

**EL ARTICULO 82 DE LA LEY 45 DE 1990 REFORMATARIO DEL ARTICULO 1068 DEL
CODIGO DE COMERCIO***

Andrés Ordóñez Ordóñez¹

Contenido

1. Esquema original del Código y motivos que determinaron el cambio.	2
2. Errores de principio de la nueva redacción. La exigencia de la consignación de la condición en la carátula; contradicción con el artículo 1162 del C. de Co.	2
3. Soluciones posibles a esos dos errores de principio.	3
4. La severidad de la nueva formulación legal y la resistencia del sector asegurador a darle adecuada aplicación.	4
5. La solución al problema de la mora en los seguros de daños en el derecho comparado. Los sistemas de Francia, España, Italia y Argentina.	5
6. La jurisprudencia colombiana relacionada con esta materia.	7
7. Los efectos del recibo de pago de la prima con posterioridad a la terminación del contrato.	9
8. Las excepciones al régimen del artículo 1068 del C. de Co. Ramos a los que no se aplica.	12
9. Propuestas de modificación	15

* *Este artículo fue presentado a la revista el día 20 de mayo de 2011 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 9 de junio de 2011, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.*

¹ Abogado especialista en derecho privado de la Universidad Externado de Colombia. Estudios de especialización en derecho y economía bancarios en la Universidad de París. Se ha desempeñado como abogado del departamento jurídico de la Compañía Colombiana de Seguros S.A., asesor jurídico del grupo "La Nacional de Seguros", Superintendente Bancario de Colombia Delegado para Seguros y Capitalización, Superintendente Bancario de Colombia Delegado para Instituciones Financieras, miembro de la comisión revisora del Código de Comercio, miembro de la subcomisión colombiana para la redacción del proyecto uniforme de ley de seguros para América Latina, miembro durante varios años de la junta directiva de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros. Actualmente se desempeña como consultor y litigante en derecho civil, comercial y administrativo, integrante de la lista de árbitros de la Cámara de Comercio de Bogotá, miembro del Colegio de Árbitros de la Cámara de Comercio de Bogotá, miembro de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros, coordinador de la sección de Jurisprudencia de la Revista Iberoamericana de Derecho de Seguros.

1. Esquema original del Código y motivos que determinaron el cambio.

El texto original del artículo 1068 del Código de Comercio preveía que la mora en el pago de la prima, lejos de generar un efecto inmediato en la eficacia del contrato de seguro, simplemente otorgaba al asegurador la facultad de dar por terminado el contrato de seguro mediante escrito dirigido al tomador que tenía efecto inmediato a partir de la fecha del envío. Lo anterior acompañado con una sanción pecuniaria para el tomador consistente en la liquidación de la prima devengada hasta el momento con base en las tarifas de seguros a corto plazo.

Esta disposición colocó pues a voluntad de las aseguradoras el efecto de terminación del contrato de seguro, lo cual significó un aumento inusitado de los saldos de cartera vencida en la contabilidad de las compañías de seguro, por la natural tendencia de las mismas a no hacer uso de esta facultad en espera de poder seguir devengando virtualmente la prima y cobrarla consecuentemente en un futuro, por incierto que el mismo fuera.

La urgencia de dinamizar y hacer más eficaz el control sobre la solvencia de las compañías de seguro, que determinó en la parte pertinente la expedición de la ley 45 de 1990 justificaba la revisión de los términos del artículo 1068 del Código de Comercio tal como estaban concebidos originalmente. El proyecto original, si bien consagraba la terminación automática del contrato por mora en el pago de la prima, dejaba en todo caso en beneficio de la parte asegurada un término de gracia de un mes contado a partir del momento de la exigibilidad de la misma, para que el tomador pudiera efectuar el pago sin que se afectara la cobertura, similar a lo ocurrido y ocurre actualmente en el campo de los seguros de vida. Este término de gracia fue suprimido en el curso de los debates que precedieron a la final aprobación de la ley.

La mora en el pago de la prima, que es entre nosotros una obligación a plazo en todos los casos, dado que existe una norma legal supletiva que lo señala, se produce por efecto del vencimiento de ese plazo, momento en el que coinciden exigibilidad y mora por efecto de lo dispuesto en el artículo 1608 del Código Civil, cuando, por otra parte, no existe exigencia legal de requerimiento alguno, judicial o extrajudicial para que la mora exista. Es notable que existe una cierta tendencia en las legislaciones extranjeras a condicionar la mora del asegurado en el pago de la prima a un requerimiento al menos privado por parte del asegurador, algo que ciertamente no existe entre nosotros.

2. Errores de principio de la nueva redacción. La exigencia de la consignación de la condición en la carátula; contradicción con el artículo 1162 del C. de Co.

La terminación automática del seguro de daños por mora en el pago de la prima no es una solución legal acogida en otras legislaciones, como se analizará más adelante, y ciertamente supone un sistema muy rígido que no conviene a los asegurados ni a los aseguradores. Adicionalmente, la adopción de la nueva redacción dejó de observar dos aspectos importantes. El primero de ellos consistió en abstenerse de señalar expresa y concretamente la sanción que para el asegurador pudiera provenir del hecho de que no se incluyera la condición de terminación automática del contrato por mora en el pago de la prima en caracteres destacados

en la carátula de la póliza como se ordenaba en el segundo inciso del artículo reformado. Este requerimiento, un tanto ingenuo, se adoptó en sustitución de la obligación que el proyecto contemplaba inicialmente para el asegurador, en el sentido de informar al tomador del seguro sobre el hecho mismo de la terminación del contrato también en este caso mediante comunicación escrita, pero, como en otros casos y como ya se dijo, la norma olvidó señalar la sanción o el efecto explícitos que esta omisión podía comportar, cuestión que, desde luego, le quita fuerza al requerimiento.

Además, no se previó, si bien era difícil prever, que, como en efecto ocurrió apenas unos años después, el contrato de seguro podría devenir en algún momento contrato consensual, con lo cual la exigencia de poner por escrito determinadas condiciones del contrato en cierto tipo de caracteres quedaba desprovista de fundamento.

