

PONENCIA 40°. ANIVERSARIO DEL CODIGO DE COMERCIO:

**Pasado, presente y futuro de la regulación del contrato de seguro en el Código de
Comercio Colombiano de 1.971. ♦**

Andrés E. Ordóñez Ordóñez¹

Carlos Ignacio Jaramillo²

Carlos Darío Barrera³

♦ Este artículo fue presentado a la revista el día 9 de abril de 2012 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 14 de junio de 2012, 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. Colombia. aeooa@colomsat.net.co.

² Abogado de la Universidad Javeriana (1984). Magister en Derecho y Economía de Seguros y Reaseguros (Universidad Católica de Lovaina, Bélgica, 1988- 1989). Decano y profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Conjuez de la Corte Suprema de Justicia. Árbitro del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Presidente Mundial de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA, 2002 - 2010). Presidente Honorario de ACOLDESE. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Miembro Electo de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Autor de varios libros y ensayos en temas relacionados con el Derecho Privado. Profesor de varias universidades nacionales y extranjeras. Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Sala civil (1999-2007). Ex-Perito Internacional en el conflicto jurídico suscitado con ocasión de la intervención armada de los Estados Unidos en Panamá. Ex-Director General de Seguros y Capitalización (Superintendencia Financiera). Ex-Superintendente Bancario Delegado -en funciones- para Seguros y Capitalización. Colombia. info@spjlaw.com

Resumen

En el presente artículo los autores realizan un análisis del pasado, presente y futuro del derecho de seguros, teniendo como punto de partida la expedición del Código de Comercio de 1971 y su conjunto de disposiciones que regula dicho contrato.

Palabras clave: Derecho de Seguros

Abstract

In this paper the authors presents an analysis of the past, present and future of insurance contract law, starting with the enacting of the Commercial Code of 1971, and the rules that were established in this code, among the other laws that govern the contract.

Keywords: Insurance law

³ Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, en donde se desempeñó también como director del Departamento de Derecho Privado de su Facultad de Derecho. Especialista en Derecho Privado, ha sido profesor de esa misma facultad en las cátedras de Derecho Romano y de Obligaciones por más de 30 y 10 años, respectivamente y profesor de diversas materias en los cursos de posgrado. Profesor titular de la cátedra de Derecho Romano en la Facultad de Derecho de la Universidad de la Sabana, profesor de Obligaciones en la facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, y de Sociedades en la facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Miembro de la comisión de Reforma al Código de Comercio y delegado de Colombia ante la comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil (CNUDMI). Colombia. cdbarrera@esguerrabarrera.com

Sumario

1. La regulación del contrato de seguro en el Código de Comercio colombiano de 1.971.....	414
2. Los desarrollos legislativos y jurisprudenciales mas destacados que ha tenido esta regulación en sus cuarenta años de vigencia.....	423
3. El futuro previsible.....	438

He tenido el honor de conformar con los doctores Carlos Ignacio Jaramillo y Carlos Darío Barrera el grupo que, dentro de la Mesa designada para abordar los grandes temas de la contratación en el Código de Comercio, se ha ocupado de registrar la significación del estatuto en cuanto a la regulación del contrato de seguro. Hemos escogido para este trabajo una perspectiva similar por lo menos en parte, a la que ya hace algunos años se reflejaba en un artículo del doctor Jaramillo sobre los lineamientos generales del contrato de seguro en la legislación colombiana⁴, dividiéndolo en tres secciones fundamentales: en primer lugar la que corresponde a la justificada exaltación que merecen las labores de la subcomisión redactora a la que correspondió redactar las normas regulatorias del contrato, presidida por el Dr. Efrén Ossa Gómez quien aportó para el efecto el muy importante antecedente de su experiencia como redactor del proyecto de reforma del Código de Comercio de 1.958, **que, no obstante no haberse convertido en ley de la República, constituyó no solo en esta materia sino en muchas otras que forman parte hoy del Código vigente, un antecedente que influyó grandemente en nuestra actual normatividad**, subcomisión de la cual formaron parte, además, los más prestigiosos juristas de la época especializados en la materia: los doctores Hernando Tapias Rocha, Juan Fernando Cobo Cayón, Alvaro Pérez Vives, Emilio Robledo Uribe, William Salazar y Alvaro Quiñones; en segundo lugar la atinente a los desarrollos legislativos y jurisprudenciales más importantes que las normas del Código han tenido en estos cuarenta años, y finalmente, en tercer lugar, las perspectivas de la normatividad actual que son una proyección previsible de esta semilla sembrada en 1.971 que puso a Colombia en la ruta de los desarrollos modernos del contrato de seguro.

1. La regulación del contrato de seguro en el Código de Comercio colombiano de 1.971.

⁴ Carlos Ignacio Jaramillo: “Lineamientos Generales del Contrato de Seguro en la Legislación Colombiana”. Publicado en: Derecho de Seguros. Tomo II. Editorial Temis. Bogotá, 2011. Pags 3 y ss.

Era previsible que después de casi 100 años de vigencia del Código de Comercio Terrestre que rigió en Colombia desde 1.887, particularmente en lo que se refiere al contrato de seguro, una reforma de ese Código implicara como implicó realmente una nueva era, que debía estar presidida por una regulación que no solo no pecara del formalismo, del individualismo, del casuismo de la anterior, de su inadaptabilidad a las nuevas realidades de las relaciones jurídicas de derecho privado, y de su ignorancia absoluta de elementales normas de protección del asegurado que ya venían teniendo amplia tradición en legislaciones extranjeras⁵, sino que permitiera el desarrollo, en todos los ámbitos de la actividad particular, de este negocio jurídico que para entonces se encontraba limitado por un concepto muy restringido de riesgo asegurable, a solo unas pocas modalidades.

La subcomisión, adelantó una basta labor con la que se quiso adaptar la legislación a los más modernos estándares del derecho comparado, conjugando lo mejor de las experiencias foráneas sobre la materia, de lo cual resultó una normatividad referida exclusivamente a los seguros terrestres, ya que para los seguros marítimos regulados en el libro V del Código, correspondiente a la navegación aérea y marítima, se prefirió adoptar lo que es todavía un trasunto de la ley inglesa de 1.906 sobre el seguro marítimo, que conserva todavía en gran medida su vigencia.

Basta hacer un recuento no exhaustivo de los principales temas abordados por la nueva normatividad, en su mayoría contrastantes con la anterior, para constatar la importancia del trabajo adelantado por la subcomisión:

1.1. El concepto de riesgo

La evolución del contrato de seguro se confunde un poco con la evolución misma del concepto de riesgo y esto resulta particularmente demostrable en el caso colombiano, cuando de un concepto particularmente restringido de riesgo asegurable que consagraba el mencionado Código decimonónico, que no consideraba tal sino la “...eventualidad de todo

⁵ Estas son solo algunas de las calificaciones señaladas en el estudio del Dr. Jaramillo.

caso fortuito...”, pasamos a un concepto significativamente más amplio que incluye como susceptibles de ser asegurados toda clase de hechos con la sola limitación de tres condiciones: la incertidumbre, la futuridad respecto del momento de la celebración del contrato y su no dependencia de la voluntad exclusiva del tomador, del asegurado o del beneficiario.

La circunstancia anterior, explicaba el porqué, bajo la vigencia del Código anterior, su artículo 686 solo contemplaba como seguros ordinariamente contratados y regulaba específicamente los de vida, los de incendio, los de transporte y los seguros de cosecha.

Es sin duda ésta extensión considerable y necesaria del concepto de riesgo asegurable, lo que ha permitido finalmente, desde la iniciación de la vigencia del nuevo Código, el desarrollo extendido y amplio que ha tenido desde entonces el contrato de seguro que ha invadido todas las áreas de la actividad particular, sea ella de carácter mercantil o no, entre nosotros. Antes de ello, puede decirse que la orbita de actuación de este contrato se encontraba singularmente restringida con relación a lo que ocurría ya para entonces en otros países.

1.2. Señalamiento expreso y regulación sistemática de los elementos esenciales del contrato

Característica importante de la regulación concebida para el Código, fue el señalamiento expreso de los elementos esenciales del contrato de seguro y su regulación ordenada y sistemática como eje conductor de la misma. Además de la claridad que ello implica para múltiples efectos relativos a la interpretación del contrato, este esfuerzo estuvo adicionado con la particularidad de incluir el interés asegurable como esencial también para el seguro de personas, lo cual no es común a muchas legislaciones que inspiraron a nuestro comisionados y que obliga a dar a este elemento un contenido y una función bien diferentes a los que usualmente tiene en los seguros de daños.

