

LAS PARTES EN EL CONTRATO DE SEGUROS*

Hilda Esperanza Zornosa Prieto

INTRODUCCIÓN

EL CONCEPTO DE PARTE SE PREDICA EN forma exclusiva de aquellas personas que comparecen a celebrar el negocio jurídico de seguro¹; para el legislador la parte es el estipulante, quien expresa el consentimiento durante el proceso de formación del contrato. El contrato de seguros es bilateral y los dos extremos de dicha relación son el tomador y el asegurador².

De esta primera aproximación se deduce con claridad que los mal llamados productores de seguros, agentes, agencias o corredores no son parte en el contrato de seguros porque estos sujetos solo cumplen la función de acercar a las partes, tomador y asegurador, para que celebren el negocio jurídico³.

Se colige también de este breve repaso que el ajustador de seguro, el especialista que con frecuencia interviene cuando acaece el riesgo asegurado para colaborar en la investigación de las circunstancias que provocan la pérdida y su cuantía, tampoco es parte en el contrato de seguro.

Así mismo se puede concluir que el reasegurador no es parte de la relación contractual suscrita entre el tomador y el asegurador. En efecto, el reaseguro no es un contrato a favor de tercero y por lo tanto el asegurado carece de acción directa en contra del reasegurador⁴; no desconocemos sin embargo la existencia de previsiones legales en otros países en las que se regula lo contrario.

Las normas del derecho privado de seguro incorporan dos grandes grupos de sujetos: los que concurren al proceso de formación del contrato de seguro, a cuyo cargo se encuentra el cumplimiento de las obligaciones surgidas del mismo y aquellos que intervienen durante la etapa de ejecución, en quienes la ley radica deberes y derechos; la doctrina nacional denomina a los primeros parte contratante, estipulante, y a los segundos, parte interesada, o parte asegurada, porque la ley legitima a estos últimos para hacer efectiva la prestación económica que surge de la negociación y

* Texto elaborado para ser expuesto durante el foro organizado por la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros con ocasión de la celebración de sus 40 años de fundación. Bogotá, 13 y 14 de septiembre de 2001.

¹ Art. 1037 C. Co.

² Art. 1036 C. Co.

³ Arts. 40 y ss., Estatuto Orgánico del Sector Financiero y Asegurador (EOSFA), Dcto. 663 de 1993.

⁴ Arts. 1134 y 1135 C. Co.

les permite obtener por este medio la protección, directa o no, de su derecho o interés⁵.

I. PARTES CONTRATANTES

A. EL ASEGURADOR

CONFORME A LO DISPUESTO POR LA LEY DE seguros colombiana, uno de los extremos en la relación contractual es el asegurador⁶. Según se desprende de las normas del Código de Comercio⁷, “el asegurador es la persona jurídica que debidamente autorizada por la ley asume los riesgos”.

La Superintendencia Bancaria expide el certificado público de autorización a los interesados que acepten constituirse como sociedad y acrediten las condiciones de acceso, es decir, el debido respaldo patrimonial⁸ pero también la solvencia moral, la idoneidad profesional de los socios que participarán en la conformación de la persona jurídica y de los representantes que la administrarán.

La institución del seguro involucra la confianza del público en general; por éste motivo, de acuerdo con lo previsto por la Constitución Nacional, el Estado supervisa la actividad aseguradora⁹. El control ejercido por el poder ejecutivo es *a priori* y *a posteriori*; los aseguradores deben acreditar una capacidad financiera específica para iniciar labores, pero, además, se encuentran obligados a mantener sus índices de solvencia económica ajustados a la ley como requisito de permanencia en el mercado¹⁰.

Dos principios enmarcan el desarrollo de las operaciones de seguros: el de la libertad de empresa y el de la protección de los derechos de tomadores y asegurados¹¹.

El objeto social de las aseguradoras se encuentra claramente delimitado en la ley¹²; su actividad es de naturaleza mercantil¹³. Quienes deseen realizar operaciones de seguros deben formalizar, como ya se advirtió, la creación de una persona jurídica, pero no pueden optar por cualquiera de los tipos societarios que contempla el Código de Comercio: la autonomía de la voluntad se restringe a la constitución de una sociedad anónima o de una empresa cooperativa de seguros¹⁴.

Las sociedades cooperativas funcionan de manera similar a las empresas mutuales, pues procuran beneficios para sus asociados, son vigiladas por la Superintendencia Bancaria pero también se encuentran sujetas al control de la Superintendencia Nacional de Cooperativas¹⁵. Sin duda estas empresas satisfacen las necesidades de protección de sus afiliados, pero con

⁵ J. EFRÉN OSSA GÓMEZ. *Teoría general del seguro. El contrato*, 2.^a ed., Bogotá, Temis, 1991.

⁶ Art. 1037 ord. 1.º C. Co.

⁷ Art. 1037 C. Co.

⁸ Art. 53 num. 2 Dcto. 663 de 1993 EOSEA; artículo 1.º Ley 510 de 1999; ésta última disposición prevé que el aporte del capital mínimo es una condición de acceso al mercado de

seguros pero también de permanencia.

⁹ Art. 150 num. 19 lit. d) C. P.

¹⁰ Arts. 80 y 82 Dcto. 663 de 1993.

¹¹ Arts. 98 y 100 Dcto. 663 de 1993.

¹² Art. 93 num. 1 Dcto. 663 de 1993.

¹³ Art. 20 num. 10 C. Co.

¹⁴ Art. 36 Ley 45 de 1990, incorporado al art. 53 Dcto. 663 de 1993.

¹⁵ Art. 215 Dcto. 663 de 1993.

ocasión de la apertura económica en el sector asegurador también comercializan seguros con particulares.

Cabe anotar que el ejercicio de la actividad aseguradora a través de personas no autorizadas acarrea sanciones y responsabilidades legales; la Superintendencia Bancaria se encuentra facultada para imponer multas a los infractores, éstas pueden ser personales o institucionales. Los contratos celebrados en contravención a lo dispuesto por la ley carecen de efecto legal. No obstante, el ente de control debe velar por la garantía eficaz de los derechos de los terceros de buena fe¹⁶.

El concepto legal de parte cobra gran importancia porque implica el surgimiento de deberes cuyo cumplimiento puede ser exigido por la vía judicial. En efecto, la principal obligación que deriva para el asegurador es la de pagar la indemnización en caso de siniestro. El nacimiento de esta prestación depende del acaecimiento de una condición, de la realización del riesgo asegurado¹⁷. El asegurador debe pagar la suma asegurada a más tardar dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado le demuestre, aun en forma extrajudicial, la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida¹⁸. Pagar por fuera los plazos legales implicará, para el asegurador, la obligación de reconocer intereses moratorios o de indemnizar perjuicios, a elección del asegurado o beneficiario, y la posibilidad de que se accione en su contra por la vía ejecutiva¹⁹.

La consecuencia por la mora del asegurador en el pago de la indemnización ha sido objeto de diversas reformas. En el año de 1971 se contempló el pago de intereses a la tasa moratoria del 18%²⁰. En 1990 se redujo el plazo, de sesenta días a un mes, y se incrementó el monto de los intereses por el pago extemporáneo; así, en caso de mora el asegurador debía reconocer intereses a la tasa promedio más alta en el momento en que efectuara el pago²¹. Se mantuvo vigente la posibilidad de reclamar perjuicios en lugar de intereses; no obstante probar los intereses resulta más sencillo que alegar perjuicios y demostrar su cuantía.

En el año de 1999, una nueva reforma le fijó un tope máximo a los intereses de mora a cargo del asegurador y consagró que estos no pueden superar el valor de los corrientes, adicionados en la mitad²².

La aplicación de la legislación que se ha ocupado de establecer el monto de los intereses moratorios, en el tiempo, ha sido objeto de análisis en diversas sentencias de la Corte Suprema de Justicia; así, con relación a la sanción que contempla la Ley 45 de 1990 dicha corporación dispuso liquidar los intereses respetando las fluctuaciones, por razones de equidad, desconociendo el contenido de la norma expresa que ordenaba calcular su monto con base en la tasa más alta vigente en el momento del pago²³.

¹⁶ Arts. 108 y 209 Dcto. 663 de 1993.

¹⁷ Art. 1072 C. Co.

¹⁸ Arts. 1080 –modificado por arts. 83 Ley 45 de 1990 y 111 Ley 510 de 1997– y 1053 C. Co.

¹⁹ Art. 1053 C. Co.

²⁰ Art. 1080 C. Co.

²¹ Art. 21 Ley 35 de 1990.

²² Art. 111 Ley 510 de 1999, el cual reformó el 1080 C. Co.