Por otra parte, al reformar el texto del artículo consagrándolo expresamente como norma imperativa que, en consecuencia, no admite pacto en contrario plasmado en manifestación de voluntad contractual, la ley olvidó que una norma posterior del Código de Comercio, el artículo 1162, establece que lo dispuesto en el artículo 1068 del Código es una norma solo relativamente imperativa, puesto que podrían eventualmente pactarse mecanismos diferentes al señalado en la norma siempre y cuando fuesen más favorables para la parte asegurada.

Esta norma, siendo entendida como de carácter imperativo supone además el problema que ya alcanzaba a plantear EFRÉN OSSA en la última edición del segundo tomo de su obra, en el sentido de que se aplica también al contrato de reaseguro, constituyendo en consecuencia un riesgo igualmente grave para los aseguradores que por cualquier razón lleguen a incurrir involuntariamente en mora en sus compromisos con los reaseguradores, sin tener una clara posibilidad de restituir la vigencia del contrato de reaseguro con un pago así sea tardío de la prima correspondiente. Como se verá más adelante, la rigidez de la norma ni siquiera admite un efecto de suspensión temporal de la cobertura que sería deseable.

3. Soluciones posibles a esos dos errores de principio.

Los anteriores elementos, plantean indudablemente dudas y consecuentemente problemas jurídicos que deben ser resueltos eventualmente. Qué efecto puede tener el hecho de que un contrato de seguro exista sin que haya sido expedida la póliza o sin que ésta incorpore la condición de terminación automática por mora de la prima en caracteres destacados en la carátula de la póliza, si, como sabemos, el contrato puede existir y ser probado sin necesidad de que la póliza haya sido expedida. ¿Se tratará de seguros que son inmunes al no pago de la prima, y el asegurador tendrá en este caso como única alternativa la vía de su cobro coactivo?, ¿o que son merecedores de sanción diferente al de la terminación automática por mora?, en ese caso ¿cuál sanción?

Este problema resulta de muy difícil solución. Solo contamos con una herramienta de relativa utilidad que es el artículo 184 del EOSF, que puede decir mucho o puede no decir nada. En efecto esta norma expresa que el contenido de las pólizas de seguro deben ceñirse en su

contenido a las normas que regulan el contrato de seguro, al estatuto y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la disposición respectiva. Este puede ser simplemente un recordatorio de que cláusulas contrarias a normas imperativas de la ley son ineficaces, o una extensión generalizada de imperatividad a toda norma del estatuto y de regulación del contrato de seguro. Pero para nuestro caso concreto, sabiendo que el artículo 1068 del Código de Comercio es una norma imperativa, tendría que deducirse entonces que la aplicación de esta norma del EOSF, en aquellos casos en que se expida la póliza de seguro sin la anotación correspondiente en la carátula, cuando no se trata de la inclusión de una cláusula contraria a la ley sino de la omisión a un requisito formal de la póliza, se hace ineficaz, no la cláusula contractual sino el dispositivo legal que fija la terminación automática del contrato, y que, en consecuencia, prácticamente el asegurado deja de tener la obligación de pagar la prima, por cuanto la mora en el pago no produce ningún efecto, o a lo sumo el de quedar como única alternativa el cobro coactivo de la prima o la revocación unilateral del contrato.

El artículo 1162 del Código de Comercio, por su parte, plantea la duda de si prima el artículo 1068 del Código con su nuevo texto, que dispone la imperatividad absoluta del dispositivo legal de terminación automática del seguro de daños por mora en el pago de la prima, o si, por el contrario prima la imperatividad apenas relativa de la misma norma contenida en el artículo 1162. Es innegable que existe la posibilidad de sostener que la Ley 45 de 1990, no obstante ser posterior a la expedición del Código, al incluir la reforma a un artículo del Código mantiene el orden de prelación de sus normas y, consecuentemente, resulta de aplicación preferente, aun frente al texto reformado del artículo 1068 del Código, el posterior artículo 1162 del mismo, con lo cual regresa la posibilidad de pactar en contrario, aunque en forma más favorable al asegurado, el régimen de la mora en el pago de la prima en los seguros de daños y, en consecuencia, por esa vía podemos llegar nuevamente al punto de partida.

4. La severidad de la nueva formulación legal y la resistencia del sector asegurador a darle adecuada aplicación.

Aparte de lo anterior, es inevitable aludir a la excesiva rigidez del régimen que se quiso implantar en 1990, no obstante las razones que llevaron a ello, rigidez que se pone de presente si se considera nuevamente la singularidad de esta solución, observada con la perspectiva del derecho comparado. Si bien la terminación automática del contrato de seguro por mora en el pago de la prima es un principio connatural al seguro de vida, dentro del cual inclusive ha sido en Colombia generalmente exitosa la discutible tesis de que la vigencia técnica del contrato puede condicionarse al pago efectivo de la prima, haciéndose de esta manera un contrato real, no obstante que la ley lo define imperativamente como un contrato consensual. Pero en el campo de los seguros de daños también tradicionalmente se considera que, dentro del contexto de un contrato aleatorio como el de seguros, la mora en el pago de una prestación económicamente de menor valor relativo no puede conducir de suyo y en forma ineludible e inmediata a la eliminación de una prestación potencial y previsiblemente mayor, que además

tiene carácter indemnizatorio de un daño para quien ha sido tanto víctima del mismo como la parte usualmente más débil dentro del contrato.

Pero, por otro lado, para el asegurador tampoco es deseable un mecanismo que también lo priva en forma súbita e inmediata de la posibilidad de seguir devengando la prima esperada, dentro de circunstancias en que la mora del tomador puede deberse a olvidos, inadvertencias, imposibilidades físicas, meramente dificultades transitorias u otras circunstancias igualmente subsanables, cuando, por otra lado, está a su alcance en todo caso la posibilidad de cobro coactivo hacia el futuro. Lo anterior sin contar con las dificultades de tipo administrativo que la terminación automática implica y que han conducido en la práctica a errores evidentes en la asimilación de ese hecho, que se tradujeron durante mucho tiempo y seguramente se traducen todavía en que las compañías suelen considerar que solamente cuando se expide un anexo a la póliza denominado de “cancelación” se produce el efecto de cesación de los efectos del contrato hacia el futuro y deja de devengarse por su parte la prima correspondiente, recurriendo de esta manera a una práctica que resulta completamente contraria a la ley.