Destacable a este respecto resulta también la sustitución del carácter instantáneo de la adquisición de la prima por parte del asegurador a partir del momento de asunción del

riesgo, que era característica de la anterior legislación, por el diseño actual de la causación de la prima proporcionalmente al tiempo corrido del riesgo, que es hoy la regla general que hace del contrato un claro compromiso de tracto sucesivo por regla general y justifica en gran medida la vigilancia y el control que el Estado ejerce actualmente sobre esta actividad.

1.3. La moderna regulación de la reticencia e inexactitud en la declaración del estado del riesgo.

El artículo 1.058 del Código de Comercio, modificó sustancialmente lo que venía siendo la regulación de la carga de declaración veraz y certera de las circunstancias que rodean el estado del riesgo a cargo del tomador del seguro, estableciendo un sistema moderno para la época que durante mucho tiempo y hoy todavía contempla con razonable equilibrio esta delicada etapa necesaria y previa a la celebración del contrato, dentro de la cual se desarrollan deberes de información recíprocos para las partes. Resulta ser esta regulación una síntesis afortunada de las más modernas tendencias entonces vigentes relativas a la materia, en la cual se advierte ya una preocupación razonable por exigir de los aseguradores una adecuada orientación a su clientela sobre la manera de cumplir con su carga de señalar las circunstancias que pueden incidir en la intensidad del riesgo, tema que constituye hoy, sin duda alguna, una de las preocupaciones más actuales de la doctrina, la jurisprudencia y la legislación en todos los ámbitos.

Antes, la visión normativa de la etapa precontractual del seguro era particularmente superficial, que no hacía ninguna consideración especial en torno a la buena fé del tomador ni lo protegía razonablemente, limitándose a sancionar con la rescisión todo contrato en el que mediarán declaraciones falsas o erróneas susceptibles de alterar la declaración de voluntad del asegurador, sin que, por su parte, la conducta de éste en el momento de recibir esa declaración, o la falta de orientación de su parte, marcara diferencia alguna⁶.

1.4. La introducción y regulación del concepto de garantía.

⁶ Artículos 680 y 681 del Código de Comercio Terrestre.

Una novedad inesperada y singular frente a las legislaciones que, como la nuestra, tienen su fuente en el derecho continental europeo, lo constituyó la adopción de la idea de “garantía” para efectos del contrato de seguro, figura que como hizo bien en recordarlo la Corte Suprema de Justicia en sentencia relativamente reciente, fue una translación del derecho anglosajón bastante extraña a las tradiciones del derecho codificado, pero que se integra de manera muy armónica a la disciplina general del contrato, dada su particular naturaleza y dinámica y, particularmente a elasticidad misma que es característica del concepto de riesgo. El entendimiento de la garantía como afirmación de hecho o como deber de conducta a cuya realidad y efectividad se compromete el asegurado y que se ofrece al asegurador como motivo determinante de su manifestación de voluntad, así como la influencia indiscutible que su cumplimiento tiene en la eficacia misma de la convención, constituye sin duda un destacado elemento moderador de la relación asegurativa, que por lo demás ha dado lugar a las que podríamos considerar algunas de las doctrinas más novedosas e interesantes de nuestra jurisprudencia civil no solo en materia de seguros sino en otras materias del derecho contractual.

1.5. La consagración del seguro por valor a nuevo y el aseguramiento del lucro cesante.

La modalidad de aseguramiento por valor a nuevo o, utilizando la terminología del Código, el valor de reposición o reemplazo, no existía desde luego en la legislación anterior y constituye una conquista del contrato de seguro sobre un área del riesgo que antes le era inaccesible, en la medida en que es sabido que por mucho tiempo se consideró que una cobertura de este género significaría una contradicción con el carácter indemnizatorio que se atribuye tradicionalmente al seguro de daños y, eventualmente según muchos, también al seguro de personas.

A pesar de una primera etapa de perplejidad, un resonante laudo arbitral que se produjo en la primera década de vigencia del Código reveló la presencia en la regulación del Código de este dispositivo, que apenas comenzaba a desarrollarse en los mercados aseguradores del

mundo y que es hoy una realidad de extensísima y frecuente utilización entre nosotros, aún en los riesgos de masa más difundidos.

Desde otro punto de vista, la introducción en el Código de esta novedosa figura comporta, vista desde otro ángulo, otra extensión muy interesante del concepto de riesgo a un hecho que resulta ser, como el de la muerte en los seguros de vida, un hecho cierto: el demérito por uso de las cosas, aspecto que en gran parte explica su final adopción por las legislaciones y la industria del seguro, al eliminar los escrúpulos que existían todavía por aquello que señalábamos antes, la aparente contradicción que esta forma de aseguramiento representaba respecto del carácter indemnizatorio del seguro de daños.

En cuanto al aseguramiento del lucro cesante, que el Código anterior prohibía expresamente⁷, fue admitido, superada también ya, en el ámbito del mercado, la idea de que contradecía el principio indemnizatorio del seguro de daños, aunque incluido dentro del inventario especial de riesgos que solo son asegurables mediante convención expresa, dada su especialidad y potencialidad de daño, dando de esta manera impulso a este ramo que desde entonces las Compañías nacionales explotan como es usual como un ramo autónomo, dentro de un marco de gran sofisticación técnica.

1.6. La introducción de la figura del tomador o suscriptor del seguro y del seguro por cuenta.

Tomada de la ley francesa de 1.930, la figura del “prenneur” o tomador o “suscripteur” del seguro, se constituye en otra novedad importante para la época, y que permite con claridad distinguir las tres calidades o posiciones jurídicas que integran la parte asegurada dentro del contrato, distinguiendo a quien contrata de quien es titular del interés asegurable en primer lugar, y luego a éstos de quien está llamado a título gratuito u oneroso a obtener o recibir la prestación del asegurador, personas éstas o grupos de personas que son con frecuencia diferentes en la práctica particular del contrato.

⁷ Artículo 646 del Código de Comercio Terrestre.

Esta figura del tomador permite adicionalmente con gran claridad configurar la figura del seguro por cuenta, con tanta aplicación en diversas estructuras asegurativas, como son por ejemplo entre nosotros las del seguro obligatorio de accidentes automovilarios y del seguro de cumplimiento, así como las de otros tipos de seguro que por definición implican la distribución de estas calidades jurídicas en personas distintas, tales como el seguro de responsabilidad civil, hoy provisto con la acción directa por virtud de una ley posterior.

1.7. La novedosa regulación de la prescripción en materia de seguros.

Siguiendo una tendencia generalizada ya en materia de contratación comercial, el nuevo Código abordó la reducción sustancial de los términos de prescripción de los derechos que nacen del contrato de seguro, adoptando la novedosa opción de distinguir en una materia que atañe claramente a la prescripción extintiva la diferenciación entre una prescripción ordinaria y una extraordinaria, que antes no se reconocía en nuestra legislación de derecho privado sino respecto de la prescripción adquisitiva.

Si bien la novedad de este planteamiento ha comportado a través del tiempo, no pocas dificultades de interpretación, respecto de las cuales se viene generando una nutrida sucesión de doctrinas jurisprudenciales y de autores, debe reconocerse que la intención de la subcomisión en este punto fue sana e incuestionable, en el sentido de proveer al beneficiario del seguro de la garantía de que un término demasiado corto de prescripción de su acción contra el asegurador para el cobro de la indemnización, no pudiera comenzar a correr sin el conocimiento de su parte del hecho que determina la exigibilidad de la obligación de aquel.

Ha sido la necesaria aplicación de este sistema dual general a todo tipo de derechos surgidos del contrato de seguro, y además de las normas que lo rigen, por expreso señalamiento de la ley, y la ausencia de regulación de casos especiales, lo que ha significado la principal fuente de debate en la aplicación de este instituto en materia de seguros, hecho que no disminuye de ninguna manera el mérito del Código al asumir como

lo hizo la regulación de este aspecto del contrato, nuevamente buscando el mayor equilibrio posible en los intereses encontrados de las partes.