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de mayo de 2000, M. P.: NICOLÁS BECHARA SIMANCAS: “De conformidad con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 se entienden incorporadas al contrato de seguro ‘las leyes vigentes al

La posibilidad de que el juez cree derecho y se aparte del tenor literal de la ley en aras de la equidad confirma la apreciación, de DWORKIN, en el sentido de que los sistemas de derecho, positivo continental y el del *common law* anglosajón evolucionan en sentidos convergentes²⁴.

Desde nuestra concepción positivista del derecho creíamos que el juez debía servir de boca de la ley, limitarse a transcribir la norma; estábamos convencidos que no la podía modificar, que su tarea estaba limitada a la exégesis; poco a poco vemos cómo la jurisprudencia, empieza a concebir instrumentos que le señalan al legislador un futuro, que inducen el camino de la legislación; ello, sin duda, marca el final de un período y el comienzo de una nueva forma de concebir el derecho²⁵.

La modificación introducida el 1993 no deja de causar sorpresa pues le permite a las partes convenir la ampliación del plazo para el pago de la

tiempo de su celebración', salvo que se trate, entre los eventos allí previstos, de leyes 'que señalen penas para el caso de infracción de lo estipulado, que tendrán aplicación en lugar de aquellas así sean posteriores, pues la excepción segunda de ese precepto manda que la infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido'. Lo anterior significa que los intereses de mora por el no pago oportuno de la prestación aquí reclamada y que tienen evidentemente connotación de 'pena' al tenor del artículo 6.º del C. C. deben comenzar a contabilizarse a la tasa prevista por el original texto del artículo 1080 del C. Co. vigente para el momento en que se produjo la infracción contractual por falta de pago, sin olvidar que, como dicha infracción continuó prolongándose en el tiempo y simultáneamente el legislador, mediante los artículos 83 de la Ley 45 de 1990 y 111 de la Ley 511 de 1999, modificó la tasa del interés moratorio impuesta por aquel precepto, esas modificaciones también deben tenerse en cuenta para ser aplicadas a cada uno de los períodos de infracción (falta de pago) que por esas leyes posteriores de aplicación inmediata estuvieron regidos; lo que significa que '... la liquidación no puede en verdad efectuarse aplicando a todo el período (de incumplimiento, se agrega) la nueva norma, lo que sin duda importaría inaceptable retroactividad, pero tampoco cabe hacer obrar la primera como si la señalada modificación nunca hubiera tenido lugar...' (sent. del 12 de agosto de 1998, exp. 4894); ello sin dejar de lado el evidente carácter de orden público económico que esas disposiciones ostentan y las implicaciones que para el caso tienen. Así, en conclusión, dado que al tenor del artículo 38, numeral 2, de la Ley 153 de 1887 los preceptos posteriores que regulen distintamente los intereses moratorios durante la persistencia de la in-

fracción, son de aplicación inmediata '... la solución que en la práctica se impone es la de calcular con base en la tasa antigua los intereses del período anterior al tránsito de legislación, mientras que los devengados con posterioridad a esa misma fecha se determinarán por la nueva tasa...' (sent. cit.).

"En armonía con lo que acaba de exponerse, la aseguradora demandada deberá pagar a cada una de las demandantes, sobre el respectivo importe de la prestación asegurada, las siguientes tasas de intereses moratorios: el 5 de noviembre de 1986, día siguiente a aquel en que vencieron los 60 días de que disponía la empresa demandada para pagar el valor de la indemnización según la fecha de la reclamación (5 de agosto de 1986), y hasta el 18 de diciembre de 1990, día anterior a la publicación y entrada en vigencia de la Ley 45 de 1990, al 18% anual, que era la tasa prevista en el artículo 1080 del Código de Comercio; del 19 de diciembre de 1990 hasta el 3 de agosto de 1999, que precede a la fecha en que empezó a regir la Ley 511 de 1999 (4 de agosto), a la tasa máxima vigente para ese período respetando las fluctuaciones que tuvieron lugar durante él (art. 83 Ley 45 de 1990); y desde el 4 de agosto de 1999 y hasta cuando se verifique el pago definitivo de la obligación, de conformidad con lo ordenado en el párrafo del artículo 111 de la precitada Ley 511 de 1999, a la tasa del 'bancario corriente [...] aumentado en la mitad'.

²⁴ RONALD DWORKIN. *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1995.

²⁵ MICHELE SESTA (profesor de la Universidad de Bolonia) conferencia "Vicios del consentimiento: presuposición, implied terms, Geschäftsgrundlage" dictada en el Foro que sobre la interpretación del contrato realizó la Universidad Externado de Colombia durante los días 2, 3 y 4 de septiembre de 2001.

indemnización y el monto de los intereses²⁶. En efecto, aparenta un retroceso o a lo sumo un desarrollo en espiral pues autorizó la extensión del término a un máximo de sesenta días; alternativa que sólo resulta viable cuando el tomador es una persona jurídica, cuando se trata de seguros de daños y para pólizas cuyo valor asegurado es igual o superior a 15.000 salarios mínimos legales mensuales²⁷. La ley exige que el convenio sea expreso, pero omite señalar la oportunidad dentro de la cual éste debe suscribirse; para evitar que, ocurrido el siniestro, el tomador se niegue a conceder la extensión (la *capitis diminutio* negocial) y para facilitar la prueba del acuerdo, los aseguradores expiden el anexo que así lo contempla en forma concomitante a la de la contratación.

La reforma de 1990, que había reducido los plazos e incrementado el monto de los intereses, generó, en su momento, serias discrepancias entre el Gobierno y el gremio asegurador; la circunstancia de que las compañías no pudieran diferir el pago de la indemnización, so pretexto de la existencia de un contrato de reaseguro, en caso de *fronting* o de retención mínima de riesgo, despertó serias preocupaciones; pero el Gobierno se mantuvo firme, rechazó las razones defendidas por las aseguradoras, y se pronunció en contra de la disminución del monto de los intereses y del aumento de los plazos para el pago; no obstante, los aseguradores lograron persuadir a los ponentes del proyecto de la nueva ley en curso, con el argumento de que en los seguros que involucran altos montos de valor asegurado los interesados gozan de una gran capacidad negocial. La clasificación que distingue los riesgos de masa de los grandes riesgos y que, de manera expresa, se contempla en las normas de derecho público de seguros de la Unión Europea no quedó incorporada a la legislación colombiana; pero, sin duda, la posibilidad de ampliar el plazo y de convenir intereses, en este tipo contratos, constituye un antecedente en el que se reconoce la existencia de tomadores de pólizas aptos para negociar de manera adecuada sus derechos.

El Código de Comercio de 1971 contempla que el asegurador puede cumplir con la prestación debida reparando, reponiendo o reconstruyendo el bien objeto de la protección²⁸. Pero, con ocasión de la reforma al régimen de contratación estatal, la doctrina discute si ahora la entidad oficial puede exigir del asegurador la continuación de la obra, es decir, si la nueva consagración legal incorporó un privilegio a favor de la administración; lo que se cuestiona es si sigue siendo una potestad del asegurador cumplir con su obligación pagando en dinero, reparando o reponiendo²⁹.

²⁶ Art. 21 de la Ley 35 de 1993.

²⁷ Considerando que el salario mínimo actual asciende a \$286.000 mensuales, los valores asegurados exigidos para suscribir el pacto ascienden a \$4.290.000.000.

²⁸ Art. 1110 C. Co.

²⁹ JUAN MANUEL DÍAZ-GRANADOS ORTIZ. *Los seguros en el nuevo régimen de contratación administrativa*, Colombo, pp. 74 y ss. Sostiene que la Ley 80 de 1993 permite que, con la aquiescencia de la entidad estatal, el garante continúe con la realización de la

obra, y manifiesta que, salvo que el asegurador renuncie de manera expresa a ejercer la facultad que se consagra en el artículo 1110 del C. Co., puede, a su elección, reparar, reponer, indemnizar en dinero o continuar con la obra. Por su parte, ANTONIO PABÓN SANTANDER. "El siniestro en la garantía única de cumplimiento dentro del marco de la Ley 80/93", en *Universitas*, n.º 93, Pontificia Universidad Javeriana, diciembre de 1997, sostiene una tesis distinta que no compartimos por las razones anotadas.

A nuestro modo de ver, dada la naturaleza claramente dispositiva de la facultad atribuida a la administración³⁰, el postulado según el cual el contrato es ley para las partes y el principio *res inter alios acta*, es indudable que el asegurador no perdió la facultad de decidir si continúa o no con el desarrollo del convenio afianzado. Por lo demás, el contrato cuyo cumplimiento se le puede exigir es el de seguros; optar por la alternativa de finalizar la obra no deja de ser en grado sumo peligroso; para el asegurador, pues ello incrementa el monto de su responsabilidad, y para el asegurado, ya que el objeto social de aquel no es el de acometer de manera directa este tipo de trabajos, motivo por el cual deberá subcontratarlo³¹.