Vale recordar, no obstante, que el artículo 1616 del Código Civil permite al deudor alegar fuerza mayor o caso fortuito como causa de la mora, para evitar las consecuencias de la mora y que, aunque dicho artículo se refiere a que no se producirá el efecto de la causación de perjuicios, nada impide para afirmar que en el caso del artículo 1068 se puede evitar de esta manera la terminación del contrato, siendo en consecuencia esta la única alternativa posible y remota por cierto a la consolidación de este grave efecto de la mora del asegurado en el contrato de seguro.

5. La solución al problema de la mora en los seguros de daños en el derecho comparado. Los sistemas de Francia, España, Italia y Argentina.

Tal como se dijo, la Ley 45 de 1990 estableció una sanción por mora en el pago de la prima en los seguros de daños que no está consagrada en ninguna de las legislaciones que generalmente han servido de modelo a la ley colombiana en materia de seguros. Analizaremos someramente los casos de Francia, España, Italia y Argentina.

5.a) En Francia el artículo L.113-3 inciso 2.º del Código de Seguros dispone un régimen que se aplica tanto para los seguros de daños como para los seguros de personas con excepción del seguro de vida: “Ante la falta de pago total o parcial de la prima, dentro de los diez días siguientes a su vencimiento, sin perjuicio del derecho del asegurador de perseguir coactivamente el pago de la misma, la cobertura no podrá ser suspendida sino treinta (30) días después del requerimiento en mora (*mise en demeure*) del asegurado.”

A partir del momento en que empieza a operar esa suspensión el asegurador queda en libertad de dar por terminado el contrato (rescindir de acuerdo con la terminología utilizada en ese país) diez (10) días después del vencimiento del plazo anterior, mediante un aviso escrito que tiene efecto a partir de su fecha de envío.

El contrato que no haya sido terminado en esta forma por el asegurador reanuda su vigencia al mediodía del día siguiente al que se realice el pago.

El asegurador puede renunciar a su facultad de dar por terminado el contrato optando solo por cobrar eventualmente por medios directos o coactivos la prima, pero esa renuncia debe ser inequívoca. La voluntad de terminar el contrato podía ser expresada en la misma carta de requerimiento en mora y en ese caso el contrato terminaba apenas se vencía el plazo de suspensión, pero esta posibilidad fue eliminada por un Decreto de 1992.

Este requerimiento en mora debe responder a una forma determinada, tener un contenido y ser enviado mediante correo recomendado. Debe contener por lo menos tres menciones: que se trata de un requerimiento, el monto y la fecha de vencimiento. En caso de varios asegurados, debe incluirse una cláusula en el contrato que diga a quién se debe enviar la comunicación. No se necesita "aviso de recepción"; solamente cuenta la fecha de envío.

Es un régimen bastante amplio que permite que, a pesar de la mora, el contrato pueda seguir vigente durante mucho tiempo, e incluso indefinidamente si el asegurador no ejerce su facultad de dar por terminado el contrato.

Se deja al asegurado la carga de informar sobre sus cambios de dirección y de recibir la carta sin que haya necesidad de que quede constancia de su recepción. Algunos jueces piden la prueba que el asegurador haya agotado la búsqueda de la correcta dirección de su asegurado.

Los efectos del requerimiento en mora son, entre otros: la interrupción de la prescripción de la acción de cobro de la prima, la iniciación de la causación de intereses moratorios y la iniciación del cómputo de los treinta días a partir de los cuales se suspende la garantía.

5.b) En España el Código de Seguros de España regula este tema en el artículo 15 de la Ley 50 de 1.980: 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. Parece existir en España una tradición que viene de los textos del Código de Comercio, en el sentido de que el pago de la primera prima, de la prima única o de la primera cuota de ésta es un requisito para la iniciación de la vigencia técnica del seguro o, al menos, una condición suspensiva del nacimiento de la obligación del asegurador.

En caso de falta de pago de una de las primas siguientes, la cobertura quedará suspendida un mes luego 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 en suspenso, solo podrá exigir el pago de la prima del periodo en curso. Si el contrato no hubiere sido resuelto o extinguido conforme a los párrafos anteriores, la cobertura vuelve a tener efecto a las 24 horas del día en que el tomador pagó su prima.

También en este caso hay un efecto simplemente suspensivo temporal de la mora, que permite que el pago dentro de ese término haga reanudar la vigencia del contrato, combinado con un efecto de terminación por el solo vencimiento del plazo temporal de suspensión de seis meses.

5.c) Dice el artículo 1901 del Código Italiano: “Si el asegurado no paga la prima o no paga la primera cuota de la prima establecida por el contrato, él queda en suspenso hasta las 24 horas del día en que el contratante paga todo lo que debe.

Si a los vencimientos convenidos el contratante no paga las primas sucesivas, el seguro quedará en suspenso desde las 24 horas del día decimoquinto posterior a la fecha del vencimiento.

En las hipótesis previstas por los dos incisos anteriores el contrato se resuelve de derecho si el asegurador, dentro del término de seis meses a contar del día en que la prima o la cuota han vencido, no acciona para el cobro; el asegurador solamente tiene derecho al pago de la prima relativa al periodo de seguro en curso y al reembolso de los gastos. La presente norma no se aplica a los seguros sobre la vida.”

Para el caso de los seguros de vida rige un artículo diferente del Código, el artículo 1924, conforme al cual, sin perjuicio de los términos de suspensión a los que se refiere el artículo 1901 que se aplican a la primera prima o a las cuotas de ésta, el contrato se “resuelve” si el asegurado no paga las primas sucesivas siguientes dentro del plazo de tolerancia que le otorgue el contrato o dentro de los 20 días siguientes al vencimiento.