1.8. La renovada importancia del carácter de buena fe del contrato.

Acorde con las tendencias más modernas del derecho de entonces, y en particular con las nuevas realidades que informaban el desarrollo del seguro, la nueva regulación contrariamente a la anterior, hace reiteradas menciones al principio de la buena fé en las etapas precontractual y contractual del seguro, para destacar su carácter, reconocido universalmente, de contrato de especial buena fé o de ubérrima buena fé, con funciones que van mucho más allá de las que eran tradicionales para la época, en el sentido de servir como instrumento para juzgar el cumplimiento de los contratantes a sus obligaciones y consecuentemente su lealtad recíproca frente al contrato. Por el contrario, para múltiples efectos, la posición de buena o de mala fé del asegurado aparece como un elemento moderador de los efectos mismos del contrato, determinando la existencia objetiva o la inexistencia de todos o de parte de ellos, en el momento del suministro de la información relativa a las circunstancias que rodean el estado del riesgo, o posteriormente, en caso de agravación de ese estado, de situaciones de sobreseguro, de coexistencia acumulativa de seguros, de reclamaciones inexactas, etc.

Nuevamente deberá decirse que si bien esta afortunada demostración del interés de darle a la buena fé un papel determinante en el destino del contrato, se resiente en el caso de la regulación del Código de una perspectiva en cierta forma parcializada hacia el comportamiento del asegurado exclusivamente, no hay duda de que ella ha sido el punto de partida de desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios que muy acomodados al ritmo de la época, han permitido explorar cada vez más y de manera significativamente más equilibrada en los deberes que al respecto incumben a ambas partes por igual y que tocan reiteradamente con la eficacia misma del acuerdo y no simplemente con la calificación de su conducta.

1.9. Una nueva estructuración del inventario de obligaciones y cargas de las partes

Cabe también al Código el mérito de haber abordado sistemáticamente el análisis de las obligaciones que surgen para las partes del contrato de seguro, describiendo en líneas generales adecuadamente la naturaleza de cada una y señalando en la mayoría de los casos con claridad las consecuencias de su incumplimiento. En el caso de las obligaciones de la parte asegurada, tipificó si denominarlas de esa manera lo que son en estricto sentido, en su mayoría, cargas cuyo cumplimiento si bien no puede ser exigido coactivamente, afectan de no ser cumplidas más o menos severamente la eficacia del contrato, privándolo total o parcialmente de sus efectos.

Al hacer esta sistematización, se preocupó el Código de establecer un régimen de carácter imperativo que impide al asegurador, por vía de cláusulas contractuales generalmente impuestas, adicionar el inventario de esas obligaciones y cargas que competen al asegurado o sancionar el incumplimiento de las mismas de manera más grave, con lo cual, en este aspecto neurálgico de la relación contractual, se imponen límites efectivos a la posibilidad de que el asegurador imponga arbitrariamente sus condiciones en el contrato. Solamente a través de la figura de las garantías se deja un espacio abierto para que sean impuestas al asegurado ciertos deberes de conducta de libre negociación que pueden llegar a ser muy variados y atípicos, en el sentido de que no podrían encontrarse específicamente previstos en las normas regulatorias del seguro, pero, en este caso, dentro de condiciones de expresividad y conocimiento específico por parte del asegurado que lo protegen de alguna forma frente a las consecuencias que puede tener en este caso su incumplimiento. Sobra advertir que, como se verá más adelante, adicionalmente respecto de las garantías la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha elaborado doctrinas novedosas que tienden precisamente a ampliar la protección al asegurado a este respecto.

En cuanto a las obligaciones del asegurador, el Código no solamente precisó los términos en los que este debe cumplir con su compromiso principal de pagar la indemnización en caso de siniestro, distinguiendo claramente los momentos de exigibilidad y de mora del mismo, sino que estableció, lo que antes no existía, una serie de obligaciones adicionales a su cargo, que si bien son menos importantes desde el punto de vista económico, tienen una

importancia significativa en cuanto hace a la protección de los derechos del asegurado y a la facilidad de su ejercicio, como son las obligaciones relativas al señalamiento de un término específico para la entrega de la póliza al asegurado contado a partir del momento de su expedición, y al suministro de copias de los documentos previos a la contratación incluidos aquellos en los que consta la inspección del riesgo, que constituyen instrumentos indispensable de defensa cuando surgen conflictos relativos a la presencia de inexactitudes o reticencias en la celebración del contrato. Sobra decir que estas normas han sido complementadas siguiendo su mismo espíritu, por las normas de derecho público de seguros, mediante las cuales se han impuesto a las compañías de seguro, a través del tiempo, conductas dirigidas a hacer efectiva la carga de claridad que como redactoras generalmente de las cláusulas del contrato tienen, normas relativas al idioma en que deben ser redactadas las pólizas, al tipo de caracteres en los que deben elaborarse, las cláusulas necesarias que deben estar presentes y en algunos casos su ubicación, y, en general el grado de claridad y concreción que deben tener los términos del contrato para asegurar el adecuado conocimiento de sus condiciones por parte del asegurado.

1.10. El artículo 1.162 del Código de Comercio.

Fue en su momento una gran originalidad del Código concebir en el caso del contrato de seguro una norma expresamente dirigida a establecer un inventario de los artículos de la regulación que debían considerarse inequívocamente imperativos, sea absoluta o relativamente, con lo cual se hizo un gran avance en el sentido en que evolucionan las legislaciones más modernas hoy: hacer de la reglamentación legal del contrato de seguro una reglamentación que solo excepcionalmente puede ser contrariada por las cláusulas contractuales, uno de los elementos morigeradores del carácter de adhesión del contrato de seguro con los que se cuenta modernamente.

2. Los desarrollos legislativos y jurisprudenciales mas destacados que ha tenido esta regulación en sus cuarenta años de vigencia

Las primeras grandes modificaciones expresas a la regulación del contrato de seguro en el Código de Comercio, se produjeron en 1.990, cuando a través del decreto 01 de ese año, se reestructuró la regulación del contrato de transporte terrestre y consecuentemente del seguro de transporte como modalidad específica del seguro, lo cual ha sido motivo de atención muy merecida por parte de la Mesa que se ocupa del tema del contrato de Transporte, por lo cual no nos referiremos a este punto.

2.1. Las modificaciones introducidas al régimen de la mora del asegurado y del asegurador por las leyes 45 de 1.990, 35 de 1.993 y 550 de 1.999.

Los grandes saldos de cartera vencida que acusaban las Compañías de Seguro después de 20 años de vigencia del Código, debido a los efectos de la mora del asegurado en el pago de la prima, tal como estaban concebidos en el texto original del Código y la excesiva benignidad de la sanción aplicable al asegurador en caso de mora en el pago de su prestación derivada de la realización del riesgo, condujeron a que la ley 45 de 1.990, una ley de reforma financiera que se utilizó, como es frecuente entre nosotros para modificar las normas del derecho público de seguros, estableciera la terminación automática del contrato de seguro de daños por mora en el pago de la prima y regulara de manera más severa la mora del asegurador, reduciendo considerablemente el término que debe contarse para la misma, a partir de la presentación del reclamo formal del asegurado y aumentando la tasa de interés moratorio que debe liquidarse a falta de la prueba de otros perjuicios eventualmente más cuantiosos que pueda aportar el asegurado.

La ley 550 a este respecto se limitó a armonizar la sanción a la mora del asegurador traducida en una tasa de interés moratorio, de tal manera que dicha tasa legalmente impuesta no llegue a superar el límite señalado en las normas penales para determinar el interés de usura.

La ley 35 de 1.993, volvió sobre esa reforma que podía considerarse demasiado rígida en el caso de seguros relativos a grandes riesgos, para posibilitar el pacto de común acuerdo del

régimen original del Código en ciertos contratos de seguro entre personas jurídicas y a partir de un cierto monto de valor asegurado.

La reforma en cuanto a la mora del asegurado, que marcó el paso de un extremo demasiado laxo a otro demasiado rígido ha creado problemas, al no prever un efecto menos drástico que la terminación automática del contrato en caso de mora y no regular el efecto del pago tardío de la misma, por lo cual este es un punto que debe ser contemplado cuando se piense en la implementación de ajustes posteriores.

2.2. Las modificaciones introducidas al régimen del seguro de responsabilidad civil por las leyes 45 de 1.990 y 389 de 1.997.

La ley 45 también significó como es bien sabido una modificación sustancial a la visión inicial que el Código hacía del seguro de responsabilidad civil, estableciendo por una parte la acción directa que permite a la víctima del daño reclamar al asegurador judicial o extrajudicialmente, dentro de los límites de la cobertura, el pago de la indemnización derivada del daño que se le ha causado, sin pasar por el asegurado, para lo cual se dio a la víctima la calidad de beneficiario del seguro, y, por otra, posibilitando el cubrimiento de la culpa grave del asegurado, anticipándose con ello a muchas legislaciones que siguen viendo en la culpa grave de los integrantes eventuales de la parte asegurada, un campo vedado al concepto de riesgo asegurable.