Del contrato surgen para la compañía aseguradora una serie de compromisos adicionales como el de entregar la póliza al tomador, con fines probatorios, dentro de los quince días siguientes a la celebración del negocio³², suministrar las copias que solicite el asegurado, tomador o beneficiario³³, devolver al asegurado la prima no devengada cuando el contrato se termina de manera anticipada, lo cual puede ocurrir por el ejercicio de la facultad de revocación unilateral³⁴ y en los eventos de nulidad³⁵, terminación³⁶ e ineficacia³⁷ del seguro. La facultad de retener la prima a título de pena solo procede, de manera excepcional, como sanción a la mala fe del asegurado³⁸.

B. EL TOMADOR

EL OTRO EXTREMO DE LA RELACIÓN JURÍDICA es el tomador. El tomador es siempre el contratante del seguro o estipulante, la persona natural o jurídica que traslada los riesgos; puede obrar en su propio nombre y representación³⁹, a nombre de un tercero con o sin poder para representarlo⁴⁰, y puede, también, comparecer a nombre propio pero por cuenta ajena⁴¹.

Las obligaciones más importantes que la ley radica en el tomador son la del pago de la prima dentro del plazo legal o el contractual y la de la declaración sincera del estado del riesgo⁴². Pero el Código de Comercio regula, de manera clara, que las obligaciones impuestas al asegurado deben ser cumplidas por el tomador o el beneficiario cuando estos se encuentren en condiciones de realizarlas⁴³.

³⁰ Arts. 4.º num. 2 y 17 inc. 2.º Ley 80 de 1993.

³¹ El peligro que entrañaría para el asegurador optar por esta alternativa se hizo evidente cuando se profirió el laudo arbitral en contra de Confianza; la aseguradora asumió la continuación de la obra; ante la caída del Puente Heredia, en Cartagena, fue condenada a pagar sumas por encima del límite del valor asegurado en la póliza.

³² Parág. art. 1046 C. Co., subrogado por art. 3.º Ley 389 de 1997.

³³ Art. 1046 C. Co., subrogado por art. 3.º Ley 389 de 1997.

³⁴ Art. 1070 C. Co.

³⁵ Art. 1061 C. Co.

³⁶ Arts. 1060 y 1107 C. Co.

³⁷ Art. 1045 C. Co.

³⁸ Arts. 1059 y 1060 C. Co.

³⁹ Art. 1037 C. Co.

⁴⁰ Art. 1038 C. Co.

⁴¹ Art. 1039 C. Co.

⁴² Arts. 1066 y 1068 C. Co., subrogados por arts. 81 y 82, respectivamente Ley 45 de 1990. Sobre el pago de la prima y sus consecuencias en los seguros de personas cfr. arts. 1151 a 1153; en transportes, art. 119 C. Co., y en cumplimiento, arts. 21 num. 19 Ley 80 de 1993 y 1058 C. Co.

⁴³ Art. 1041 C. Co.

II. EL CONCEPTO DE PARTE ASEGURADA O PARTE INTERESADA

A. ASEGURADO Y BENEFICIARIO

NADA IMPIDE QUE EL TOMADOR OSTENTE, de manera simultánea, la calidad de asegurado y beneficiario. Pero en algunos seguros la condición de tomador, asegurado y beneficiario no se confunde en una sola persona. La circunstancia anterior condujo a la doctrina al desarrollo de la noción de parte asegurada, concepto en el cual se incluye a estas tres figuras. Este fenómeno, el de la diversidad de personajes, se puede dar tanto en los seguros de daños como en los seguros de personas.

Diversas son las consecuencias jurídicas que se derivan del hecho de que al escenario del contrato comparezcan distintos actores, y asuman el rol de tomador, asegurado o beneficiario. En efecto, de la ley o del contrato surgen derechos y obligaciones para el asegurado y el beneficiario; poco importa que no participen como tomadores durante la etapa de celebración del negocio jurídico.

En los seguros de daños, casi siempre que el titular del interés asegurable concluye el contrato y comparece –de manera directa o a través de representante– tomador, asegurado y beneficiario son uno solo⁴⁴. El asegurado, en esta modalidad de cobertura, no puede ser otro que la persona en cuya cabeza se radica el interés asegurable; en efecto, de conformidad con el principio indemnizatorio, los seguros de daños no pueden constituirse en fuente de enriquecimiento injusto⁴⁵; de dicho fundamento se infiere que este es también el llamado a figurar como beneficiario de la prestación asegurada. El legislador prevé que tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, de manera directa o no, con la realización del riesgo asegurable⁴⁶.

En los ramos de personas el interés asegurable es un elemento que sirve para legitimar la contratación del seguro, que justifica la posición de tomador de una póliza, pero este factor deviene irrelevante en los seguros de vida frente al derecho a percibir el pago de la indemnización, porque la característica en este tipo de coberturas es que la designación del beneficiario se lleva a cabo de manera voluntaria⁴⁷.

En tal modalidad de protección el rigor del principio indemnizatorio se morigera, es objeto de un tratamiento legislativo diferencial, más benigno. En efecto, aunque la ley le exige el interés asegurable al tomador, cuando el seguro se contrata sobre la vida de un tercero la ausencia de dicho elemento se puede suplir con el consentimiento escrito del asegurado, la indicación sobre el valor del seguro y el nombre del beneficiario⁴⁸.

Se presume interés asegurable en la protección de la propia vida o en la de aquellas de quienes se puede reclamar alimentos; pero la ley admite que se contraten coberturas sobre la vida de un tercero así el interés no sea susceptible de valoración económica. Por este motivo un sector de la

⁴⁴ JUAN CARLOS FÉLIX MORANDI. *Estudios de derecho de seguros*, Buenos Aires, Pannedille, 1971, pp. 259 y ss.

⁴⁵ Art. 1088 C. Co.

⁴⁶ Art. 1083 C. Co.

⁴⁷ Art. 1142 C. Co.

⁴⁸ Art. 1132 C. Co.

doctrina ha cuestionado el que también para este tipo de seguros se haya incluido el interés asegurable como elemento esencial; en efecto, lo que deviene indispensable, en este evento, es el consentimiento del asegurado.

Por el contrario, en los seguros de daños el interés asegurable es insustituible: debe siempre ser ostentado por el asegurado, es decir, por quien pueda ver afectado su patrimonio con la realización del riesgo amparado por el contrato⁴⁹.

La persona legitimada para reclamar o demandar del asegurador el pago de la indemnización es el beneficiario. En los seguros de daños reales, a los cuales sí aplica con todo rigor el principio indemnizatorio, el beneficiario será siempre el mismo asegurado, a menos que se trate de un sujeto que tenga interés asegurable, cuyo patrimonio se encuentre en riesgo de sufrir detrimento o menoscabo, todo lo cual resulta evidente en el caso del acreedor prendario o hipotecario, título éste que lo legitima para figurar como beneficiario de carácter oneroso.

En los seguros de daños no es frecuente encontrar beneficiarios distintos del mismo asegurado pero, bien puede ocurrir en el seguro de automóviles, en el de sustracción, o en los de incendio y de manera general cuando las entidades financieras o las personas naturales conceden créditos para la adquisición de bienes muebles o inmuebles.

En estos casos el interés asegurable, la relación económica que las vincula con el bien objeto de la protección, equivale al monto del préstamo otorgado; la existencia de la deuda explica por qué dichas empresas obran como tomadoras de seguros de grupo y figuran en el contrato como beneficiarias a título oneroso hasta por la cuantía del crédito; el seguro opera, entonces, en la medida necesaria para la satisfacción del mutuo concedido⁵⁰.

La calidad de beneficiario en los seguros de daños no se deriva, como en los seguros de personas, de la mera liberalidad del tomador o asegurado; la legitimidad de la designación depende de la existencia del crédito y se limita al cuántum debido por el asegurado o titular del derecho de dominio.

En los seguros de personas, aunque también procede la nominación de terceros beneficiarios a título oneroso, la regla general es que éstos son designados de manera voluntaria y aun a título gratuito porque, como ya se expresó, en esta modalidad de protección la ley permite suplir la ausencia de las contraprestaciones de carácter económico con el consentimiento del asegurado⁵¹.

Por lo que se refiere al seguro obligatorio de accidentes de tránsito, SOAT, el conductor del vehículo y los damnificados, en las coberturas de incapacidad, gastos médicos y quirúrgicos, y los causahabientes de las víctimas aseguradas e indeterminadas en la de muerte son los beneficiarios y asegurados de las prestaciones allí previstas; no obstante, para la cobertura de gastos funerarios, en caso de muerte y de gastos quirúrgicos y hospitalarios, la ley legitima al sujeto que acredite haber efectuado el pago⁵²;

⁴⁹ Art. 1083 C. Co.