5.d) En Argentina la mora implica suspensión inmediata de la cobertura y la concesión de la facultad al asegurador de rescindir el contrato mediante una modalidad que se deja a la libre escogencia de los contratantes.

La Ley 17418 establece que si se incurre en mora en el pago de la prima por el primer periodo o la prima única, el asegurador no es responsable por el siniestro ocurrido posteriormente. La mora acarrea también en este caso una suspensión de la cobertura. La mora en el pago de las primas siguientes puede ser regulada en sus efectos por las cláusulas particulares, pero permite eventualmente la rescisión del contrato (art 32).

No habiéndose establecido plazo para el pago de la prima, el asegurador puede dar por terminado el contrato con un preaviso de un mes, lapso durante el cual el asegurado puede pagar la prima (art. 31, s 2.º); y la garantía del asegurador se suspende dos días después de notificada la denuncia (art. 31 s 3.º).

Jurisprudencialmente se ha sostenido que el pago de la prima posterior al rechazo de la reclamación no comporta desaparición de la suspensión de la cobertura; no obstante el recibo por el asegurador de la prima después de la ocurrencia del siniestro, no permite al asegurador alegar mora².

En el seguro de personas la mora en el pago de la prima tiene efectos especiales, a los cuales no se hará referencia aquí.

6. La jurisprudencia colombiana relacionada con esta materia.

La jurisprudencia colombiana solo ha tocado tangencialmente el tema de la mora en el pago de la prima.

² ISAAC HALPERIN. “Seguros”, 2.ª ed. actualizada por Juan Carlos Felix Morando, Buenos Aires, De Palma, 1983, pp. 411 y ss.

6.a) En sentencia de agosto 8 de 2007, ponente: CÉSAR JULIO VALENCIA, exp. 6230, se abordó el tema de la diferencia entre el efecto de la terminación automática del contrato de seguro por mora en el pago de la prima y la revocación unilateral del contrato, en un caso en que el Tribunal en segunda instancia había determinado que no operaba esa terminación automática por la omisión de la inserción de la cláusula correspondiente en caracteres destacados en la carátula de la póliza. En consecuencia, a juicio del Tribunal, al asegurador solo le quedaba la alternativa de revocar el contrato unilateralmente por la vía del artículo 1071 del C. de Co. La Corte aprovecha la oportunidad para rectificar al Tribunal e insiste en la diferencia entre las dos figuras, pero no tiene oportunidad de referirse a las consecuencias que a su juicio podría comportar la no inclusión de la condición en la póliza, porque encuentra probado que el asegurador sí había cumplido con esa obligación, si no en una póliza matriz o marco, sí en el certificado individual del seguro que había sido entregado al asegurado.

Dice la sentencia:

En compendio, aquélla emerge como una consecuencia adversa para el tomador o asegurado en el caso específico en que se haya incumplido con la obligación de cancelar tempestivamente la prima de la póliza o de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella, y determina inexorablemente que de manera automática –por ministerio de la ley– cesen hacia el futuro los efectos del negocio jurídico, sin que sea necesaria la intervención de la voluntad de las partes, ni la declaración judicial de tal fenómeno [...] Así las cosas, aflora palmario que se equivocó el Tribunal cuando estimó, ante la supuesta inoperancia de la terminación automática del contrato por mora en el pago de la prima –art. 1068 C. de Co.–, que la aseguradora debía acudir a la regla general que permite a las partes revocar unilateralmente el negocio jurídico, aplicando indebidamente el artículo 1071 *ibídem*, pues, conforme a su particular entendimiento, una de las causales que autorizaba esta última medida era justamente "... la falta de pago de la prima...", cuando está visto, como lo denuncia la censura, que no era dable hacer actuar la norma recién citada, como quiera que la revocación unilateral en modo alguno se encuentra asociada a la inobservancia de dicha obligación por parte del tomador, pues ésta genera –*ipso iure*– otro tipo de consecuencias, que no dependen de la intención o el querer de los contratantes, ni pueden ser conjuradas por ellos.

6.b) En auto del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, consejero ponente: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, de 10 de junio de 2004, rad. 23365, esta entidad reconoció la validez de una conciliación acordada entre un asegurador y una entidad estatal, sobre la base de que el asegurador había seguido pagando siniestros luego de la terminación automática del contrato por mora en el pago de la prima, reconociendo que había un derecho patrimonial que el asegurador estaba en capacidad de exigir, en este caso una causa onerosa que justificaba jurídicamente la conciliación sin que de ello se derivara un perjuicio para el Tesoro público. Aunque la fundamentación en este caso no es clara, esa causa onerosa solo podría deducirse del hecho de considerar que el contrato había continuado en su vigencia por haber existido una renuncia tácita del asegurador a la terminación automática del contrato y el asegurador era entonces acreedor de la prima, lo cual no hubiera sido razonable si se acepta que el artículo 1068 es una norma imperativa, o que, en todo caso, había existido por su parte un pago de lo no debido.

El problema hacia el futuro, que es válidamente planteado aquí, se refiere a cuál es el efecto de que, no obstante la mora en el pago de la prima en un seguro de daños, el contrato se siga desarrollando de hecho, sea porque el asegurador recibe tardíamente la prima, lo cual se estudiará más adelante, sea porque el asegurador resuelve seguir pagando los siniestros.

6.c) En sentencia de 2001 diciembre 14, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Ponente JARAMILLO JARAMILLO, CARLOS IGNACIO, exp. 6230, la entidad asume que si la nueva ley (45) entró a regir después de celebrado el contrato, así el siniestro haya ocurrido bajo su vigencia, no existe terminación automática. En este caso la Corte dio plena vigencia al artículo al primer inciso del artículo 38 del C. de P. C. que dice que en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes en el momento de su celebración, rechazando la aplicación del numeral 2. De la misma disposición que exceptúa de esa regla las leyes que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado, que se castigará según la ley vigente en el momento en que se hubiere cometido la infracción.

6.d) En sentencia de 2000 de noviembre 10, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, ponente: BECHARA SIMANCAS, NICOLÁS, exp. 5474, la entidad decide que si la prima se paga con un título valor que resulta impagado, incurre el asegurado en mora en el pago de la prima, por efecto de que el pago hecho con títulos valores se encuentra sujeto a la condición resolutoria de que no sea descargado a su vencimiento.

