte de los nuevos interesados, a la vez que podría ser una señal, como se anotó anteriormente, de mayores niveles de incertidumbre, y por tanto los nuevos accionistas querrían obtener mejores condiciones, a la vez que los supervisores se mostrarán más atentos al desarrollo de sus operaciones.

Dos compañías con rendimientos promedio de 15% pueden mostrar un comportamiento diverso en el curso de los últimos años, pues mientras la primera registra menores desviaciones alrededor de este promedio, la segunda puede registrar rendimientos del 30% o más, pero igualmente pérdidas significativas. El desempeño de la segunda empresa está expuesto con mayor probabilidad a un requerimiento de capital adicional, circunstancia que comparativamente con la primera compañía, resulta más costosa.

En un trabajo realizado por economistas de la Reserva Federal de los Estados Unidos y de Swiss Re acerca de las características de las empresas más admiradas conforme a los reportes anuales de Fortune desde 1983, se preguntó a ejecutivos y directores acerca del desempeño de las empresas más grandes en cada sector, sobre los siguientes ocho atributos: calidad de administración, calidad de los productos y servicios, innovación, valor generado por las inversiones de largo plazo,

solidez financiera, capacidad para atraer personal altamente calificado, responsabilidad frente a la comunidad y el medio ambiente y el uso de los activos corporativos. Se llegó a la conclusión de que el factor más importante al calificar a una empresa es la estabilidad de resultados.

Estos hallazgos se consideran de suma importancia al evaluar la importancia de la administración de riesgos. Las compañías que ejercen un adecuado control de su desempeño corporativo, que son proactivas y no reactivas, y que generan resultados favorables trimestre tras trimestre, tienden a ser más admiradas que aquellas que muestran pérdidas con alguna regularidad.

La relación entre operaciones exitosas y administración integrada de riesgos se presentó igualmente en un estudio realizado por Price Waterhouse Coopers en compañías de tamaño mediano en el Reino Unido. El estudio encontró que aun cuando el 80% de los ejecutivos de estas organizaciones consideraban que un programa de administración de riesgos era fundamental para alcanzar el éxito, muy pocos acompañaban esta convicción con acciones concretas que hicieran de los programas de administración de riesgos una labor integrada y proactiva. En general, solo el 65% de las compañías encuestadas había implementado algún tipo de administración integrada de riesgos, siendo esta práctica limitada en su alcance.

6. ¿Por qué se requiere un sistema especial para la administración de los riesgos de seguros?

La International Association of Insurance Supervisors (IAIS) ha propuesto una clasificación de los riesgos que enfrentan las compañías de seguros. En un documento titulado *On Solvency Assessments and Actuarial Issues, An IAIS Issues Paper*, la citada organización propone las siguientes tres categorías generales:

1. Riesgos técnicos (riesgos de los pasivos): hacen referencia a los riesgos que directa o indirectamente están asociados a las bases técnicas y actuariales requeridas para el cálculo de las primas y las reservas técnicas tanto de las compañías de seguros generales como de vida, así como los riesgos asociados a los gastos administrativos y a los crecimientos excesivos y no coordinados.
2. Riesgos de las inversiones (riesgos de los activos): tienen que ver con los diversos riesgos que están directa o indirectamente relacionados con la administración de los activos de cada aseguradora.
3. Riesgos no técnicos: relacionados con los diversos riesgos que no pueden ser clasificados adecuadamente en los dos grupos anteriores.

En otro documento, titulado *Principles on Capital Adequacy and Solvency*, la IAIS hace énfasis en los riesgos técnicos, pero menciona algunos otros sobre los cuales un supervisor debería imponer requerimientos adicionales, tales como los riesgos de concentración, el riesgo de crédito y los riesgos de liquidez de una compañía de seguros. La IAIS identifica otros riesgos que podrían surgir del descalce en divisas, descalce de tiempos en flujos de fondos, así como riesgos operacionales, de mercado, organizacionales y de conglomerado, entre otros.

Los riesgos técnicos corresponden a la categoría clásica a partir de la cual se determina el capital requerido para una compañía de seguros. Estos riesgos están vinculados a la naturaleza particular de las aseguradoras, las cuales, a cambio de una prima, asumen los riesgos que les trasladan otras personas e instituciones.

Generalmente, los riesgos técnicos son conocidos en la actividad aseguradora como “riesgo de producto” o “riesgo de suscripción”. Vale la pena destacar que así como los riesgos de inversiones se ubican en el balance de la compañía al lado de los activos, los riesgos técnicos se sitúan en el lado de los pasivos.

Pero no sólo las organizaciones, sino también los países han adoptado su propia clasificación de riesgos, veamos algunos ejemplos:

Estados Unidos – NAIC (National Association of Insurance Commissioners)

Como quiera que en este mercado las autoridades calculan los requerimientos de capital según el riesgo que soporta cada compañía (de acuerdo con su criterio local), las empresas de seguros de vida cuentan con la siguiente clasificación:

- C-0: subsidiarias de seguros y riesgos fuera de balance.
- C-1: riesgo de los activos (según la calidad de la contraparte y el tipo de inversiones en poder de la compañía).
- C-2: riesgo de seguros o técnico.
- C-3: riesgo de calce entre activos y pasivos.
- C-4: riesgos generales del negocio.

En el caso de las compañías de seguros generales, la clasificación es la siguiente:

- R0: subsidiarias de seguros y riesgos fuera de balance.
- R1: riesgo de inversiones: renta fija (excluyendo inversiones en subsidiarias).
- R2: riesgo de inversiones: renta variable (excluyendo inversiones en subsidiarias).
- R3: riesgo de crédito: cuentas por cobrar, 50% de las cuentas por cobrar a reaseguradores.

- R4: reservas de siniestros y ajustes de pérdidas, más la mitad de los reembolsos de siniestros.
- R5: primas de riesgo.

Se aplican algunos ajustes en R4 y R5 por concentración de producción por ramos y por crecimiento de primas.

Tanto en las compañías de seguros generales como en las de vida se aplican algunos factores de ajuste como consecuencia de reducciones ocasionadas por independencia de riesgos y por efecto de la diversificación de éstos.

Australia ha identificado los siguientes riesgos como aquellos de mayor impacto para la actividad aseguradora: riesgos de seguros, riesgo de reclamaciones pendientes, riesgo de primas, riesgo de inversiones y riesgo de concentración.

En Canadá se tiene la siguiente clasificación: riesgo de crédito, riesgo de mercado, riesgo de seguros, riesgo operacional, riesgo de liquidez, riesgo legal y de regulación y riesgo estratégico.

En Suecia han considerado los siguientes riesgos: riesgo de crédito, riesgo de mercado, riesgo de suscripción, riesgo de reaseguro, riesgo de reservas, riesgo de calce de activos y pasivos, riesgo de solvencia y riesgo operacional.