⁵⁰ Los artículos 100 numeral 2 inciso 2.º, 101 numerales 1 y 3 y 120 dctos. 663 de 1993 y 384 de 1993 consagran el principio de libertad de contratación de los usuarios

de créditos de pólizas de seguros como garantía adicional a sus préstamos.

⁵¹ Arts. 1137 y 1141 C. Co.

⁵² Art. 194 num. 1 Dcto. 663 de 1993.

por este motivo, la condición de beneficiario y asegurado podrá recaer en los establecimientos hospitalarios y clínicos; en efecto, pues el interés asegurable se extiende a la protección del patrimonio de quien asume el gasto; se consagra el derecho al reembolso en su favor. Igual consecuencia se predica del amparo de gastos médicos o quirúrgicos⁵³; sin duda, por la naturaleza patrimonial de dichas coberturas a tales protecciones aplica el principio indemnizatorio, según lo expresa la legislación comercial⁵⁴.

En el seguro dotal, el asegurado es quien ostenta la condición de beneficiario, pero en los seguros de pensiones y de rentas vitalicias puede no serlo, ya que la prestación asegurada puede ser reclamada por los herederos del asegurado, esto es, la cónyuge o la compañera permanente y los hijos menores⁵⁵. En los demás seguros sobre la propia vida el asegurado siempre será distinto del beneficiario.

III. LA FIGURA DEL TOMADOR, DE SEGURO POR CUENTA PROPIA, EN NOMBRE DE TERCERO CON O SIN PODER PARA REPRESENTARLO, Y EL SEGURO POR CUENTA AJENA

SI EL SUJETO ESTIPULANTE DEL NEGOCIO O tomador es el titular del interés asegurable, el seguro se habrá contratado por cuenta propia. Los seguros celebrados en nombre de un tercero con o sin poder para representarlo no son seguros por cuenta⁵⁶. La figura del mandato con representación excluye el seguro por cuenta porque el mandatario obra en nombre y representación del mandante y no adquiere, como en el seguro por cuenta, obligaciones a nombre propio⁵⁷.

Cuando el tomador obra en ejercicio de un mandato representativo surgido de la ley o de un contrato, lo que hay es un seguro suscrito en nombre de un tercero; así, la póliza distingue en forma expresa al tomador del asegurado, pero este hecho carece de relevancia jurídica debido a que los actos realizados por el representante se imputan a cargo del representado.

Pero si el tomador que realiza la gestión del negocio carece de poder, actúa como agente oficioso u obra como falso procurador, en nombre de otro, tal circunstancia deja en suspenso la eficacia del contrato aunque no afecta la validez de la negociación. En este evento, las particularidades que rodean la contratación impiden conocer al destinatario de la actuación en el momento de celebrar el negocio; lo que ocurre es que se ignora la identificación física u objetiva del individuo asegurado; pero, de hecho, la norma permite que este ratifique el contrato aun con posterioridad a la ocurrencia del siniestro; se le concede ese término, máximo, para que proceda a aceptar el contrato.

La ley prevé que el agente oficioso quede relevado de las obligaciones derivadas del seguro una vez que se apruebe la negociación. Pero nótese que sólo llegado el momento de la ratificación es que se materializa la

⁵³ Idem.

⁵⁴ Art. 1140 C. Co.

⁵⁵ Art. 1142 C. Co.

⁵⁶ FÉLIX MORANDI. Ob. cit., p. 260.

⁵⁷ Cosa distinta es la ineficacia del contrato frente al representado cuando el que obra es un procurador falso, en cuyo caso los efectos surgen a partir de la ratificación expresada por el tercero. Art. 1038 C. Co.

diferenciación jurídica entre el asegurado y el tomador; entretanto las obligaciones surgidas se radican en cabeza del falso procurador⁵⁸.

Sin embargo, cuando el estipulante o tomador obra a nombre propio y el interés asegurable se encuentra radicado en un tercero determinado o determinable, la naturaleza jurídica de la figura es distinta, se trata de un seguro por cuenta. La nota característica de este contrato es que se suscribe en nombre propio pero por cuenta ajena⁵⁹.

La ley no exige que medie ninguna relación previa para que una persona actúe en su propio nombre y contrate la protección del interés asegurable de un tercero. Como en la figura del agente oficioso, el tomador por cuenta, puede actuar sin el consentimiento del otro.

En el seguro por cuenta ajena la contratación se lleva a cabo en nombre propio pero en interés de un tercero. El elemento que nos permite diferenciarlo de la agencia oficiosa es la radicación del interés asegurable en el asegurado. Esta es la razón por la cual la ley prevé que al tomador incumben las obligaciones surgidas del contrato y al tercero el derecho a percibir la prestación asegurada⁶⁰.

La figura del seguro por cuenta cobra gran importancia en los seguros de daños: en ellos se debe expresar la calidad en que se toma la póliza para evitar que, acaecido el riesgo asegurado, el asegurador invoque la ineficacia del seguro, objete el pago, al advertir la ausencia del interés asegurable del tomador⁶¹.

La doctrina distingue tres modalidades del seguro por cuenta:

1. El celebrado a favor de un tercero determinado, en cuyo caso la póliza identifica al titular del interés.

2. El celebrado a favor de un tercero indeterminado, evento en el cual no se expresa el nombre del asegurado en el contrato pero se descarta, de manera definitiva la opción de que lo sea el tomador.

3. El contratado por cuenta de quien corresponda, porque se desconoce quién pueda ser el titular del interés en el momento del siniestro y el tomador puede llegar a ser un beneficiario potencial.

En los seguros de transporte, por ejemplo, la dinámica misma de la circulación de los bienes es la que impide que al celebrarse el contrato se conozca quién será el asegurado al acaecer el riesgo; esa es la razón por la cual, en esta modalidad contractual, el certificado de seguro puede ser expedido al portador y la negociación del nominativo no requiere la aquiescencia del asegurador⁶².

En nuestro país el seguro obligatorio de accidentes de tránsito, SOAT, es también una de las modalidades del seguro por cuenta de quien corresponda. En efecto, el tomador contrata un seguro por cuenta de las víctimas indeterminadas pero determinables, las cuales ostentan la calidad de aseguradas⁶³. Por lo demás, obsérvese cómo aquí no se excluye la posibilidad de que el propio tomador emerja como beneficiario.

El seguro por cuenta de quien corresponda sirve para la protección de uno o más intereses, el del titular del derecho de dominio y el del usufruc-

⁵⁸ Art. 1038 C. Co.

⁵⁹ Art. 1039 C. Co.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Art. 1040 C. Co.

⁶² Art. 1117 C. Co.

⁶³ Arts. 192 y ss. Dcto. 663 de 1993.

tuario, el del acreedor hipotecario o prendario y el del arrendatario; el del transportador y el del propietario de la mercancía, entre otros. Aunque el tomador comparece para cubrir el interés de un tercero, nada impide que contrate también la protección del suyo propio⁶⁴; de hecho, la ley presume que este se entiende protegido a menos que se haya estipulado lo contrario.

La aceptación del asegurador de la cláusula por cuenta de quien corresponda denota que en la apreciación del riesgo no influye conocer las características del sujeto interesado asegurado; es lo que ocurre cuando se aseguran las mercancías transportadas.

Como lo señala MORANDI, el hecho de que no se identifique al asegurado implica una despersonalización transitoria del interés subjetivo, la cual se difiere al acaecimiento del riesgo asegurado⁶⁵.

Agrega el destacado jurista que la identificación del tercero, en el seguro por cuenta, no implica el uso de “fórmulas sacramentales” ni obliga a la incorporación del nombre del interesado en el contrato; basta que se pueda deducir, de la relación existente entre el bien objeto de la protección o de las calidades particulares del tomador y de las del sujeto que en el momento del siniestro emergerá como asegurado⁶⁶.

Con base en la normativa colombiana, en la que se consagra que, si la póliza no expresa que es por cuenta de un tercero, el seguro corresponde al contratante⁶⁷, y en concordancia con aquella en la que se indica qué documentos hacen parte de la póliza⁶⁸, nos adherimos a la propuesta doctrinal por virtud de la cual el seguro de transporte de mercancías, contratado por la empresa transportadora, es un seguro por cuenta suscrito a favor del propietario de la carga; ello aun cuando en la póliza se haya hecho figurar al transportador como beneficiario y asegurado⁶⁹; la circunstancia de que se le atribuyan estas calidades a la empresa de transporte no excluye *per se* la posibilidad de que nos encontremos, en determinados eventos, ante un seguro por cuenta.