Estas modificaciones de la ley 45, al igual que las anteriores, no han estado exentas de crítica; por una parte es notoria la ligereza con la que se adoptó el mecanismo de la acción directa, al no aclarar desde el punto de vista procesal si el asegurado debía o no ser convocado como sujeto pasivo de la acción al mismo tiempo con el asegurador, al no sustraer al menos parcialmente a la acción del principio que hemos denominado de la comunicabilidad de las excepciones lo cual, al someter a la víctima del daño a las mismas excepciones que el asegurador puede proponer contra el asegurado, debilita seriamente la efectividad de la acción, y finalmente al no establecer cargas de información tanto al asegurado como al asegurador, que hagan posible que las víctimas eventuales del daño sean

debida y oportunamente notificadas de la existencia del seguro de responsabilidad civil, con el objeto de que puedan estar en capacidad de ejercer sus derechos. Debe decirse que la Sala Civil de la Corte, en sentencia proferida el 29 de Junio de 2.007 con ponencia del Dr Carlos I. Jaramillo⁸, al sentar su doctrina en torno a la manera como debe contarse la prescripción de la acción directa, encontró sólidos fundamentos constitucionales para considerar que ese deber de información existe, al menos en cabeza del asegurado, no obstante la falencia evidente de la ley 45 de 1.990 a este respecto.

Es otro tema que debe ser objeto de una revisión en el momento en que se asuma la importante empresa de acometer la reforma integral de nuestra legislación a este respecto.

2.3. La introducción en Colombia de aseguramiento del riesgo putativo por las leyes 35 de 1.993 y 389 de 1.997.

El riesgo putativo originariamente solo asegurable por necesidades características de la navegación en el seguro marítimo desde sus mismos orígenes, no es hoy tan necesario como si lo es particularmente en algunos ramos del seguro terrestre; es por esto que la ley 35 de 1.993, estableció por primera vez en Colombia, modificando la tajante prohibición que al respecto existía en el artículo 1.054 del Código de Comercio, la posibilidad de extender el cubrimiento del seguro a hechos que bien hubiera podido ocurrir antes de la celebración del contrato, pero respecto de los cuales, de su existencia o inexistencia, media una incertidumbre compartida de la partes.

Fue esta introducción del riesgo putativo en los seguros terrestres una exigencia del mercado internacional de seguros y particularmente del mercado anglosajón en el marco del cual ya este tipo de aseguramiento tenía una larga tradición, particularmente en los ramos para los que se produjo la autorización del año 93, los de riesgos financieros y los de manejo cumplimiento y crédito.

⁸ Expediente: 11001-31-03-009-1998-04690-01.

Posteriormente, la ley 389 de 1.997, a propósito de la consagración legal de la modalidad “claims made” en el seguro de responsabilidad civil, aspecto en el cual la legislación colombiana pareció nuevamente anticiparse a la adopción de un mecanismo mirado con recelo por la doctrina y la jurisprudencia de muchos países y repudiado aún por la mayor parte de los derechos de otros, y anticiparse aún con mayor liberalidad a como lo hizo la ley española de la cual se tomó este modelo, al admitir la limitación de cobertura exclusivamente a los hechos dañosos ocurridos dentro de la vigencia de la póliza, que se reclamen igualmente dentro de la vigencia y aún que sean notificados en el mismo periodo, una modalidad con cubrimiento retroactivo respecto del momento de la celebración del contrato sobre hechos ocurridos con anterioridad a ella pero respecto de los cuales exista incertidumbre acerca de su existencia o, por lo menos, de sus consecuencias dañosas, dando de esta forma cabida también al riesgo putativo en este ramo muy importante del seguro, que se convierte en el más reciente, pero no seguramente el último de los ramos en los que será acogida legalmente esta alternativa.

La cuestionable redacción de la ley 389 en el punto que ha sido señalado, se convierte igualmente en otro de los temas que aconseja una futura revisión de tipo legislativo.

2.4. La consensualidad del contrato de seguro a partir de la ley 389 de 1.997.

Acogiendo una tendencia no particularmente moderna pero ciertamente más generalizada a nivel del derecho comparado y consagrando una tesis que se había sostenido con fuerza dentro de las discusiones que dieron marco al proyecto de 1.958, la ley 389 de 1.997 optó por la consensualidad del contrato de seguro, variando una tradición centenaria de solemnidad que existía en nuestra legislación, con lo cual, por lo menos desde el punto de vista teórico se introdujo un cambio radical en nuestra comprensión del contrato. No obstante las críticas que pueden formularse nuevamente dado que este cambio se dio de manera un tanto irreflexiva y superficial, pues no se analizaron con suficiente claridad los dispositivos legales que deben acompañar la consagración de la consensualidad para que no se afecte la seguridad jurídica que debe presidir el tráfico mercantil respecto de un contrato aleatorio como el de seguro, en el momento de prescindir de cualquier formalidad

en el momento de su celebración, las nuevas disposiciones a este respecto revisten una importancia sin duda capital.

Sin duda en el futuro se hará necesario capturar la experiencia extranjera en el diseño de los mencionados dispositivos legales, a fin de regular de manera específica temas como la oferta de seguros, las facultades con las que cuentan los intermediarios dentro de las tratativas y aún a propósito de los negocios jurídicos preparatorios a los que generalmente da lugar la etapa precontractual del seguro, la revisión sobre los medios de prueba que son admisibles en este caso, dado que la rigidez que a este respecto acusa la actual legislación constituye una fuente frecuente de conflictos, la prueba de los elementos no esenciales del contrato y de las renovaciones, modificaciones y prórrogas del mismo, la prueba de las garantías, así como las vías de solucionar los conflictos que puedan existir entre el acuerdo y los textos escritos de la póliza.

2.5. La jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, en torno a la prescripción de las acciones y derechos que nacen del contrato de seguro. a) La terminología del artículo 1.081 del C. de Co; b) la prescripción de la acción de nulidad, c) la prescripción de la acción en subrogación d) la prescripción de la acción directa en el seguro de responsabilidad civil e) la prescripción de la acción para el cobro de la indemnización en el seguro de cumplimiento de contratos estatales.

La particular manera como la subcomisión abordó el tema de la prescripción en materia de seguros, creando, como se dijo, una dicotomía que antes no existía en materia de prescripciones de carácter extintivo y utilizando una terminología extraña a la que nos había acostumbrado el viejo Código Civil que pese a su longevidad al menos en este punto resulta más afortunado todavía, obligó rápidamente a la jurisprudencia por boca de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, a hacer precisiones que en su mayoría han resultado afortunadas y, en consecuencia, han sido recibidas con aceptación más o menos unánimes. En primer lugar en cuanto a la necesaria precisión terminológica, vino a establecer con argumentos sólidos, algo que no ha sido discutido desde entonces, la identidad entre los

términos “hecho que da base a la acción” y “nacimiento del respectivo derecho” como punto de referencia de la iniciación de los términos de ordinario y extraordinario de prescripción que se da en el primer caso en el momento de conocimiento del hecho por parte del interesado en el primer caso y objetivamente desde que el hecho se da, en el segundo. En segundo lugar, hubo de abordar con seriedad la aplicación de la norma general regulatoria de la prescripción a casos especiales en las que dicha aplicación se hacía problemática por la ya señalada circunstancia de que al redactarse la norma, se tenía presente casi con exclusividad la acción más importante, pero no la única que podía surgir del contrato de seguro, la del asegurado para el cobro de la indemnización; de esta manera la jurisprudencia ha formulado doctrinas muy importantes aplicables a la prescripción de la acción de nulidad del contrato, de la acción en subrogación que el asegurador ejerce contra el responsable del siniestro y de la acción directa en el seguro de responsabilidad civil, proporcionando razonamientos muy respetables que contribuyen a unificar los criterios sobre la materia.

No obstante y dado que entre nosotros, a pesar de los esfuerzos de conveniencia muy discutible que se hacen actualmente para tratar de convertir nuestra jurisprudencia en fuente formal del derecho, a imitación del derecho anglosajón, entre nosotros ella sigue siendo a nuestro modo de ver una fuente simplemente material, por lo cual también en el futuro será necesario hacer actuar esa fuente material dando contenido a reformas legislativas que definan estas polémicas a las cuales se puede agregar, como muy importante, aunque en este caso no haya existido aún pronunciamiento alguno de nuestras altas Cortes, el tema de la prescripción en el contrato de reaseguro que solo ha sido tratado entre nosotros a nivel doctrinario y para la cual se revela una dificultad similar a las anteriores, de adaptabilidad de la formulación general del artículo 1.081 del Código de Comercio.