Finalmente, y para no extendernos demasiado en esta recopilación, consideramos importante mencionar los riesgos considerados en el Reino Unido por la Financial Services Authority: riesgo de crédito, riesgo de mercado, riesgo operacional, riesgo de seguros y riesgo de grupo.

Como vemos, los riesgos que enfrenta cualquier empresa son múltiples, por lo que, desde hace varias décadas, algunos analistas señalaron que debería existir dentro de cada organización una dependencia encargada de manejar adecuadamente tales riesgos.

Tan importante es la labor de administrar riesgos, que este aspecto debería ser considerado como fundamental al momento de establecer una relación comercial con terceras personas o empresas. Una compañía que cuente con un eficiente programa de administración de riesgos podría estar mejor preparada para enfrentar las dificultades que surgen en forma continua y, por tanto, su probabilidad de supervivencia será mayor que la de aquellas empresas que no lo tienen.

7. ¿Qué es la gobernabilidad corporativa?

Tal vez una de las definiciones más sencillas, pero a la vez más completa, acerca de la gobernabilidad corporativa fue la utilizada por el Banco Mundial en desarrollo de la presentación del nuevo modelo de supervisión basado en la evaluación de riesgos: “Corresponde al conjunto de políticas de administración y procedimientos dirigidos a garantizar que una compañía se desempeñe en forma tal, que le permita atender en todo momento las obligaciones asumidas frente a terceros, sus empleados y accionistas”.

En el año 2010, la Superintendencia Financiera de Colombia, en la presentación de un documento conceptual sobre gobernabilidad corporativa, manifestó: “El gobierno corporativo es el sistema (conjunto de normas y órganos internos) mediante el cual se dirige y controla la gestión de una persona jurídica, bien sea de manera individual o dentro de un conglomerado. El gobierno corporativo provee un marco que define derechos y responsabilidades, dentro del cual interactúan los órganos de gobierno de una entidad entre los que se destacan el máximo órgano de dirección, la junta o consejo directivo, los representantes legales y demás administradores, el revisor fiscal y los correspondientes órganos de control”.

Uno de los aspectos que más se destaca en la primera de las anteriores definiciones, es el énfasis que hace respecto del objetivo primordial de toda gestión corporativa, cual es el de atender a las expectativas de las personas, sean estas quienes financien, laboren, provean, compren o se benefician del ejercicio corporativo.

Respecto del documento preparado por la Superintendencia Financiera de Colombia, vale la pena mencionar que desde la definición del concepto y a lo largo del desarrollo del documento, es breve la referencia a la relación entre la sociedad y los terceros interesados. Vale la pena mencionar, sin embargo, que el detalle con que evalúa las características y condiciones relativas a la estructura de propiedad y otros aspectos es interesante.

Pasando al análisis de temas de orden práctico relacionados con la gobernabilidad corporativa de una sociedad, vale la pena mencionar que entre las reacciones que suscita la quiebra de una entidad, se tiene, naturalmente, la de buscar las causas que originaron tal situación. Por lo general, se señala el alto nivel de endeudamiento, el incremento en las tasas de interés, la recesión económica, etc., pero se olvida que detrás de todas estas posibles causas, existe la conducta pasiva (en el caso de las tres primeras) o activa (en el caso de las dos últimas) de las personas que con su comportamiento no previeron, o que bien propiciaron dicho colapso. Sería injusto referirnos exclusivamente a las situaciones adversas, pues también el

éxito de una empresa es consecuencia del acertado manejo de las personas comprometidas en su gestión.

Las empresas, sean estas de tipo familiar (tal vez el esquema predominante de organización económica a nivel mundial) o estatal, operan dentro de los límites fijados por la ley y las regulaciones de cada país, por ello, sus estatutos, si se opera dentro un modelo legislativo de tipo normativo, tienden a ajustarse a lo estrictamente estipulado por dicha ley o regulación, sobre todo si se tiene en cuenta que también el supervisor verificará que tales estatutos y procedimientos se ajusten a las estipulaciones legales.

Este enfoque crea un círculo vicioso, en el cual la gestión empresarial y su control giran alrededor de lo señalado en los códigos, de forma tal que si las normas no contienen elementos que le impriman el dinamismo que la evolución de la economía exige, nos encontraremos con una sociedad atada a prácticas obsoletas y de lenta evolución.

Con el propósito de mantener a las organizaciones empresariales actualizadas con relación a las expectativas de sus clientes, empleados y demás interesados, se requiere el esfuerzo conjunto del sector público y el sector privado, es decir, de quienes establecen las normas y de quienes están sujetos a su observación. El grado en que se combinan la iniciativa pública con la gestión privada cambia alrededor del mundo, pero en ninguna parte la labor exclusiva de una de las partes podrá promover una gobernabilidad eficaz. Cuanto más fuerte sea la unión entre estos sectores, más sólidas serán las estructuras de gobernabilidad.

Los principios que garantizan la adecuada aplicación de este concepto en relación con las políticas de administración y sus procedimientos, tienen que ver con la transparencia, la responsabilidad y la imparcialidad, principios estos que por serlo, son absolutos y universales en su aplicación.

No cabe duda que una gestión en la cual los resultados son presentados en forma clara y en la cual, de manera permanente, existe la disposición de atender las inquietudes de los interesados, es decir, en donde la responsabilidad es entendida como el compromiso de dar una respuesta, incrementa el nivel de confianza de todos aquellos quienes mantienen con algún tipo de relación con ella. El gobierno corporativo se preocupa igualmente por buscar un equilibrio y, por qué no, una reconciliación entre los objetivos económicos y sociales y las metas de los individuos y las de la comunidad.

El incentivo corporativo al adoptar estándares de gobernabilidad es que estos pueden contribuir a alcanzar sus metas, a atraer la inversión local y extranjera, a

ganar acceso a nuevos mercados y evitar las prácticas fraudulentas y los casos de corrupción.

Como parte del proceso de globalización económica las empresas deben acudir con más frecuencia a los mercados de capitales domésticos e internacionales. Cada vez más, los inversionistas individuales, los fondos de inversión, los bancos y otras instituciones financieras, basan sus decisiones no solamente en la apariencia de la compañía, sino también en su reputación y gobierno.

Un gobierno corporativo sólido es importante, no solamente para atraer capital de largo plazo en condiciones de estabilidad, sino para ensanchar y profundizar los mercados de capital atrayendo a inversionistas locales, tanto de tipo individual como institucional. A diferencia de los inversionistas internacionales, que pueden diversificar sus riesgos, los inversionistas domésticos están a menudo prisioneros del sistema y hacen frente a mayores riesgos, particularmente en un ambiente poco transparente y que no protege los derechos de los accionistas minoritarios.

El objetivo fundamental de toda organización empresarial debe ser el de atender las expectativas de todas aquellas personas con quienes mantiene algún tipo de relación. En primer lugar y por ser más evidente, las de sus clientes, y no solo los actuales, sino también aquellos que en futuro pudieran serlo, claro si se tiene una visión de largo plazo. Sin embargo, si el propósito es crecer, los potenciales inversionistas estarán más dispuestos a facilitar sus recursos y a imponer menores condiciones, si la información sobre el desempeño de la empresa es confiable y oportuna.