En efecto, el simple hecho de que la aseguradora haya aceptado otorgar el seguro sin ningún tipo de limitación, a sabiendas de que la actividad desarrollada por el tomador es la del transporte, y la circunstancia de que la declaración de asegurabilidad así lo corrobore debe servir de prueba para estimar que quedó “expresada”, como lo exige la ley, la suscripción de un seguro por cuenta del tercero. Así, la previsión legal según la cual cuando el seguro no expresa que es por cuenta de un tercero corresponde a quien lo ha contratado no está exigiendo ninguna formalidad complementaria; expresar no significa por escrito; ni, inserto en la carátula de la póliza, deviene suficiente que de lo manifestado en la declaración de asegurabilidad así se infiera.

La objeción al pago de la indemnización reclamada en la que el asegurador invoca la ausencia del interés asegurable del transportador en un seguro de mercancías refuerza que lo cubierto por éste no pudo ser otra cosa que el interés del propietario de la carga.

⁶⁴ Art. 1042 C. Co.

⁶⁵ FÉLIX MORANDI. Ob. cit., p. 268.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 277.

⁶⁷ Art. 1040 C. Co.

⁶⁸ Art. 1048 C. Co.

⁶⁹ JUAN MANUEL DÍAZ-GRANADOS ORTIZ. “El seguro de transporte terrestre”, en *Revista Fasecolda*, n.º 33, diciembre de 1990, pp. 47 a 60, esp. 57 y 58.

Así las cosas, nos apartamos de la tesis de TAMAYO JARAMILLO según la cual, “como el transportador sí tiene interés asegurable en un seguro de responsabilidad civil, entonces el contrato no sería ineficaz pese a que se haya celebrado sobre la base de un interés asegurable distinto”⁷⁰, y se transformaría en un seguro de responsabilidad civil.

No consideramos conveniente que la solución sea la de defender la conversión del seguro mercancías –su mutación– en un seguro de responsabilidad civil⁷¹, porque dicha figura no se ajusta al móvil de la contratación; en este evento, lo que de manera clara se revela son los presupuestos del seguro por cuenta; en efecto, cuando el transportador contrata la protección comparece en nombre propio para cubrir el interés asegurable de un tercero⁷² y nada obsta para que si no se estipula lo contrario se entienda protegido aun el suyo.

La teoría de TAMAYO impediría la satisfacción del interés del titular del derecho real, quien solo podría, por la vía de la acción directa, demandar con éxito el pago del asegurador cuando el transportador sea el responsable de la pérdida. La figura del seguro por cuenta se adecúa de manera perfecta a la voluntad de las partes contratantes y a las necesidades en juego de los interesados; no se requiere acudir a conversiones ni a ficciones de ninguna naturaleza, porque la ley permite asumir como cubiertos la totalidad de los intereses asegurables y en riesgo al momento de la celebración del seguro; por lo demás, esta conclusión tiene un claro soporte en la legislación nacional⁷³.

El asegurador conoce, por la declaración que sobre el estado del riesgo realiza el tomador, que éste es transportista, que las mercancías no son de su propiedad, que su interés recae en la responsabilidad en que incurra de acuerdo con el contrato o con la ley, que el interés asegurable derivado de la propiedad de los bienes se encuentra radicado en un tercero, y, con esos elementos, en el proceso de selección del riesgo, acepta expedir la cobertura como si se tratara de un seguro real, en un formato de póliza de seguro de transporte de mercancías; por lo demás, esta circunstancia, aunada a la de la no exclusión de la protección del verdadero interés del transportador, le imposibilitará ejercer el derecho a la subrogación en contra de este, a menos que los responsables del siniestro sean terceros ajenos a la contratación o dependientes del asegurado y, en este último evento, que hayan incurrido en conductas dolosas o provenientes de culpa grave⁷⁴.

Otro de los seguros que merece un análisis a la luz del seguro por cuenta es el de cumplimiento. Recuérdese que el afianzado es el deudor de las obligaciones surgidas del contrato garantizado, que, como contratista, toma el seguro y que, también, es el riesgo mismo. El afianzado no le traslada al asegurador su propio riesgo, transfiere el riesgo de la entidad contratante, el de la asegurada⁷⁵.

⁷⁰ JAVIER TAMAYO JARAMILLO. *El interés asegurable del transportador*, pp. 174 y 175.

⁷¹ Art. 904 C. Co.

⁷² DÍAZ-GRANADOS ORTIZ. Ob. cit.

⁷³ Arts. 1042 y 1124 C. Co. modificado por Decreto Ejecutivo 01 de 1990, artículo 46, 994 del C. Co., modificado Decreto

Ejecutivo 01 de 1990, artículo 12, Decreto 173 de 2001 artículo 17.

⁷⁴ Artículo 1099 C. C. colombiano.

⁷⁵ JAVIER AVILÉS GARCÍA. “La evolución de las garantías personales en el derecho español”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. XLIX, fasc. III MCMXCVI, 1996.

Por este motivo un sector importante de la doctrina sostiene que el contratista afianzado obra en beneficio del interés de un tercero, como un tomador de seguro por cuenta, y otro se muestra partidario de que la entidad estatal o particular contrate el seguro de manera directa⁷⁶. A nuestro modo de ver, considerar que el afianzado obra por cuenta del contratista y proponer que se combine con la renuncia expresa del asegurador a aplicar el principio de la comunicabilidad de las excepciones no sirve para conjurar el principal argumento que apoya la tesis de algunos comentaristas según la cual el amparo de cumplimiento no es un seguro sino una fianza puesto que el Código de Comercio consagra la inasegurabilidad del dolo del tomador⁷⁷, en norma imperativa que le restringe al asegurador la posibilidad de delimitar a su arbitrio los riesgos que asume⁷⁸. En efecto, tal cuestión sólo deviene soluble si la entidad contratante contrata el seguro y obra como tomadora en su propio nombre. Sin duda el régimen de la contratación estatal señala que el contratista prestará garantía única para avalar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, pero la norma no prohíbe que el seguro sea contratado en forma directa por la entidad estatal; la ley no le restringe obrar como tomadora ni actuar como estipulante; hacerlo tampoco significa que el contratista no preste la garantía⁷⁹. Por lo demás, el hecho de que la previsión del pago de la prima se radique en el tomador no es óbice para poder optar por esta solución, porque bien puede la entidad contratante estipular en el contrato afianzado que la obligación estará radicada en el contratista y que este autorizará deducirla del precio del contrato, todo lo cual le permitiría al tomador cumplir con este deber sin mayores traumatismos.

IV. LAS OBLIGACIONES Y CARGAS DE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE SEGURO. LAS CONSECUENCIAS LEGALES POR EL INCUMPLIMIENTO

SI LAS CALIDADES A LAS QUE VENIMOS HACIENDO referencia confluyen en un mismo sujeto no existen dificultades para determinar los derechos, obligaciones y cargas que la ley radica en cada una de ellas.

Pero cuando hay pluralidad de individuos se presentan diversos problemas jurídicos que la legislación colombiana pretendió solucionar al consagrar que las obligaciones impuestas a cargo del asegurado se entienden en cabeza del tomador o del beneficiario cuando sean estos quienes se encuentren en la posibilidad de cumplirlas⁸⁰.

Así, sí el tomador no declara en forma sincera el estado del riesgo según el cuestionario propuesto por el asegurador, en el momento de contratar el seguro, su omisión configura una causal de nulidad relativa por cuanto *ab*

⁷⁶ Art. 25 num. 19 Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

⁷⁷ Arts. 1054, 1055 y 1056 C. Co. BERNARDO BOTERO MORALES. “El seguro y la fianza, naturaleza jurídica de las garantías

de cumplimiento”, en *Revista Iberoamericana de Seguros*, n.º 15.

⁷⁸ Art. 1056 C. Co.

⁷⁹ Art. 25 num. 19 Ley 80 de 1993.

⁸⁰ Art. 1041 C. Co.

initio se ha viciado el consentimiento⁸¹. En el seguro de vida el tema de la reticencia adquiere características especiales pues existe un régimen particular cuando estas versan sobre la edad del asegurado y porque, además, después de dos años el seguro no puede reducirse por causa de error en la declaración de asegurabilidad⁸².

Por otra parte, el tomador no puede negarse al pago de la prima aduciendo la existencia de un asegurado distinto⁸³, ni mucho menos sus- traerse a las consecuencias por la mora, por el no pago dentro del plazo legal o contractual, es decir, a la terminación automática⁸⁴; le está vedado al asegurado o al tomador eludir el deber de notificar por escrito los hechos o circunstancias que constituyen una agravación objetiva del riesgo o varia- ción de su identidad local, porque sobre ambos, según sea el caso, recae esta obligación⁸⁵.