Mención especial merece el tema de la prescripción de las acciones de las entidades aseguradas estatales contra el asegurador en el seguro de cumplimiento de contratos estatales, que ha sido abordado con exclusividad por la jurisprudencia de la jurisdicción contencioso administrativa, toda vez que, no habiendo tampoco en este caso norma expresa

en el Código de Comercio sobre la materia y estando de por medio la existencia de un estatuto especial como es el de contratación estatal que se refiere ampliamente a esta forma de garantía, ha sido esta jurisdicción la encargada de concebir, a través de la conjugación de normas de derecho administrativo a veces exclusivamente o a veces, conjugando éstas con la norma general del Código de Comercio, una respuesta a la pregunta de cómo prescriben esas acciones, algo que igualmente merecería una definición legal que es particularmente necesaria.

2.6. La jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en torno a las garantías en el contrato de seguro y aproximaciones consecuenciales a la teoría de las cláusulas abusivas.

En sentencias que son particularmente destacables, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia se ha referido al tema de las garantías en el contrato de seguro, no solo para destacar lo que ya se anotaba en cuanto a la originalidad de nuestro estatuto en cuanto a la consagración de un instituto de raigambre claramente anglosajona y particularmente originada en las prácticas del derecho marítimo, que es generalmente extraño en las legislaciones de raigambre romano-germánica, sino para edificar sobre el análisis de esta figura elementos importantes de la teoría que podemos llamar jurisprudencial en torno a las llamadas cláusulas abusivas, de tan actual interés en nuestro medio ⁹.

Así pues, la Corte se ha preocupado por exponer con la autoridad que le es natural, su comprensión sobre lo que debe entenderse por los que el artículo 1.061 del Código de Comercio expresa al decir que las garantías deben ser cumplidas “sean o no consustanciales al riesgo”, para señalar que dentro de este contexto, serían abusivas las cláusulas que no tuvieran relación alguna con el riesgo, y que se convirtieran de esta manera en tan solo una exigencia caprichosa y arbitraria del asegurador, si bien ello no supone, por el contrario,

⁹ Tres sentencias muy importantes sobre el tema de la garantía, todas con ponencia del Dr. Carlos I. Jaramillo, pueden ser consultadas a este respecto: Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia: sentencias de fechas 14 de Diciembre de 2.001, expediente 6230, de 30 de Septiembre de 2.002, expediente 4799 y sentencia de 28 de Febrero de 2.007, expediente 0133.

que para ser válida la garantía tenga necesariamente que incidir en forma determinante en la intensidad misma del riesgo. Pero además a este propósito y como criterio aplicable en general a la calificación de una determinada cláusula contractual como abusiva en cualquier contrato, ha señalado con esta misma ocasión del análisis de las garantías, el hecho de que las cláusulas “...lesionen el postulado de la lealtad contractual o generen desarreglo significativo en torno a los derechos y obligaciones que surgen para las partes del contrato...”, anticipándose de esta manera al concepto de “ausencia de la reciprocidad esencial del contrato” que se viene utilizando en la doctrina extranjera y particularmente española sobre la materia. Adicionalmente ha esbozado igualmente el criterio conforme al cual sería igualmente abusiva una cláusula que supusiera una sanción desmedida frente a infracciones triviales, intrascendentes o irrelevantes de cualquiera de los contratantes.

2.7. Otras aspectos puntuales acerca de las doctrinas sentadas por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en materia de contrato de seguro

El interés asegurable en el seguro de Transporte y la póliza automática.

También muy importantes doctrinas aunque no exentas en todos los casos de crítica, han sentado tanto la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia como algunas secciones del Consejo de Estado, en este último caso particularmente en lo que se refiere al seguro de transporte y al seguro de cumplimiento de contratos estatales, respecto de otros aspectos vitales de la relación asegurativa:

En el seguro de transporte la Corte, profundizando en la conceptualización del interés asegurable como elemento esencial del contrato de seguro, ha señalado criterios de solución para los conflictos frecuentes que genera en la práctica el seguro de transporte cuando es tomado a nombre y por cuenta propia por el transportador, diferenciando con claridad a este tipo de seguro con el seguro de responsabilidad civil del transportador y señalando no solo para este caso sino para otros que pueden presentarse en ramos diferentes, lo que pueden significar los errores de expedición en los que frecuentemente incurren las compañías de seguro al hacer figurar como tomadores, asegurados o beneficiarios, a personas naturales o

jurídicas que simplemente no pueden ostentar esa calidad por circunstancias que el asegurador debe conocer, errores de expedición que obviamente comprometen al asegurador y obligan a que prive en este caso, sobre el texto literal de las pólizas, la intención de los contratantes ¹⁰.

Por su parte, respecto de este ramo, en Consejo de Estado luego de una evolución de años, logró acuñar una doctrina relevante que vino, valga decirlo nuevamente, a fungir con la fuerza de fuente material de derecho como le corresponde, al determinar la modificación legislativa que se produjo con el decreto 01 de 1.990, al establecer que la expedición de los certificados de seguro en aplicación a una póliza de seguro de transporte podía hacerse con posterioridad a la ocurrencia de los siniestros, sin que se afectara por ello la eficacia del contrato de seguro, como erróneamente se llegara a sostener, dando de esta manera un sentido claro y propio de su naturaleza a las pólizas automáticas de seguro de transporte como formas especiales de contratación características de esta actividad.

La inexactitud y reticencia en la declaración del estado del riesgo

Respecto del importante aspecto de la inexactitud y reticencia en la declaración del estado del riesgo, la Corte ha emprendido una extensa labor de interpretación del artículo 1.058 del Código de Comercio, a veces con exceso en su celo de protección del asegurado, particularmente en lo que concierne con las formas de saneamiento especiales de la nulidad derivada de la inexactitud o reticencia en la declaración del estado del riesgo que contempla el numeral 4º. de la mencionada norma, con el tema inconsistente en la actual redacción del Código de la carga probatoria de dichas inexactitudes o reticencias y, muy importante, señalando su criterio sobre la manera como la orientación del asegurador a su asegurado en el momento de recepción de la declaración sobre las circunstancias que rodean el estado del riesgo, debe incidir en el momento de juzgar el cumplimiento o el incumplimiento de la

¹⁰ Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de 30 de Septiembre de 2.002. Magistrado ponente: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo.

carga que se encuentra a cargo de éste. Ello plantea claramente también para el futuro la posición que nuestra legislación debe adoptar frente a los nuevos derroteros que en el derecho comparado han aparecido, para determinar la incidencia que deben tener en la disciplina del contrato, los deberes secundarios de conducta del asegurador y particularmente el derecho a la información por parte de los asegurados, como conquistas modernas de la doctrina jurídica.

La mora del asegurador cuando se procede a la reclamación judicial de la indemnización:

El artículo 1.080 del Código de Comercio regula el tema de la mora del asegurador haciéndola efectiva a partir del vencimiento de cierto término contado a partir de la presentación del reclamo directo del asegurado, pero es bien evidente, que siendo exigible la obligación del asegurador a partir del momento de la realización del riesgo, por regla general, salvo en el caso del seguro de responsabilidad civil, la reclamación del asegurado puede ser judicial o extrajudicial a partir de ese momento, y si bien lo normal es que se produzca primero esta última, muchas razones pueden determinar que no se lleve a cabo o que no acabe de perfeccionarse antes de que el asegurado opte por una reclamación judicial, caso en el cual no existe una solución legal expresa de en qué momento se produce la mora en ese evento. Esa la razón que ha permitido que la Corte dé una solución reiterada ya en varias oportunidades, en el sentido de que se considere en este caso aplicable la norma general contenida en el artículo 90 del C. de P.C, lo cual determina que es el momento de la notificación de la demanda el que marca en este caso la iniciación de la mora del asegurador, como sucede en todos los casos de obligaciones respecto de las cuales la constitución en mora del deudor implique la necesidad de un requerimiento judicial. Si bien discutible en tanto que supone en cierta forma la aplicación de una norma general del artículo 90 del C. de P.C de preferencia sobre una especial, la del artículo 1.080 del C.

de Co, la doctrina de la Corte que ha sido objeto de aclaraciones de voto, orienta la definición de un tema sobre el cual existe una imprecisión evidente ¹¹.