Los empleados podrán comprometerse más fácilmente con su trabajo, si no existe la incertidumbre acerca del desempeño futuro de la empresa y, por el contrario, confían en que llegado el momento, podrán disfrutar de los beneficios ganados luego de años de esfuerzo. Aun los mismos supervisores saben que su gestión no estará expuesta a los cuestionamientos que siempre acompañan la quiebra de una entidad. Pero para llegar a estas terceras personas, es necesario que las personas responsables de la empresa, es decir, aquellos dispuestos a responder por el éxito o el fracaso de esta, cuenten con unos objetivos, una políticas, unas estrategias y unos procedimientos claramente definidos.

La literatura hasta ahora disponible en materia de gobernabilidad corporativa centra su atención en la gestión de las juntas directivas y en los administradores de la sociedad, sin embargo, este proceso inicia desde el momento mismo en que los accionistas deciden crear una nueva empresa. Resulta un acierto denominar a las empresas como personas jurídicas, porque al igual que las personas naturales, están expuestas prácticamente a la misma variedad de riesgos; así, por ejemplo, desde el momento en que unas y otras son concebidas, como idea las primeras y

como embrión las segundas, hasta el momento en que aparecen ante la sociedad, han debido superar una buena cantidad de obstáculos.

Los accionistas de una sociedad encontrarán más fácil el camino del éxito si cuentan con un mapa, que sin él. De igual forma, entre más claro sea el trazado y más abundante sea la información allí contenida, más ágilmente se llegará a la meta. Si los accionistas han sabido transmitir a los miembros de la junta directiva sus expectativas, y estos con su experiencia y conocimientos las plasman en un conjunto de políticas y procedimientos claramente definidos, los administradores de la sociedad podrán realizar una gestión más orientada hacia el éxito que hacia el fracaso.

A los miembros de junta directiva les corresponde asegurar la viabilidad a largo plazo de la firma y vigilar el desempeño de la gerencia. En muchos países la junta directiva es responsable de aprobar la estrategia corporativa, así como de contratar, vigilar y reemplazar a los miembros de la administración. En otros países, la junta tiene la responsabilidad fiduciaria de garantizar el cumplimiento de las leyes y regulaciones. De manera permanente, la junta debe responder ante los accionistas y, en algunas jurisdicciones, ante los empleados y los acreedores. Si bien su tarea principal es proteger los intereses de la compañía, cuando esta se encuentra en dificultades el deber de los miembros de la junta será proteger a sus acreedores.

Los administradores de la empresa deben atender en primer lugar las políticas y estrategias señaladas por su junta directiva y señalar los procedimientos, estrategias y políticas de carácter particular que les permitan satisfacer las expectativas de las personas con quienes mantiene un vínculo directo o indirecto.

8. ¿En qué forma se aplican los principios de gobernabilidad corporativa en una compañía de seguros?

El capítulo octavo de la parte tercera del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero colombiano hace referencia a la dirección, administración y control de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria de Colombia. Lo primero que habría que mencionar, como dato curioso, es que el artículo 73 (Junta Directiva), no hace una mención específica a las entidades aseguradoras, por lo que la aplicación de las normas sobre este aspecto debe remitirse a las disposiciones contenidas en el Código de Comercio.

El artículo 434 del Código de Comercio colombiano señala que las atribuciones de la junta directiva se expresarán en los estatutos de la sociedad. Posteriormente, en el artículo 438 se indica que, salvo disposición estatutaria en contrario, se presumirá que la junta directiva tendrá atribuciones suficientes para ordenar que se

ejecute o celebre cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y para tomar las determinaciones necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines.

Lo señalado en el primero de los artículos mencionados hace evidente que corresponde a los accionistas, en primer lugar, señalar las condiciones que deben garantizar el cumplimiento de los objetivos de la sociedad y que, sólo si en los estatutos no se indican expresamente cuáles son las funciones y atributos asignados a los miembros de la junta directiva, aquellos tendrán la autonomía suficiente para adoptarlas, dentro de los límites que imponen las leyes y el objeto social de la empresa o sociedad.

Después de esta breve descripción del concepto de gobernabilidad corporativa, vamos a detenernos en una breve descripción del Sistema Especial de Administración de Riesgos de Seguros (SEARS).

Luego de escuchar las quejas de varios representantes de entidades aseguradoras respecto de las circulares relacionadas con los riesgos de tesorería y crédito, este último, más conocido como SARC, dado que sus rasgos y su lenguaje resultaban ajenos a la actividad aseguradora, se consideró que era hora de adoptar un capítulo especial que señalara el marco general de control y gestión de esta actividad. Si bien las disposiciones contenidas en el modelo conocido como Basilea II no han sido aplicadas en su integridad y se mantienen actitudes recelosas respecto de los beneficios esperados, y más específicamente de los resultados arrojados por los modelos de medición, no cabe duda que como método de evaluación de las operaciones realizadas por estas entidades, ha permitido a quienes han enfrentado el reto de adoptarlo, tomar conciencia de los múltiples eventos cuya ocurrencia podría generar pérdidas.

A pesar del tiempo transcurrido desde la adopción del SEARS, se concluye luego de varias entrevistas y como parte de la labor de consultoría de los autores del presente artículo, que los temas relacionados con la gobernabilidad corporativa siguen siendo ajenos para la mayoría de los funcionarios de las entidades aseguradoras, no porque su esencia no les parezca importante, sino por su amplitud y porque, vale la pena reconocerlo, el proceso de suscripción de riesgos se realiza en forma casi rutinaria y con un enfoque exclusivamente comercial, en donde resulta fundamental alcanzar los presupuestos de producción.

Gobernabilidad corporativa y administración de riesgos son las dos caras de una misma moneda. Mientras las políticas de gobernabilidad están dirigidas a trazar el camino que se ha de recorrer, la administración de riesgos constituye el vehículo que debe permitir llegar a la meta.