6.e) En sentencia de julio 24 de 1998 el Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, con ponencia de DELIO GÓMEZ LEYVA, exp. 8805, trató un caso que ilustra la dificultad con la que las compañías de seguros recibieron en su momento el nuevo dispositivo de la Ley 45, al confirmar las sanciones impuestas a una de ellas que pretendía justificar el hecho de continuar contabilizando las primas después de que se había producido la terminación automática de los contratos por mora en el pago de la prima, en que los intermediarios se habían demorado en reportar dicha mora.

7. Los efectos del recibo de pago de la prima con posterioridad a la terminación del contrato.

Otro de los problemas de interpretación y fuente de conflictos que trae la redacción actual del artículo 1068 del C. de Co. proviene de la circunstancia de que no se define el efecto que puede eventualmente tener el pago tardío de la prima en mora y su recibo por parte del asegurador, algo que resulta de común ocurrencia en la práctica. Se diría que el hecho de que la ley prevea un efecto inmediato de terminación no permite, en modo alguno, que el recibo tardío de la prima por el asegurador por muy voluntario y consciente que sea puede revivir el contrato de seguro, no obstante en Colombia la severidad con la que los jueces suelen juzgar la conducta de las compañías de seguros puede generar dudas al respecto, con el agravante de que en este caso, no existiendo la solución temporal de la suspensión de la cobertura, ese revivir del contrato puede entenderse con carácter retroactivo y, consecuentemente, extender sus efectos respecto de siniestros ocurridos con anterioridad al pago de la prima. Esto no debe extrañar. De hecho en la experiencia jurisprudencial extranjera, por ejemplo en Francia, se hace referencia a antecedentes que concluyeron en reconocer la posibilidad de deducir de la conducta del asegurador una renuncia no solo al efecto de suspensión de la cobertura sino al efecto de una resciliación ya comunicada al asegurado.³

Podría considerarse que el recibo de la prima por parte del asegurador en estas condiciones restablece la vigencia del contrato de seguro. Las tendencias que hemos visto en las

³ Code des Assurances. Comentado bajo la dirección de BERNARD BEIGNER et JEAN MICHEL DO CARMO SILVA, 1.ª ed., 2006, París, Editorial Litec, nota 26 al artículo L.113-3 del Código de Seguros.

legislaciones extranjeras analizadas, dejando aparte las variables jurisprudenciales ya mencionadas, es la de considerar que el contrato, suspendido por efecto de la mora en el pago de la prima, recupera su existencia, revive por efecto del pago posterior, siempre y cuando no haya operado la terminación (resciliación o resolución según la terminología utilizada), de conformidad con los mecanismos que se prevean en cada caso para este efecto. Pero la ley colombiana no prevé en ningún caso el efecto de suspensión de la vigencia del contrato; nuestro Código de Comercio, de hecho, no utiliza la expresión “suspensión” del contrato de seguro, salvo en el artículo 1048 numeral 2, al referirse ocasionalmente a los anexos que pueden expedirse en aplicación a la póliza de seguro para “... adicionar, modificar, suspender, renovar o revocar...” la misma, pero no regula ningún evento específico de suspensión de la cobertura que solo podría derivar de una cláusula contractual modificatoria de una norma supletiva de la ley, que previera una sanción más benigna para el asegurado por cualquier incumplimiento de obligaciones o cargas suyas, respecto a la señalada por dicha norma.⁴ Dado que a partir de la Ley 45 de 1990 el contrato termina automáticamente por el solo hecho de la mora, no creemos que el pago de la misma, recibido por la aseguradora mecánicamente a través de cualquiera de sus oficinas y por cualquier funcionario suyo o por el intermediario, pueda considerarse que purga la mora y, en consecuencia, hace desaparecer el efecto de la terminación del contrato.

En ese sentido, consideramos que el efecto del pago tardío de la mora solamente puede influir en la conjuración del efecto de terminación del contrato, por la vía de que se haya estructurado una modificación expresa o tácita de la norma legal o contractual que, según el caso, determine el plazo para el pago de la prima, dentro del marco de la consensualidad del contrato de seguro. Pero el simple recibo de una prima con posterioridad a su vencimiento, dentro del esquema creado por el artículo 1068 no permitiría deducir, por sí solo, esa modificación contractual. Si bien aceptamos que la modificación no necesariamente debe ser expresa sino que puede ocurrir tácitamente, la modificación tácita debe poderse deducir de hechos inequívocos que revelen la existencia de una voluntad consciente de ambas partes en el sentido de la modificación pretendida. No otra cosa puede deducirse del hecho de que nuestro Código de Comercio en su artículo 824 consagra el principio de la libertad de formas en materia comercial, conforme al cual los comerciantes pueden expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito, o por cualquier modo, siempre y cuando éste sea inequívoco. El pago tardío de la prima, recibido en una oficina cualquiera del asegurador o por un intermediario suyo, no tendría la virtualidad de acreditar de modo inequívoco esa voluntad de modificar un plazo establecido en el contrato, pero sí la tendría el recibo habitual de la prima en mora.

Una solución similar cabría en el caso de que pudiera pensarse que otra forma de abordar este tema es con la perspectiva de una renuncia eventual tácita del asegurador a un derecho que le compete por estar establecido el artículo 1068 del Código de Comercio en su exclusivo beneficio⁵, toda vez que esa renuncia no podría presumirse y debería también surgir de la revelación de una intención inequívoca, nuevamente en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 824 del C. de Co. La renuncia a un derecho no puede presumirse, debe derivar de una manifestación expresa o de la manifestación de una intención inequívoca. En ese sentido se pronuncian generalmente la doctrina y la jurisprudencia francesa y argentina, por ejemplo.

⁴ En ese sentido: EFRÉN OSS GÓMEZ: *Teoría general del Seguro*, t. II, 2.^a ed. actualizada, Bogotá, Temis, 1991, pp. 504 y 505.