La subrogación:

El tema de la subrogación personal que hizo característica del contrato de seguro el texto original del artículo 1.096 del Código de Comercio, sustituyendo la cesión obligatoria de crédito del asegurado al asegurador, que existía en la legislación anterior como instrumento para evitar la impunidad de los responsables eventuales del siniestro, ha sido quizás uno de los temas que más han exigido la actividad de la jurisprudencia nacional en materia de seguros, entre otras cosas porque existe entre nosotros una tradicional incomprensión acerca de los fundamentos de esta figura que permite a los aseguradores en muchos casos obtener el reembolso de lo pagado al asegurado con base en el contrato.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha tenido oportunidad de establecer tres doctrinas particularmente importantes en torno a esta materia, primero para optar por la consideración de que, a partir de la vigencia del Código, son incompatibles la figura de la subrogación con la figura de la cesión voluntaria de créditos que existía en la legislación anterior, por lo cual las aseguradoras no pueden recibir de sus asegurados por esta última vía la acción para perseguir al responsable, bajo los argumentos básicos de que la norma consagradoria de la subrogación en el Código es norma de carácter imperativo y de que la cesión de créditos implicaría un enriquecimiento para el asegurador que no es posible dentro del contexto del carácter indemnizatorio del seguro de daños; después y durante mucho tiempo para sostener que a través de la subrogación el asegurador solo está en capacidad de obtener, por parte del responsable del siniestro, exclusivamente el reembolso del valor nominal pagado al asegurado, sin posibilidad de cobrar sumas adicionales por

¹¹ Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia: 9 de Noviembre de 2.004. Expediente 12789. Ponente: Silvio Fernando Trejos .

razón de accesorios tales como corrección monetaria, intereses o perjuicios de algún género.

Con estas dos doctrinas, resulta evidente que la Corte impuso durante mucho tiempo, se repite, límites muy estrechos a la eficacia de la acción del asegurador contra el responsable, al obligar indefectiblemente y sin alternativa al asegurador a acudir a una vía cuya utilidad, desde el punto de vista económico, dada la tradicional duración de los procesos ordinarios de responsabilidad, era muy relativa. En buena hora y con argumentos muy válidos que pesaban sobre las anteriores decisiones de la Corte, esa Corporación varió finalmente hace pocos años su doctrina mayoritaria, permitiendo acumular en la acción en subrogación la pretensión por una condena adicional al pago del incremento por corrección monetaria que permita al asegurador compensar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda ocurrida entre el momento del pago al asegurado y el momento en que se produzca la sentencia contra el responsable, lo cual equilibrado un tanto la situación, no obstante de que en el seno de la Corporación se escuchan todavía voces que propugnan por la doctrina anterior que resulta francamente injustificable ¹².

El Consejo de Estado que también ha tenido oportunidad de sentar suposición a este respecto del alcance de la acción en subrogación, ha mantenido una posición más amplia, reconociendo desde hace años el derecho del asegurador a cobrar al responsable, además del valor de lo pagado al asegurado, no solo el incremento correspondiente a la corrección monetaria, sino incluso una tasa de interés moderada.

En cuanto al tema de la compatibilidad de la subrogación con la cesión de créditos, si bien son nuevamente bien discutibles las razones de la Corte para negarla, no hay duda que sus consideraciones han hecho advertir suficientemente el hecho de que lo que resulta a todas luces inaceptable es que la cesión de créditos pretenda imponerse de manera obligatoria por el asegurador, sea a través del clausulado general del contrato o como requisito para el pago

¹² Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia: Sentencia de 18 de Mayo de 2.005. Expediente No. 0832-01. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo.

de la indemnización como llegó a suceder en alguna época por evocación indebida de la legislación anterior. Como mecanismo general la cesión de créditos no podría tornarse obligatoria sin caer en el campo de las cláusulas o de las prácticas abusivas, dada la indudable ventaja económica que la misma puede suponer para el asegurador cuando se hace incondicionalmente en casos en que el seguro no ha cubierto el 100% de la pérdida del asegurado, en razón de deducibles, infreseguos etc.

La tercera doctrina sentada por la Corte en esta materia, se traduce, muy razonablemente en este caso, en permitir al responsable del siniestro oponer al asegurador no solo las excepciones que hubiere podido oponer a la víctima del daño, sino también las excepciones derivadas del contrato de seguro, las cuales le estaban vedadas según algún sector de la doctrina, encabezado por el mismo profesor Ossa, bajo la consideración de que el responsable del siniestro, siendo ajeno al contrato de seguro no podía beneficiarse de las excepciones derivadas del mismo. Con buen criterio la Corte ha señalado que en este caso, siendo la legitimación en causa del asegurador originada en la subrogación y esta a su vez en el pago que se hace con base en el contrato de seguro, no hay duda que en su contra pueden oponerse excepciones que tiendan a cuestionar esa legitimación por razón de la ineficacia del contrato que le da origen, o del pago que se hace por su causa de cuya validez depende la subrogación.

A estas doctrinas, debe sumarse la ya comentada acerca de la manera como opera la prescripción de la acción en subrogación ¹³, ya que en este caso como en los otros casos especiales que han sido mencionados, está de por medio la aplicabilidad de dos clases de normas, las que regulan la acción misma de responsabilidad sea contractual o extracontractual en la que se subroga el asegurador, o la que regula la prescripción de las acciones y derechos que surgen del contrato de seguro o de las normas que lo rigen. Es

¹³ Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia: Diciembre 16 de 2.005. Expediente 05001-3103-016-1999-00206-01, con ponencia del Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

sabido que la doctrina jurisprudencial en esta materia, opta por la aplicabilidad del primer grupo de normas.

La irrevocabilidad del seguro de cumplimiento:

Si bien la ley solo establece expresamente la irrevocabilidad del contrato de seguro por parte del asegurador en los seguros de cumplimiento de contratos estatales, cuando regula la materia en el estatuto de contratación estatal ¹⁴, la Corte con fundamentos muy razonables, ha sostenido lka doctrina de que existe idéntico efecto respecto de la póliza de cumplimiento de contratos entre particulares, y aún ha extendido, esta vez menos explicablemente esa la misma doctrina, para sostener que tampoco el asegurado está en capacidad de revocar unilateralmente el contrato de seguro en este caso.

El seguro de cumplimiento de contratos estatales:

Como ha quedado dicho, sobre este tema es el Consejo de Estado, particularmente en su sección III, el que ha tenido que pronunciarse sobre este tema, respecto del cual se plantea la eventual aplicación de dos series de normas diferentes: las normas que regulan la prescripción de las acciones que nacen del contrato de seguro conforme al Código de Comercio, y las normas sobre prescripción y caducidad de las acciones que están reguladas en el Código Contencioso Administrativo y que se adelantan ante la jurisdicción establecida por ese Código. En este caso, las doctrinas sentadas por la Corporación han sido cambiantes a través del tiempo y han pasado de la total proscripción de la aplicación de las normas del Código de Comercio, a una aplicación parcial, combinada con las normas que regulan el decaimiento de la fuerza ejecutoria de los actos administrativos (art. 66 del C.C.A, señala el lapso de cinco (5) años, a partir de su ejecutoria), en la medida en que, la efectividad de las pólizas de cumplimiento de contratos estatales se realiza, las más de las veces, a través de un proceso ejecutivo, para lo cual es menester integrar el título con un acto administrativo ejecutoriado, mediante el cual de algun a manera se acredite la existencia del siniestro.

¹⁴ Actualmente la ley 80 de 1.993, modificada por la ley 1150 de 2.007.

Últimamente el Consejo ha optado por preferir la aplicación del término de caducidad previsto en el artículo 136 del Código para las acciones de carácter contractual, dos (2) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo, el cual, a su vez, debe ser proferido dentro de los dos años siguientes al momento en que la entidad estatal llegue a tener conocimiento del incumplimiento del contratista, lo cual implica una aplicación combinada, parcial, del artículo 1.082 del C. de Co.

La indexación de interés asegurable:

En este caso También, es el Consejo de Estado el que ha abordado la atención de este difícil tema, pero lo ha hecho, lamentablemente, sin mayor profundidad, para reconocer, en el caso de seguros de responsabilidad civil otorgados a favor de las entidades estatales, en circunstancias en que ha existido una demora considerable en el adelantamiento de las acciones de reparación directa que finalmente suponen una condena para la entidad estatal asegurada, que el valor asegurado en la póliza y que marca normalmente el límite de responsabilidad del asegurador, debe ser incrementado en la medida de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda para que no se perjudiquen los derechos de la entidad estatal. La falta de una identificación clara de los argumentos que pueden apoyar estas decisiones, hace necesario que en el futuro se aborde con mayor estudio este punto.