Al observar los principios que en materia de gobernabilidad corporativa estableció la International Association of Insurance Supervisors (IAIS), se concluye que los aspectos sobre los cuales la junta directiva de una aseguradora debiera pronunciarse, son los siguientes:

- Establecer los objetivos estratégicos de la compañía.
- Aprobar los recursos necesarios y fijar los procedimientos que permitan monitorear y evaluar el cumplimiento de tales objetivos.
- Fijar de manera transparente los procedimientos de nominación y designación, la estructura, las funciones y el adecuado balance entre miembros ejecutivos y no ejecutivos de la junta directiva, para lo cual se recomienda que los primeros no representen más del 50%.
- Establecer las condiciones de interacción y cooperación entre los miembros de la junta directiva y los miembros de la administración, mediante el señalamiento de responsabilidades y procedimientos para toma de decisiones.
- Establecer una clara división de responsabilidades, que asegure el balance de poder y autoridad en forma tal que ningún individuo cuente con poderes excesivos de decisión. Cuando quiera que los cargos de presidente de la junta directiva y de presidente de la compañía recaigan sobre una misma persona, se deberán establecer los controles que permitan asegurar que en todo caso la administración es responsable ante la junta directiva.
- Adoptar las políticas de administración de riesgos acordes con las actividades y negocios aceptados por la compañía. Una de las políticas fundamentales la constituye el señalamiento de la aversión o el apetito por el riesgo que debe caracterizar a la organización, por tanto, en el área de suscripción de riesgos, en cumplimiento de estas disposiciones generales internas, se deberán establecer los criterios que permitan un adecuado equilibrio entre las condiciones de aseguramiento ofrecido y las tarifas aplicadas; el nivel de tolerancia de riesgo, en otras palabras, los montos de retención. Adicionalmente, deberán fijar los criterios generales de administración de los riesgos de tipo financiero.
- Establecer las condiciones que permitan el ejercicio de una auditoria externa autónoma, adoptar estrictas medidas de control interno y establecer procesos de verificación y monitoreo de las medidas adoptadas.
- Establecer procedimientos claros y sencillos para el trámite de quejas contra la entidad y adecuados canales de comunicación con todos sus clientes.
- En el caso de los administradores, les corresponde a ellos garantizar el cumplimiento de las políticas y estrategias adoptadas por la junta directiva, y señalar aquellas que con carácter particular se requieran en relación con una determinada área o línea de negocio. De manera específica, los administradores de una entidad aseguradora deberían abstenerse de:

1. Otorgar descuentos en las primas de las pólizas o realizar el pago de indemnizaciones a favor de accionistas, en condiciones distintas a las previstas en los manuales establecidos para el efecto, o que puedan afectar la solvencia o liquidez de la entidad.
2. Suscribir bajo la forma de contratos de seguro o de reaseguro, acuerdos destinados a evadir o eludir el cumplimiento de normas reglamentarias.
3. Al administrar recursos derivados de la seguridad social, abstenerse de utilizarlos para fines distintos de los señalados en las normas respectivas.
4. *Como se anotó inicialmente, el éxito en la implementación de un programa de **governabilidad corporativa**, uno de cuyos componentes indispensables lo constituye la administración de riesgos, requiere el esfuerzo conjunto de quienes establecen las normas y de quienes están sujetos a su observación.*

9. Un caso práctico

El colapso en 2001 de HIH, uno de los más grandes aseguradores de Australia, ha dado lugar a diversos análisis acerca de las causas que generaron su bancarrota. El diagnóstico de quienes han evaluado este caso es bastante concluyente: los precios de sus pólizas eran sustancialmente bajos, comparados con los del mercado, sus reservas técnicas no eran apropiadas y el capital requerido no era suficiente para cubrir todas sus obligaciones. Pero, ¿qué facilitó el llegar a esta situación?. Una deficiente administración.

Los miembros de la junta directiva tenían poca o ninguna independencia para tomar sus decisiones, pues todos ellos fueron designados por sus vínculos de amistad con el principal accionista. Varias de las adquisiciones autorizadas por dicha junta enfrentaron enormes problemas éticos y estratégicos pues las compañías subsidiarias operaban en mercados y en sectores con enormes exposiciones.

Entre estas operaciones se destacan la compra de FAI en 1998, la aceptación de operaciones de seguros de riesgos laborales en el estado de California y el respaldo de operaciones de crédito para la financiación de producciones cinematográficas.

Rodney Adler, quien posteriormente se convirtió en miembro de la junta directiva de HIH, en 1998 vendió su participación mayoritaria en FAI por un valor cercano a AU\$ 300 millones. Sin embargo, esta última compañía fue vendida posteriormente en AU\$ 100 millones.

En el mercado norteamericano, HIH había sido uno de los suscriptores más importantes en la línea de riesgos laborales y obtuvo hasta 1995 una baja rentabilidad. En ese año, la legislación suprimió la reglamentación sobre tasas mínimas.

Ante esta situación, los directivos de HIH optaron por abandonar el mercado, al no querer entrar en una fuerte competencia de precios, bajo la hipótesis de que el ciclo de mercado para este producto era de tres años. Así las cosas, reactivaron la suscripción en 1998, año en que, desafortunadamente para esta organización y otros suscriptores, las cortes laborales del estado de California establecieron fuertes incrementos retrospectivos en los beneficios laborales.

De otra parte, la emisión de garantías de crédito destinadas a respaldar algunas producciones cinematográficas en Hollywood, que finalmente no fueron realizadas, requirió una serie de prácticas comerciales y legales sobre las cuales los suscriptores de la compañía no tenían mayor experiencia y que condujeron al reconocimiento de estas obligaciones. Sin embargo, los reaseguradores de estas garantías, ubicados en Londres, objetaron su participación aduciendo que no existía obligación legal alguna, posición que fue respaldada por las cortes británicas.

Los miembros de la real comisión designada para evaluar este caso, encontraron igualmente que los funcionarios de la compañía habían suscrito acuerdos de reaseguro en los que no se evidenció transferencia de riesgo.

La confluencia de los factores mencionados anteriormente resalta el hecho de que detrás de cada quiebra financiera existe un conjunto de decisiones inadecuadas que unidas a determinaciones desafortunadas, generan un evento catastrófico.

Bibliografía

Buehler, Kevin y Gunnar Pritsch. *Running with risk*. McKinsey and Company, 2003.

Crouhy, Michael, Dan Galai y Robert Mark. *Risk Management*. McGraw-Hill, 2000.

Kloman, Felix. Rethinking risk management. *The Geneva papers on Risk and Insurance*, 17 (no . 64, July 1992), 299-313 [recurso electrónico]. Disponible en: [https://www.genevaassociation.org/media/228044/ga1992_gp17\(64\)_kloman.pdf](https://www.genevaassociation.org/media/228044/ga1992_gp17(64)_kloman.pdf).

Kloman, Felix. *Risk Management Reports*. Volumen 26, no 12, 1999 [recurso electrónico]. Disponible en: <http://www.riskinfo.com/rmr/rmrdec99.htm>.

Lenckus, Dave. *Some Who Mattered Most*. *Risk and Insurance*, 2010 [recurso electrónico]. Disponible en: <http://www.riskandinsurance.com/story.jsp?storyId=389351453>.

XVII. EL DEFENSOR DEL CONSUMIDOR FINANCIERO



MANUEL GUILLERMO RUEDA SERRANO³⁵⁵

1. Introducción

Se me ha encomendado redactar este escrito sobre la figura del defensor del consumidor financiero en el sector asegurador colombiano. Para ello, iniciaremos en esta parte con una pequeña reseña de lo que ha sido esta figura, cuya creación se dio en países europeos, se ha ido extendiendo en Latinoamérica y en nuestro país ya completa más de diez años de existencia.