El asegurado deberá cumplir con las garantías porque de lo contrario el contrato será anulable o podrá darse por terminado desde el momento de la infracción⁸⁶. Acaecido el riesgo el asegurado deberá informar sobre los seguros coexistentes porque la inobservancia maliciosa le acarrea la pérdida del derecho a la indemnización, es decir, consolida la causal de caducidad⁸⁷.

Ocurrido el siniestro, el asegurado o el beneficiario deberán dar aviso al asegurador, evitar la propagación de la pérdida y proveer al salvamento de la cosa asegurada⁸⁸. El asegurado no podrá renunciar al ejercicio de los derechos contra terceros responsables del siniestro porque este hecho le acarrea la pérdida del derecho a la indemnización⁸⁹. El asegurado debe hacer todo lo que se encuentre a su alcance para permitir que el asegurador ejerza el derecho de subrogación⁹⁰, y si éste o el beneficiario incumplen con las obligaciones que les corresponden en caso de siniestro el asegurador puede deducir de la indemnización los perjuicios que se ocasionen con dicho incumplimiento⁹¹. Cabe anotar que esta previsión legislativa ha sido criticada por inocua, pues si no existe acuerdo respecto del monto de los perjuicios mal puede el asegurador deducir de manera automática una cuantía discutida; lo conveniente será que acredite su monto dentro del proceso adelantado para este efecto.

V. SOBRE EL PRINCIPIO DE LA COMUNICABILIDAD DE LAS EXCEPCIONES

ESTE TEMA, EL DE LAS PARTES EN EL CONTRATO de seguros, el de las diversas calidades a que venimos haciendo referencia, y por ende el de las obligaciones surgidas para cada uno de ellos, resulta de suma trascendencia a la hora de aplicar el principio de la comunicabilidad de las excepciones.

⁸¹ Art. 1058 C. Co. Corte Constitucional. Sentencia 232 de 1997.

⁸² Arts. 1160 y 1161 C. Co.

⁸³ Art. 1066 C. Co., subrogado por art. 81 Ley 45 de 1990.

⁸⁴ Arts. 1066 y 1068 C. Co., subrogados por arts. 81 y 82 Ley 45 de 1990.

⁸⁵ Art. 1060 C. Co.

⁸⁶ Art. 1061 C. Co.

⁸⁷ Art. 1076 C. Co.

⁸⁸ Arts. 1074 y 1075 C. Co.

⁸⁹ Art. 1097 C. Co.

⁹⁰ Art. 1098 C. Co.

⁹¹ Art. 1078 C. Co.

Como se recordará, en virtud de ésta figura el asegurador puede oponerle al beneficiario las excepciones que hubiera podido alegar en contra del tomador o del asegurado en caso de ser estos distintos⁹², y de esta manera exonerarse del pago de la prestación asegurada.

La norma que soporta la legalidad del principio es de naturaleza claramente dispositiva, susceptible, por tanto, de modificación contractual; su naturaleza se desprende, según el criterio de interpretación incorporado al mismo Código de Comercio⁹³, de su tenor literal.

En efecto, salvo pacto o estipulación en contrario, el asegurador podrá invocar en contra del beneficiario, todas las cláusulas que restringen y condicionan el pago de la indemnización⁹⁴, las que delimitan el valor asegurado en la póliza⁹⁵, la de la nulidad relativa del seguro por la reticencia e inexactitud en la declaración del estado del riesgo⁹⁶, las derivadas de las exclusiones incorporadas al contrato⁹⁷, las provenientes del dolo personal del asegurado o tomador⁹⁸, las surgidas del incumplimiento al deber de notificar las circunstancias que configuran agravación objetiva del riesgo⁹⁹, las relativas a la deducción de los perjuicios por el aviso extemporáneo del siniestro o por el incumplimiento de las demás obligaciones que surgen con la ocurrencia del siniestro¹⁰⁰, la de la terminación automática por mora en el pago de la prima¹⁰¹.

Lo que la ley permite es acordar que no se comuniquen las excepciones; pero en la mayoría de los contratos la capacidad de negociación de los tomadores asegurados y beneficiarios se encuentra restringida, de una parte, por la rapidez con que se colocan las pólizas en el mercado, debido a la necesidad que tienen los aseguradores de realizar la operación en forma masiva, y, de la otra, porque la especificidad del seguro impide que los interesados puedan medir el alcance de las estipulaciones contractuales insertas en los formatos de pólizas, antes de su contratación.

VI. SOBRE LA INCONVENIENCIA DE APLICAR EL PRINCIPIO DE LA COMUNICABILIDAD DE LAS EXCEPCIONES EN ALGUNOS SEGUROS

LA DOCTRINA SE HA MANIFESTADO EN CONTRA de que se aplique con todo rigor el principio de la comunicabilidad de las excepciones. Este aspecto cobra especial relevancia en las siguientes modalidades asegurativas.

A. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

En estos contratos la víctima es, sin perjuicio de las prestaciones a que tiene derecho el asegurado, el beneficiario legal de la indemnización a cargo del asegurador, y no participa durante el proceso de formación del contrato; de manera

⁹² Art. 1044 C. Co.

⁹³ Art. 1162 C. Co.

⁹⁴ Arts. 1079 (suma asegurada), 1081 (sobre prescripción), 1087, 1088, 1089, 1091 (principio indemnizatorio, la regla proporcional del infraseguro y supra-seguro), entre otras, C. Co.

⁹⁵ Art. 1079 C. Co.

⁹⁶ Art. 1058 C. Co.

⁹⁷ Arts. 1056 y 1120 C. Co.

⁹⁸ Arts. 1054 y 1055 C. Co.

⁹⁹ Art. 1060 C. Co.

¹⁰⁰ Arts. 1073 y 1074 C. Co.

¹⁰¹ Art. 1068 C. Co.

que, si no se modifica el tenor literal de la norma en comentario¹⁰², en el seguro de responsabilidad civil caben todas las excepciones relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato y aun las que pretendan invalidar la existencia de la responsabilidad civil contractual o extracontractual.

La jurisprudencia francesa¹⁰³ tiene el mérito de haberse preocupado por analizar la viabilidad de las causales de exoneración aducidas; en estas coberturas, clasificó excepciones en anteriores y posteriores al siniestro; estableció diferencias entre los fundamentos exceptivos derivados de la conducta personal del beneficiario y del asegurado; determinó que el asegurador solo puede invocar en contra de la víctima las excepciones personales del asegurado anteriores a la realización del riesgo amparado, y que son inoponibles al damnificado las conductas personales posteriores en que incurra aquél. Se admite, entonces, en el derecho francés que el asegurador invoque los fundamentos exceptivos derivados del comportamiento personal del tercero, posterior a la realización del riesgo asegurado, como el de la pérdida del derecho a la indemnización por fraude en el reclamo o en la comprobación del siniestro que contempla la ley¹⁰⁴.

En el mismo sentido se orientan la legislación argentina y los pronunciamientos jurisprudenciales de dicho país: así, el damnificado ostenta un derecho propio del cual surge una limitación a las defensas del asegurador, quien solo puede oponerle a las víctimas las anteriores al acaecimiento del siniestro¹⁰⁵.

¹⁰² Art. 1044 C. Co.

¹⁰³ YVONNE LAMBERT FAIVRE. *Droit des assurances*, Dalloz, 1985, p. 247. Sentencia de la Corte del 15 de junio de 1931.

¹⁰⁴ Art. 1078 C. Co.

¹⁰⁵ Sobre el tema relativo a las excepciones del asegurador cfr. el análisis del jurista argentino NICOLÁS HÉCTOR BARBATO. "Naturaleza y extensión de las defensas articulables por la aseguradora citada en garantía":

"El problema no se reducía a la posibilidad de apelar la sentencia condenatoria, sino que iba mucho más allá; se debatía en realidad si poseía o no la aseguradora la facultad de negar y discutir los hechos alegados por el tercero reclamante como fundamento de la imputación de responsabilidad que formulaba contra su asegurado y, por consiguiente, también la posibilidad de ofrecer y producir pruebas que hagan a tales negativas o controversias". El nuevo criterio adoptado por la Suprema Corte Provincial implica un gran paso adelante, y que, como vimos, no sólo torna posible que la aseguradora recurra de la sentencia que haya sido consentida por su asegurado, sino que permite a aquella controvertir los hechos en los que el reclamante intenta fundar la responsabilidad que atribuya a dicho asegurado y ofrecer pruebas sobre tal controversia, aspectos fundamentales que

hacen al derecho de defensa en juicio de quien, como la aseguradora, quedará sometida a los efectos de la cosa juzgada"; y "la citación en garantía del asegurador": "... los artículos 118 y 119 de la LS establecieron preceptos que presuponen un derecho propio, en el damnificado contra el asegurador; así, por ejemplo: a) Conceden un privilegio que resulta oponible al propio asegurado (que según las teorías negatorias sería el único acreedor de la obligación del asegurador). b) Establecen una obligación de prorrateo cuando existe pluralidad de víctimas (que impide al asegurado-presunto titular del derecho a la indemnización, según las teorías negatorias, elegir a cuál de los damnificados pagar); c) Limitan las defensas del asegurador respecto de la víctima (solo puede oponer las que no sean posteriores al siniestro); d) Permiten emplazar en juicio al asegurador al que se le trae obligadamente a la litis, en la que puede resultar condenado y la sentencia sería ejecutada; e) El tercero actúa a nombre propio, reclamado un derecho también propio, y no por subrogación, y en caso de sentencia favorable se apropia de la indemnización, que entra en su patrimonio en forma directa": artículos publicados en *El Derecho*, Buenos Aires, 2 de octubre de 1997 y 17 de diciembre de 1992, respectivamente.