⁵ No obstante, esta es una alternativa que debe mirarse con prevención, toda vez que una renuncia del asegurador en este caso, expresa o tácita, podría entenderse como un imposible frente al carácter imperativo de la ley. No obstante, es un hecho que el dispositivo legal implica un beneficio exclusivo y fundamental para el asegurador en el momento en que existe un siniestro de por medio.

En este sentido nos identificamos plenamente con el profesor RUBÉN STIGLITZ, quien analiza el asunto desde esta perspectiva, con afirmaciones que si bien se refieren al tema de la suspensión de la cobertura, se hacen extensivas por el mismo a cualquier forma de caducidad del contrato, entendida como sanción por el incumplimiento de una cualquiera de las “cargas” que se imponen a la parte asegurada en el contrato de seguro. Estas consideraciones son valiosas para nuestro análisis con la perspectiva de la legislación colombiana actual y frente a la figura de la “terminación automática”.

STIGLITZ señala a este respecto:

Lo expuesto precedentemente significa que la recepción por el asegurador del pago moroso del premio o saldo adeudado, efectuado por el tomador con posterioridad al siniestro, no importa renuncia a la suspensión de cobertura que ya venía operando desde el incumplimiento.

En ese sentido indicado se ha sostenido que la recepción de la denuncia y de los pagos efectuados después del vencimiento no tienen otro alcance para la aseguradora que la rehabilitación de la póliza, pero no purga con retroactividad los efectos de la suspensión de cobertura. Surte efectos hacia el futuro.

La recepción de los pagos efectuados después del vencimiento no requieren del asegurador una exteriorización inequívoca de voluntad, en el sentido que no responderá de los siniestros ocurridos durante la suspensión de cobertura. Y ello en razón de que se trata de un efecto automático derivado de la falta de pago. Por el contrario, es la decisión de cubrir el siniestro verificado durante el periodo de suspensión la que debe ser declarada expresa o tácitamente.

Dentro del mismo tópico, cabe a esta altura, enunciativamente, el análisis de otras hipótesis que no se deben interpretar como renuncia del asegurador a la suspensión de cobertura.

Entre ellas, la mera recepción por el asegurador, aun sin reserva alguna, de la denuncia del siniestro, no le impide luego alegar la suspensión.

Razones de orden práctico justifican la conclusión, pues las cobranzas y la recepción de denuncias operan en diferentes cuadros de la administración de la empresa.

No constituye renuncia a invocar la suspensión de la cobertura el juicio promovido por el asegurador en el que persigue el cobro de los pagarés librados por el asegurado.

Tampoco empecé a alegar la suspensión, el hecho de que el asegurador haya abdicado, en alguna oportunidad, respecto de otros derechos emergentes de la cláusula de cobranza del premio, ya que esa renuncia no puede ser extendida a otros supuestos.

En casos como estos se llega a tal conclusión, porque si bien el asegurador puede renunciar a los efectos de la suspensión de cobertura, ya que es una consecuencia prevista en su exclusivo beneficio, e inclusive lo puede hacer tácitamente (art. 873, Cód. Civ.); sin embargo, la intención de renunciar no se presume y es de interpretación restrictiva (art. 874, Cód. Civ.). Tampoco lo constituye la comunicación del asegurador a la entidad reaseguradora.

Por el contrario, otras hipótesis revelan una conducta concluyente que vincula al asegurador, impidiéndole alegar la suspensión de cobertura. Genéricamente, la ejecución de actos que impliquen, aunque sea parcialmente, el cumplimiento de sus obligaciones.

Específicamente, se tiene decidido que implica renuncia tácita la mera comprobación o inspección de los daños para determinar las características del siniestro, y en general toda intervención del

asegurador en el proceso de liquidación de la indemnización, en relación con el siniestro ocurrido durante la vigencia de la suspensión de cobertura.

En tal sentido nos hemos pronunciado al analizar la renuncia tácita a invocar la caducidad donde ya destacamos que las mismas reglas son operativas en materia de suspensión de cobertura. Allí ponemos de relieve también, como algunos pronunciamientos jurisprudenciales han hecho mención a la figura de la renuncia tácita a la caducidad, en supuestos que en realidad son atinentes a la suspensión de cobertura.

Se ha considerado que existe renuncia a invocar la suspensión de cobertura, en el caso de haber notificado al asegurado, luego de declinada la atención del siniestro, que se “dará curso” al mismo, aun cuando ulteriormente se resolviera lo contrario. También cuando quedó acreditado que el asegurador efectuó en sus libros de comercio la imputación del pago de la póliza.

Al cabo, de la renuncia tácita a invocar la suspensión de cobertura resulta de la ejecución de cualquier tipo de actos que hayan implicado, aunque sea parcialmente, diligencias destinadas al cumplimiento de obligaciones del asegurador.

Asimismo de la aceptación de un pago parcial del premio, con anterioridad a la verificación del siniestro.

En Francia, en la obra del profesor JEAN BIGOT se expresa en un sentido similar.⁶

El pago tardío de la prima no es suficiente para hacer que el contrato recobre su vigencia. La misma solución se aplica cuando el asegurador obtiene el pago por medios coactivos después de haber resciliado el contrato de seguro. El asegurador que obtiene el pago de la prima que se le debía no se comporta como el asegurador que ha aceptado celebrar un contrato de seguro con un tomador al que se le exige pagar la prima para que el contrato adquiera efectos. No hay que confundir el pago de una deuda anterior con el de una obligación futura. El asegurador puede cobrar su crédito mientras no se extinga la deuda por prescripción.

La renuncia del asegurador a hacer uso de la resciliación del contrato debe ser demostrada por el asegurado que no podrá fundarse para el efecto sino en actos positivos...