³⁵⁵ Abogado de la Universidad del Rosario, Colombia, con especialización en Seguros de la Universidad Javeriana, diplomado en Impuestos de la Universidad del Rosario, Colombia y conciliador de la misma universidad. Fue vicepresidente Jurídico de Fasecolda. En la actualidad es asesor en temas de seguros, defensor del consumidor financiero de compañías de seguros, abogado litigante y árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá. Por más de quince años ha sido profesor de Derecho de Seguros de las Universidades del Rosario, Colombia, de La Sabana, Colombia y de los Andes, así como expositor nacional e internacional en foros de discusión de la temática aseguradora. Autor de diversas publicaciones relacionadas con el tema de seguros, entre ellas el artículo “Comentarios sobre el contrato de seguro”, dentro del libro *Los contratos en el Derecho privado*, Bogotá: Editorial Legis y Editorial Universidad del Rosario, 2007, y el artículo “Canales de distribución”, dentro del libro *Seguros*, Bogotá: Editorial Universidad de La Sabana, Colombia, 2003 y 2005.

Se trata de una figura que poco a poco se está dando a conocer y cuya utilidad se ha venido decantando a lo largo de los años. Basta analizar las cifras de la Superintendencia Financiera para encontrar que en el año 2013 ya se recibieron 4534 informes por parte de los defensores del consumidor financiero de las compañías de seguros³⁵⁶.

A pesar de estas cifras, somos conscientes de que el camino está por recorrer y que deberán afinarse algunos aspectos de esta figura, para que pueda consolidarse como una herramienta de ayuda a los consumidores financieros.

Aún se escuchan voces dentro del sector que la consideran inútil. Lamentables expresiones de personas que, seguramente, no han tenido ninguna aproximación real con la defensoría. Quizás cambien su parecer cuando, como consumidores financieros que son, se vean enfrentados a situaciones en las cuales una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera les cobre por un producto no contratado, o les cargue valores por sus servicios por error en cuantías no contratadas o autorizadas, o se demoren en el trámite de una solicitud, entre otras situaciones que no se pueden solucionar ni directamente en las entidades ni a través de un proceso jurisdiccional. Tal vez en esos escenarios, estos críticos encuentren la utilidad de un defensor, ajeno a la entidad vigilada, y que sirve de vocero a los consumidores frente a ella y muchas otras situaciones que no tendrían un adecuado manejo si no existiera la Defensoría del Consumidor Financiero.

2. Reseña histórica

Siguiendo la presentación realizada por el doctor Fernando Suárez González, defensor del asegurado del Grupo Mapfre en ese momento, durante el Encuentro Nacional de Acoldece realizado en la ciudad de Medellín en octubre de 1996³⁵⁷, podemos señalar que la figura del *Ombudsman* o Defensor del Consumidor del Asegurado, conocido hoy en día en nuestra legislación como el Defensor del Consumidor Financiero, tuvo su génesis en el seno de las propias compañías de seguros o sus organizaciones.

En efecto, las propias entidades vieron la necesidad de encontrar una figura o institución que permitiera a sus consumidores acceder con mayor facilidad a la resolución de algunas controversias, las cuales bien por la especialidad del tema, ora por la situación de desventaja en que se encuentran o se sienten frente al ase-

356 Fuente Superintendencia Financiera de Colombia, página www.superfinanciera.gov.co.

357 Acoldece, *Memorias del XX Encuentro Nacional -35 años-*, Editora Guadalupe, 1996, pp. 89-98.

gurador, o bien por las dificultades de todo orden para acudir a otras instancias institucionales como los jueces o tribunales de justicia, e incluso las autoridades administrativas de control o regulación de las aseguradoras (acceso, economía, demora en los trámites y resolución de conflictos, etc.), les impedían obtener una respuesta eficaz a sus inquietudes y dificultades de cara a los productos y servicios que ofrecen a diario las aseguradoras.

Así, tal como lo señala el profesor Suárez en su intervención, en los países escandinavos, en los Países Bajos, en Gran Bretaña y en Suiza surgió por iniciativa de las aseguradoras o sus organizaciones la creación individual o colectiva del defensor del asegurado. Agrega el doctor Suárez que en 1968 surgió en Suecia el primer defensor del asegurado en el Grupo Asegurador Folksam, en tanto que en Suiza fue la Asociación Suiza de Seguros la que lo creó en Zúrich en el año 1972. En Gran Bretaña se creó por algunas aseguradoras en el año 1981 el Insurance Ombudsman Bureau, año en el que igualmente surge la idea en España por parte de la Mutual Mapfre y que se consolida y empieza a funcionar en enero de 1985.

Esta figura fue traída en los posteriormente a Latinoamérica en países como Perú, Argentina, Venezuela y Ecuador.

En Colombia, los primeros esfuerzos se hicieron por parte de las compañías del Grupo Suramericana, quienes adoptaron la figura del defensor del asegurado en el año 1996³⁵⁸ y, al consagrarse como obligatoria su adopción mediante la Ley 795 de 2003, se extendió a todas las compañías de seguros y, en general, a las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera.

3. El defensor del cliente: una figura obligatoria para las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria y de creación legal - Ley 795 de 2003

Como decíamos, en Colombia se estableció en el año 2003, mediante la expedición de la Ley 795 de ese año, la figura del llamado entonces defensor del cliente.

En la exposición de motivos de la ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes³⁵⁹ se lee respecto de la creación de la figura lo siguiente:

358 Ver: <http://www.sura.com/defensor-del-cliente.aspx>.

359 Gaceta del Congreso no 171 del 17/05/2002, Imprenta Nacional.

En cuanto a la debida prestación del servicio y protección al consumidor, se formaliza la figura del defensor del cliente de las instituciones vigiladas por la Superintendencia Bancaria. En tal sentido, la importancia y utilidad de la figura del defensor del cliente sugiere darle un reconocimiento legal, estableciéndola como obligatoria en todas las instituciones vigiladas, pretendiendo que se convierta en una instancia efectiva e independiente de solución de las quejas presentadas por clientes y usuarios de las mismas.