En Colombia, hasta antes de la reforma que introdujo la Ley 45 de 1990, el seguro de responsabilidad civil no era seguro a favor de tercero, el asegurado lo tomaba para la protección de su propio patrimonio; hoy tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, por lo que esta es beneficiaria, titular de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se reconozcan a favor del asegurado. Este cambio sin duda constituye un avance muy importante, pero la ausencia de un régimen especial al principio de la oponibilidad de las excepciones impide que el mecanismo de la acción directa cumpla de manera adecuada con la finalidad de proteger a las víctimas¹⁰⁶.

B. SEGURO DE CUMPLIMIENTO

EN ESTOS SEGUROS LA PRÁCTICA NOS ENSEÑA QUE el contratista obra como tomador, y que este suscribe la póliza para garantizar la obligaciones derivadas del contrato cuya ejecución se afianza: la entidad contratante es la asegurada y la beneficiaria, en la mayor parte de los amparos, pero tampoco comparece a celebrar el contrato.

En desarrollo del principio de la oponibilidad de las excepciones, el asegurador se encuentra facultado para invocar la nulidad del contrato por la inexactitud o la reticencia del tomador, para darlo por terminado cuando se modifica el estado del riesgo, y aun para invocar la ineficacia ante la ausencia de un elemento esencial, el del riesgo asegurable, porque el dolo del tomador y los actos meramente potestativos de este son inasegurables; por lo demás, el carácter imperativo de la norma le impide al asegurador delimitar a su arbitrio los riesgos que asume¹⁰⁷. Es por todo lo anterior que se cuestiona en nuestro medio la efectividad de la garantía.

Por lo que se refiere a las pólizas de cumplimiento expedidas a favor de entidades particulares, la doctrina aún discute sobre la aplicación de la terminación automática del contrato por mora en el pago de la prima¹⁰⁸ —ya que la norma que regula la consecuencia es de carácter imperativo, no susceptible de modificación por la vía contractual—; por ello estos seguros no deben expedirse si no ha mediado el pago previo de la prima; también se registra con preocupación el ejercicio de la facultad unilateral de revocar el negocio, y para evitar que la garantía se torne precaria se recomienda incorporar una cláusula a través de la cual el asegurador renuncie, de manera expresa, a ello¹⁰⁹. En los seguros de cumplimiento a favor de entidades estatales, la discusión culminó con la prohibición expresa que en estos dos sentidos contempla el Estatuto de Contratación Administrativa¹¹⁰.

El análisis pormenorizado de las consecuencias que derivan del incumplimiento de los deberes permitirá negociar, en forma adecuada, los intereses en juego; el asegurador puede incluso renunciar a hacer efectivo el principio de la comunicabilidad de las excepciones.

¹⁰⁶ Cfr. los escritos citados en BARBATO. Ob. cit.

¹⁰⁷ Arts. 1055 y 1056 C. Co.

¹⁰⁸ Art. 1068 C. Co., subrogado por art. 82 Ley 45 de 1990.

¹⁰⁹ Art. 1071 C. Co.

¹¹⁰ Art. 25 num. 19 Ley 80 de 1993.

No sobra reiterar que, dada la naturaleza imperativa de las normas que prohíben cubrir el dolo y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario, la única opción que impide la ineficacia del seguro es que la entidad contratante obre como tomadora de la póliza, para lo cual no se requiere incorporar modificaciones de tipo legal o que una reforma legal contemple este evento como excepción para dicha modalidad asegurativa.

Por lo demás, como ya se advirtió, el hecho de que le corresponda al tomador el pago de la prima no constituye ningún obstáculo, pues bien puede la entidad contratante pactar con el contratista que este valor le será descontado del anticipo o que lo deposite a su favor con la antelación debida. Sin duda, si bien la prima es pagada por el afianzado, no es menos cierto que al calcular el precio del contrato este ha tomado en cuenta el gasto que tendría que asumir al tramitar la expedición de la póliza como requisito para el perfeccionamiento del contrato¹¹¹.

C. SEGUROS DE DAÑOS Y DE VIDA GRUPO, TOMADOS POR CUENTA DE LOS DEUDORES

EL PRINCIPIO SEGÚN EL CUAL TOMADORES Y asegurados son libres para decidir la contratación de sus seguros y para elegir sin limitaciones a la aseguradora y a sus intermediarios se encuentra regulado en el Estatuto Orgánico del sector Financiero y Asegurador¹¹². Dicho estatuto adscribe a la Superintendencia Bancaria la competencia para la protección de los tomadores y asegurados.

Cuando las instituciones financieras actúan como tomadoras por cuenta de sus deudores se encuentran obligadas a adoptar procedimientos que garanticen la libre concurrencia de oferentes¹¹³.

La norma fue redactada como consecuencia de los acontecimientos del pasado, debido a que, iniciado el proceso de liberalización de tarifas, se esperaba una reducción de las primas en los diferentes seguros de grupo, lo cual no ocurrió, al parecer porque el costo de la comisión que se pagaba a la institución financiera por la administración de la póliza, y a los intermediarios que muy poco contribuían a la colocación del negocio, se le siguió trasladando al consumidor. Por lo demás, la comisión percibida por el manejo del seguro conllevaba falta de objetividad en la asignación de los contratos.

La reglamentación expedida fue mucho más allá de la simple carga de informarle al cliente que tiene la posibilidad de contratar el seguro con otro asegurador, y obligó a que las instituciones financieras formulen una convocatoria pública y abierta, en la que la adjudicación de los seguros se encuentra sujeta a la previa evaluación de la solvencia patrimonial y de la calidad operativa del oferente, de las coberturas y precios ofrecidos.

Esta garantía adicional de protección a los asegurados¹¹⁴ fija los siguientes parámetros para la adopción de tales procedimientos:

¹¹¹ OSSA. *Teoría general del seguro*, cit., p. 474

¹¹² Art. 78 Ley 45 de 1990, incorporado al inc. 2.º art. 100 Dcto. 663 de 1993.

¹¹³ Art. 22 Dcto. 2270 del 30 de diciem-

bre de 1992, incorporado al art. 100 Dcto. 663 de 1993.

¹¹⁴ Dcto. 384 del 26 de febrero de 1993, incorporado al art. 100 num. 2 Dcto. 663 de 1993.

1. Que se garantice la igualdad de acceso.
2. Que se garantice la igualdad de la información a los aseguradores oferentes.
3. Que se obre con objetividad en la selección del asegurador.
4. Que haya unidad de póliza cuando se opte por una sola aseguradora.
5. Que el procedimiento se realice con una periodicidad no inferior a cinco años.

Cabe anotar que sobre las entidades sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria que otorgan créditos a los particulares, no recae la obligación de exigirle al beneficiario del crédito que contrate un seguro sobre la vida del deudor que ampare en caso de muerte o incapacidad el pago del saldo de la deuda. Se trata de una previsión que deriva de lo pactado en un contrato, es decir, del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Los inmuebles que se hipotecan para garantizar los créditos otorgados por parte de las entidades sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria deben asegurarse contra los riesgos de incendio y terremoto, por el valor comercial destructible de la propiedad, y durante la vigencia del crédito¹¹⁵.

Le corresponde a las entidades vigiladas acreditar el cumplimiento de dicha obligación, verificar y/o solicitar el ajuste del valor asegurado al momento de la renovación del mismo, con el fin de mantenerlo actualizado y dentro de los parámetros de las normas vigentes, y todo ello sin perjuicio de la calidad de tomador que se reconoce al deudor o dueño del inmueble¹¹⁶.