En ese orden de ideas, no es descartable, a nuestro modo de ver y frente a un régimen tan injustificablemente rígido como el colombiano que prevé una terminación de carácter automático, no dependiente de la voluntad expresa del asegurador, como sí ocurre, según se ha visto en otros países, que de las conductas del asegurador se pueda deducir una renuncia tácita al beneficio que para él representa la terminación automática del contrato. Esas conductas podrían consistir en el pago reiterado de siniestros (la ejecución voluntaria de las obligaciones del contrato, como sucede en el caso de la nulidad, conforme a lo dispuesto por el artículo 1754 del C. C. cuando se refiere a la ratificación tácita del contrato en presencia de una causal de nulidad relativa del mismo), la celebración de acuerdos modificatorios de los términos del contrato, etc. Pero nunca en todo caso del pago tardío y aislado de la prima en mora con posterioridad a la ocurrencia del siniestro o de un siniestro, como sucede muchas veces.

8. Las excepciones al régimen del artículo 1068 del C. de Co. Ramos a los que no se aplica.

⁶ JEAN BIGOT. *Traité de Droit Des Assurances*, t. III, *Le Contrat D'Assurance*, Paris, Editorial LGDJ, 2002, pp. 663 y 664.

Como es sabido, la terminación automática del seguro de daños por mora en el pago de la prima, no se aplica por expresa disposición legal a los seguros de cumplimiento de contratos estatales, desde la expedición de la Ley 80 de 1993 y actualmente por expresa disposición reiterada hoy por la Ley 1150 de 2007.

En cuanto al seguro de cumplimiento entre particulares, una muy reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 18 de diciembre de 2.009, con ponencia de PEDRO ANTONIO MUNAR CADENA, exp. 00389, con argumentos que son discutibles, extendió el mismo principio, manifestando al respecto lo siguiente:

Pues bien, la corrección que la Sala se ve precisada a hacer, a uno y otro, consiste en que, dada la función económico social que al seguro de cumplimiento corresponde, concretamente la de servir de garantía de cumplimiento de obligaciones ajenas, no es posible admitir que obre frente a esa especie asegurativa la regla del tantas veces señalado artículo, que le permite al asegurador extinguirlo unilateralmente.

Al respecto no puede olvidarse que el asegurador se compromete a indemnizar los perjuicios causados a una persona, por razón del incumplimiento de las obligaciones derivadas de la ley o de un contrato, como contraprestación a la prima percibida; de suerte que tiene por objeto “servir de garantía a los acreedores” de las aludidas obligaciones y, por tanto, al ocurrir el riesgo, esto es, el incumplimiento previsto, el asegurador tendrá a su cargo la indemnización de los perjuicios que de ese hecho ilícito se desprendan, hasta concurrencia de la suma asegurada.

Es incontestable, entonces, que “concertar un acuerdo alrededor de un contrato de seguro de cumplimiento, respecto a cualquier clase de obligación o regla de conducta, implica nada más ni nada menos que activar una garantía, es lograr que una entidad que ejerce profesionalmente la actividad aseguradora, caucione, aunque por cuenta propia, el proceder del afianzado y ante la eventualidad de que este no cumpla la obligación adquirida, aquella concorra a proveer sobre los efectos nocivos del incumplimiento, ora del proceder díscolo del deudor”; por consiguiente, “la obligación del asegurador es el mecanismo del que se vale el acreedor para obtener la seguridad (garantía o caución) de quien concurrió a respaldar al deudor de que su patrimonio sobrevendrá indemne” (sentencia de 15 de agosto de 2008, exp. 1994 03216 01).

Desde esa perspectiva, la terminación automática del seguro de cumplimiento por mora en el pago de la prima aparejaría que la aseguradora, en su calidad de garante, se desligara de su obligación por una situación atribuible al afianzado, dejando sin protección al acreedor, quien estaría permanentemente expuesto a la aniquilación de la convención, sin ni siquiera tener noticia de ello, desde luego que esa peculiar forma de extinción no exige ser declarada, pues opera *ipso iure*.

Sería en verdad, no sólo contrario a la naturaleza de esa garantía, sino también inequitativo, que quien quiso cautelar un perjuicio derivado del eventual incumplimiento de las obligaciones de las que es acreedor tenga que soportar en este otro plano las consecuencias del comportamiento de su deudor. Por consiguiente, si el asegurador expidió la póliza y/o sus anexos sin que hubiese sido cancelado el valor de la prima, el camino que tiene delante de sí no es otro que el de perseguir su recaudo, pero en modo alguno podrá echar mano del aludido mecanismo para librarse de su compromiso.

Mírese cómo de esa manera lo entendió el legislador cuando reguló en materia administrativa lo atinente al seguro de cumplimiento, toda vez que dispuso que “la garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato y la prolongación de sus efectos y, tratándose de pólizas, no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria uniltateral”, salvaguardando así el interés público, como también debe serlo el de los particulares, protegiéndolos con una póliza vigente cuando se presenten incumplimientos imputables al afianzado.

No puede decirse que no existe norma alguna que prohíba la terminación automática de los seguros de cumplimiento, pues en el punto debe tenerse en cuenta que el estudio de esa clase de pacto debe efectuarse “[...] en lo pertinente y en lo que sea compatible atendiendo su tipología, bajo la óptica o espectro de las normas que gobiernan el seguro, ya en lo particular como en lo

general; como por ejemplo, las condiciones de la póliza, vigencia de la obligación de la aseguradora, coberturas, etc. En otras palabras, dicha modalidad aseguraticia, se nutre, por expresa disposición de la misma ley que la adoptó, de las disposiciones concernientes a los contratos de seguros (art. 7 ib.), situación no extraña y, contrariamente, dada su naturaleza, de suyo inevitable, en razón a que hace parte del ramo de los amparos de daños, por ende, caracterizado como un mecanismo eminentemente indemnizatorio, deviene gobernado, en lo pertinente, por las reglas que gobiernan los contratos de esa especie [...] Empero, así mismo, teniendo en cuenta las características especiales de esta clase de contrato y su función económico-social, por conocido se tiene que algunos aspectos de él no resultan compatibles con los restantes moldes aseguraticios; por ejemplo, en asuntos como el riesgo involucrado en él, su agravación (art. 1060 C. de Co.), la revocatoria (art. 1159), el valor real del interés (art. 1089), la terminación unilateral (art. 1071), *la terminación por mora en el pago de la prima* (art. 1068), entre otras, circunstancias que imponen algunas restricciones que aparejan un tratamiento disímil frente a la generalidad de los seguros, percepción tan cierta que para esa categoría de seguro se expidió, especialmente, una ley que, aunque de manera exigua, lo regenta (225 de 1938) (Sentencia de 15 de agosto de 2008, exp. 1994 03216 01).