Hay que decir, igualmente, que en el fondo el gobierno también pretendía con la figura disminuir el número de quejas que se radicaban en la Superintendencia Bancaria. De allí que en dicha ley se estableció que previamente al sometimiento de quejas individuales ante dicha Superintendencia, debía acudirse al defensor del cliente de las entidades vigiladas para que resolvieran sus peticiones. Así lo disponía el numeral 4.3 del artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 24 de la Ley 795 de 2003:

4.3 Procedimiento para el conocimiento de las quejas. **Previo al sometimiento ante la Superintendencia Bancaria de las quejas individuales relacionadas con la prestación de servicios por parte de las instituciones vigiladas que en virtud de sus competencias pueda conocer**, el cliente o usuario deberá presentar su reclamación al defensor, quien deberá pronunciarse sobre ella en un término que en ningún caso podrá ser superior a quince (15) días hábiles, contados desde el momento en que cuente con todos los documentos necesarios para resolver la queja. (El aparte destacado en negrilla y subrayado fue el que declaró inexecutable la Corte Constitucional)

Dicho aparte de la norma, sin embargo, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-1150 de 2003, magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynett, al considerar:

22.- De acuerdo con lo expuesto en los puntos anteriores, es claro que el defensor del cliente no cumple funciones administrativas ni es una prolongación de la Superintendencia Bancaria. Admitido esto, no encuentra la Corte razón alguna para aceptar que la actuación del defensor del cliente subordine la competencia que le corresponde a la Superintendencia y en la práctica paralice su desempeño frente a las quejas ciudadanas. Ello no sólo sería inaceptable desde el punto de vista del funcionamiento de la administración, sino que además restringiría los derechos ciudadanos, tal como afirma el demandante. Así, un usuario no podría acudir a la Superintendencia Bancaria sin haber agotado la instancia del defensor del cliente de la entidad. Esto constituye un obstáculo que la legislación impone a los ciudadanos para que puedan presentar este tipo de peticiones y además para que puedan acce-

der a las funciones administrativas o de impartir justicia que le corresponde ejercer a la Superintendencia frente a las entidades vigiladas. Por tanto, la Superintendencia no podría asumir el conocimiento de una queja hasta que el ciudadano no acuda al defensor del cliente y, a su vez, el ciudadano no podría acudir a la Superintendencia para manifestar su reclamo sin haber comparecido ante el defensor.

Ello no sólo es un obstáculo para la Superintendencia sino que también es un límite para que los ciudadanos accedan a la administración. Así, este requisito no sólo afecta los derechos de cada ciudadano en particular, sino que es lesivo del interés general (artículo 1 y 2 C.P.), pues este tipo de funciones evidentemente repercuten en la eficiencia de las entidades vigiladas y la calidad de los servicios prestados por las mismas. Esto claramente afecta el derecho de petición. Teniendo en cuenta que la Constitución garantiza el derecho de todo ciudadano a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés particular o general (artículo 23) mal podría la ley establecer limitaciones excesivas a este derecho. Con todo, no se trata de un derecho absoluto⁷, pues su ejercicio debe contribuir a la prevalencia de interés general y además exige una carga ética de todo ciudadano al imponer el respeto a los derechos ajenos y la prohibición en el abuso de los propios (artículo 95 núm. 1 y 5 Constitucional). En este punto, cuando el ejercicio de este derecho involucra una solicitud irrazonable que involucra recursos públicos, la Corte ha definido que el derecho a acciones estatales de ese tipo se debe configurar dentro de unas condiciones materiales definidas previamente por el legislador, ya que la actividad estatal se sustenta en los principios de eficiencia, moralidad, economía, celeridad y equidad. (Artículo 209 C.P.) [...]

La Defensoría del Cliente se consagró, entonces, como una figura obligatoria para todas las entidades vigiladas en su momento por la Superintendencia Bancaria, cuya función consistía en ser voceros de los clientes o usuarios ante la respectiva institución y conocer y resolver las quejas que ellos tuviesen frente a la entidad vigilada por la prestación de los servicios (numeral 4.2. del artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

Asimismo, en la citada Ley 795 de 2003 se consagró el carácter independiente del Defensor en relación con la entidad vigilada, al determinarse que dicho defensor no podía desempeñar función distinta a la prevista en las normas, esto es, a ser defensor del cliente.

De otra parte, se consagró el procedimiento para la designación del defensor y para la resolución de las quejas, en un término que no podía ser superior a los

quince días hábiles desde que el defensor contara con todos los documentos necesarios para tomar se decisión.

Finalmente se difirió al reglamento la determinación de los demás aspectos de funcionamiento de la figura, todo lo cual se desarrolló en el Decreto 690 de 2003, cuyos principales aspectos para el sector asegurador señalamos a continuación:

- Se incluía como entidades vigiladas para efectos de contar con el defensor del cliente, no sólo a las compañías de seguros y sociedades de capitalización, sino también a los corredores de seguros y a las agencias colocadoras de seguros asimiladas a corredores³⁶⁰. En cuanto a los agentes de seguros y las agencias no asimiladas a corredores, se dispuso en la reglamentación que el defensor del consumidor de la compañía de seguros o sociedad de capitalización al cual estuviesen vinculados sería el encargado de resolver las quejas de sus clientes.
- En cuanto a la independencia, se consagró que no podía ejercer funciones distintas a las de defensor ni en la entidad vigilada ni en su matriz, sus filiales o subsidiarias.
- La designación del defensor la realizaba la Asamblea de Accionista o Junta de Asociados por periodos de dos años, pudiendo ser reelegido indefinidamente. Dicho órgano también debía aprobar sus honorarios y demás aspectos financieros para el funcionamiento de la figura.

Se señalaron los asuntos excluidos de competencia del defensor del cliente, así:

- Los que no correspondan o estén directamente relacionados con el giro ordinario de las operaciones autorizadas a la entidad vigilada.
- Los concernientes al vínculo laboral entre las entidades vigiladas y sus empleados.
- Aquellos que se deriven de la condición de accionista de una entidad vigilada.
- Los relativos al reconocimiento de las prestaciones y de las pensiones de invalidez, de vejez y de sobrevivientes, así como el reconocimiento de las indemnizaciones o sumas aseguradas del contrato de seguros,

³⁶⁰ Debe recordarse que en aquel momento las agencias de seguros se dividían en agencias asimiladas a corredores y aquellas que no lo eran, lo que implicaba un mayor o menor grado de supervisión por parte de la Superintendencia Bancaria. Esa distinción hoy en día no existe, dada la eliminación de supervisión que se realizó respecto de todas las agencias de seguros por la Ley 964 de 2005.

salvo los que estén relacionados con la calidad del servicio en el reconocimiento en uno y otro caso, evento en el cual serán de conocimiento del defensor del cliente.

- Los que se refieren a cuestiones que se encuentren en trámite o hayan sido resueltas en vía judicial, arbitral o administrativa.
 - Aquellos que correspondan a la decisión sobre la prestación de un servicio o producto, la celebración de un contrato y sus condiciones, o a la vinculación o admisión como cliente.
 - Los que se refieran a hechos sucedidos con tres años de anterioridad o más a la fecha de presentación de la queja.
 - Las quejas que tengan por objeto los mismos hechos y afecten a las mismas partes y que hayan sido objeto de decisión previa por parte del defensor del cliente.
 - Las quejas cuya cuantía individual, sumados todos los conceptos, superen los cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de su presentación.
 - El establecimiento de perjuicios o sanciones, salvo aquellas que estén determinados por la ley o el acuerdo de las partes.
- Se estableció el procedimiento para la resolución de quejas, el cual, en promedio, tomaba alrededor de dos meses calendario.
 - Se consagró como principio que las decisiones del defensor no tenían carácter obligatorio, salvo que la propia entidad lo estableciera en sus reglamentos internos para el caso de decisiones en favor de los clientes y que fueran aceptadas por ellos. Asimismo, si las partes expresamente consagraban su obligatoriedad, la decisión era vinculante para ambos: cliente y entidad.
 - El Defensor estaba sujeto a las sanciones económicas previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para funcionarios de las entidades vigiladas.
 - El Defensor entró a regir a partir del 1º de junio de 2003.