En las pólizas de seguro de deudores, cuando el tomador es la entidad financiera éste será distinto del asegurado o propietario del inmueble. La norma prevé que como beneficiaria figure la entidad financiera hasta por el valor insoluto de la deuda; es claro que nos encontramos frente a un seguro por cuenta ajena.

De conformidad con lo dispuesto por las normas de derecho mercantil, nada obsta para que en las pólizas de grupo deudores el seguro por cuenta valga como seguro a favor del tomador hasta la concurrencia de su interés en el contrato, y en lo demás como estipulación por cuenta de un tercero. En estos seguros ciertamente confluyen diversos intereses: el de la institución financiera y el del deudor asegurado. El seguro es por cuenta ajena aunque el ente financiero tenga un indiscutible interés asegurable.

La Superintendencia Bancaria considera que el asegurador puede invocar las consecuencias que derivan de la reticencia y de la inexactitud, y señala que, a pesar de lo dispuesto por la ley¹¹⁷, la declaración de asegurabilidad debe ser suscrita por el asegurado y no por el tomador¹¹⁸. La entidad

¹¹⁵ Cfr. sentencia proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en el proceso 8971 del 5 de marzo de 1999, que obligó a la Superintendencia Bancaria a modificar el contenido del numeral 7 del literal c, subnumeral 6.1, capítulo segundo, título sexto, y a suprimir los incisos que obligaban a mantener la protección durante todo el término de duración del proceso judicial para el cobro de la obligación en mora. El Con-

sejo de Estado declaró la nulidad de dicha regulación, motivo por el cual se incorporaron las modificaciones respectivas a la circular básica jurídica. Art. 101 num. 2 Dcto. 663 de 1993.

¹¹⁶ Art. 101 num. 3 Dcto. 663 de 1993.

¹¹⁷ Art. 1058 C. Co.

¹¹⁸ Superintendencia Bancaria. *Doctrina y conceptos financieros*, 1999, concepto 1999040521-2, 20 de agosto de 1999, Su-

financiera es responsable por el envío de la declaración de asegurabilidad al asegurador, pero su diligenciamiento corre a cargo del asegurado pues es éste último el que conoce el estado del riesgo.

D. SEGURO OBLIGATORIO DE ACCIDENTES DE TRÁNSITO-SOAT

PARA ESTA ÚLTIMA MODALIDAD ASEGURATIVA se contempla un régimen especial que se opone al principio de la comunicabilidad de las excepciones. Con frecuencia el propietario del vehículo es el tomador del seguro; los asegurados son las víctimas, personas indeterminadas pero determinables, y, en su condición de beneficiarios, gozan de una acción propia a la que no aplica el régimen exceptivo general que se contempla en el Código de Comercio. El interés asegurable es la vida y la integridad personal de la víctima del accidente de tránsito; recae en la persona expuesta al riesgo; coincidirá con el tomador cuando éste sea víctima; por este motivo el tomador obra por cuenta de tercero y se entienden amparados los diversos intereses de manera simultánea.

Según reza la ley¹¹⁹, a las víctimas de los accidentes de tránsito y a sus causahabientes no les serán oponibles los fundamentos exceptivos derivados de los vicios o defectos relativos a la celebración del contrato o al incumplimiento de las obligaciones propias del tomador: por lo tanto solo les serán oponibles las de pago, compensación y las provenientes de su propio fraude en la comprobación del siniestro.

VII. LA PARTE ASEGURADA Y LA FACULTAD DEL TOMADOR DE REVOCAR EL CONTRATO DE SEGURO

EL TEMA DE LAS PARTES ASEGURADAS TAMBIÉN cobra relevancia cuando se intenta determinar quién ostenta la facultad de revocar el contrato de seguros. Este derecho deriva de la característica de la bilateralidad y de la de la ejecución sucesiva. Las partes pueden hacer uso de esa prerrogativa en forma unilateral, con consecuencias y efectos a partir de momentos distintos dependiendo de si es ejercida por el asegurador o el asegurado, según lo dispone de manera expresa el artículo 1071 del Código de Comercio.

Este principio de la revocación tiene excepciones en materia de seguro de vida; en efecto, por virtud de lo dispuesto en la ley, los seguros de vida individual no pueden ser objeto de revocación unilateral por parte del asegurador¹²⁰.

Cuando la revocación proviene de la parte asegurada y ésta se encuentra configurada por personas que ostentan de manera distinta las calidades de tomador, asegurado y beneficiario surgen ciertas dificultades; cabría preguntarse: ¿qué pasa en este evento?, ¿quién se encuentra facultado para revocar el contrato? Porque si es el tomador el que lo cancela, sin consultar el interés del asegurado, se pueden irrogar graves perjuicios.

perintendente delegado para seguros y capitalización, 0052, p. 147.

¹¹⁹ Art. 194 num. 4 Dcto. 663 de 1993.

¹²⁰ Art. 1159 C. Co. Superintendencia Bancaria. *Doctrina y conceptos financieros*,

1999, concepto 1999045430-2, 1.º de septiembre de 1999, Superintendente delegado para seguros y capitalización, 0055, pp. 160 y 162.

La Superintendencia Bancaria señala que la revocación unilateral de las pólizas colectivas a través de las cuales se aseguran los bienes muebles pignorados a favor de entidades vigiladas solo procede si la decisión proviene de la parte en el contrato. Agrega la delegatura de seguros que cuando el legislador hizo uso del término asegurado estimó que dicho sujeto ostenta de manera simultánea la condición de tomador, y que si ello no es así ha de ser a éste último a quien se le notifique el deseo de darlo por terminado¹²¹.

La revocación de las pólizas colectivas a través de las cuales se aseguran bienes muebles pignorados a favor de las entidades vigiladas ha sido objeto de examen por parte de la Superintendencia Bancaria, la cual ha reiterado que la revocación es el ejercicio de la facultad unilateral del derecho a dar por terminado el contrato en cualquier momento; facultad que puede ser ejercida por cualquiera de los contratantes, no obstante lo cual, si tal decisión es tomada por el asegurador o por el tomador, para evitar que se incurra en responsabilidades civiles, se recomienda dar aviso, notificar a los asegurados¹²².

OSSA sostenía que dicha facultad era del tomador y que no debía ser consultada con el asegurado¹²³. Estimamos sin embargo que cuando el tomador pretende ejercer el poder de revocar el contrato, conforme a lo previsto por las normas generales del derecho, si el seguro se suscribió bajo la figura de la estipulación para otro y la persona en cuyo favor se realizó la contratación ya la aceptó la revocación deviene imposible sin su consentimiento¹²⁴. Las normas del Código Civil aplican a lo que ocurre con el contrato de seguro en este evento, y el tomador debe obtener el permiso del asegurado.

En el seguro de transportes no procede la revocación del contrato a partir del momento en que los riesgos se radican en cabeza del asegurador, y ello ocurre cuando el transportador recibe o debió recibir las mercancías en el lugar de origen y termina cuando son recibidas por el destinatario o su representante en el lugar de destino¹²⁵.

Estimamos que, no obstante la expresa disposición que prohíbe ejercer el derecho a revocar el contrato en esta modalidad asegurativa, lo que el legislador buscó restringir fue la posibilidad de darlo por terminado con efectos para aquellos riesgos que ya han quedado radicados en cabeza del asegurador, es decir, para las mercancías cuyo transporte ya se inició.

En el seguro de cumplimiento expedido a favor de las entidades oficiales hay norma expresa que prohíbe el ejercicio de la facultad unilateral de revocar el contrato y la aplicación de la figura de la terminación automática por la mora en el pago de la prima¹²⁶.

Sigue vigente la polémica en relación con los seguros de cumplimiento expedidos a favor de particulares, por la falta de una norma expresa que

¹²¹ Superintendencia Bancaria. *Doctrina y Conceptos Financieros*, 1999, concepto 1999055751-2, 19 de octubre de 1999, Superintendente delegado para Seguros y Capitalización, 0139, pp. 379 y 381.

¹²² *Ibíd.*, pp. 379 y ss.

¹²³ OSSA GÓMEZ. *Ob. cit.*

¹²⁴ Art. 1506 C. C.

¹²⁵ Arts. 1119 y 1118, éste último modificado por Decreto Ejecutivo 01 de 1990, art. 44 C. Co.

¹²⁶ Arts. 1071 y 1068 C. Co., y 25 num. 19 Ley 80 de 1993.

impida la aplicación de la sanción por mora; debido a la naturaleza imperativa de dicha consecuencia, lo mejor es no aceptar pólizas sin el sello de pagado; por lo demás, para evitar las discusiones sobre la facultad de revocar el contrato e impedir que sí se pueda ejercer, conviene solicitar del asegurador la renuncia expresa a ejercerla.