3. El futuro previsible

A lo largo de las consideraciones anteriores, se han sugerido varios temas relativos al contrato de seguro hoy regulados en el Código de Comercio, que merecen indudablemente un ajuste legislativo y que son de obligatoria consideración si ha de abordarse un proyecto integral en ese sentido. Sin embargo existen cuestiones más generales, que tocan con la política legislativa y más quizás con la filosofía que debe inspirar la regulación del contrato de seguro, que deben ser abordadas y que seguramente serán objeto de nuestra atención en los años por venir y ellas tienen que ver de una o de otra manera con la concepción del

contrato de seguro como contrato de adhesión, por una parte y como contrato de consumo, género al cual se ha adscrito entre nosotros sin ningún atenuante, por otra.

3.1. Los deberes secundarios de conducta.

En primer lugar la doctrina moderna sobre los deberes de secundarios de conducta de las partes que intervienen en cualquier contrato, es particularmente aplicable al contrato de seguro como contrato que además es universalmente conocido como contrato de especial buena fé, de ubérrima buena fé. Estos deberes, que tienen su origen no en leyes o cláusulas expresas, sino en lo que se ha dado en denominar “fuentes implícitas” dentro del marco de los principios generales de la buena fé y del abuso del derecho, vienen imponiendo una nueva perspectiva a la interpretación del contrato y, particularmente en el ámbito del derecho continental europeo del cual el derecho nacional sigue siendo trasunto, de lo cual no debemos sentirnos en ningún caso avergonzados, exigiendo de los aseguradores un particular deber de lealtad y de información hacia el asegurado en todas las etapas del desarrollo del mismo, imponiéndoles cargas estrictas de claridad y de legalidad en la redacción de las pólizas que son particularmente exigentes en medios como el nuestro, severamente influidos por un mercado reasegurador que impone modelos de clausulados que son extraños no solo a nuestra lengua sino a la realidad jurídica a la que se aplican y, lo que es más importante, creando mecanismos de sanción a las faltas en que se pueda incurrir en el cumplimiento de esos deberes secundarios de conducta, que resultan sorprendentes si se los mira con los parámetros tradicionales, de los cuales son ejemplo la ineficacia de las cláusulas calificadas como abusivas, o los resultados que frente al efecto del contrato pueden tener las aplicaciones de teorías como la del retraso desleal en el ejercicio del derecho, la confianza debida etc.

3.2. Las cláusulas abusivas en el contrato de seguro, y, en general su inserción dentro del universo de los contratos de consumo y la aplicabilidad al mismo del estatuto del consumidor y de la legislación sobre consumidor financiero.

Vivimos en Colombia lo que no sería inapropiado llamar hoy un exceso de entusiasmo frente a la idea de los contratos de consumo y del estatuto del consumidor, acabamos de adoptar un estatuto general y una ley especial sobre el consumidor financiero adobado rápidamente con circulares de la Superintendencia Financiera que desarrollan por primera, pero no seguramente por única vez las nuevas facultades que le fueron concedidas por esa ley a efecto de establecer en su carácter de autoridad administrativa cláusulas y prácticas que deben considerarse abusivas, una legislación voluminosa que tardará años en ser adecuadamente asimilada por los medios interesados.

Dentro de este contexto, como ya se dijo, el contrato de seguro no ha sido sustraído en ningún momento a ese torrente de nueva normatividad, sin que haya una sola voz de advertencia, fundada en la experiencia del derecho comparado, que señale que el contrato de seguro como contrato aleatorio y de altísima sofisticación técnica y jurídica que es, no puede ser sometido indiscriminadamente a las mismas reglas de los demás contratos de consumo ordinario, aun aceptando que lo sea, lo que evidentemente no ocurre en todos los casos.

No obstante, esa es una realidad que representa uno de los nuevos desafíos a los que deberán enfrentarse los nuevos desarrollos legislativos del contrato de seguro, es un nuevo reto que deberá ser enfrentado en busca de un adecuado equilibrio de los intereses económicos y de los principios jurídicos que deben presidir la relación contractual.

3.3. La armonización de las legislaciones a nivel regional y global. La ley Uniforme del Contrato de Seguro para Latinoamérica.

La tendencia universal hacia la uniformidad absoluta o por bloques de la legislación mercantil y la dispersión normativa, son otras realidades dentro de las cuales deberá inscribirse finalmente el derecho colombiano en lo que concierne al contrato de seguro, y debe decirse que, por lo menos a nivel regional se han dado pasos importantes en ese sentido, puesto que ya se encuentra redactado, bajo el auspicio y el estímulo de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros, el proyecto de Ley Uniforme del contrato

de seguro para América Latina, denominado Código Morando, en honor del profesor argentino Juan Carlos Felix Morando quien orientó inicialmente su redacción, proyecto que ab inicio ya sugiere a las legislaciones internas de países de la región la necesidad de incorporar un buen número de normas regulatorias que marcan los más modernos avances del derecho de seguros en el mundo, en materias algunas de las cuales señalamos más adelante.

3.4. La exigencia de claridad en las pólizas. Intervención de la Superintendencia Financiera.

Una marcada importancia adquiere con estas perspectivas la actividad futura que debe desarrollar la Superintendencia Financiera, en sus labores de vigilancia y control de las Compañías de Seguro, que deberá estar sin duda orientada, menos hacia la preservación de la solvencia financiera de las Compañías, que puede decirse ha sido exitosa hasta la fecha pero resulta menos importante en este campo que en el campo del control de las entidades bancarias y financieras en general, y más hacia la protección de los asegurados y el control adecuado de legalidad, de claridad, de conveniencia y seguridad de las cláusulas redactadas por los aseguradores en sus contratos, que resultan cada vez más frecuentemente abstrusos y ambiguos en nuestro medio por el influjo ya denunciado del sistema de contratación anglosajón que nos viene siendo impuesto, todo ello en aras de mantener la armonía en las relaciones de los asegurados con sus aseguradores. Esta labor de la Superintendencia que era prioritaria y se desarrolló con mucha más insistencia antes de la expedición de la ley 45 de 1.990, se ha desdibujado sin duda en los últimos años y debe ser rescatada.

3.5. Temas sobre los que seguramente la legislación en el futuro deberá ser desarrollada y que en la mayoría de los casos se encuentran destacados de la regulación del proyecto de Ley Uniforme del Contrato de Seguro para América Latina.

La regulación del Código de Comercio, tal como ha sido complementada por las leyes posteriores que han sido someramente mencionadas en este estudio, deberá seguramente ser

objeto de ajustes y reformas en muchos temas, los cuales, o por lo menos muchos de ellos, son regulados en la ya mencionada Ley Uniforme para América Latina. Los mencionaremos brevemente:

3.6. La regulación de la oferta. Las facultades de los intermediarios.

La oferta en el contrato de seguro, como se ha dicho, debe ser objeto de regulación especial, así como deben ser objeto de aclaración las facultades que los diferentes tipos de intermediarios de seguros, tienen o pueden llegar a tener, para obligar a las partes en la etapa precontractual, ya que hasta la fecha la legislación al respecto es ambigua e imprecisa, como lo demuestra el hecho de que existen doctrinas jurisprudenciales encontradas al respecto.

3.7. Ajustes al tema de la consensualidad.

Ya se ha mencionado aquí, que se hacen indispensable asimismo, ajustes en lo que se relaciona con la limitación para efectos probatorios del contrato, la prueba de las modificaciones, prórrogas y renovaciones del contrato y la manera de dirimir los conflictos que pueden surgir respecto de discrepancia entre los términos del acuerdo que ha dado lugar al contrato y los términos literales de la póliza que puede ser expedida posteriormente.

Restricciones a la alegación de inexactitud o reticencia y prescripción de la acción de nulidad

Existe una tendencia general a limitar, aún más severamente de lo que lo hacen los simples términos de la prescripción de la acción de nulidad que el asegurador puede ejercer en caso de reticencia o inexactitud en la declaración del estado del riesgo, por parte del tomador del tomador, el término que tiene dicho asegurador para impugnar el contrato por ese motivo, estableciendo una especie de saneamiento de la nulidad en este caso por el hecho de que el asegurador simplemente guarde silencio por un término limitado de solo algunos meses, a partir del momento en que tiene conocimiento de la existencia de ese vicio en la

declaración, lo que parece razonable, si se tiene en cuenta de que en estos casos el asegurador está en capacidad de retener la prima no devengada.