4. Del Defensor del Cliente al Defensor del Consumidor Financiero: modificaciones introducidas con la Ley 1328 de 2009

Después de cerca de seis años de funcionamiento de la figura y con ocasión del trámite que se venía dando en el Congreso de la República a una reforma financiera, se incluyeron en el título I de la Ley 1328 de 2009 (Del Régimen de Protección al Consumidor Financiero) algunas modificaciones al defensor del consumidor Financiero, las cuales se complementaron en el Decreto 2281 de 2010, hoy incorporado al Decreto Único Financiero 2555 de 2010.

A continuación presentamos las principales modificaciones que se estatuyeron en la Ley 1328 de 2009 y su reglamentación respecto de la Defensoría del Consumidor Financiero:

Ámbito de aplicación y noción de consumidor financiero: en primer término, debemos señalar que la figura del defensor del consumidor financiero está hoy en día concebida dentro de todo un escenario de protección a los consumidores y, en particular para el caso que nos ocupa, a los consumidores financieros. No son desconocidas las tendencias mundiales tanto normativas como jurisprudenciales que pretender desarrollar un derecho del consumo más garantista para los consumidores.

Dentro de ese marco, se concibió en Colombia bajo la nueva normativa que la Defensoría del Consumidor Financiero hace parte de todo un Sistema de Atención al Consumidor, que incluye no sólo la participación de las entidades de supervisión, sino también de las propias entidades vigiladas y de los Defensores del Consumidor Financiero en la procura de garantizar los derechos de los consumidores de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera.

Dentro de este mismo escenario, en la Ley 1328 de 2009 se pasó de una concepción restringida de “cliente” a un concepto ampliado de “consumidor”, entendiendo por él a todo cliente (persona natural o jurídica con quien las entidades vigiladas establecen relaciones de origen legal o contractual, para el suministro de productos o servicios, en desarrollo de su objeto social), usuario (persona natural o jurídica quien, sin ser cliente, utiliza los servicios de una entidad vigilada) o cliente potencial de las entidades vigiladas (persona natural o jurídica que se encuentra en la fase previa de tratativas preliminares con la entidad vigilada, respecto de los productos o servicios ofrecidos por esta).

En cuanto a las entidades vigiladas que tienen la obligación de contar con el Defensor del Consumidor Financiero, se estableció que dentro de ellas estaban las compañías de seguros, las sociedades de capitalización y los corredores de seguros. Se eliminó la distinción entre agencias asimiladas a corredores y las que no lo eran y, en consecuencia, se determinó que el Defensor del Consumidor Financiero de la compañía de seguros o capitalizadora era el competente para conocer de las quejas frente a las agencias o agentes de seguros que estuvieran vinculados a aquellas.

Funciones del Defensor del Consumidor Financiero: en adición a las funciones que traía el Defensor del Consumidor Financiero de la legislación contenida en la Ley 795 de 2003, esto es, la de ser vocero de los consumidores frente a las entidades y atender y resolver las quejas que presentaran, en la Ley 1328 de 2009 se

consagró la función de ser conciliador cuando cualquiera de las partes solicite su intervención en tal calidad durante el trámite de una queja.

En efecto, en el artículo 13 de la citada Ley 1328 de 2009 se señalan las siguientes como las funciones de los defensores del consumidor financiero:

- Atender de manera oportuna y efectiva a los consumidores financieros de las entidades correspondientes.
- Conocer y resolver en forma objetiva y gratuita para los consumidores, las quejas que estos le presenten, dentro de los términos y el procedimiento que se establezca para tal fin, relativas a un posible incumplimiento de la entidad vigilada de las normas legales, contractuales o procedimientos internos que rigen la ejecución de los servicios o productos que ofrecen o prestan, o respecto de la calidad de los mismos.
- Actuar como conciliador entre los consumidores financieros y la respectiva entidad vigilada en los términos indicados en la Ley 640 de 2001, su reglamentación, o en las normas que la modifiquen o sustituyan. Para el efecto, el consumidor financiero y la entidad vigilada podrán poner el asunto en conocimiento del respectivo defensor, indicando de manera explícita su deseo de que el caso sea atendido en desarrollo de la función de conciliación. Para el ejercicio de esta función, el defensor deberá estar certificado como conciliador de conformidad con las normas vigentes.
- El documento en el cual conste la conciliación realizada entre la entidad vigilada y el consumidor financiero deberá estar suscrito por ellos y el defensor del consumidor financiero en señal de que se realizó en su presencia, prestará mérito ejecutivo y tendrá efectos de cosa juzgada, sin que requiera depositarlo en Centro de Conciliación. El incumplimiento del mismo dará la facultad a la parte cumplida de hacerlo exigible por las vías legales respectivas.
- Ser vocero de los consumidores financieros ante la respectiva entidad vigilada.
- Efectuar recomendaciones a la entidad vigilada relacionadas con los servicios y la atención al consumidor financiero y, en general, en materias enmarcadas en el ámbito de su actividad.
- Proponer a las autoridades competentes las modificaciones normativas que resulten convenientes para la mejor protección de los derechos de los consumidores financieros.
- Las demás que le asigne el Gobierno Nacional y que tengan como propósito el adecuado desarrollo del SAC.

Se ha criticado la nueva función de conciliador asignada a los defensores, crítica que comparto, en la medida en que si los defensores actúan como voceros de los consumidores y están de su lado frente a la entidad vigilada, difícilmente pueden garantizar la independencia y objetividad con la que deben actuar los conciliadores, que no son otra cosa que mediadores para tratar de que las partes que acuden a ellos resuelvan las diferencias que tienen. Un conciliador, por esencia, no puede representar a ninguna de las partes de un conflicto y ese papel es el que se le pide a un defensor del consumidor, quien, precisamente, está de parte del consumidor.

De otra parte, esta función de conciliador lleva a que los defensores certifiquen, en el momento de su posesión, que son conciliadores en Derecho y se encuentran inscritos en un Centro de Conciliación, aspecto este último igualmente cuestionable, pues la propia Ley 1328 de 2009 consagra que las actas de conciliación no deben depositarse en ningún centro de conciliación.

En cuanto a los asuntos exceptuados de competencia de los defensores del consumidor, se mantiene el listado existente en el año 2003. Sin embargo, en relación con el tema de pago de sumas de dinero o indemnizaciones provenientes de contratos de seguro, es importante acotar que en el texto de la Ley 1328 de 2009 se suprimió esa excepción, por lo que, en principio, algunos consideraron que los defensores tendrían competencia para pronunciarse sobre la procedencia o no de una reclamación y el consecuente pago de un siniestro.