Desde luego que el argumento de la Corte es discutible, ante la contundencia sin excepciones del texto del artículo 1068 del C. de Co., puesto que es más un argumento de mera conveniencia que estrictamente jurídico y solo sería virtualmente válido en los casos en que el afianzado actúa o se hace figurar como tomador del contrato, pero no aplicaría en los casos en que, como debería ser, fuera el mismo asegurado tomador de la póliza. La posición de la Corte se resiente de la inveterada costumbre que tenemos de olvidar que el verdadero interés asegurable en la póliza de seguro de cumplimiento es del asegurado y si se hace figurar a persona distinta como tomador de la póliza, es este a lo sumo un tomador por cuenta del asegurado, quien en ningún caso puede considerarse ajeno o indiferente al contrato y bien puede en la mayoría de las ocasiones fungir directamente como tomador del contrato. Por otra parte, en cuanto hace a la función social del mismo y a la invocación de la sentencia del 15 de agosto del 2008, la cita de esta nueva providencia está fuera de contexto, porque se trató de unas observaciones generales a un caso en el que no se debatía el punto de la mora en el pago de la prima y la alusión que se hacía a este respecto entonces estaba seguramente dirigida al ámbito de los seguros de cumplimiento de contratos estatales.

Una cosa es considerar que el seguro de cumplimiento es irrevocable por parte del asegurador, dada su condición de contrato de garantía, o porque la ley lo ordena expresamente como sucede en el caso del seguro de cumplimiento de contratos estatales, y otra cosa es extender el principio de irrevocabilidad para aplicarlo también a los casos en que procede de la parte asegurada, bajo la consideración de que el tomador puede ser diferente del asegurado, ya que para ello existe la solución planteada por el artículo 1506 del Código Civil que regula los efectos de la estipulación a favor de otro, según la cual, mientras no haya mediado la aceptación del beneficiario de la misma, la estipulación sigue siendo revocable por la sola voluntad del estipulante.

En el fondo subsiste aún la idea de confundir el seguro de cumplimiento con la fianza, por ello el único antecedente judicial que puede mencionarse al lado del anterior es el de un laudo arbitral de 22 de mayo de 1981 (Seguros Colina S. A. y Aseguradora Grancolombiana S. A. contra Ingenieros Civiles Asociados S. A. y Grancolombiana de Ingenieria y Construcción Ltda.) en el cual, aun sin estar vigente el nuevo texto del artículo 1068 del C. de Co, se decidió también, expresamente bajo esta consideración, que el seguro de cumplimiento se identifica con la fianza, que la mora en el pago de la prima no afecta en este caso el contrato de seguro.

9. Propuestas de modificación

La Ley 45 de 1990, en la parte que se analiza, tal como se ha visto, no trae una solución conveniente al tema de la mora en el pago de la prima en los seguros de daños, esta debe armonizar dos intereses igualmente importantes, a saber: el interés de las compañías de seguro en que exista un adecuado estímulo al pago oportuno de las primas que no requieran la eliminación inmediata y súbita de su derecho a devengar la prima, y el interés de los asegurados en no verse privados de la cobertura ante la falta de pago de una prestación económica de menor importancia relativa frente a la prestación del asegurador, por razones que pueden ser completamente ajenas a su real intención.

La legislación comparada nos sugiere los siguientes elementos que deben incidir en la implementación de un mecanismo legal más equitativo:

- a) La distinción entre la primera prima o cuota de ella y las cuotas o primas sucesivas, para establecer un régimen más estricto para la mora de las primeras frente a las segundas.
- b) Que la mora no suponga de hecho en forma inmediata y automática la terminación del contrato, que no conviene a ninguna de las partes, sino un mero efecto de suspensión de la cobertura, sea éste inmediato o efectivo a partir de cierto tiempo o desde la exigibilidad de la prima. El efecto de suspensión, con o sin el derecho del asegurador de devengar la prima en el periodo de suspensión, permite la rehabilitación o reanudación del contrato a partir de la fecha de recibo de la prima, no con carácter retroactivo. Si fuese con carácter retroactivo, se auspiciaría el comportamiento de mala fe del asegurado de solo pagar voluntariamente la prima en caso de siniestro.
- c) En este contexto, si dejar a la voluntad del asegurador la posibilidad de dar por terminado el contrato por mora en el pago de la prima, mediante el envío de una comunicación escrita en ese sentido a la última dirección registrada del tomador del seguro, a partir de la expiración del tiempo que haya durado la suspensión sin que se haya obtenido el pago de la prima, de tal manera que se pueda dar la posibilidad de un cobro persuasivo de la misma. El ejercicio de esta facultad impediría la posibilidad de revivir el contrato con el pago tardío de la prima, el cual solo podría tener efectos hacia el futuro y nunca retroactivamente, para cubrir siniestros ocurridos antes de ese pago.

A estos efectos la amenaza de suspensión de la cobertura es tan eficaz como la amenaza de la terminación del contrato para quien debe pagar la prima, pero introduce una flexibilidad suficiente que permite la reanudación sin traumatismos de la cobertura y con ella el restablecimiento de la relación asegurativa.

A lo anterior debería agregarse la regulación expresa del efecto del pago tardío de la prima durante el periodo de suspensión o con posterioridad a la terminación del contrato, estableciendo que en el primer caso ese pago solo puede tener el efecto de revivir el contrato hacia futuro y, en el segundo caso, no puede tener ese efecto a menos que pueda deducirse de otros comportamientos inequívocos, la intención del asegurador de renunciar al efecto de terminación del contrato, como pueden ser algunos de los que han sido estudiados y analizados por la doctrina extranjera, a saber: el pago de siniestros, la designación de ajustadores, la reclamación de reaseguros, la liquidación de la pérdida o la ausencia de objeción con base en el efecto de terminación.