3.8. Reglas específicas de interpretación. Extensión del sistema de normas imperativas.

Igualmente, como medida por excelencia para preservar el equilibrio de las partes, en un contrato en que el asegurado generalmente tiene que someterse en gran parte a las condiciones impuestas por el asegurador, es factible extender el sistema de normas imperativas regulatorias del Código, o imponer a semejanza del derecho español, la regla de que toda norma atinente al contrato es imperativa, a menos de que expresamente se diga otra cosa. Igualmente resulta conveniente pensar también en señalar expresamente dentro de la regulación, cierto tipo de cláusulas que, para todos los efectos deben ser consideradas ineficaces por su carácter abusivo de acuerdo a los criterios que existen universalmente a este respecto.

3.9. Extensión de la asegurabilidad del riesgo putativo.

Así como normas especiales posteriormente a la expedición del Código, han ido permitiendo el aseguramiento del riesgo putativo en ciertos ramos del seguro terrestre, convendría explorar la posibilidad de ampliar el inventario de este tipo de ramos, o, como se sugiere en la ley uniforme, plantear el aseguramiento de este tipo de riesgos por vía general, con la única condición de que el asegurador acepte en este caso la cobertura expresamente.

La suspensión del contrato:

A pesar de que el Código de Comercio utiliza aisladamente y solo en el artículo 1048 numeral 2°. el término “suspensión” del contrato, este efecto no se señala como consecuencia directa de ninguna vicisitud específica del acuerdo, siendo razonable y conveniente prever esta posibilidad en ciertos casos, particularmente relativos a incumplimiento de obligaciones o cargas del tomador del seguro, de tal manera de

establecer regímenes más elásticos a los que existen actualmente, por ejemplo en los casos de agravación temporal del estado del riesgo, incumplimiento transitorio de garantías, mora en el pago de la prima, etc.

3.10. La teoría de la Imprevisión y la revocación del contrato.

Se ha señalado en oportunidades ¹⁵, la ausencia de normas que establezcan la posibilidad eventual de aplicar la teoría de la imprevisión en el contrato de seguro en Colombia, como si ocurre en otros países, constituye un problema que puede llegar a afectar gravemente la solvencia de las compañías de seguro, cuando sobrevienen circunstancias imprevisibles en el momento de celebrar el contrato, que puedan llegar a aligerar la proporcionalidad prima-riesgo, fundamentalmente por el hecho de volverse excesivamente onerosos ciertos componentes técnicos de la prima. Frente a tales hechos, es claro que la revocación unilateral del contrato no es una solución en todos los casos, como lo imaginó la subcomisión redactora del Código que, para estos efectos y según se desprende de las actas correspondientes, concibió los términos actuales del artículo 1.071. Por lo mismo una revisión de este tema resulta igualmente conveniente.

3.11. Ajuste en la regulación de la mora en el pago de la prima

La terminación automática del contrato de seguro de daños por mora en el pago de la prima, no es una solución usualmente aceptada a nivel de derecho comparado, inconveniente tanto para los aseguradores como para los asegurados y que peca por excesivamente severo. En Colombia fue el resultado de una reacción quizás desmedida, frente a un problema coyuntural de cartera pendiente de pago que acusaba la industria aseguradora para 1.990, derivada del régimen, por el contrario, demasiado laxo de los textos originales del Código. Este punto también, puede señalarse como tema de revisión a la hora de pensar en una reforma legislativa integral de la normatividad relativa al contrato de seguro.

¹⁵ Ordoñez Ordoñez Andrés E.: “Lecciones de Seguros” Tomo I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2001, páginas 96 y ss.

3.12. Reglas claras en la reclamación directa. Cuando se entiende perfeccionada.

El artículo 1.080 del Código de Comercio, señala la manera de formalizar el reclamo directo de la indemnización frente al asegurador, refiriéndose a la necesidad de que el beneficiario del seguro acredite su derecho conforme a lo dispuesto en el artículo 1.077, que es el que se refiere a la carga probatoria que el asegurado tiene de demostrar la ocurrencia y la cuantía del siniestro. Sin embargo, en materia probatoria existen muchas alternativas y diversas manera de juzgar la pertinencia o suficiencia de una determinada prueba, por lo cual, en esta etapa de la relación asegurativa se presentan usualmente muchos conflictos entre los asegurados y sus aseguradores, correspondencia cruzada demasiado extensa entre ambos y consecuentemente una gran dificultad para poder determinar en un caso concreto, cual es el momento del perfeccionamiento del reclamo que tantos efectos jurídicos tiene para las partes.

Lo anterior, hace que deba también pensarse en el futuro en establecer criterios más definidos a este respecto.

3.13. Consecuencias de la ausencia de objeción y proceso ejecutivo

La legislación colombiana en esta materia debe revisar nuevamente los criterios que han sido tenidos en cuenta para considerar que la póliza de seguro puede prestar mérito ejecutivo contra el asegurador para el cobro de la indemnización, si éste no es suficientemente diligente y atento en la decisión que debe tomar frente al reclamo formal del seguro, porque realmente mantener una vía procesal como la del proceso ejecutivo que tienen muchas contraindicaciones en este caso resulta de muy dudosa consecuencia. Si se opta por persistir en este empeño que viene desde la vieja ley 105 de 1.927, es necesario pensar en que ese proceso para que sea realmente efectivo, debe suponer el señalamiento de ciertas excepciones inoponibles, ya que en el estado actual, el asegurador puede oponer al asegurado en el proceso ejecutivo las mismas excepciones que puede oponerle en el proceso ordinario, lo que realmente no tiene sentido, si se trata realmente de un título ejecutivo que se está haciendo efectivo.

3.14. Validez de la cláusula compromisoria.

Deberá igualmente decidirse legalmente si es aceptable introducir entre las condiciones generales del contrato la cláusula compromisoria, o si, por el contrario, esta cláusula debe proscribirse de los contratos de seguro o requerir una manifestación expresa de voluntad del tomador como condición de su eficacia.

3.15. Ajuste en la regulación de la coexistencia de seguros.

Los artículos 1.092, 1.093 y 1.076 del Código de Comercio, relativos a la coexistencia de seguros, son evidentemente ambiguos y contradictorios entre si, a la vez que no explican razonablemente qué es lo que debe entenderse por esta figura que bien puede darse lícitamente y diferenciarse en sus diferentes variedades. Por lo mismo se impone nuevamente en este caso una revisión en su redacción.

3.16. Reglas sobre prescripción en casos especiales.

Ya se ha insistido antes a lo largo de estas consideraciones, sobre la necesidad de que se aclare debidamente el régimen de la prescripción en materia de seguros, no solo en cuanto a la terminología empleada en la norma general establecida en el artículo 1.081 del Código de Comercio, sino en cuanto a la necesaria regulación de los casos especiales, fundamentalmente los casos de prescripción de la acción de nulidad, de la acción directa en el seguro de responsabilidad civil, de la acción en subrogación, de la acción de las entidades estatales contra el asegurador en los seguros de cumplimiento de contratos estatales y de la acción del asegurado contra el asegurador en los contratos de reaseguro. Igualmente deberá revisarse el tema de la exigibilidad de la obligación del asegurador frente al asegurado en el seguro de responsabilidad civil, íntimamente relacionado con lo anterior.

3.17. Interés asegurable en el seguro de vida.

La insistencia del Código en incluir el interés asegurable como elemento esencial del seguro de personas, determina una doble comprensión de la naturaleza y de la función del

mismo que no coincide generalmente con la doctrina general que se ha construido sobre la materia en el derecho comparado. Por otra parte, los criterios con los que el artículo 1.137 del Código identifica ese interés en esta clase de seguros, particularmente en sus dos últimos numerales, resultan imprecisos y pueden conducir a lo mismo que tratan de evitar: la especulación sobre la vida ajena. Por lo mismo es otro tema que justifica una cuidadosa revisión cuando se trate de modificar de manera integral la normatividad del estatuto.

3.18. Las causas que pueden justificar la indexación no pactada de los valores asegurados en la póliza.

El tema del ajuste de las obligaciones dinerarias para compensar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, cuando no obedece a una función indemnizatoria dentro del marco de la responsabilidad o de la mora, es una cuestión de mucha actualidad sobretodo en el campo del derecho de seguro y particularmente cuando se trata de la obligación del asegurador en caso de siniestro. La existencia de antecedentes jurisprudenciales que reconocen este factor en casos en que no existe mora del asegurador, demuestra la necesidad de prever cierto tipo de circunstancias que podrían justificar ese ajuste desde el punto de vista legislativo, si bien doctrinariamente pueden avanzarse razones en ese sentido.