Al respecto resultan pertinentes los siguientes comentarios:

- ° Si bien es cierto existió dicha supresión en la norma legal, afortunadamente ese vacío se llena con lo dispuesto por el artículo 7° del Decreto 2281 de 2010, hoy incorporado al artículo 2.34.2.1.7 del Decreto Único Financiero 2555 de 2010, en el que se exceptúan del conocimiento del defensor del consumidor Financiero la determinación de perjuicios, sanciones o indemnizaciones, salvo que estén determinadas por la ley.
- ° Consideramos, por demás, que el defensor del consumidor no debe ser estatuido como una instancia judicial, como lo convertiría inmediatamente el tener facultades para resolver de fondo sobre la procedencia o no de un siniestro, no sólo porque no cuenta con todas las herramientas para atender esa función y garantizar el derecho de defensa y contradicción propio de los procedimientos jurisdiccionales, sino, además, porque una consagración de ese tipo sería contraria a los mandatos constitucionales que restringen la función jurisdiccional a los jueces de la República y, por excepción, a las autoridades administrativas.

Independencia del defensor del consumidor financiero: como complemento a las inhabilidades establecidas en la legislación anterior, en la regulación vigente se consagran algunos aspectos adicionales que tienden a determinar la independencia del defensor en relación con la entidad vigilada.

En efecto, si bien es la propia entidad vigilada la que designa al defensor del consumidor para un periodo de dos años, reelegible indefinidamente, se dispuso en la Ley 1328 de 2009 que dichos defensores deben posesionarse ante la Superintendencia Financiera de Colombia, con lo que se garantiza que la entidad de supervisión verifica que dicho designado cuente con la independencia requerida para el ejercicio de sus funciones.

Se trata de una salida salomónica frente a las innumerables propuestas que se hicieron en el trámite del proyecto de ley en el Congreso de la República que, incluso, pusieron en riesgo la supervivencia misma de la figura. Creemos que fue una salida sana, en donde, de una parte, se mantiene la garantía de idoneidad de los defensores, que debe ser revisada por las entidades al momento de la elección, al tiempo que la verificación de la independencia por un órgano del Gobierno encargado de la supervisión de la actividad.

Procedimiento y decisiones del defensor del consumidor financiero: finalmente, otro de los aspectos que fue objeto de ajuste en la nueva legislación, lo constituye la reducción en el tiempo del trámite de las quejas y toma de decisiones por parte de la defensoría del consumidor financiero.

En efecto, en la nueva regulación, se redujeron a la mitad los tiempos de trámite de las quejas, al consagrarse que la admisión o rechazo de una queja será de tres días hábiles (antes eran cinco días hábiles), el traslado a la entidad vigilada por el término de ocho días hábiles (antes eran quince días hábiles) y la decisión se profiere en otros ocho días hábiles (antes eran quince días hábiles).

Lo que aún se mantiene, pero ha sido objeto de muchas observaciones, es el hecho de que las decisiones proferidas por el defensor del consumidor financiero no tienen un carácter vinculante para ninguna de las partes, salvo que se presente una de las siguientes circunstancias:

- ° Si en el reglamento de la entidad vigilada se consagra la obligatoriedad de la decisión que sea contraria a dicha entidad y la acepte el consumidor;

- Sí, no obstante en el reglamento de la entidad no es obligatoria, la decisión, al momento de dar respuesta a la Defensoría la entidad señala que para esa queja en particular la decisión contraria a ella es obligatoria.
- Si las partes en forma expresa señalan que la decisión es obligatoria.

Este aspecto, muy seguramente, será objeto de algún ajuste en el futuro, pues la Superintendencia Financiera e incluso algunos congresistas han promovido que las decisiones del defensor tengan dicho carácter de obligatoriedad cuando son contrarias a la entidad y a favor de los consumidores.

Bibliografía

ACOAS. *Doctrina y jurisprudencia de Seguros* (1995-1998). Bogotá: ACOAS, 1999.

Acoldese-Fasecolda. *Jurisprudencia de seguros*. Tomo II.

Asociación Colombiana de Corredores de Seguros. *Régimen Legal de las Sociedades Corredoras de Seguros* Publicación de ACOAS.

Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Bogotá: Legis, Julio 2013 -Julio 2014.

Fasecolda. *Informativo Jurídico No. 110*.

Fasecolda. *Informativo Jurídico No. 116*.

Gómez Lee, Iván Darío. *El derecho de la contratación pública en Colombia* Bogotá: Legis, 2014.

Legis, *Jurisprudencia y Doctrina*. Tomo XXXI No. 371. Noviembre de 2002.

- Sí, no obstante en el reglamento de la entidad no es obligatoria, la decisión, al momento de dar respuesta a la Defensoría la entidad señala que para esa queja en particular la decisión contraria a ella es obligatoria.
- Si las partes en forma expresa señalan que la decisión es obligatoria.

Este aspecto, muy seguramente, será objeto de algún ajuste en el futuro, pues la Superintendencia Financiera e incluso algunos congresistas han promovido que las decisiones del defensor tengan dicho carácter de obligatoriedad cuando son contrarias a la entidad y a favor de los consumidores.

Bibliografía

ACOAS. *Doctrina y jurisprudencia de Seguros* (1995-1998). Bogotá: ACOAS, 1999.

Acoldese-Fasecolda. *Jurisprudencia de seguros*. Tomo II.

Asociación Colombiana de Corredores de Seguros. *Régimen Legal de las Sociedades Corredoras de Seguros* Publicación de ACOAS.

Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Bogotá: Legis, Julio 2013 -Julio 2014.

Fasecolda. *Informativo Jurídico No. 110*.

Fasecolda. *Informativo Jurídico No. 116*.

Gómez Lee, Iván Darío. *El derecho de la contratación pública en Colombia* Bogotá: Legis, 2014.

Legis, *Jurisprudencia y Doctrina*. Tomo XXXI No. 371. Noviembre de 2002.

ACERCA DEL AUTOR



Fernando Palacios Sánchez

Es abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, donde también obtuvo el título de especialista en Derecho de Seguros. Adelantó estudios sobre seguros generales en el Centro Suizo de Formación Aseguradora en Zúrich. Profesor de Derecho de Seguros de las especializaciones de Seguros y Seguridad Social y de Derecho Comercial de la Universidad de La Sabana, Chía, Colombia. Actualmente es director académico de la Especialización en Seguros y Seguridad Social de esta última universidad.

Es autor de *El seguro, causas y soluciones de los conflictos entre asegurados y aseguradores con ocasión del siniestro* (coedición de la Universidad de La Sabana y el Grupo Editorial Ibáñez), y ha sido editor científico de las tres ediciones anteriores de Seguros. *Temas esenciales* (coedición entre Ecoe Ediciones y la Universidad de La Sabana).